



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 3331 DE 2018

(23 ENE. 2018)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Expediente No. 16 53715

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA EL CONTROL Y VERIFICACIÓN DE
REGLAMENTOS TÉCNICOS Y METROLOGÍA LEGAL

En ejercicio de sus facultades legales en especial las conferidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y el Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 4979 del 15 de febrero de 2017, esta Superintendencia impuso una sanción pecuniaria a la sociedad PREBEL S.A. identificada con NIT 890.905.032-1, por la suma de treinta y seis millones ochocientos ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta pesos (\$ 36 885 850 COP) equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la violación de lo preceptuado en el artículo 4.7 de la resolución 16379 del 2003, incorporada en el Título VI Capítulo Cuarto de la Circular Única de esta Superintendencia.

Que en el mismo acto administrativo se le ordenó a la sociedad PREBEL S.A. identificada con NIT 890.905.032-1 adoptar las medidas correspondientes en aras de que el producto "Olay Regenerist Advanced Anti-Aging" se ajuste a lo dispuesto en el artículo 4.7 de la resolución 16379 del 2003. Para ello se le otorgó un término de 6 meses.

SEGUNDO: Que la sociedad PREBEL S.A., interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en contra de la Resolución 4979 del 15 de febrero de 2017, dentro del término legal, bajo los siguientes argumentos:

2.1 Contravención al principio de congruencia en materia administrativa

Indica que en la resolución 16175 de 2016, por la cual se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio, y en la 29342 de 2016, por la cual se incorporaron unas pruebas y se corrió traslado para alegar de conclusión, la Superintendencia imputó cargos identificando con claridad y precisión el producto preempacado objeto de verificación así: "Olay Regenerist Advanced Anti-Aging en presentación caja, contenido nominal (g) 48, número de lote (Muestra) 5079PRT y fecha de vencimiento: no declarado".

Con ello quiere significar que el producto preempacado objeto de reproche corresponde inequívocamente al que está en presentación caja con las indicaciones de número de lote 5079PRT, respecto del cual la sociedad ejerció su derecho de defensa en toda la investigación.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

No obstante, señala que en el acto recurrido se dio un giro abrupto y sorpresivo, en la medida en que la sanción no tuvo por objeto la caja con la cual el producto se presenta al consumidor, sino el recipiente plástico contenido al interior de la misma.

Al respecto, precisa que la Dirección hizo una calificación entre empaque primario (recipiente plástico interno) y secundario (caja), concluyendo que este último "(...) contiene toda la información y representación del producto con su diseño y dimensiones reales, la advertencia de que el tamaño exhibido corresponde al que se encuentra al interior "actual size" y la indicación en forma resaltada de su contenido neto "1.7 oz. (49 g.); no obstante se debe tener en cuenta que la caja no es objeto de investigación".

Considera que lo anterior pone en evidencia que mientras la apertura de investigación se realizó sobre el preempacado - caja, en la sanción se tomó la decisión sobre el preempacado como recipiente plástico, siendo cada uno de estos elementos completamente diferentes, lo cual generó una violación frontal al principio de congruencia de las decisiones administrativas, pues la sanción tuvo por objeto un elemento distinto al que se imputó en la formulación de cargos.

Precisa que ello también implicó una violación a los derechos de defensa y contradicción, y que no es de recibo que se pretenda que las imágenes incluidas en la formulación de cargos constituyan la imputación en sí misma.

Señala que el cambio abrupto en el acto sancionatorio representa una variación injustificada, máxime cuando la regulación vigente únicamente es aplicable para preempacados y no para los recipientes contenidos por estos. Así, considera que la clasificación entre empaque primario y secundario, a partir del cual se fundamentó la sanción, no cuenta con soporte normativo alguno, por lo que la sanción está desprovista de sustento legal.

2.2. Reconocimiento de la ausencia de infracción a lo establecido en el numeral 4.7 de la Resolución No. 16379 de 2003 por parte de la SIC

Expone que en la parte final del acto recurrido se declara que el preempacado que estaba siendo investigado y que fue imputado en la resolución 16175 de 2016 no es engañoso. Cita la resolución objeto de recurso al respecto.

Así, considera que en la resolución final realmente la Superintendencia absuelve a la sociedad, pues concluye que el preempacado que fue imputado está conforme con la regulación. En consecuencia, solicita se revoque la multa impuesta injustificadamente.

