

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**

**SECCIÓN PRIMERA**

**SUB-SECCIÓN "A"**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

**MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**

<b>Expediente</b>	<b>No. 110013334003201500160-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>ORIFLAME DE COLOMBIA S.A.</b>
<b>Demandado</b>	<b>SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO</b>
<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - SISTEMA ORAL</b>

---

**ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación presentado contra la sentencia del dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad del circuito de Bogotá, que: I) declaró la nulidad parcial de las Resoluciones No. 60834 de 2013 y No. 4467 de 2014 y II) modificó la sanción impuesta a la sociedad Oriflame de Colombia S.A.

**I. ANTECEDENTES**

**1. El escrito de demanda:**

**1.1. Pretensiones**

La parte actora solicitó las siguientes:

*“PRIMERO.: Que se DECLARE LA NULIDAD TOTAL del acto administrativo Resolución No. 60834 del 21 de Octubre de 2013, proferido por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, por medio del cual la Administración le impone a la sociedad ORIFLAME DE COLOMBIA S.A. una sanción administrativa consistente en una multa equivalente a cien (100) salarios mínimos legales vigentes, lo cual corresponde a Cincuenta y Ocho Millones Novecientos Cincuenta Mil Pesos (\$58.950.000).*

*SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, se DECLARE LA NULIDAD TOTAL de la Resolución No. 4467 del 31 de enero de 2014 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, y la Resolución No. 63039 del 22 de Octubre de 2014, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación, interpuestos contra la Resolución No. 60834 del 21 de Octubre de 2013, tomando la decisión fuera de todo ámbito del derecho, de confirmar el acto administrativo recurrido.*

*TERCERO: Que como consecuencia de lo anterior, se restablezcan los derechos de la Sociedad ORIFLAME DE COLOMBIA S.A. identificada con el Nit 830.023.671-2, incluyendo el no cobro de la sanción (multa), la cual asciende a CINCUENTA Y OCHO MILLONES NOVECINEOTS CINCUENTA MIL PESOS (\$58.950.000)*

*CUARTO: Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.”*

## **2. HECHOS**

Fueron expuestos así por la parte actora:

Manifiesta que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante comunicación fechada el 26 de Septiembre de 2012 solicitó información referente al producto WellnessPack (Beneficios, Fichas Técnicas, fecha de lanzamiento, pautas publicitarias, estudios científicos), y posteriormente el 22 de Octubre de 2012 solicita la traducción de todos y cada uno de los soportes entregados, estableciendo como fecha límite para ello el día 14 de noviembre de 2012.

Por oficio del 28 de diciembre de 2012 la SIC manifestó que los soportes remitidos no contienen la traducción oficial, de manera que la SIC otorgó un plazo de ocho (8) días hábiles para la entrega de los documentos requeridos, frente a lo cual, Oriflame pone en conocimiento de la entidad competente, que el día 14 de noviembre de 2012 se adjuntaron las respectivas traducciones oficiales.

La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No 25138 del 30 de abril de 2013, inició una Investigación Administrativa formulando cargos contra Oriflame S.A. por la presunta violación de la ley 1480 de 2011 por información y publicidad engañosa e incumplimiento de las instrucciones impartidas por la entidad.

El 27 de Mayo de 2013, Oriflame S.A. dio respuesta a la formulación de cargos aportando los elementos probatorios pertinentes, y la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución No 45875 de 31 de Julio de 2013, decretó el cierre del periodo probatorio, reconociendo las pruebas aportadas y corriendo traslado para alegar de conclusión.

Presentados los alegatos de conclusión mediante Resolución No. 60834 del 21 de Octubre de 2013, la SIC resolvió imponer sanción a la sociedad investigada, consiste en una multa equivalente a cien (100) salarios mínimos legales vigentes, y se le ordenó a Oriflame S.A. suprimir la información publicitaria de los productos WellnessPack Mujer y WellnessPack hombre en las que se haga alusión a las expresiones: "Es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como la vitamina E, en la lucha contra el daño que provocan los radicales libres".

Frente a la resolución sancionatoria la sociedad demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, a lo cual, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución No 4467 del 31 de enero de 2014, confirmó la sanción y concedió la apelación.

