



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 2739 DE 2018

( 19 ENE. 2018 )

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

Expediente No. 12 - 85857

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las conferidas por el Código Contencioso Administrativo y el numeral 6 del artículo 11 del Decreto 4886 de 2011 y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 13024 de 22 de marzo de 2013<sup>1</sup>, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de esta Superintendencia, en adelante la Dirección, impuso una sanción administrativa a las sociedades GROUPON COLOMBIA S.A.S., identificada con Nit. 900.369.030-0, e ISOLI S.A.S., identificada con Nit. 900.511.863-7, por violación de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, en la comercialización del producto "*Bermudas Anticelulitis*".

**SEGUNDO:** Que contra la citada resolución, el día 19 de abril de 2013 estando dentro del término previsto para los efectos, el representante legal de la sociedad GROUPON COLOMBIA S.A.S., interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación<sup>2</sup>.

**TERCERO:** Que el día 29 de mayo de 2013, la apoderada especial de la sociedad ISOLI S.A.S. interpuso en término, recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el acto administrativo sancionatorio<sup>3</sup>.

**CUARTO:** Que mediante Resolución No. 79077 de 17 de diciembre de 2013, la Dirección decidió los recursos de reposición modificando la decisión contra ISOLI S.A.S., al reducir la sanción a 28 S.M.L. M.V., confirmando la decisión impugnada en el resto de sus partes y concediendo los recursos subsidiarios de apelación.

**QUINTO: Argumentos de los recursos interpuestos.**

**a) Argumentos de GROUPON COLOMBIA S.A.S.**

El recurrente solicitó la revocatoria del acto administrativo impugnado, en atención a los argumentos de disenso que se resumen a continuación:

Señaló que la información suministrada por su representada no ha desconocido lo preceptuado en el marco normativo del Estatuto del Consumidor, pues considera que si se realiza un análisis exhaustivo de la información suministrada se puede encontrar que se hizo referencia a verbos tales como fomentar, favorecer y contribuir que los definió de acuerdo con la Real Academia de

<sup>1</sup> Folios 183 a 194 del Cuaderno 1.

<sup>2</sup> Folios 199 a 317 de los Cuadernos 1 y 2.

<sup>3</sup> Folios 322 a 466 del C. 2.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

la Lengua Española, para luego concluir que el contenido del producto ofrecido por parte de GROUPON COLOMBIA S.A.S. no va en contravía del artículo 23 de la Ley 1480 de 2011; toda vez que bajo ninguna circunstancia está asegurando o garantizando la no aparición del fenómeno físico de la "celulitis", sino que el mismo producto hace parte de un proceso de cuidados y controles por parte del usuario que pueden llevar a la reducción del fenómeno anteriormente descrito.

Por otra parte, en lo referente al punto de "Valoración probatoria" reconoció el llamado de atención que realizó la Superintendencia de Industria y Comercio en el sentido de aportar las pruebas documentales de acuerdo con lo establecido en el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil, las cuales fueron aportadas con el escrito del recurso impugnado.

De igual forma, agregó: "(...) Sin embargo, debemos resaltar de igual manera que si en consideración del presente despacho el documento visto a folio 56 no presentaba el suficiente 'carácter demostrativo para probar las características anunciadas del mencionado producto, hacen que por su uso acorde las instrucciones dadas en la pieza informativa cuestionada...' y teniendo en cuenta que al actuar de oficio la Superintendencia de Industria y Comercio hace parte vinculante de la presente investigación debía acudir a lo establecido en el artículo 58 literal d) del Estatuto del Consumidor [...] es decir, que la Autoridad Administrativa hubiese podido oficiar o decretar la prueba pericial de carácter técnico y científico que pudiese dar mayor certeza a los documentos aportados por parte de GROUPON COLOMBIA S.A.S. y con los cuales se cumplía con los referente a la carga probatoria (...)".

#### **b) Argumentos de ISOLI S.A.S.**

La recurrente solicitó la revocatoria del acto administrativo impugnado, en atención a los argumentos de disenso que se resumen a continuación:

##### **i) La impugnante afirmó que la información suministrada cumple con las condiciones de veracidad y verificabilidad.**

Luego de definir el término de "celulitis", así: "el término celulitis se usa para describir la piel umblicada o arrugada de los mulos en la parte posterior y lateral y en los glúteos, que se ve en muchas mujeres", afirmó que los estudios han comprobado que una de las causas de la celulitis es la mala circulación y deficiencias del drenaje linfático.

Aseguró que las bermudas con los biocristales que su representada ofrece en el mercado cumplen con la información proporcionada en la publicidad, basados en el "estudio comparativo mediante imagen infrarroja del efecto inmediato de pantalones bermuda compresoras hechas de poliéster y nylon y Biocerámica Trifil/Scala", debidamente traducido.

De igual manera, aseveró que el estudio se planeó y llevó a cabo cumpliendo con las determinaciones de la Resolución 196/96 del Consejo Nacional de Salud 10710/1996 sobre guías regulatorias y estándares para la Investigación Humana de Brasil.

Así mismo, aseguró que de la lectura de los documentos aportados se puede afirmar que las bermudas con biocerámica tienen las siguientes propiedades:

##### **(i) Anti Celulitis**

Afirmó que conforme con el estudio aportado se corrobora que "(...) el uso de biocerámicas con partículas ultrafinas y ultrapuras, también termo excitables, son capaces de emitir infrarrojo largo (...)".

Así mismo, aseguró que de acuerdo con los siguientes artículos, las prendas impregnadas con biocerámica ayudan a la prevención y mejoramiento de la celulitis:

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

1. ***“Un análisis al azar, doble ciego que prueba la tolerabilidad y eficacia de un novel agente tópico con y sin oclusión para el tratamiento de la celulitis”***

Manifestó que en este artículo hacen referencia a lo que es considerado celulitis y evalúan la tolerabilidad y la eficacia de “(...) un novel agente tópico en el tratamiento de la celulitis y comparan la eficacia de este agente usado en combinación con una prenda de vestir oclusiva de neopreno y revestida de biocerámica, con el agente usado solo y sin oclusión (...)”.

Así mismo, agregó que, “(...) en el estudio realizado el 76% de quienes participaron notaron un mejoramiento de su celulitis, el 54% reportaron mejora en el muslo que recibió oclusión de la prenda. La disminución promedio medida en la circunferencia del muslo fue de 1.2 cm, notando una reducción de 1.3 cm con oclusión y una reducción de 1.1, sin oclusión (...)”.

Afirmó que de este artículo se puede concluir que las telas revestidas con bioceramidas ayudan a la disminución y mejora de la celulitis, lo cual corresponde al material del producto investigado, por lo que en su criterio, se puede inferir claramente que la información suministrada sobre el producto fue veraz y no tuvo la capacidad de engañar al consumidor.

2. ***“Estudio comparativo de la acción contra la celulitis que emplea técnicas de evaluación objetivas”***

Afirmó que en este estudio se comparan los resultados de tres tipos de tratamientos contra la celulitis actualmente en evidencia:

- Tela basada en biocerámica
- Drenaje manual linfático
- Aplicación de crema cosmética con contenido de ingredientes activos.

Aseguró que las conclusiones a las que se llegaron con este estudio, fueron las siguientes:

- a. *“(...) Visualmente la apariencia de la piel mostró mejoría significativa después de 30 días, al compararla con los estados iniciales de los tres tipos de tratamiento.*
- b. *Todos los voluntarios reportaron subjetivamente mejoría relativa de atributos: hidratación, suavidad, retención de líquido, reducción de la masa corporal, imperfecciones de la piel, arrugas, textura y firmeza de la piel.*
- c. *Todos los tratamiento mostraron mejoría significativa con respecto a la micro circulación sanguínea local, que infiere la reducción de fluidos y meta bolitos, confiriendo mejoría en la apariencia de la piel (...)”.*

Por lo que concluyó que las prendas recubiertas con bioceramica tienen la facultad de mejorar la piel con celulitis y favorecer la circulación, mejorando considerablemente la apariencia de la piel.

3. ***“Evaluación del efecto vendaje biocerámica sobre la reducción del dolor del edema en las venas varicosas inferiores”***

Aseguró que en este estudio se realizó un examen infrarrojo, luego se aplicó un vendaje impregnado de Bioceramida con comprensión mínima durante 12 días por lo menos 8 horas diarias y, se llegó a las siguientes conclusiones:

- “(...) a. Hubo una disminución significativa en la distribución térmica de las extremidades inferiores al examen infrarrojo*
- a. *La bioceramica disminuye la fuga linfática debida a venas varicosas, reduciendo así el edema y el dolor de las extremidades varicosas.*
  - b. *Hubo disminución de la estasis venosa después del uso de la tela incorporada con biocerámica (...)”.*

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

Así mismo, concluyó que "(...) las telas impregnadas con biocerámica, en nuestro caso nylon, poseen también propiedades terapéuticas para la reducción de los edemas y el dolor de las extremidades varicosas. Si bien esta propiedad no es promocionada en la publicidad de las bermudas anticelulitis con biocerámica, es una prueba adicional de los beneficios de estas en personas con dolencias diferentes a la celulitis (...)".