2.3. Frente al recipiente plástico que es objeto de la sanción

Estima que la infracción relacionada con el recipiente plástico contenido al interior de la caja es herrada y contraria a derecho, por las siguientes razones:

- La formulación de cargos se fundamentó en la caja y no en el recipiente plástico, cuyas consecuencias se expusieron en precedencia.
- El recipiente plástico no constituye un preempacado en los términos de la definición contenida en el numeral 4.2 de la resolución 16379 de 2003, toda vez que el material de empaque en que el producto se presenta al consumidor es la caja y no el recipiente plástico hallado en su interior.

Así, considera que las conclusiones de las Superintendencia recayeron sobre un producto que no es preempacado, en la medida en que el material de empaque en que el producto se presenta al consumidor es la caja exterior y no el recipiente plástico.

Precisa que la crema verificada se presenta al consumidor en la caja, de manera que no hay forma que se adquiera el producto sin tener contacto con la misma, haciendo inexistente la

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

posibilidad de engaño por el contenido del recipiente, pues lo cierto es que en la caja se encuentra toda la información necesaria para la comprensión sobre el contenido neto, como lo reconoció la Dirección.

- En el evento en que se desestime el argumento anterior, expone que el recipiente plástico no cuenta con paredes falsas, entendidas como aquellas que pueden inducir a error a los consumidores, pues tanto la base como el material de recubrimiento de la crema, están hechos en una resina plástica transparente que es plenamente identificable a los ojos de cualquier consumidor. Expone imágenes para soportar su argumento.

Estima que con el simple contacto visual del recipiente plástico, el consumidor advierte sin dificultad que la crema tiene una base y un recubrimiento plástico de protección, así como el espesor del mismo, de manera que no hay lugar a que se configure la presunción consagrada en la norma según la cual "*Si un consumidor no puede ver el producto en un preempacado, se asumirá que está lleno*", pues el consumidor sí puede ver a través del recipiente y darse cuenta que no está lleno.

Indica que la única manera para que se reputara la referida presunción sería habiendo demostrado que el consumidor no podía ver el producto contenido en el recipiente plástico, lo cual no es posible, pues el recubrimiento es transparente. Adicionalmente, señala que no es posible que el consumidor sea inducido en error con el recipiente plástico, pues este mismo indica con claridad que el contenido es de 48 gramos. Para ello, expone igualmente algunas imágenes.

Así las cosas, concluye que no es posible que el recipiente plástico contenido al interior de la caja, infrinja el numeral 4.7 de la resolución 16379 de 2003.

TERCERO: Que mediante Resolución 32076 del 5 de junio de 2017, se resolvió el recurso de reposición interpuesto, decidiendo confirmar la resolución recurrida y concediendo el de apelación.

CUARTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho procede a desatar el recurso de apelación, así:

Revisado el acto recurrido, este Despacho advierte que la sanción impuesta a la sociedad PREBEL S.A. tiene como fundamento el incumplimiento del numeral 4.7 de la resolución 16379 del 18 de junio de 2003, incorporada en el Título VI, Capítulo Cuarto de la Circular Única de esta Superintendencia, en concordancia con el Capítulo 7, Sección 15, artículo 2.2.1.7.15.4 del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1595 de 2015, al encontrarse que el producto "*Olay Regenerist Advanced Anti-Aging*", importado y comercializado por la referida sociedad, induce a error al consumidor al tener paredes, fondo, tapa o cubiertas falsas, aparentando visualmente una mayor cantidad de producto que el que es entregado y declarado.

Al respecto, corresponde resaltar que las exigencias relacionadas con la prohibición de preempacados engañosos, tiene como finalidad primaria prevenir la inducción en error a los consumidores, quienes al momento de adoptar una decisión de consumo, se encuentran ante un mercado compuesto por diversos productos con información tendiente a dar a conocer su naturaleza, origen, componentes, usos y contenido, entre otros datos necesarios para tomar la decisión definitiva.

En efecto, la normatividad colombiana sobre el caso particular, identificada principalmente por la resolución 16379 de 2003 y el Estatuto del Consumidor –Ley 1480 de 2011, exige que un producto preempacado no solo debe cumplir con el requisito de anunciar en su empaque el contenido real del producto, sino que adicionalmente debe garantizar que el empaque no presente fondo, paredes, tapa o cubierta falsos, que pueda inducir a error a los consumidores, y tampoco debe presentar deficiencia de llenado no funcional, es decir, llenarse a menos de su capacidad (numeral 4.7). La misma norma,

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

en concordancia con el referido Estatuto del Consumidor¹, señala que en caso de que los empaques presenten tales características, las mismas deben ser informadas al consumidor, en aras de que conozca las condiciones del producto y del empaque en el que se le presenta, y de esta forma pueda adoptar una decisión de consumo debidamente fundada.