La SIC mediante Resolución No. 63039 del 22 de Octubre de 2014, resolvió la apelación confirmando la sanción, y posteriormente mediante Resolución No 69793 del 25 de Noviembre de 2014, aclaró un error existente en la resolución anterior señalando que contra la Resolución No. 63039 de 2014 no procedía recurso alguno.

2.1. La sociedad demandante propone los siguientes cargos de nulidad.

Falta de motivación de la resolución sancionatoria y. desconocimiento del derecho de defensa

Manifestó que la motivación sumaria de los actos administrativos no hace referencia a la extensión de la argumentación del texto, sino por el contrario a que la administración decida de fondo la situación jurídica planteada así sea de forma breve y concreta, además de ir acompañado de una justa evaluación de los hechos y/o motivos que la fundamentan.

El H. Consejo de Estado señaló que para no incurrir en la falsa de motivación, la Administración está obligada a expresar los motivos que fundamentan las decisiones, y a establecer correspondencia entre los hechos, pruebas y las consideraciones jurídicas contenidas en un acto administrativo, precisando que la facultad sancionatoria que tiene la Administración, no es totalmente discrecional pues tiene el deber de

explicar las razones para la imposición de las sanciones, fundamentadas estas en situación de hecho y de derecho justificables.

Considera que en la resolución sancionatoria y su posterior confirmatoria, la SIC decidió anular sin fundamento alguno el valor probatorio de la documentación aportada, toda vez que las mismas hacen referencia a componentes del producto, pero no al producto integral.

Pone de presente la frase publicitaria del producto advirtiendo que la SIC ignoró por completo la misma y las propiedades que posee el producto en particular la astaxantina, razón por la cual el análisis probatorio que hace la Superintendencia de Industria y Comercio es totalmente errado al analizar la pauta publicitaria en cuestión ya que la publicidad nunca hace valoraciones de bondades relacionadas con la integridad de los componentes del producto WellnessPack.

Afirma que las resoluciones emitidas por la SIC se fundan en un alcance totalmente equivocado, y por lo tanto, motivos en que se fundamenta la decisión final no están justificados, es decir, el acto está falsamente motivado.

Pone de presente el concepto de idoneidad, de la prueba establecido en el artículo 174 del CPC, y los 164, 165, 166 y 167 del CGP señalando que la conducencia de la prueba se presenta cuando el medio usado no esté prohibido por el ordenamiento legal ni tampoco para el caso concreto, mientras que la pertinencia se refiere a que el contenido de la prueba se refiera a los hechos o acontecimientos que se desean demostrar; y con respecto a la utilidad se manifiesta en el servicio que la misma preste para la convicción de un hecho que aún no se encuentra demostrado con otro medio probatorio.

En el proceso administrativo se aportaron criterios científicos sobre la Astaxantina, el Omega 3, efectos que tiene su ingesta en la salud del cuerpo humano, composiciones multivitamínicos, reportes de estudios e investigaciones de cuadros glicémicos, consumo de aceite de pescado (directamente relacionado con el Omega 3), estudios de suplementación dietética referente a la Astaxantina; estudios sobre el efecto en el rendimiento deportivo al consumir Astaxantina; información científica sobre reducción de riesgo cardiovascular al consumir aceite de pescado.

Afirma que todo el material probatorio científico aportado como prueba ante la Superintendencia de Industria y Comercio, es contundente y ratifica la veracidad de lo enunciado en las pautas publicitarias que fueron investigadas y sancionadas, pero a pesar de la contundencia de los estudios presentados la Superintendencia descalifica totalmente las aseveraciones allí contenidas porque que dichos estudios no mencionan directamente el WellnessPack, mientras los estudios allegados hacen un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los ingredientes de las cápsulas que componen el WellnessPack; el cual no es un batido o una sustancia única, sus componentes están separados, y el producto que se ofrece el público en 4 cápsulas por separado.

La norma sanitaria vigente para suplementos dietarios, señala que la publicidad de los mismos, puede realizarse partiendo de los beneficios atribuidos a cada uno de los ingredientes característicos de la composición de manera que Oriflame cumplió con acreditar con material probatorio idóneo que la publicidad de los componentes del "Paquete de Bienestar o Wellness Pack" es cierta y fundada, además, la regulación sanitaria permite que se presente en la publicidad de los productos de esta naturaleza, las justificaciones propias e individuales de cada uno de los componentes del producto, tal y como se ha realizado por parte de la sociedad demandante y conforme al material aportado con el escrito de

demanda se demuestra la veracidad de cada una de las frases contentivas de la publicidad del producto "Wellness Pack".