**(ii) "Aumento en la circulación de la piel (favorece el flujo sanguíneo)"**

Afirmó que la radiación infrarroja larga, reflejada por la tela, parece actuar como agente fotoquímico estimulante, causando vaso dilatación de la piel, por lo que consideró que, las bermudas de nylon con biocerámica ayudan a una mejor circulación de la piel que es uno de los factores principales en la aparición o no de la celulitis.

Afirmó que el aumento en la circulación de la piel coadyuva a la extensión del metabolismo celular, ayudando a la disminución de la celulitis que aparece cuando el cuerpo es incapaz de eliminar grasa y líquido, los que se acumulan formando antiestéticos nódulos de grasa, toxinas y líquido que forman la piel de naranja.

Concluyó que el estudio demuestra que la bermuda de nylon biocerámica, al causar vasodilatador de la piel mejora y estimula la circulación, fue capaz de disminuir la celulitis, por lo que consideró que la información suministrada al consumidor respecto del producto Bermuda anti celulitis fue veraz y verificable.

**(iii) "Estimula el metabolismo"**

De igual manera, aseguró que el estudio demostró que hubo un aumento en la temperatura de la piel de los voluntarios que usaron pantalonetas bermudas de biocerámica y, por ende, que las bermudas ofrecidas estimulan el metabolismo debido a la vasodilatación que genera aumento en el flujo sanguíneo, por lo que consideró que la información suministrada fue veraz, comprobable y verificable.

**(iv) "Fomenta la pérdida de centímetros alrededor del abdomen, cadera, glúteos y muslos"**

Afirmó que "(...) a nivel histórico, la celulitis es el resultado de depósitos adiposos localizados y de edema dentro del tejido subcutáneo. Uno de los efectos que produce el uso de las bermudas de nylon con biocerámica que como hemos demostrado a lo largo del presente escrito es reducir la celulitis, y como consecuencia lógica logra disminuir ese tejido adiposo que conlleva a su vez a reducir las medidas (...)".

Así mismo, aseveró que las bermudas de nylon con biocerámica contraen las zonas del abdomen, cadera, glúteos y muslos, fomentando la pérdida de medidas en cada una de ellas, por lo que consideró que esta afirmación fue veraz y verificable.

**(v) "Disminuye el estrés"**

Aseguró que si el producto "bermudas con biocerámica" tiene la facultad de mejorar la circulación, también logra disminuir el estrés.

**ii) La impugnante afirmó que no era necesario incluir el contenido del producto en la ficha técnica del mismo.**

La recurrente afirmó que en la ficha técnica se indicó claramente el modo de uso, las advertencias para la salud, el modo de conservación de la prenda, los datos de la marca y su titular, el nombre, código y el número de identificación tributaria –NIT– del importador para Colombia.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

Luego de definir qué es impregnación, fibra textil y material textil, señaló que los Biocristales no pueden ser considerados como fibra ni como material textil, por lo que en su criterio, no era obligatorio incluir su contenido en la ficha técnica del producto.

iii) **Aseguró que existe prueba sobre la impregnación de las bermudas biocristales.**

Para efectos de demostrar que las bermudas marca SCALA que fueron promocionadas a través de groupon, están impregnadas con Biocristales, aportó unos certificados de las sociedades Rhodia Poliamida e Especialidades Ltda e Itabuna textil S/A.

iv) **Aseguró el cumplimiento del reglamento técnico sobre etiquetado de confecciones.**

Aseveró que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con el fin de reducir o eliminar el riesgo de error al consumidor, reglamentó la comercialización de confecciones mediante un etiquetado que contuviera la información mínima relacionada con datos de fabricación, importación, materiales constitutivos de las confecciones, así como las instrucciones y especificaciones para su cuidado, a través de la expedición de la Resolución 1950 de 17 de julio de 2009. Para lo cual, afirmó que dicho reglamento técnico es cumplido a cabalidad por su representada.

v) **Reprochó el monto de la sanción impuesta.**

La recurrente recriminó el criterio del beneficio económico, por considerar que el decreto de pruebas fue incompleto o impreciso, pues en él se solicitó el listado de facturas en general sin indicar que deberían ser las correspondientes a la venta del producto materia de la investigación, es decir las bermudas anticelulitis con Biocerámica, y no a la totalidad de las facturas que obviamente incluyen la venta de otros productos, pues la sociedad Isole S.A.S., no solo vende el producto objeto de investigación.

Afirmó que, para efectos de graduar la sanción, como bien lo indica la Dirección, debe tenerse en cuenta el beneficio económico obtenido de la infracción, que en este caso, si hubiese infracción, debería tomarse de la venta del producto que se deja en entredicho, no de la totalidad de los productos que vende el investigado.

vi) **Alegó inexistencia de denuncias por parte de los consumidores.**

La impugnante afirmó que a la fecha del recurso, ninguno de los consumidores que han adquirido el producto de bermudas anticelulitis con biocerámicas, han presentado denuncia de ninguna índole ante la Superintendencia de Industria y Comercio, circunstancia que debe ser considerada como un indicio fuerte de que el producto funciona y ha proporcionado los efectos que se indican en la publicidad.

Así mismo aseveró que su representada ha actuado de buena fe, ha esclarecido las dudas que le surgen a la Superintendencia respecto a los productos que importa, pues en su criterio, existen pruebas en el expediente que demuestran que lo ofertado si se cumple.

vii) **Alegó vulneración al principio de igualdad.**

Consideró que la Entidad en su función protectora debe velar porque todos aquellos participantes del mercado que estén publicitando sean objeto de investigación de oficio por parte de la Superintendencia, así:

*"(...) Así las cosas, de conformidad con el principio de igualdad que debe regir las actuaciones administrativas que todos aquellos participante del mercado que estén publicitando este tipo de productos, serán objeto de investigación de oficio por parte dela Superintendencia, incluyendo*

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

*a las grandes multinacionales que a diario y en horario triple A por televisión publicitan productos mágicos para el blanqueamiento de los dientes, para reducción de medidas, para la desaparición de las arrugas, etc. (...)*

**SEXTO: Consideraciones del Despacho.**

**a) Síntesis de los hechos.**

La presente actuación administrativa se originó de oficio con ocasión a la revisión de la publicidad en la página web de Groupon Colombia S.A.S., denominada “\$46.500 en vez de \$92.500 por bermuda anticelulitis con biocristales en talla a elegir, Incluye envío” del producto de marca “Scala BioPromise”. Por tal motivo, una vez analizada la información recaudada, se determinó el mérito para solicitar explicaciones mediante comunicación del 24 de mayo de 2012, por presunta violación al artículo 23 de la Ley 1480 de 2011.

La Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor al decidir la actuación administrativa, a partir del análisis del acervo probatorio obrante en el plenario, declaró la responsabilidad administrativa de las investigadas por violación de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011.

Por lo anterior, conforme con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, impuso una sanción pecuniaria a la sociedad GROUPON COLOMBIA S.A.S., por valor de veinte millones seiscientos treinta y dos mil quinientos pesos (\$20.632.500), equivalentes a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción. De igual manera, impuso sanción pecuniaria a la sociedad ISOLI S.A.S., por valor de diecisiete millones seiscientos ochenta y cinco mil pesos (\$17.685.000), equivalentes a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

Por su parte, mediante Resolución No. 79077 de 17 de diciembre de 2013, la misma Dirección resolvió el recurso de reposición, modificando la decisión contra ISOLI S.A.S. en el sentido de reducir el monto de la sanción a veintiocho (28) S.M.L.M.V. por reconsiderar el criterio del beneficio económico, así: “[n]o obstante, le asiste razón al recurrente frente a que el valor sentido en el criterio beneficio económico obtenido por la conducta infractora, no tuvo en cuenta las ventas del producto en cuestión, y que ese yerro probablemente se originó por la indeterminación de la resolución de pruebas. Por tal motivo, se deberá dar credibilidad a las certificaciones y soportes vistos a folios 455 a 466 del plenario y reducir el monto de la sanción impuesta”. De otra parte, confirmó la decisión impugnada y concedió los recursos subsidiarios de apelación.

**b) En relación con la liquidación y cancelación de la sociedad ISOLI S.A.S.**

Es pertinente realizar una aclaración frente a la cancelación de esta sociedad a partir del 18 de mayo de 2016, de acuerdo con el Certificado actualizado de Existencia y Representación Legal; es decir, sobre la inexistencia de la personalidad jurídica a partir de fecha posterior a la decisión sancionatoria y del acto administrativo mediante el cual se desató el recurso de reposición. Concretamente, el certificado informa lo siguiente:

CERTIFICA:

MATRICULA NO: 02198035 CANCELADA EL 18 DE MAYO DE 2016.