Nótese entonces que la finalidad de la normatividad colombiana no está encaminada exclusivamente a garantizar que el contenido de producto entregado al consumidor sea igual o superior a la información que es declarada sobre el mismo, sino que adicionalmente busca evitar la inducción a error en lo que se refiere al tipo, forma, tamaño o diseño del empaque en que se presenta el producto en el mercado, pues este último aspecto incluso resulta constituir un elemento aún más relevante al momento en que se adoptan las decisiones de consumo, que el mismo contenido entregado.

La importancia del material de empaque en el que se presenta un producto al consumidor está ligada necesariamente a la finalidad del mismo, es decir, a lo que productores y comercializadores pretenden con los empaques respecto de variables tales como la protección del producto, el marketing y la publicidad, y la decisión de consumo.

De esta forma, debe tenerse en cuenta que el empaque de un producto preempacado constituye un verdadero medio de publicidad, con el que se busca su venta en el mercado, en la medida en que a través del mismo se transmite información al consumidor sobre las características objetivas del producto, particularmente en cuanto a la cantidad o calidad que puede adquirir. Así, la forma que se le dé al envase constituye una verdadera herramienta publicitaria para los empresarios, en la medida en que le da al consumidor una apariencia visual sobre el contenido del producto, induciéndolo así a adoptar su decisión de consumo definitiva.

Pero es que el empaque no solo constituye un medio de marketing para transmitir información sobre el producto e influir en la decisión de consumo, o para facilitar su venta en términos de publicidad, sino que además puede resultar necesario para el empresario en cuanto a la protección del producto mismo, ya sea mediante su funcionalidad o requerimientos de carácter técnico e industrial en cuanto a sus procesos de producción.

Es así, como sea cual sea la finalidad que el empresario le dé al empaque de sus productos preempacados, lo cierto es que el mismo debe ajustarse a las exigencias que rigen en Colombia y en el mundo en materia de metrología legal, según las cuales el producto preempacado no debe tener paredes, fondo, tapa o cubiertas falsas de manera que induzca a error a los consumidores, y tampoco debe presentar deficiencia de llenado no funcional, es decir, contar con un espacio vacío que se llena a menos de su capacidad.

Las exigencias estipuladas en la normatividad nacional con la finalidad de prevenir la inducción en error al consumidor buscan precisamente evitar el engaño a través del empaque de los productos, pues este resulta ser un elemento determinante en las relaciones comerciales de consumo. Tomando en consideración que una de las finalidades del empaque es influenciar en la decisión de consumo, cada vez son más notorios los casos de productos que son puestos en el mercado con empaques cuyo tamaño no guarda relación con la cantidad de contenido, induciendo al consumidor a pensar que hay más cantidad de producto, o incluso aquellos cuyo diseño busca inducir al consumidor a percibir la calidad del producto de manera diferente a la que realmente tiene.

Nótese entonces que la problemática alrededor de los empaques engañosos se refiere a la inducción a error sobre la cantidad y calidad de productos puestos en el mercado, y con base en la cual se adopta una decisión de consumo, siendo el engaño en razón de la cantidad la situación que más se observa en los mercados, con prácticas tales como²:

¹ Ver artículo 23 de la Ley 1480 de 2011.

² Ver la descripción de las prácticas sobre engaño en los empaques en: European Parliament, *Policy Department A: Scientific and Economic Policy. Misleading Packaging Practices*. 2012. Bruselas, Pag. 19 -22.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

- Grandes empaques, misma cantidad, mismo precio / precio más elevado: se refiere a prácticas en las que un producto es colocado o reingresado al mercado en un empaque más grande, pero con la misma cantidad, y es vendido al mismo precio o a uno más elevado. En cualquiera de los casos se le sugiere al consumidor que hay más producto que el que realmente contiene. Por ejemplo: espacios no funcionales, paredes dobles, o capas sobredimensionadas, entre otros, que al final influyen en la decisión de consumo, máxime cuando el producto se compara con otros en el mercado.
- Mismos empaques, menos cantidad: se trata de casos en los que se ingresa al mercado un producto con menos cantidad, pero en el mismo empaque que ya estaba en el mercado, sin cambiar el precio o incluso cobrando uno más elevado.
- “Regalos” adheridos al empaque: se refiere a incluir junto al producto algunos “regalos” que aparentan no tener precio, pero que realmente sí son cobrados.