#### Violación al principio de la libertad probatoria-violación al derecho de defensa

Considera que la decisión de la SIC pone en riesgo el prestigio de una compañía como Oriflame de Colombia S.A., y se violenta el principio de libertad probatoria, y aunque existe diferencia entre "literatura científica" y "estudio científico"; la Superintendencia de Industria y Comercio debe valorar tanto los escritos científicos como los estudios de la misma índole; es decir, darles la misma credibilidad.

Todos y cada una de los documentos científicos aportados al expediente cumplen a cabalidad los criterios señalados en la doctrina jurídica, en la medida que se encuentran respaldados por la academia y por centros científicos reconocidos a nivel internacional.

#### Afirmación objetiva en la información dada al consumidor

De acuerdo con la SIC la publicidad del producto es violatoria de lo consagrado en el artículo 23 de la ley 1480 de 2011, cuando en realidad se trata de información objetiva toda vez que se refiere a características de un producto determinado, no es información estimativa y la frase "Es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como lo vitamina E... " es consecuencia de los estudios aportados y frente a uno de los antioxidantes más comunes, como lo es la Vitamina E, por ejemplo, la astaxantina que tiene un valor antioxidante muy superior comparativamente a la vitamina E, tal porcentaje es diferente frente al B-caroteno, a la vitamina c, o a la coenzima Q10 y así sucesivamente, pero

en todos los casos, la astaxantina es mucho más potente que los otros antioxidantes.

Tal y como se relata la cuantificación antioxidante varía según el carotenoide con el que se haga el estudio comparativo pero en todos los casos, la potencia de la astaxantina es superior en 600 veces, 550 veces, 100 veces más que los demás antioxidantes, de manera que es posible concluir que la sociedad demandante no infringió lo dispuesto en la ley 1480 de 2011, toda vez que no se está dando información engañosa al consumidor final, advirtiéndole que la sociedad sancionada siempre actuó conforme a los registros sanitarios otorgados y a la información científica, técnica y legal.

#### **4. contestación de la demanda**

La SIC presentó contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, manifestando que las acusaciones referidas carecen de cualquier fundamento fáctico y jurídico.

Frente al cargo de falsa motivación precisa que la empresa, como base del desarrollo de un país, tiene una función social que cumplir, que implica ciertas obligaciones, y responsabilidades, ya que por su parte El Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común.

Dentro de las obligaciones que debe cumplir Oriflame al ofrecer sus productos en el mercado, se encuentra precisamente la de respetar las normas de información contenidas en la Ley 1480 de 2011 y en la

Circular Única de la SIC, pues de lo contrario se hace merecedoras a las sanciones contemplada en dichos cuerpos normativos.

El Régimen de Protección al Consumidor en Colombia deviene directamente de la Constitución Política, la cual le impone el deber al Estado, representado por la SIC, proteger los derechos de los consumidores, quienes dentro del esquema de mercado se encuentran en situación de manifiesta indefensión y vulnerabilidad, otorgándoles el derecho, entre otras cosas, a la libertad de elección de bienes y servicios, a la información, a un trato no discriminatorio y abusivo, a la protección contra la publicidad engañosa y a que todos los bienes y servicios que adquieren tengan unas condiciones mínimas de calidad e idoneidad.

Los productores y/o expendedores tienen el deber de proporcionar a los consumidores información veraz y suficiente de los productos que ponen en circulación en nuestro esquema de mercado, en términos que les permita conocer los componentes, propiedades, naturaleza, origen, modo de fabricación, usos, volumen, peso o medida, precios, forma de empleo, características, calidad e idoneidad del producto que está consumiendo (adquiriendo), pues de lo contrario el consumidor carecería de elementos de juicio para establecer si las propiedades del producto o bien que genera su predilección se adecúa y/o satisface sus necesidades.