(...)

CERTIFICA:

QUE EL ACTA NO. 4 DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DEL 8 DE ABRIL DE 2016, POR MEDIO DE LA CUAL **SE APROBÓ LA CUENTA FINAL DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD**, FUE INSCRITA EL 18 DE MAYO DE 2016 BAJO EL No. 02104800 DEL LIBRO IX.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

CERTIFICA:

QUE, EN CONSECUENCIA, Y CONFORME A LOS REGISTROS QUE APARECEN EN LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, LA SOCIEDAD SE ENCUENTRA LIQUIDADADA. (...)”<sup>4</sup>. (Negrillas y subrayados fuera de texto).

Ahora, si bien a la fecha de esta decisión la sociedad no existe, esto no quiere decir que la presente investigación haya perdido vigencia, por cuanto, el juicio de reproche se inicia con la solicitud de explicaciones y es a partir de esa fecha, hasta la decisión de la actuación administrativa, que se debe verificar la existencia y estado del sujeto pasivo.

En ese sentido, al 24 de mayo de 2012, fecha en la cual se profirió la “solicitud de explicaciones” a la investigada ISOLI S.A.S. mediante la cual se le formuló cargos, la sociedad no se encontraba disuelta o en estado de liquidación, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal impreso ese mismo día<sup>5</sup>.

En este sentido, cabe resaltar que antes de expedirse la Resolución sancionatoria No. 13024 del 22 de marzo de 2013, así como en los recursos impetrados el 29 de mayo de 2013 por ISOLI S.A.S., no se advirtió el estado en liquidación, es decir, a esos momentos, aun la personalidad jurídica de la investigada existía; por ende, era sujeto de derechos y obligaciones y tenía vigente su capacidad jurídica tal y como lo establece el artículo 222 del Código de Comercio:

**“ARTÍCULO 222. EFECTOS POSTERIORES A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD.** Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto.

*El nombre de la sociedad disuelta deberá adicionarse siempre con la expresión “en liquidación”. Los encargados de realizarla responderán de los daños y perjuicios que se deriven por dicha omisión”.* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Conforme con lo expuesto, la declaración de responsabilidad administrativa, así como la imposición de la multa y su consecuente confirmación al desatar los recursos impetrados, son oportunas, oponibles y exigibles.

Ahora bien, la obligación de reserva se encuentra fundamentada en el artículo 245 del Código de Comercio que preceptúa:

**“ARTÍCULO 245. RESERVA EN PODER DE LOS LIQUIDADORES PARA ATENDER OBLIGACIONES CONDICIONALES O EN LITIGIO.** Cuando haya obligaciones condicionales se hará una reserva adecuada en poder de los liquidadores para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, la que se distribuirá entre los asociados en caso contrario. La misma regla se aplicará en caso de obligaciones litigiosas, mientras termina el juicio respectivo.

*En estos casos no se suspenderá la liquidación, sino que continuará en cuanto a los demás activos y pasivos. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se depositará en un establecimiento bancario”.*

<sup>4</sup> Folio 542.

<sup>5</sup> Folio 3.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

En consecuencia, tal y como se puntualizó previamente y en aplicación de la regla en cita, la decisión sancionatoria se profirió el 22 de marzo de 2013, fecha en la cual ya era cierto el monto de la sanción, pero aún no exigible, por cuanto faltaba resolverse los recursos impetrados.

En ese sentido, de acuerdo con las normas especiales del Código de Comercio, se debió crear una reserva ante la contingencia de la exigibilidad de la sanción impuesta en este procedimiento. Igualmente, por la disolución, por lo que la extinción de la persona jurídica, de acuerdo con el artículo 245 precitado, se debió depositar la reserva en un establecimiento bancario.

Precisado lo anterior y ante la procedencia de este pronunciamiento, se procede a analizar cada una de las argumentaciones expuestas por los investigados en la motivación de los recursos impetrados.

**c) Oportunidad para sustentar los recursos interpuestos.**

En cuanto a los escritos radicados en esta entidad el 10 de febrero de 2014 y 28 de mayo de 2014 (fls. 491 a 538 del cuaderno 2), por medio del cual la apoderada de la sociedad ISOLI S.A.S. dijo presentar "*COMPLEMENTO RECURSO DE APELACIÓN*", este Despacho debe precisar que se trata de unas solicitudes extemporáneas que desconocen la oportunidad que la ley ha concedido para formular la inconformidad frente a las decisiones de la administración. En efecto, el Código Contencioso Administrativo estableció un término para la interposición del recurso, que es el mismo para su sustentación y que en últimas es el momento procesal para plantear los motivos de desacuerdo con la decisión adoptada.

Sobre el particular, bien vale tomar en consideración lo dispuesto por el artículo 51 del C. C. A. que dispone:

*"De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, **o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella**, o a la desijación del edicto, o la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo."* (Destacado fuera de texto original)

Por su parte, el artículo 52 *ibídem* establece los requisitos que deben reunir los recursos, dentro de los cuales se encuentra aquél relacionado con la oportunidad y formalidad para la presentación, según el cual, los recursos de la vía gubernativa deben "***Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido; y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indicación del nombre del recurrente.***"

En consecuencia, dichas comunicaciones no pueden ser consideradas en esta instancia de la investigación, como quiera que la oportunidad para sustentar los recursos de la vía gubernativa se agotó en los términos de las normas referidas. Y no basta con modificar el encabezado del escrito del recurrente, para denominarlo "*COMPLEMENTO RECURSO DE APELACIÓN*", para revivir o restituir la oportunidad procesal que perentoriamente le obligaba a sustentar en términos de ley su inconformidad.

**d) Análisis del caso.**

Para efectos de resolver los recursos, el Despacho procederá a realizar las siguientes consideraciones, teniendo en cuenta que de la lectura preliminar de los mismos, se establece por parte de este Despacho que la discusión planteada se centra en los siguientes argumentos, los cuales se reagrupan, en atención al principio de economía procesal, por coincidir algunos de los argumentos de disenso: i) solicitudes probatorias realizadas por las investigadas en el acápite de pruebas de los escritos de los recursos; ii) que la información suministrada en la publicidad cumplió con las condiciones de veracidad y verificabilidad.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

Posteriormente, de acuerdo con la sustentación del recurso de apelación impetrado únicamente por ISOLI S.A.S., serán abordados los argumentos que se describen a continuación: iii) proporcionalidad de la sanción; iv) inexistencia de denuncias por parte de los consumidores, y v) violación al principio de igualdad.

**i) En relación con la solicitud probatoria efectuada en los recursos por los investigados.**

Las garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política, incluyen la facultad del sujeto pasivo de aportar y solicitar pruebas durante toda la actuación administrativa.

En el presente caso, las recurrentes solicitaron que se tuvieran en cuenta las pruebas relacionadas en el acápite de "pruebas", frente a las cuales se advierte que ya han sido valoradas a lo largo de la presente actuación administrativa. En la misma vía, serán valoradas por esta instancia en armonía con los demás elementos probatorios existentes.

**ii) En relación con la información suministrada en la publicidad.**

En la Ley 1480 de 2011 se dispone lo siguiente:

**"Artículo 23. Información mínima y Responsabilidad. Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan (...)"**. (Subrayas y negritas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, existe un derecho en favor de los consumidores establecido en el numeral 1.3 del artículo 3 de la Ley 1480 de 2011, de obtener información **completa, veraz, transparente, oportuna, verificable**, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan.

Por lo tanto, al exigirse que la información comercial que se transmita cumpla con dichos elementos, se establece que aquélla debe ser real y no debe conducir a error al consumidor. En consecuencia, en dicho régimen si la información que el proveedor emplea no corresponde a la realidad o induce o puede inducir a error al consumidor, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

El artículo 23 ibídem, exige que la información que se brinde al consumidor acerca de los componentes, los usos, el volumen, peso o medida y propiedades de los bienes y servicios que ofrezcan, deberá ser aquella que ordinaria o regularmente se considera necesaria o idónea, para que el consumidor se forme una opinión acerca del producto<sup>6</sup> y tome una decisión de si acepta o rechaza el mismo.

En este sentido, se advierte que el deber de informar impone a quien tiene la calidad de productor, expendedor o proveedor, comercializador o importador<sup>7</sup> que indique a las personas con las que se relaciona o puede llegar a relacionarse los "[a]spectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro si dichos datos no se suministran. Desde el punto de vista normativo es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, **que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para**

<sup>6</sup> De conformidad con lo establecido en el numeral 8 del Artículo 5° de la Ley 1480 de 2011 producto es todo bien o servicio.

<sup>7</sup> Cfr. Respecto de los importadores, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 10 de marzo de 2005, proferida dentro del expediente No. 689-01 de 2005, C. P. María Claudia Rojas Lasso.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

**evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generar en la otra parte si éstos no son suministrados**<sup>8</sup>. (Resaltado fuera de texto).