A partir de las anteriores prácticas, y si bien la decisión de comprar o no un producto colocado en el mercado nacional cuenta con diversas variables tales como las características del nicho comercial o la competencia misma del mercado, lo cierto es que al margen de tales variables, y bajo el entendido del consumidor promedio como aquel que razonablemente se enfrenta al mercado sin contar con ninguna especialidad sobre los productos que se le ofrecen, pero que cuenta con las capacidades cognitivas que le permiten efectuar una decisión de consumo, la importancia del empaque en el que se presenta un producto a este consumidor, en cuanto a su diseño, forma o tamaño resulta ser un elemento esencial al momento en que el mismo se dispone a adoptar su decisión de consumo definitiva.

En efecto, estudios al respecto han establecido que el consumidor promedio gasta 13 segundos en tomar su decisión de consumo en establecimientos de comercio físicos, y 19 segundos en establecimientos en línea³, lapso durante el cual no se detiene necesariamente en la información dispuesta en el producto en cuanto al contenido, sino que principalmente se deja influenciar por el empaque mismo, bajo la premisa de que en un “*pensamiento rápido*”, un empaque grande implica mayor contenido que otro producto con un empaque más pequeño.

Este tipo de comportamientos y prácticas engañosas que se han venido presentando en el mercado generan una evidente inducción a error para el consumidor promedio, que adopta una decisión de consumo basándose en el diseño, la forma o el tamaño del empaque en el que el producto le es presentado, y el cual adicionalmente es considerado para compararlo frente a otros productos. Pero estos fenómenos de mercado también han tenido consecuencia en las mismas prácticas de competencia entre productores, pues incluso actualmente se busca elaborar empaques más grandes o con diseños más llamativos que los de los competidores, constituyéndose en algunos casos en actos de competencia desleal que generan engaño e impacto en el mercado.

Por todo lo expuesto en precedencia, debe tenerse claro que las exigencias en la normatividad nacional sobre los empaques en que se presentan los productos preempacados en el mercado están construidas sobre bases claras y determinadas, que tienen como única finalidad prevenir que el consumidor sea inducido en error, de manera que pueda adoptar una decisión de consumo sin engaños y conociendo todas las características del producto mismo.

Sobre estas bases el Despacho procede a pronunciarse sobre los argumentos expuestos por la sociedad apelante:

³ Ver <http://www.nielsen.com/us/en/insights/news/2015/make-the-most-of-your-brands-20-second-window.html>

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

4.1. Sobre la presunta afectación al principio de congruencia

La recurrente afirma que el fundamento de los cargos formulados mediante resolución 16175 de 2016, no es congruente con el fundamento de la sanción impuesta, en la medida en que mientras en la primera se limitó la investigación al producto *en presentación caja*, en la segunda se sancionó por el producto *en presentación recipiente plástico*. Indica que dicha distinción surge de la clasificación entre empaque primario y empaque secundario que estableció la Dirección, sin contar con ningún fundamento legal. Con lo anterior, considera que se vulneró su derecho de defensa, pues todos los argumentos expuestos en el curso de la investigación estuvieron encaminados a defenderse frente al producto *en presentación caja*, y no frente al *recipiente plástico*.

En instancia de reposición se indicó que no existía afectación alguna al principio de congruencia, en la medida en que al comparar la formulación de cargos con la sanción en sí misma, es claro que el fundamento de los actos administrativos emitidos fue la verificación del producto "*Olay Regenerist Advanced Anti-Aging*". Para ello, la Dirección indicó que preempacado es la unidad de producto que se presenta al consumidor, y que incluye tanto el recipiente o frasco entendido como "empaque primario", como el material de empaque en el que es puesto antes de ser ofrecido a la venta y que es identificado como "empaque secundario".

Sobre el punto en particular, el Despacho advierte que la discusión se centra en identificar los fundamentos de hecho de la formulación de cargos mediante la cual se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio, frente a los fundamentos de hecho de la sanción impuesta, en aras de determinar si existe alguna transgresión al principio de congruencia propio del debido proceso constitucional.

Para ello, resulta necesario partir de lo que a la luz de la resolución 16379 de 2003 se entiende por preempacado, pues dicha definición es la que soporta toda la investigación administrativa, en la medida en que la misma estuvo encaminada a verificar si el producto preempacado inspeccionado por la Superintendencia, contaba con las condiciones y características necesarias para evitar la inducción a error al consumidor, en lo que se refiere a las disposiciones sobre preempacados engañosos contenidas en el numeral 4.7. El literal i) del numeral 4.2 de dicha norma, dispone:

"Preempacado: Combinación de un producto y el material de empaque en el cual se presenta al consumidor"

De lo anterior, es claro que un producto preempacado es la sumatoria de un producto y el material de empaque en el que se presenta al consumidor. De esta manera, cuando un producto se presenta al consumidor en varios materiales de empaque, los mismos deben ser considerados por la autoridad de control con el ánimo de establecer la conformidad con la norma vigilada.