En pronunciamientos del H. Consejo de Estado y de la H. Corte Constitucional se ha señalado que al momento de elaborar una pieza publicitaria los productores deben respetar el deber de proporcionar a los consumidores información veraz y suficiente, para lo cual deberá analizar o estudiar si los mensajes que piensa incluir en la información que le ofrecerá al consumidor, y antes poner a circular información de un

determinado producto se deben verificar que ésta cumpla con postulados de la Ley 1480 de 2011 y con las instrucciones del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única No. 10 de la SIC.

La carga de la prueba es la situación jurídica en que la ley coloca a cada una de las partes, que consiste en el deber de probar los hechos que hayan alegado a favor de su propio interés, y precisa que en materia de protección al consumidor, la Corte Constitucional ha establecido una excepción a la regla general consagrada en el artículo 177, en la que invierte la carga de la prueba trasladándola al productor.

En este orden de ideas le correspondía a la sociedad ORIFLAME demostrar que la información por la que fue sancionada, era veraz y suficiente y sobre todo, que no inducía en error a los consumidores, pero el producto WellnessPack cuya información fue objeto de la sanción está presentado de la siguiente forma: una (1) cápsula de complejo de Belleza Sueco (astaxantina); dos (2) cápsulas de Omega 3; una (1) tableta de Multivitaminas y Minerales para mujeres u hombres, según corresponda, del cual se predicen especiales características y bondades que se le atribuyen a sus compuestos individualmente considerados.

La información por la que fue sancionada ORIFLAME contenía las afirmaciones respecto del producto WellnessPack: I) "Retrasa el envejecimiento", II) "Es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como la vitamina E, en la lucha contra el daño que provocan los radicales libres." III) "Contiene un poderoso antioxidante natural denominado astaxantina - el cual se encuentra en el archipiélago de Estocolmo en Suecia- cuyos efectos extraordinarios mejoran el rendimiento y la resistencia muscular" IV) "Fortalece la función cerebral y la salud cardiovascular y de la piel, por cuanto proporciona ácidos grasos esenciales de alta calidad, como omega 3."

Las pruebas aportadas por Orifalme fueron valoradas por la Directora de Investigación de Protección al Consumidor de la SIC advirtiendo que en el numeral 10.2 de la Resolución No. 60834 de 21 de octubre de 2013, se ha precisado que para el uso de los productos de la marca los documentos no constituyen prueba idónea que sirva de soporte científico ya que no tiene la propiedad de ser un instrumento técnico o científico que sirva de soporte de las afirmaciones objetivas contenidas en la información suministrada a los consumidores respecto del producto que nos ocupa, o no se aportan los estudios realizados por estos expertos sobre el producto WellnessPack de forma específica, o los mismos no hace referencia directa al producto WellnessPack lo que hace que la prueba no sea idónea para soportar las afirmaciones objetivas que se hacen del producto integralmente considerado.

Advierte la SIC que si bien es cierto los documentos allegados al plenario por la investigada hacen referencia a especiales características de los componentes del producto WellnessPack, ninguno de ellos contiene el estudio científico previo sobre el producto en su integralidad con la descripción que este presenta en la ficha técnica, lo que hace que las pruebas aportadas no sean idóneas para soportar las afirmaciones objetivas contenidas en la información del producto WellnessPack.

Las fichas técnicas No 15388 WellnessParck Mujer y la No 15388 WellnessParck Hombre obrantes en el expediente, presentan la descripción de sus componentes "2 x 15397 Omega 3; 1x 15400 Complejo Sueco de Belleza; 1x 15414 Multivitaminas y Minerales Mujer, 154000, Astaxatina" y "2 x 15397 Omega 3; 1x 15400 Complejo Sueco de Belleza; 1x 15414 Multivitaminas y minerales hombres, la Astaxatina", la cual es su real composición, lo que le permite a la SIC afirmar que ninguna de las pruebas aportadas por la sociedad investigada Oriflame

Colombia S.A, hacen referencia al producto en su composición integral, y aunque algunos estudios se refieren a determinados compuesto, no lo hacen al producto integralmente considerado.