Especialmente, en relación con el contenido de la publicidad es pertinente advertir que el anunciante que decide incluir información del producto en la pieza publicitaria, debe asegurar que la misma se suministre en cumplimiento de las características que ella debe tener conforme con la ley y que el mensaje en su conjunto no induzca en error al consumidor sobre las prestaciones del servicio que ofrece, **por lo que es a ese momento, cuando se emite la publicidad, que se analiza la conducta.**

Cabe indicar que la potencialidad de la inducción a error corresponde a que la decisión de consumo de muchos consumidores se puede ver afectada, sin que necesariamente se vea reflejada en la adquisición del producto o servicio, porque incluso puede generar la no compra de dicho bien, o adquirir otro, entre otras muchas hipótesis que se pueden presentar.

Es importante recordar que la publicidad forma parte de nuestra vida cotidiana a fin de persuadir o convencer al público para que adquiera, utilice o compre un bien o servicio, o bien para que actúe en cierta forma; empero, de la publicidad no se puede hacer uso para deformar, mentir u ocultar información relevante y más si lo que se busca con ella es dar a conocer los efectos y resultados de un producto que de contera resulta no comprobada. Es ante este tipo de publicidad engañosa que se busca también protección.

En efecto, frente a la publicidad objeto de investigación: "\$46.500 en vez de \$92.500 por bermuda anticelulitis con biocristales en talla a elegir. Incluye envío", donde se afirmaba que: "fomenta la pérdida de centímetros alrededor del abdomen, cadera, glúteos y muslos", "favorece el flujo sanguíneo, ayuda a disminuir la celulitis, estimula el metabolismo y contribuye a reducir el estrés", "la prenda es de color beige, carece de costuras y contiene biocristales activos", cuando la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor solicitó a la investigada que soportara sus afirmaciones, la misma no allegó información que correspondiera con lo anunciado.

En este orden de ideas, se desprende que cuando se utilizan promesas y resultados de un producto, estos resultados deben ser comprobados ante esta Superintendencia. Recuérdese, que las afirmaciones objetivas están sujetas a ser verificadas y comprobadas, y resulta apenas razonado que dicha prueba la tenga quien realiza los ofrecimientos, pues, de no ser así, de no conocer el anunciante las características y los verdaderos atributos del producto que exhibe al público, inclusive, desde antes de entrar a comercializarlo, la confianza del consumidor en la veracidad del mensaje resultaría defraudada, tal como se concluyó en este caso, ante la imposibilidad de la investigada de probar que las afirmaciones objetivas contenidas en la información comercial fueron ciertas.

Sobre las pruebas presentadas en materia de publicidad, en tesis compartida por esta Superintendencia, se trae a colación sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Perú- INDECOPI-, que indicó:

*"Por otra parte, debe tenerse en consideración que las pruebas presentadas por las partes en el marco de un procedimiento deben cumplir otros requisitos de validez propios de los estudios científicos, además de ser preconstituidos, para generar convicción respecto de la veracidad de sus conclusiones. (...)"*<sup>9,10</sup>.

<sup>8</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. 2009. Página 205.

<sup>9</sup> Ver el capítulo titulado "Designing a Good Experiment", *ibidem*; pp. 85-93.

<sup>10</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución 3283-2010/SC1-Indecopi. Expediente 171-2009/CCD.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

Sobre el punto, se debe decir que el *a quo* sustentó debidamente la sanción administrativa en la carencia de soportes que demostraran la veracidad y suficiencia de las afirmaciones objetivas y beneficios del producto "Bermuda anticelulitis con biocristales". Lo anterior, acorde con las reglas de apreciación probatoria y las responsabilidades del investigado por no acreditar la veracidad de sus proclamas, en congruencia con lo manifestado por el Consejo de Estado:

*"(...) En contraposición, los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba sostienen que en virtud del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, **el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos, la parte que incumpla tal obligación debe asumir las consecuencias adversas por su omisión probatoria**, (...) pues a términos del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, el juez puede deducir indicios de la conducta procesal asumida por las partes"<sup>11</sup>.*

Precisamente, tratándose de un empresario formal, que tiene la responsabilidad de llevar en regla sus documentos como comerciante, resulta increíble que no esté en capacidad siquiera de suministrar una prueba documental elemental que acredite que lo informado correspondía a la realidad.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que el empresario tiene que controlar todo su sistema de producción, distribución e información (asume el llamado "riesgo empresarial"<sup>12</sup>), lo razonable es exigir a la sociedad investigada que allegara el estudio, prueba o fundamento científico que respaldara la afirmación contenida en la publicidad señalada, según la cual la "bermuda anticelulitis con biocristales (...)", "fomenta la pérdida de centímetros alrededor del abdomen, cadera, glúteos y muslos", "favorece el flujo sanguíneo, ayuda a disminuir la celulitis, estimula el metabolismo y contribuye a reducir el estrés", "la prenda es de color beige, carece de costuras y contiene biocristales activos", dado que la obligatoriedad de probar estos hechos para la empresa resulta incuestionable, como quiera que dicha información es necesaria para garantizar que lo ofrecido corresponde con la realidad y no induce de manera alguna a error.

De este modo, el Despacho considera que las pruebas presentadas por la sociedad sancionada no arrojan ningún elemento de juicio frente a la veracidad de la información en cuanto los beneficios del producto Bermuda con Biocristales, ya que de ninguna manera logran desvirtuar las razones que derivaron en la imposición de la sanción administrativa por parte de esta Entidad.

#### **a) Valoración probatoria.**

En atención a que las apelantes alegan que las pruebas aportadas por sus representadas al expediente fueron idóneas para demostrar los efectos del producto cuestionado y se le violaron en sus criterios los principios de buena fe e inocencia, se procederá a verificar si la conclusión a la que llegó la Dirección, esto es, que los estudios allegados por las investigadas carecen de idoneidad y conducencia, en la medida que solo versan sobre uno de los elementos del producto - ingrediente biocristales - y no sobre el producto en sí de marca "Scala Biopromise", fue la correcta; para ello, se abordarán los requisitos de las pruebas y los principios aludidos como violados para luego entrar a analizar el caso concreto.

Pues bien, la prueba radica, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado en "un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad" y agrega que "antes de emplear un medio para conseguir el fin que se persigue **es de rigor convencerse de la idoneidad del medio mismo**; de otra suerte se corre el riesgo de no descubrir la verdad que se busca"<sup>13</sup>. (Resaltado fuera del texto original).

<sup>11</sup> Sentencia del Consejo de Estado, de fecha 8 de junio de 2011. M.P. GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ. Rad. No. Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09829-01(17990).

<sup>12</sup>Cfr. SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Estudios de Responsabilidad Civil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2002.

<sup>13</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección "A" CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del 20 de septiembre de 2007, Radicación 25000-23-25-000-2004-05226-01(0864-07).

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

Por lo que es claro para esta misma corporación que *“por valoración o evaluación de la prueba, debe entenderse el conjunto de operaciones mentales que debe cumplir el juez al momento de proferir su decisión de fondo para conocer el mérito o valor de convicción de un medio o conjunto de medios probatorios”*<sup>14</sup>.

En igual sentido, la Corte Constitucional expuso que la función de la prueba en un proceso es la verificación de un juicio:

*“En relación con la función de la prueba, uno de los grandes inspiradores del Derecho Procesal Civil, expresó:*

**Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación; cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado.** Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones.

*Prueba, como sustantivo de probar, es, pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento, sino un quid sensible en cuanto sirve para fundamentar una razón*<sup>15</sup><sup>16</sup>.  
(Destacado fuera del texto original).

Así las cosas, no se necesita únicamente allegar oportunamente las pruebas que se pretenden hacer valer dentro de un proceso, inclusive en un proceso administrativo sancionatorio, sino que dichas pruebas deben ser acordes con el asunto objeto del mismo, esto es, que sean eficaces o idóneas a lo que es objeto de estudio, así lo manifestó el Consejo de Estado:

*“De lo anterior se concluye que todas las pruebas a que se ha hecho mención son inconducentes pues no tienen objeto idóneo y a este particular se relievra (sic) que es principio general admitido por los doctrinantes **que aun cuando el medio de prueba esté determinado y admitido por la ley, no basta para que el juez tenga, sin más, que admitirlo; es necesario que se convenza de la pertinencia y eficacia de la prueba misma, o sea de su idoneidad.** Planiol y Ripert expresan a este particular: “El derecho de probar sólo existe a condición de que la prueba sea útil, es decir, de la pertinencia de los hechos que vayan a probarse. Aquellos hechos cuya prueba es admisible, han de ser pertinentes, esto es, de tal naturaleza, que influyan de modo más o menos decisivo en la solución del litigio en que se aleguen.*

(...)