No puede entenderse entonces, como lo pretende la recurrente, que el material de empaque en el que se presenta un producto al consumidor, sea solamente aquel en el que es exhibido en el mercado, pues si aparte de dicho empaque, el producto se presenta en otro envase que además contiene directamente el producto, también debe considerarse como parte del preempacado, y en ese sentido debe ser analizado por la Superintendencia para determinar si el producto cumple o no con la norma.

En el caso concreto, se observa que el producto inspeccionado fue identificado en el acta de visita (folios 2-5) así:

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

2. IDENTIFICACIÓN DEL PRODUCTO

NOMBRE:	Olay Regenerist Advanced Anti-Aging	PRESENTACIÓN:	Caja
SE ENCUENTRA LISTO PARA COMERCIALIZAR?	<input checked="" type="checkbox"/> SI	NO	CONTENIDO NOMINAL: g
NÚMERO DE LOTE (MUESTRA):	5079PRT	FECHA VENCIMIENTO:	No declarado
SITIO DONDE SE REALIZA VERIFICACIÓN:	1- PTO. DISTRIBUCIÓN	2- PTO. VENTA DISTRIBUCIÓN	
LAS MUESTRAS SE SELECCIONARON DESPUÉS DEL PUNTO DE CHEQUEO FINAL DEL EMPACADOR?	<input checked="" type="checkbox"/> SI	NO	
SUPERÓ TODOS LOS CONTROLES METROLÓGICOS Y DE CALIDAD ESTABLECIDOS POR EL INVESTIGADOR?	<input checked="" type="checkbox"/> SI	NO	

De lo anterior se observa que si bien en dicha identificación se indicó que la presentación del producto está en "Caja", ello no excluye de ninguna manera que la autoridad de control y vigilancia hubiese realizado la verificación sobre los materiales de empaque en que el preempacado se presenta al consumidor, esto es, tanto la caja como el frasco que entra en contacto directo con la crema "Olay Regenerist Advanced Anti-Aging".

De esta forma, para el Despacho la clasificación metodológica que realizó la Dirección del material de empaque en el que se presenta el producto "Olay Regenerist Advanced Anti-Aging" al consumidor, esto es, empaque primario (frasco) y empaque secundario (caja), resulta a todas luces consecuente con las exigencias de la resolución 16379 de 2003, pues ante un producto que se presenta al consumidor en varios materiales de empaque, era necesario identificar cada uno de estos para efectuar el análisis correspondiente y determinar si el producto cumple o no las exigencias de la norma, de manera que se considera que dicha clasificación se realizó a modo de técnica argumentativa tendiente a dar claridad sobre el análisis efectuado, y sin que la misma carezca de soporte legal como lo sostiene la recurrente.

Ahora, tomando en consideración lo anterior, corresponde al Despacho referirse al fundamento de las resoluciones de apertura de investigación, y de cierre del procedimiento sancionatorio, en los siguientes términos:

Revisada la resolución 16175 del 6 de abril de 2016, por la cual se da inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio y se formulan cargos, se observa que la investigación administrativa tuvo como fundamento lo encontrado en el producto inspeccionado, en los (2) materiales de empaque en que se presenta al consumidor, pues de ello se pudo establecer que presuntamente el producto "Olay Regenerist Advanced Anti-Aging" inducía a error al consumidor, al tener fondo, tapa o cubiertas falsas.

En efecto, en el acto de apertura se observa con claridad que lo encontrado en los materiales de empaque (primario - frasco y secundario - caja) del producto preempacado, fue puesto de presente en la misma resolución a partir del registro fotográfico allí incorporado, como se observa folio 26, pues este fue utilizado como soporte para explicar con cuadros de texto, vectores y figuras indicativas, cuáles eran las características de cada uno de tales materiales, tanto la caja como el frasco, que ponían en evidencia la existencia de fondo, tapa o cubiertas falsas, y de llenado no funcional.

Así, aunque en el acto de apertura se haya señalado la identificación del producto según los datos obtenidos en la visita de inspección, señalando particularmente que el mismo se encontraba en presentación caja, dicha circunstancia no limita ni contradice el análisis efectuado sobre los dos (2) materiales de empaque en que se presenta el producto al consumidor, esto es, empaque primario - frasco, y empaque secundario - caja.