Oriflame Colombia S.A, no aporta prueba idónea (estudio científico previo) frente a la expedición y/o divulgación de la información que pueda soportar que el producto WellnessParck Mujer y WellnessPack Hombre es un producto "100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como la vitamina E" "que la astaxantina que contiene el producto WellnessPack Mujer y WellnessPack Hombre es "del archipiélago de Estocolmo en Suecia y en su composición presenta efectos extraordinarios mejoran el rendimiento y la resistencia muscular", de igual forma que el producto "Fortalece la función cerebral y la salud cardiovascular y de la piel, por cuanto proporciona ácidos grasos esenciales de alta calidad, como Omega 3".

No se cuestiona la credibilidad de las pruebas aportadas por la sociedad investigada Oriflame Colombia S.A, que son objeto de estudio, ya que estas constituyen ensayos médicos, literatura científica y estudios serios sobre determinadas patologías del ser humano, pero ninguna de ellas hace referencia a un estudio científico previo y particular sobre el producto WellnessPack Mujer y WellnessPack Hombre en su integralidad, con sus componentes ofrecidos a los consumidores.

Afirma que no está probado que la astaxantina sea el más "poderoso antioxidante natural 100 veces más potente que los antioxidantes comunes" y mucho menos que prevenga de Estocolmo. Suecia, adicionalmente no hay soporte científico que compruebe "los efectos extraordinarios mejoran el rendimiento y la resistencia muscular" no que "Fortalece la función cerebral y la salud cardiovascular y de la piel, por

cuanto proporciona ácidos grasos esenciales de alta calidad, como Omega 3".

Podrá constatarse que todas las pruebas aportados por ORIFLAME a la actuación administrativa, tal como lo consideró la Directora de Investigación de Protección al Consumidor de la SIC en la Resolución No. 60834 de 21 de octubre de 2013, estaban dirigidos a probar individualmente los efectos de cada uno de los componentes del WellnessPack, pero en productos totalmente diferentes al suyo.

Una lectura minuciosa de cada uno de los actos administrativos demandados permitirá verificar que la SIC valoró cada uno de los documentos allegados por Oriflame a la actuación administrativa como prueba de las afirmaciones realizadas sobre el producto, sin embargo en el presente asunto ninguna de las pruebas aportadas fue idónea para demostrar las afirmaciones realizadas sobre el producto.

Reitera que Oriflame no probó las bondades del producto WellnessPack en su conjunto, sino de sus componentes de manera individual incorporados en productos diferentes que fueron diseñados por otros empresarios, y si bien las pruebas aportadas por Oriflame fueron admitidas por reunir con los requisitos formales señalados en la Ley, ello no significa bajo ninguna condición que la SIC quedaba obligada a otorgarle el valor probatorio que pretendió Oriflame.

En la Resolución No. 45875 de 31 de julio de 2013 se señaló clara y expresamente que las pruebas aportadas por Oriflame S.A. eran admitidas con el valor probatorio que les correspondieran de acuerdo con la Ley, es decir, fueron admitidas por reunir con los requisitos formales y de oportunidad señalados en la Ley, y su valor probatorio sería

determinado en el acto administrativo que resolviera la actuación administrativa.

La SIC tuvo en cuenta que si bien es cierto las pruebas aportadas por Oriflame a la actuación administrativa hacían referencia a especiales características de los componentes del producto WellnessPack, ninguna de ellas contiene un estudio científico previo sobre el producto en su integridad con la descripción que este presenta en la ficha técnica, lo que repercutió en que las pruebas aportadas no fueran idóneas para soportar las afirmaciones objetivas contenidas en la información del producto WellnessPack, y el estudio al acervo probatorio realizado por la SIC le permitió concluir que las afirmaciones objetivas descritas en la información suministrada por ORIFLAME a los consumidores carece de soporte científico, haciendo que la información sea engañosa para los potenciales consumidores.

Respecto a la violación al principio de la libertad probatoria-violación al derecho de defensa advierte que en ningún momento la SIC desconoció la validez de la literatura y los estudios allegados a la actuación administrativa como pruebas documentales, toda vez que en los actos administrativos reconoce la seriedad de los mismos, pero sin embargo al no hacer ninguno de ellos referencia al producto WellnessPack en su integridad, carecen de idoneidad para probar la veracidad de la información ofrecida al consumidor frente al producto ofertado, siendo falso que la SIC hubiese descartado o ignorado las pruebas que ORIFLAME señala en los tres ejemplos consignados en el cargo de violación, por el hecho de corresponder a literatura científica, lo que en realidad ocurrió fue que la SIC les restó idoneidad por cuanto solo se refería a unos de los componentes del producto WellnessPack.