*El citado doctor Devis Echandía dice con relación al requisito de la utilidad de la prueba que ésta “debe ser útil desde el punto de vista procesal, es decir que debe prestar algún servicio, ser necesaria o por lo menos conveniente para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos Principales o accesorios sobre los cuales se base la pretensión contenciosa o se funda la petición del proceso voluntario o del incidente, esto es, que no sea completamente inútil. Se persigue el mismo doble fin que con los requisitos de la conducencia y pertinencia de la prueba”*<sup>17</sup>. (Destacado fuera del texto)

Por otra parte, en relación con el principio de la buena fe la Corte Constitucional ha indicado que este debe ser tenido en cuenta por los jueces como fundamento de sus fallos y como elemento

<sup>14</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección “A”. CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del 31 de enero de 2008, Radicación 73001-23-31-000-2002-01141-01 (1490-06).

<sup>15</sup> CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina, 1944, Tomo II, Ps. 398-399.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C-202 del 8 de marzo de 2005. Expediente D-5336. M.P. JAIME ARAUJO RENTERIA.

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Sala de Conjuces. CP. Gabriel de Vega Punzón, del 28 de noviembre de 2012, radicado No. Expediente 2007-00618 (No. INTERNO 0772-2010), y que cita a la siguiente sentencia del Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, CP. Jorge Velásquez del 30 de junio de 1967.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

de interpretación; sin embargo, no conlleva de ningún modo que su empleo pueda reemplazar el contenido del derecho aplicable.

*"El juez debe siempre tener como fundamento de su fallo las disposiciones jurídicas relativas al caso; **el principio de buena fe no puede reemplazar el derecho aplicable**, aunque sí debe ser una guía en la lectura, interpretación y aplicación del mismo, puesto que los deberes de lealtad, claridad, equilibrio, solidaridad y colaboración, entre otros, están implícitos en cualquier relación contractual –aunque con un contenido específico de acuerdo a la naturaleza de la misma-, de manera que aunque las partes no los mencionen en las cláusulas contractuales, sus actuaciones deben realizarse y ser valoradas teniendo en cuenta dichos postulados"<sup>18</sup>.*  
(Resaltado fuera de texto)

En este sentido, se reitera que las previsiones contenidas en el Estatuto del Consumidor, en relación con la veracidad y suficiencia frente a las condiciones objetivas de la información que se anuncia, buscan evitar que los consumidores estén expuestos a tomar decisiones con fundamento en una información insuficiente. Por lo que esta Superintendencia no discute la buena fe con la que procedió el investigado ISOLI S.A.S., pero las normas de protección al consumidor, que son normas de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, propenden por la protección especial de los consumidores en razón de la asimetría existente con los comercializadores y/o productores, la cual ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia.

Por otra parte, según la recurrente fue conculcado el debido proceso por la Dirección al proferir la decisión objeto de impugnación, por cuanto la misma se profirió sin una debida motivación, ya que la sanción debió sustentarse en todos los estudios allegados que demuestran, en su criterio, los beneficios del producto y, en consecuencia, la inexistencia del engaño.

Así las cosas, es pertinente recordar que si bien es aplicado en este tipo de actuaciones y en general al procedimiento administrativo sancionador, el principio de presunción de inocencia, esto no indica que, como lo hacen entender las recurrentes, para ser desvirtuada dicha presunción solo pueda hacerse a través de las pruebas allegadas – estudios sobre el ingrediente biocristales-, dando a entender que en esta clase de procedimientos y frente al tema investigado se estuviera ante una tarifa legal o prueba tasada<sup>19</sup>.

Afirmación previa que no es acertada, en tanto que, del análisis del Decreto 01 de 1984, de la Ley 1480 de 2011 y en general de todas las normas que integraban el derecho del consumidor para la época de los hechos, lo que se establecía y aún permanece incólume, es que el operador administrativo a partir de la valoración conjunta de todo el material probatorio recaudado a lo largo del trámite, pueda llegar a un estado de convicción o certeza que derive en desvirtuar o confirmar la presunción de inocencia.

Es decir, debido a la inexistencia de una tarifa legal en materia probatoria, lo que subyace es la libertad reglada del operador para dirigir y ejercer la actividad probatoria a partir del decreto a petición o de oficio, de pruebas, o de negar la práctica de las mismas. Así lo ha indicado la Corte Constitucional:

*"La autoridad titular de la competencia no necesariamente está obligada a decretar y a practicar todas las pruebas solicitadas, sino las que sean pertinentes y conducentes para garantizar el derecho de defensa y el logro de la finalidad perseguida con la actuación administrativa. Por lo tanto, podrá negar la práctica de pruebas, cuando ellas carezcan de la aptitud o de la utilidad necesarias para que puedan servir de soporte a la adopción de la correspondiente decisión. La decisión de la autoridad en el sentido de no acceder al decreto de una prueba dentro de la*

<sup>18</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-537 del 6 de agosto de 2009. Expediente T-1.954.426. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>19</sup> "ij) El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él." Corte Constitucional. Sentencia C-202 del 8 de marzo de 2005. Expediente D-5336. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

*actuación administrativa, debe producirse con anterioridad a la adopción de la decisión; dado que ésta sólo debe pronunciarse cuando se haya oído al interesado y obren dentro del proceso las pruebas necesarias para tomar una resolución ajustada al derecho y a la equidad*<sup>20</sup>.

En este orden de ideas, no existió ninguna pretermisión o vulneración de los derechos procesales de los investigados, sino lo que acaeció fue que en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley *a quo*, a través del análisis de la conducencia, pertinencia e idoneidad de las pruebas aportadas se resolvió la solicitud de las mismas, teniendo como tales los documentos aportados por las investigadas (estudios relacionados con el ingrediente biocristales).

Aunado a lo anterior, con la valoración conjunta de las pruebas documentales recaudadas al presente procedimiento, se logró, por parte del *a quo*, desvirtuar la presunción de inocencia de las sociedades investigadas, al corroborar la existencia de información no adecuada respecto del producto "*Bermudas Anticelulitis*".

Es de reiterar que el principio de presunción de inocencia debe conjugarse con la determinación de la carga probatoria, la cual es de especial particularidad en esta área del derecho de protección al consumidor, por cuanto la misma se invierte, correspondiéndole al investigado aportar los medios de convicción necesarios para demostrar, en grado de certeza, la veracidad de lo informado en la publicidad desplegada en determinado producto.

Así pues, por regla general cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones, con las excepciones establecidas en la ley. Lo cual se aplica desde el Derecho Romano, conforme con los aforismos "*onus probandi incumbit actori*", o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, y "*reus in excipiendo fit actor*", es decir que el demandado cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar los hechos en que funda su defensa.

En el ordenamiento colombiano esta regla está prevista en el campo del Derecho Privado en los Arts. 1757 del Código Civil, en virtud del cual "*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*", y 177 del Código de Procedimiento Civil<sup>21</sup>, según el cual "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*". En esta misma línea lo ha manifestado reiteradamente el Consejo de Estado<sup>22</sup>, y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Magistrada Ponente María del Rosario Gonzales de Lemos, cuando afirmó que: "**[[los medios de convicción impetrados por los intervinientes deben guardar relación con los aspectos a revisar por la Sala al emitir su concepto: de no ser así, carecen de conducencia, pertinencia o utilidad, requisitos que todo medio probatorio debe ostentar para aspirar a su aducción como prueba dentro del proceso o trámite respectivo]]**". (Destacado fuera del texto)

Por lo que es claro para este Despacho que a diferencia de lo asegurado por las investigadas, la idoneidad<sup>23</sup> alude es a la capacidad del medio probatorio para demostrar la verdad de los hechos investigados.

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia T – 1395 del 17 de octubre de 2000. Expediente: T – 265773. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>21</sup> Aplicable al análisis probatorio de la presente investigación en consideración a la fecha de los hechos.

<sup>22</sup> "Las partes deben probar las afirmaciones expuestas en los escritos presentados ante el Tribunal, a través de los medios probatorios establecidos en la ley para llevar al convencimiento al Juzgador - artículo 175 del C.P.C. - sobre los hechos expuestos en la demanda; pues el Juez de conocimiento debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 174 del C.P.C.), siempre que sean conducentes, pertinentes y útiles para la decisión del mismo" [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B, CP Bertha Lucía Ramírez de Páez, del 23 de julio de 2009, Radicación 25000-23-25-000-2007-00460-02(0071-09)].

<sup>23</sup> En igual sentido en Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. María Elena Giraldo Gómez, 26 de enero de 2006. Expediente No. 52001-23-31-000-2002-00057-02(AP) se expuso que "*en otro aspecto probatorio, la conducencia dice de la aptitud legal del medio para probar un hecho; la pertinencia se refiere a la relación de la prueba con lo debatido, y la idoneidad alude a la capacidad del medio probatorio*".