Por lo tanto, no le asiste razón a la sociedad recurrente cuando señala que las imágenes insertas en el acto de apertura no pueden ser tenidas en cuenta como parte de la formulación de cargos, máxime cuando el tema objeto de verificación en el presente asunto resulta ser netamente técnico sobre las características y condiciones del producto preempacado y sus materiales de empaque, respecto del cual se deben usar todas las metodologías necesarias en aras de que al sujeto investigado le sea claro el fundamento de hecho de la investigación, y de esta forma pueda ejercer su derecho de defensa en debida forma.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

De todo lo anterior, se observa que contrario a lo que expone la recurrente, en la resolución 16175 de 2016 se formularon cargos tanto por lo encontrado en el empaque primario (frasco) como lo evidenciado en el empaque secundario (caja).

A su turno, revisada la resolución 4979 del 15 de febrero de 2017, *por la cual se pone fin a un procedimiento administrativo sancionatorio*, se observa que el fundamento de hecho de la decisión sancionatoria adoptada es lo que se encontró probado sobre las características y condiciones del empaque primario (frasco) del producto preempacado "*Olay Regenerist Advanced Anti-Aging*".

En efecto, revisado el acto recurrido se encuentra que el análisis probatorio efectuado por la Dirección dio cuenta de que el empaque primario (frasco) cuenta con paredes o cubiertas falsas que inducen a error al consumidor, pues su forma aparenta visualmente una mayor cantidad de producto del contenido nominal declarado. Sobre el fondo del análisis efectuado por la Dirección en relación con el empaque primario, el Despacho se pronunciará más adelante.

De esta forma, frente al argumento que se analiza, se advierte que habiendo quedado claro que la formulación de cargos sí incluyó las condiciones y características del material de empaque primario (frasco) en el que se presenta al consumidor el preempacado "*Olay Regenerist Advanced Anti-Aging*", es claro que al haberse sancionado por este mismo fundamento, no se advierte incongruencia alguna entre la resolución de apertura de investigación y el acto recurrido.

Adicionalmente, el Despacho observa que en el acto recurrido la Dirección afirmó que las condiciones del empaque secundario (caja) no eran objeto de investigación, y precisó además que "*realizado el análisis del empaque secundario (caja), se advierte que este contiene toda la información y representación del producto con su diseño y dimensiones reales, la advertencia de que el tamaño exhibido corresponde al que se encuentra al interior "actual size" y la indicación en forma resaltada de su contenido neto "1,7 OZ (48 g)" (...)*".

Lo anterior, muestra que frente a lo encontrado en el empaque secundario (caja), también existe congruencia con lo decidido en el acto recurrido, pues habiéndose formulado cargos por lo encontrado en dicho material de empaque, la Dirección resolvió no imponer sanción al respecto, de manera que el derecho de defensa de la sociedad sobre este punto se respetó en debida forma.

En este orden de ideas, y contrario a lo que expone la sociedad recurrente, para este Despacho es claro que en el caso concreto no se vulneró el principio de congruencia propio del debido proceso administrativo, pues existe plena correspondencia entre lo investigado y lo sancionado, garantizándose así el respeto de los derechos de defensa y contradicción de PREBEL S.A.

Sea de precisar que sin perjuicio del análisis y de la decisión adoptada por la Dirección respecto del material de empaque secundario (caja), en lo particular, este Delegado debe señalar que no comparte la afirmación según la cual la caja en la que se presenta el producto en el mercado no era objeto de investigación, pues ya quedó decantado que en el acto de apertura de investigación sí se formularon cargos por lo evidenciado sobre el mismo, y adicionalmente, tampoco coincide con la Dirección cuando analiza dicho material de empaque y decide que no induce a error al consumidor por contener toda la información y representación del producto con su diseño y dimensiones reales. Sobre este aspecto de fondo el Despacho se pronunciará más adelante.

4.2. Sobre el incumplimiento encontrado en el preempacado inspeccionado

En primer lugar, y teniendo en cuenta que la recurrente señala que el recipiente plástico en el que está contenida la crema no constituye un preempacado en los términos del numeral 4.2 de la resolución 16379 de 2003, pues a su juicio, dicho material de empaque no es aquel en el que se presenta el producto al consumidor, el Despacho encuentra necesario reiterar que a partir de la misma definición señalada en dicha norma, es claro que por *preempacado* se entiende la combinación del producto y del material de empaque en el que se presenta al consumidor, sin que dicha definición excluya o limite la noción de material de empaque a un (1) solo envase o recipiente en el que se presente el producto,

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

o a aquel con el que el consumidor tenga contacto directo al momento de efectuar su decisión de consumo.