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

Es importante aclarar que cuando se hacen proclamas que aluden a determinados resultados objetivos por el uso de un producto, es necesario contar con un respaldo científico previo a su comercialización, el cual debe además estar disponible a solicitud de la autoridad, en este caso, de la Superintendencia de Industria y Comercio. En efecto, esta regla resulta elemental pues no se puede aspirar a que las afirmaciones objetivas sobre los atributos de un determinado producto, se entiendan verificadas dentro de una investigación administrativa con la sola afirmación que en tal sentido se presente, pues esa comprobación debe llevarse a cabo por el empresario en forma previa al anuncio de los atributos del producto que ofrece, quien solo así estaría en capacidad de saber sobre la veracidad de las proclamas que difunde en relación con el mismo. En otras palabras, las proclamas objetivas de un bien deben estar precedidas de un respaldo científico.

Lo anterior no es una postura que resulte excesiva pues, a manera de ejemplo y sin que constituya fundamento de esta decisión, la misma regla se establece frente a afirmaciones o frases objetivas susceptibles de ser comprobadas en el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria conforme al cual *"el anunciante debe poseer las pruebas con anterioridad a la difusión"* que hace referencia a elementos de convicción técnicos y de laboratorio, y advierte que *"Los anuncios sólo podrán utilizar información científica claramente identificada, comprobable y necesaria para la demostración **de calidades objetivas del producto**. El anuncio no contendrá, así sea en forma implícita, promesa científica ficticia o distorsionada"*<sup>24</sup>. (Destacados fuera de texto)

En este orden de ideas, si se tiene en cuenta tanto la Sentencia C-1141 de 2000<sup>25</sup>, como los mandatos normativos referidos y, adicionalmente, las valoraciones realizadas para el caso concreto, resulta totalmente fundado concluir **que es a la investigada** a quien le corresponde asumir **la carga de la prueba** respecto a la efectividad del producto, correspondiéndole probar la información entregada en los anuncios publicitarios a los consumidores, probándose que los mismos estén acordes con la realidad, ya que dicha información resulta vital para adoptar la decisión de comprar un producto. Así mismo, lo manifestó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuando analizó el alcance del artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la sociedad Intermarketing Direct S.A., contra una decisión de esta Entidad, referente al producto Revertrex:

*"b) De conformidad con el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982 [transcripción de dicho artículo]... de lo que se desprende, de manera clara, que es al productor o proveedor a quien le corresponde realizar los estudios técnicos o científicos necesarios que constituyan el sustento de la información que con posterioridad va a ser proporcionada a los consumidores, que **en este caso concreto era a la parte actora a quien le correspondía probar que el producto ofrecido cumplía con lo que se estaba anunciando ya que la veracidad está relacionada con la comprobabilidad la cual debe anteceder a la divulgación de la información o a la publicidad**, hecho que en este caso concreto no ocurrió puesto que como se anotó la parte actora no allegó prueba técnico o científica que demostraran los beneficios anunciados con el producto Revertrex.*

<sup>24</sup> Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, artículos sexto y décimo octavo.

<sup>25</sup> Cuando la Corte Constitucional se refirió a la dimensión procesal en materia de Derecho del Consumo, hizo énfasis en que es una normatividad de especial protección [las cargas procedimentales impuestas al consumidor, que no podían ser tales que obstruyeran el acceso a la justicia de estos. Así, el tradicional diseño para imputar responsabilidad a algún sujeto sólo se vería modificado en todo aquello que resultara ser excesivo para el consumidor (v.gr. la prueba de elementos técnicos y especializados). En esta sentencia sobre la carga de la prueba se expresó: "(...) El empresario profesional, en este caso, es el sujeto que debe enfrentar y soportar un juicio de imputación de responsabilidad, no por tratarse propiamente de un riesgo de empresa, sino fundamentalmente por el hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso. El defecto cuya prueba compete al perjudicado, no es el error de diseño o intrínseco del producto, cuyo conocimiento difícilmente puede dominar o poseer el consumidor; lo es la inseguridad que se manifiesta con ocasión del uso al cual está destinado. Probado el defecto resulta razonable suponer que la responsabilidad corresponde al empresario que controla la esfera de la producción, la organiza, dirige y efectúa el control de los productos que hace ingresar al mercado y, por ende, para liberarse debe éste a su turno demostrar el hecho que interrumpe el nexo causal. "(...) La posición del consumidor no le permite conocer en detalle el proceso de producción, más aún si éste se desarrolla en condiciones técnicas que solamente son del dominio del empresario industrial. La ley, por lo tanto, desconoce las circunstancias de inferioridad del consumidor cuando, en estos supuestos, exige a la persona perjudicada con un producto defectuoso, puesto en circulación por un empresario profesional, cargas adicionales a la prueba del daño, del defecto y del nexo causal entre este último y el primero, puesto que acreditado este extremo, corresponderá al empresario demostrar los hechos y circunstancias que lo eximan de responsabilidad y que, en su caso, conforme a las reglas legales y a las pautas jurisprudenciales, le permitan excluir la imputabilidad causal del hecho dañoso sufrido por aquélla." [Corte Constitucional. Sentencia C-1141 del 30 de agosto de 2000. Expediente D-2830. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.]

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

*Debe resaltarse, además, como se expuso en los actos acusados (fls. 78 cdno, no. 1), que la puesta en el mercado de un producto sin previo análisis científico que demuestre los beneficios enunciados no solo es irresponsable sino que pone en riesgo a los consumidores y, además, abriría la puerta para que los productores y proveedores pongan y anuncien en el mercado productos y servicios de los que se desconocen sus características, funciones y restricciones de uso, poniendo en riesgo la vida y la integridad de los consumidores<sup>26</sup>. (Destacados fuera de texto).*

Carga probatoria que debe dirigirse a demostrar los elementos objetivos de la publicidad, por cuanto sólo respecto de estos es posible transmitir información veraz y real o, por el contrario, engañosa o no coincidente con la realidad. Es pertinente traer a colación, la determinación por parte de la doctrina especializada de unos criterios para identificar cuando se está ante uno u otro elemento:

- *“Las afirmaciones que se refieren a características, cualidades o atributos del producto y que cumplen una función informativa tendiente a proporcionar al consumidor argumentos que lo guíen en su decisión de compra, son calificadas como objetivas, pues son factibles de ser comprobadas y pueden generar engaño en el consumidor.*
- *Los slogans o juicios estimativos que se limitan a expresar la opinión del anunciante, son considerados afirmaciones subjetivas no comprobables, debido a que no se refieren a ningún hecho.*
- *El contexto de todo el anuncio es relevante en la determinación de cuando una afirmación es objetiva o cuando es subjetiva.*
- *Finalmente, la percepción del consumidor es esencial en la calificación, pues si éste entiende que una afirmación es comprobable, y no simplemente la opinión del anunciante, la calificación resultante será que se trata de afirmaciones objetivas, sujetas de ser verificadas<sup>27</sup>.*

En este sentido, el *a quo* a partir de la valoración probatoria de los diferentes elementos de la publicidad realizada sobre el producto Bermuda de marca “Scala Biopromise”, estableció las siguientes proclamas que se refieren a elementos objetivos y por lo tanto que debieron ser probados o sustentados por la investigada:

| PRODUCTO                          | PROCLAMAS O BENEFICIOS ANUNCIADOS  |
|-----------------------------------|--|
| Bermuda de marca Scala Biopromise | <i>“Bermuda anticelulitis con biocristales”</i>  |
|                                   | <i>“Fomenta la pérdida de centímetros alrededor del abdomen, cadera, glúteos y muslos”</i>                                     |
|                                   | <i>“Favorece el flujo sanguíneo, ayuda a disminuir la celulitis, estimula el metabolismo y contribuye a reducir el estrés”</i> |
|                                   | <i>“(…) contiene biocristales activos”</i>   |

Tabla No. 1

Proclamas y/o elementos objetivos de la publicidad señalados por el *a quo* que se adecuan a los criterios de identificación establecidos previamente, por lo que el Despacho debe corroborar su efectividad, por cuanto los mismos son aseveraciones verificables que el investigado debió probar.

De acuerdo con lo anterior, al analizarse las diferentes intervenciones de las investigadas a lo largo de la presente investigación y en especial de las pruebas allegadas por estas, se establece que la carga probatoria de las sociedades no fue cumplida, por cuanto con las probanzas

<sup>26</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección primera Subsección B. 5 de noviembre de 2015, Actor Intermarketing Direct S.A. contra Superintendencia de Industria y Comercio. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – Apelación Sentencia. Expediente No. 11001-33-34-001-2013-00112-01.

<sup>27</sup> Jaeckel Kovacs, Jorge. Publicidad engañosa y publicidad comparativa. Artículo publicado en: Revista Foro del Jurista. Derecho de los mercados. Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. ISSN 0121-0335. Número 24. 2003. Pág. 87.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

allegadas no se lograron sustentar la veracidad de las proclamas antes identificadas, tal y como fue considerado por el *a quo* y verificado por esta instancia.

Como se referenció previamente, las pruebas que fueron allegadas con los memoriales de las investigadas a través de los radicados el 7 de junio de 2012 y 6 de diciembre de 2012, concretamente con el escrito de respuesta a las solicitudes de explicaciones, los cuales fueron relacionados nuevamente en los escritos de recursos presentados por las sancionadas pero ya allegados con su respectiva traducción, se encuentran las siguientes pruebas algunas coincidentes entre ellas, así:

| Pruebas aportadas por las investigadas con los escritos de los recursos y que corresponden a los mismos allegados con los descargos, pero esta vez con la debida traducción                             | Pruebas aportadas por GROUPON COLOMBIA S.A.S. | Pruebas aportadas por ISOLI S.A.S. |
|---|---|------------------------------------|
| 1. "Certificación de Rhodia Poliamida e especialidades Ltda.", (fl. 451)  |   | x                                  |
| 2. "Ficha técnica del producto hilo con bio cristales", (fls. 452 y 453)  |   | x                                  |
| 3. "Estudio comparativo mediante imagen infrarroja del efecto inmediato de pantalonetas bermuda compresoras hechas de poliéster y nylon y bioceramica trafil/scala". (fls. 209 a 251; 342 a 384)        | x   | x                                  |
| 4. "Artículo "Un análisis al azar, doble ciego que prueba la tolerabilidad y la eficacia de un Novel Agente Tópico con y sin oclusión para el tratamiento de la celulitis". (fls. 285 a 301; 387 a 403) | x   | x                                  |
| 5. "Estudio Comparativo de la acción contra celulitis que emplea técnicas de evaluación modernas objetivas". (302 a 305; 404 a 407).  | x   | x                                  |
| 6. "Certificación del contador de Isoli S.A.S." (fl. 455)   |   | x                                  |
| 7. "Etiqueta de la prenda" (fl. 468)  |   | x                                  |
| 8. "Estudio presentación efectos infrarrojo". (fls. 252 a 284; 420 a 450; 385 y 386)"   | x   | x                                  |
| 9. "Presentación BioFir-Trifil" (fls. 306 a 317; 408 a 419)"  | x   | x                                  |
| 10. "Facturas de venta (fls. 457 a 466)   |   | x                                  |

Tabla No. 2

Del análisis de estos artículos, se advierte que en ellos lo que se demuestra son los conceptos especializados de cada uno de los autores frente a los beneficios de uno de los ingredientes del producto objeto de investigación, pero no del producto en sí investigado.

Igualmente, estas pruebas documentales relacionadas, no aportan el grado de convicción necesario para establecer que las afirmaciones objetivas identificadas corresponden a la realidad del producto ofrecido, por cuanto en los mismos estudios no se analizan las características, componentes, beneficios y/o efectos del producto Bermuda con biocristales de marca "Scala Biopromise", el cual es el que se investiga.

En otras palabras, las pruebas aportadas y relacionadas con los escritos de los recursos impetrados por las investigadas no resultan idóneas frente a la veracidad y comprobabilidad de las proclamas asociadas al producto ofertado, pues no puede entenderse así cuando aluden en forma separada a uno de sus componentes. En efecto, lo que se observa es que las conclusiones derivadas de la literatura allegada se refieren a uno de sus componentes, considerados de manera aislada más no frente al producto como tal, lo que denota una evidente ausencia de elementos de juicio adecuados para sustentar las afirmaciones de la información comercial. Lo anterior, por cuanto ninguno de los estudios presentados por los aquí investigados, se refieren de manera expresa al producto en cuestión.

De este modo, se concluye que no se encuentran probados los beneficios del producto anunciados en la información comercial, y menos con el análisis de las palabras realizadas por GROUPON COLOMBIA S.A.S., que contienen la publicidad, tales como: "fomentar", "favorecer", "ayudar", "contribuir" y "estimular", lo cual implica para los consumidores su exposición a información que no cumple con los requisitos contenidos en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor–.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

Así las cosas, el Despacho advierte que dichas piezas procesales le permitieron a la Dirección sustentar su decisión de sancionar a las investigadas, pues precisamente lo que es objeto de reproche es la ausencia de fundamento probatorio que sustente los beneficios anunciados en la información del producto Bermuda con biocristales de marca "Scala Biopromise" comercializado por las sociedades recurrentes.

Por lo tanto, la exigencia que la ley le impone al juzgador en el cumplimiento de la tarea de apreciar las pruebas, no supone en manera alguna que de su valoración, el fallador deba acoger las pretensiones de quien aporte las pruebas.

Ciertamente, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil establece que las pruebas deben ser apreciadas en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. En tal sentido, se ha pronunciado la más autorizada doctrina en los siguientes términos<sup>28</sup>:

*"La sana crítica es, entonces, un razonamiento lógico o analítico, con varios principios de los que se vale tales como identidad, contradicción, tercero excluido y el de razón suficiente.*

*Ahora bien, la reconstrucción de los hechos se realiza por vía de inducciones que se confeccionan en la mente del juzgador a partir de las pruebas.*

*En tal sentido, se parte de los hechos (enunciados y descripciones de hechos), las disposiciones (la norma concreta) y el sentido (la valoración según las reglas de la sana crítica).*

***En esta tarea, el fallador tiene el deber de encontrar una hipótesis de valoración de la prueba que, en su criterio, refleje acertadamente los hechos.*** De allí que se señale que la valoración de la prueba no es deductiva, sino inductiva; es la búsqueda de la hipótesis que parece más correspondiente con los hechos". (Destacado fuera del texto original)

En consecuencia, es claro que no se encuentra probanza aportada por las propias investigadas de los beneficios o resultados anunciados en la publicidad, lo que deriva en que los mismos no corresponden a la realidad del producto Bermuda con biocristales de marca "Scala Biopromise"; por lo que se corroboró la infracción en que se incurrió por parte de las sociedades GROUPON COLOMBIA S.A.S. e ISOLI S.A.S., por la omisión de verificabilidad de los elementos objetivos resaltados en la tabla No. 1, razón por la cual, el presente cargo no prospera.

### iii) En relación con la proporcionalidad de la sanción.

En el ejercicio de la potestad sancionadora, el Estado está habilitado para imponer sanciones correctivas destinadas a castigar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias<sup>29</sup>; por lo que los efectos derivados de la sanción "es una carga a la cual está obligada a soportar como resultado de su no acatamiento a las disposiciones reglamentarias"<sup>30</sup>.

Ahora bien, esta potestad sancionadora se encuentra delimitada, entre otras formas, con la aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad; respecto de este último mandato de optimización, aplicado al momento de la graduación de la sanción<sup>31</sup>, en términos generales

<sup>28</sup> COUTURE, Eduardo J. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Tercera Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979, pp. 225 a 227.

<sup>29</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-853 del 17 de agosto de 2005. Expediente: D- 5637. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>30</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección "A". Bogotá D.C., Sentencia del 27 de enero de 2005. Expediente N 2001 - 0066 Magistrada ponente: Susana Buitrago Valencia.

<sup>31</sup> De acuerdo con la doctrina especializada, existen dos momentos en los cuales se aplica el principio de proporcionalidad, el primero es la congruencia entre la falta y la sanción dispuesta por el legislador, es decir, es un análisis en abstracto de la norma; el segundo momento, su aplicación en la sanción, el cual es el caso objeto de análisis. Para corroborar y ampliar lo afirmado Ver. Tirado Barrera José Antonio "Principio de Proporcionalidad y Sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. Artículo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 67 del 2011. PP 457 - 467., Ramírez-Torrado, María-Lourdes, "Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano", Revista Estudios Socio-Jurídicos, enero - junio 2010, volumen 12(1), Registro ISSN 0124-0579 ISSN 2145-4531. Pp. 155-172. López González José Ignacio. "El Principio de Proporcionalidad en

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

establece que el operador administrativo debe *"guardar una debida proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la sanción impuesta"*<sup>32</sup>.

En esta misma línea, la proporcionalidad *"(...) no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos"*<sup>33</sup>; igualmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-564 de 2000, analizó el principio de proporcionalidad de la sanción y expuso lo siguiente:

*"(...) Sin embargo, el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto. Al respecto, se lee en 'Derecho Administrativo Sancionador' de Alejandro Nieto:*

*'Este sistema de correspondencia entre sanciones y grupos de infracciones es una característica muy singular del derecho administrativo sancionador, puesto que lo propio del Derecho Penal es la correlación individualizada de delitos y penas... se trata de que con ella pueda superarse la dificultad técnica de individualizar normativamente varios miles de infracciones, que en el Código Penal no existe por el reducido número de delitos y faltas que se tipifican (...)'*<sup>34</sup>.

Conforme con lo citado, este principio encuentra su desarrollo normativo en la creación por parte del legislador de los criterios para graduar la sanción a imponer, los cuales, para el caso en estudio, se encuentran en el parágrafo 1° del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, a saber:

1. *"El daño causado a los consumidores;*
2. *La persistencia en la conducta infractora;*
3. *La reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor.*
4. *La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores.*
5. *La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes.*
6. *El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción.*
7. *La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos.*
8. *El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes"*<sup>35</sup>.