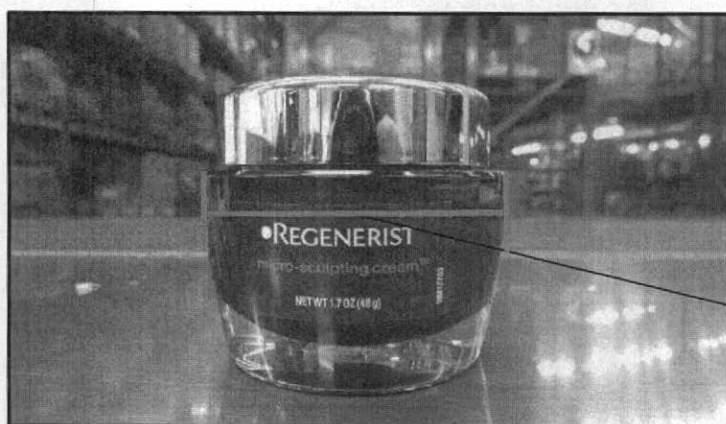
Por consiguiente, llama la atención de este Despacho que la recurrente, concedora de las condiciones y características en las que el producto es presentado al consumidor, afirme que el empaque que no está exhibido no puede entenderse como aquel en el que se presenta en el mercado, cuando la misma definición de *preempacado* incluye toda forma de material de empaque en el que se presente el producto, sea aquel que lo contiene directamente (primario) o en el que esté exhibido (secundario), circunstancia que en el caso particular resulta relevante si se tiene en cuenta que el empaque secundario muestra una representación del empaque primario.

En este sentido, es claro que el argumento de la recurrente según el cual el recipiente o frasco en el que se encontró el producto el día de la visita de inspección no constituye material de empaque en el que la crema "*Olay Regenerist Advanced Anti-Aging*" se presenta al consumidor, no está llamado a prosperar.

En segundo lugar, la sociedad afirma que en todo caso el recipiente plástico que contiene la crema no cuenta con paredes falsas que induzcan en error al consumidor, pues tanto la base como el material de recubrimiento están hechos de una resina transparente que es plenamente identificable por el consumidor, permitiéndole ver sin dificultad a través del recipiente y advertir que el mismo no está lleno.

Sobre este punto, el Despacho procedió a revisar el acto recurrido, así como el material probatorio obrante en el diligenciamiento, encontrando que no le asiste razón a la recurrente, pues analizado el registro fotográfico obtenido en la visita (folio 17), en conjunto con el mismo producto preempacado obrante a folio 18, se observa que el diseño del empaque primario (frasco) y el material que lo recubre generan ópticamente un efecto de "tipo refracción" que amplía y sobredimensiona su tamaño, induciendo así en error al consumidor, características que además no son informadas en ninguna parte del empaque.

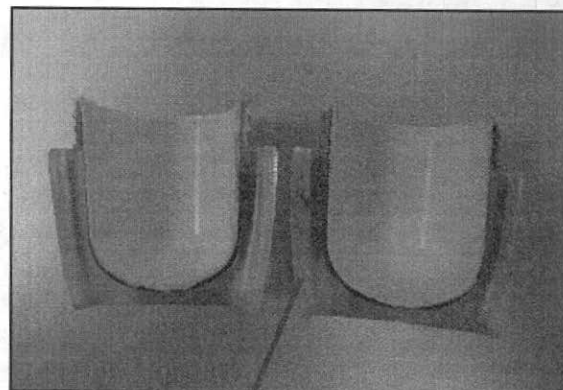
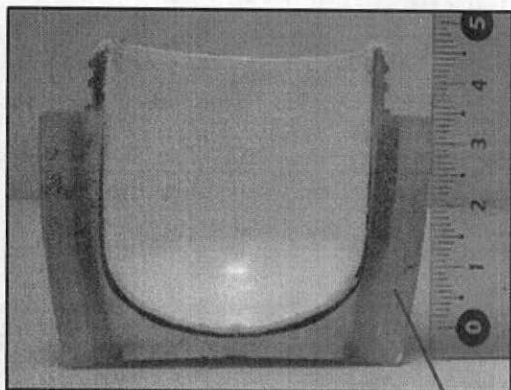
En efecto, el empaque primario (frasco) está recubierto de una resina transparente que lo sobredimensiona, y da la percepción óptica de que el recipiente en el que está contenido el producto es más amplio o grande de lo que realmente es, así:



La resina transparente que recubre el empaque solamente se percibe en la parte inferior del mismo, dando la apariencia visual al consumidor que toda la parte superior identificada en color rojo oscuro, especialmente en su longitud horizontal, contiene la crema.