En este orden de ideas, la sanción a imponer debe cumplir una serie de requisitos para que la misma sea acorde con las normas que la regulan: el primero de ellos es la legalidad de la sanción, es decir, que esté creada en la ley, el segundo requisito es que se dosifique dentro de los

Derecho Administrativo". Cuadernos de Derecho Público N°5. Septiembre – Diciembre de 1998. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.

<sup>32</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil- Sentencia del 18 de mayo de 2004. Expediente 1564. Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

<sup>33</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 18 de agosto de 2005. Expediente No. 524-01, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

<sup>34</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 564 del 17 de mayo de 2000. Magistrado ponente: Alberto Beltrán Sierra.

<sup>35</sup> Estatuto del Consumidor. Ley 1480 del 12 de octubre de 2011. Artículo 61. Parágrafo 1.

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

parámetros cuantitativos establecidos por el legislador y, por último, que al momento de la graduación, se vele por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y motivación.

En consecuencia, lo planteado en este numeral se instituye como los parámetros normativos y teóricos para tener en cuenta al momento de considerar cada uno de los argumentos esgrimidos por la recurrente, teniendo en cuenta que, en este punto de la decisión no se aborda la discusión de la existencia o no de la infracción, sino la proporcionalidad de la sanción impuesta, por lo que las alegaciones tendientes a discutir la existencia o no de la responsabilidad no serán tenidas en cuenta en este apartado de la decisión.

Pues bien, de la lectura de la norma citada, se debe advertir que de la misma no se desprende la obligatoriedad del fallador de fundamentar la sanción en cada uno de los criterios allí mencionados; en razón a que la aplicación de estas reglas de valoración de la sanción depende su procedencia, es decir, la autoridad administrativa solo deberá tasar la sanción a imponer con base en los criterios que sean aplicables según las circunstancias probadas y propias del caso.

Los criterios taxativos de graduación de la sanción enumerados en el párrafo del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, este Despacho los organiza en tres grupos según su aplicación, a saber: **atenuantes, agravantes y mixtos.**

En el primer grupo, **atenuante**, se encuentra el criterio descrito en el numeral 8, *"El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes"*. En el segundo grupo, se encuentran como **agravantes**, los criterios números 1, 2, 3, 6 y 7 que corresponden a *"el daño causado a los consumidores"*, *"la persistencia en la conducta infractora"*, *"la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor"*, *"el beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción"* y, *"la utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos"*.

Por último, en el tercer grupo, denominados **mixtos**, es decir que pueden ser valorados como atenuantes o como agravantes, se encuentran los descritos en los numerales 4 y 5: *"La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores y, "la disposición o no de colaborar con las autoridades competentes"*.

En este orden de ideas, al estar reglada la discrecionalidad del operador administrativo al momento de imponer la sanción y de tasar la misma en virtud de los criterios descritos en la norma, sólo puede aplicarlos conforme con el sentido en que fueron creados por el legislador, por lo que, aplicarlos en un sentido distinto constituiría una vulneración a los principios de legalidad y proporcionalidad, que por ende, le está vedado a la administración.

Planteados estos aspectos normativos y teóricos que se instituyen como los parámetros de valoración en este acápite, sobre el particular, debe advertirse que basta con que se obre contrario a lo indicado en el Estatuto del Consumidor, esto es en el caso concreto, que se incumpla con lo ofrecido y con desconocimiento de las disposiciones allí contenidas, para que esta Entidad impute responsabilidad y, en consecuencia, imponga una sanción de conformidad con lo señalado en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, el cual indica *"[M]ultas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición"*.

Es pertinente reiterar que el interés jurídico protegido por el Estatuto del Consumidor y las demás normas que integran el régimen de protección al consumidor, se encuentra descrito en el artículo 1° de la Ley 1480 de 2011 de la siguiente forma: *"[E]sta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos (...) y concretamente para el caso que ocupa al Despacho les asiste a los consumidores unos derechos referentes a: "Art. 3 Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. 1.1. **Derecho a recibir productos de calidad** (...); 1.3. **Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz,***

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

**transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación (...); y 1.4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa**". (Destacado fuera del texto original).

Verificado el análisis realizado por el *a quo* en relación con los **critérios** para efectos de la graduación de la multa, encuentra este Despacho que se atendió a las particularidades del caso e involucró un análisis de aquellos que aplicaban para la investigación en concreto según las circunstancias probadas y propias del caso.

Sin embargo, este Despacho encuentra que la primera instancia al momento de desatar el recurso de reposición reconsideró el monto de la sanción de la investigada ISOLI S.A.S. teniendo en cuenta el único criterio alegado por esta, esto es, el del beneficio económico.

En consecuencia, este Despacho considera que la graduación de la sanción fue proporcionada, ya que fue resultado de una adecuada valoración de los criterios establecidos en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

**iv) inexistencia de denuncias por parte de los consumidores.**

El recurrente ISOLI S.A.S. alegó que no conoce de queja o denuncia alguna respecto de la promoción objeto de investigación, en este punto, es necesario tener en cuenta que el fin último que persiguen todas y cada una de las disposiciones de la Ley 1480 de 2011, es la defensa efectiva de los derechos de los consumidores, lo cual resulta acorde con lo previsto por el artículo 78 de la Constitución Política, conforme al cual "*La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, **así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización**. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios*" (Resaltado fuera de texto).

La ley, según este precepto constitucional, alude, por una parte, el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la "información" que debe suministrarse al público en su comercialización.

De lo anterior, se entiende que la información como bien jurídico protegido no se relaciona con un interés particular y privado, sino con los derechos de los consumidores en general, que pueden verse afectados cuando no se brinda una información clara, veraz y suficiente.

Por ello, en el régimen jurídico colombiano los derechos de los consumidores son tratados como derechos colectivos, intereses difusos y de grupo que exigen protección especial.

Así, para el Despacho es claro que en investigaciones como esta, ha de observarse para la toma de una decisión, evaluar si la investigada cumplió con las obligaciones establecidas en el Estatuto del Consumidor –Ley 1480 de 2011–, y si está a salvo la protección del interés general, por tal motivo, en este tipo de actuaciones no es necesario establecer el daño particular y ni siquiera la queja de un consumidor.

Por lo tanto, el Despacho difiere de lo señalado por la recurrente ISOLI S.A.S., en cuanto a que se deba tener como un indicio fuerte de que el producto funciona y ha proporcionado los efectos que se indican en la publicidad. En consecuencia, con lo hasta aquí expuesto, este Despacho no encuentra que haya algún elemento de juicio determinante que permita modificar la resolución impugnada, en este tópico.

**v) En relación con la violación al principio de igualdad.**

Por la cual se resuelven unos recursos de apelación

Finalmente, frente al argumento de la sociedad ISOLI S.A.S., según el cual se vulneró el principio de igualdad, al considerar que la Entidad en su función protectora debe velar porque todos aquellos participantes del mercado que estén publicitando sean objeto de investigación de oficio por parte de la Superintendencia, es necesario aclarar que corresponderá a esta autoridad, de considerarlo procedente, establecer si en realidad las hipótesis que trae el recurrente son equivalentes y ameritan un tratamiento igual o similar, pero de ninguna manera es aceptable, en esta etapa, tomarlas como referente para relacionarla con la conducta de la empresa investigada. Por tal motivo, su excusa no es aceptable para alegar afectación al derecho de igualdad.

En consecuencia, este Despacho no encuentra que haya algún elemento de juicio determinante que permita revocar la resolución impugnada y por compartir sus apreciaciones, se procederá a confirmar dicha sanción.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** la Resolución No. 13024 de 22 de marzo de 2013, en los términos en que fue modificada por la Resolución No. 79077 del 17 de diciembre de 2013, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

**ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución a la sociedad GROUPON COLOMBIA S.A.S., identificada con Nit. 900.369.030-0, a través de su representante legal o quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

**ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución a la sociedad ISOLI S.A.S., identificada con Nit. 900.511.863-7, a través de su apoderada o quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

19 ENE. 2018

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**



FIDEL PUENTES SILVA

Notificación:  
Investigada  
Identificación  
Representante legal  
Identificación  
Dirección  
Ciudad  
Correo judicial

GROUPON COLOMBIA S.A.S.  
Nit. 900.369.030-0.  
Felipe Antonio Henríquez Meyer  
P.P. F12067050  
Calle 97 # 23- 60, piso 9. Of. 901  
Bogotá D.C.  
legal.co@grouponlatam.com

Investigada  
Identificación  
liquidador  
Identificación  
Apoderada:  
Identificación:  
Dirección  
Ciudad

ISOLI S.A.S.  
Nit. 900.511.863-7  
Marcos Daniel Charul Palacio  
C.E. 165.640  
Teresita Morales Márquez  
C.C. No. 52.048.551 y T.P. No. 81479 del C. S de la J.  
Calle 145 No. 19-59 of. 111  
Bogotá D.C.