No obstante lo anterior, el recipiente real en el que se encuentra la crema no corresponde al que es perceptible por el consumidor, debido a que el material que lo recubre sobredimensiona o amplía sus paredes laterales:

Por la cual se resuelve un recurso de apelación



La resina que recubre el empaque y que solo es perceptible por el consumidor en su parte inferior, sobredimensiona el tamaño del recipiente real en el que se encuentra la crema, pues las paredes laterales están sobredimensionadas en razón del diseño y el material del frasco, lo cual induce al consumidor a percibir el tamaño del empaque real como más grande de lo que es.

Véase cómo el diseño y el material del empaque primario sobredimensionan el tamaño real del envase que contiene la crema:



Nótese así que lo que el tamaño que percibe visualmente el consumidor no corresponde a la realidad del tamaño del envase en el que está contenida la crema, pues el diseño del empaque primario (frasco)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

y el material en el que está elaborado lo sobredimensionan haciendo que el envase real que contiene el producto se vea más grande y amplio de lo que realmente es.

En consecuencia, para este Despacho es claro que el preempacado "Olay Regenerist Advanced Anti-Aging" en su material de empaque primario sí induce a error al consumidor, al presentar paredes sobredimensionadas que aparentan visualmente un tamaño más grande o amplio.

En tercer lugar, corresponde precisar que aunque la Dirección haya considerado que el empaque secundario (caja) no induce en error al consumidor por contener toda la información necesaria y la representación del producto, decidiendo así no imponer sanción al respecto, este Despacho no comparte el análisis efectuado en primera instancia:

- El tamaño del material de empaque secundario induce a error al consumidor pues le hace percibir visualmente que la crema está contenida en un empaque mucho más grande que aquel que la contiene en realidad.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación

- El empaque secundario (caja) cuenta con una representación del empaque primario (frasco), que induce en error al consumidor, pues frente a este último ya ha quedado decantado que cuenta con paredes sobredimensionadas en razón del diseño y el material en el que está elaborado.

Así, el hecho de incluir en la caja una representación del frasco que contiene la crema, induce al consumidor a percibir visualmente un empaque que tampoco corresponde con la realidad del envase en el que está contenido el producto.



Representación del empaque primario (frasco) que cuenta con paredes sobredimensionadas, en el empaque secundario (caja).

En este orden de ideas, y aunque en virtud del principio de *no reformatio in pejus*, este Despacho no puede reformar de manera desfavorable para la apelante la decisión de primera instancia, sí corresponde tener claro que para este Despacho el preempacado “Olay Regenerist Advanced Anti-Aging” en su material de empaque secundario también induce a error al consumidor.

Finalmente, debe precisarse que de acuerdo con la resolución 16379 de 2003, un producto preempacado no solo debe cumplir con el requisito de anunciar en su empaque el contenido real del producto, sino que adicionalmente debe garantizar que el empaque no presente fondo, paredes, tapa o cubierta falsos, que pueda inducir a error a los consumidores, y tampoco debe presentar deficiencia de llenado no funcional.

Nótese entonces que el requisito sobre informar en el empaque el contenido real del producto, es diferente del relacionado con la forma del empaque en el que se coloca el producto en el mercado, y que es tenido en cuenta por el consumidor para adoptar su decisión. Así, las características que presente ese empaque deben ser informadas al consumidor de forma clara y precisa, de manera que no sea inducido a error.

En el presente asunto, se encontró que el producto “Olay Regenerist Advanced Anti-Aging” induce a error al consumidor en la medida en que no le informa sobre las características del empaque en el que se coloca el producto en el mercado, esto es, en un empaque primario (frasco) –diferente a la caja que corresponde al empaque secundario, que presenta unas paredes sobredimensionadas.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

De esta forma, al margen que el referido producto haya cumplido con informar en su empaque el contenido real, pues como se observa en el acta de visita (folio 4), siendo el contenido nominal 48 g, el contenido real o promedio corregido es de 49,101 g, lo cierto es que el empaque primario (frasco) en el que se coloca el producto "Olay Regenerist Advanced Anti-Aging" en el mercado, induce a error al consumidor.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la resolución 4979 del 15 de febrero de 2017, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la sociedad PREBEL S.A. identificada con NIT 890.905.032-1, entregándole copia de la misma e informándole que contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

23 ENE. 2018

El Superintendente Delegado para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal,


ALEJANDRO GIRALDO LÓPEZ

NOTIFICACIÓN

Sociedad:
Identificación:
Apoderado:
Identificación:
Email de Notificación:

PREBEL S.A.
NIT 890.905.032-1
Guillermo Sossa González
C.C. 80.420.247 T.P. 86.452 del C.S. de la J.
info@lizarazuasociados.com

agl/bbc