No puede pretender Oriflame probar la veracidad de la información del Producto WellnessPack, con estudios realizados sobre productos diferentes al suyo y que incluso tiene un origen empresarial distinto, al tiempo que tampoco puede entenderse como una vulneración al principio de libertad probatoria el hecho de exigirle que debía contar con un estudio científico del producto WellnessPack que sirviera de soporte a la información que puso a disposición de los consumidores.

En lo que refiere a la afirmación objetiva en la información dada al consumidor se tiene que las afirmaciones que hace el producto se refieran a hechos que deben ser objeto de verificación y prueba, en tanto son afirmaciones objetivas que pueden inducir a error al consumidor, pues este tiene la confianza de que son ciertas.

No es de recibo el argumento según el cual la frase *"Es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como la vitamina E, en la lucha contra el daño que provocan los radicales libres"* no pueda ser considerada como objetiva en tanto el consumidor desconoce cuántos antioxidantes hay en el mercado, así como también desconoce cuántos carotenoides existen, por cuanto es necesario que el consumidor conozca tal información que pueda asimilar el mensaje transmitido por tal frase, esto es, que el producto WellnessPack Mujer y WellnessPack Hombre era 100 veces más potentes que los antioxidantes comunes.

No es cierto que la expresión *"Es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como la vitamina E, en la lucha contra el daño que provocan los radicales libres"*, se utilice como única referencia de la potencia del producto WellnessPack Mujer y WellnessPack Hombre pues la vitamina E es citada solo como un ejemplo de los antioxidantes comunes, y no como el único elemento de comparación de la potencia del antioxidante contenido.

Sobre la buena fe del productor, la SIC considera que el argumento debe rechazarse, en tanto no puede aceptarse que un productor y/o distribuidor profesional, como lo es Oriflame, ponga en circulación una información en la que ofrezca un producto dotado de un sinnúmero de características cuya efectividad debe estar soportada en estudios clínicos y científicos, cuando en realidad no cuenta con aquellos, pues de esa forma induce al consumidor al error.

No puede un productor desconocer el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, y alegar que actuó amparado por el principio de buena fe, por cuanto su conducta fue desplegada conforme a los registros sanitarios otorgados por el INVIMA y a la información científica, técnica y legal que soportan su conducta de manera proba.

En cuanto a la vulneración del derecho al debido proceso alegada por Oriflame, tal argumentación carece de todo fundamento, pues las decisiones adoptadas por la SIC se profirieron acorde con las disposiciones existentes en materia de protección al Consumidor, siendo que las actuaciones administrativas adelantadas en la respectiva actuación administrativa, se efectuaron con observancia del debido proceso y el derecho de defensa de la sociedad.

#### **5. Actuación procesal en primera instancia**

Previo reparto, en auto del dos (2) de junio de dos mil quince (2015) el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Primera, admitió la demanda presentada por Oriflame de Colombia S.A. ordenando la notificación personal del auto admisorio al Superintendente

de Industria y Comercio, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público.

### **5.1. Audiencia inicial**

Convocada mediante auto del veintiséis (26) de enero de dos mil dieciseises (2016), se surtió el 14 de marzo de 2016, con la comparecencia de los apoderados de las partes del proceso ante los Juzgados Administrativos de Bogotá. En la diligencia el Juez de instancia se pronunció sobre: i) el saneamiento del proceso, indicando que no existe causal de nulidad o irregularidad que dé lugar a proferir una sentencia inhibitoria; ii) no se formularon excepciones previas; iii) la fijación del litigio se estableció en determinar si los actos demandados incurrieron en falta motivación, vulnerado el principio de libertad probatoria, o el principio de buena fe de la sociedad sancionada iv) en la etapa conciliatoria, se manifestó la falta de ánimo conciliatorio por las partes; v) no se formularon medidas cautelares, y v) en la etapa de pruebas, el *a quo* dio su debido valor probatorio a las aportadas por las partes. Por último, el juez de instancia prescindió de la etapa probatoria y corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos conclusión en la diligencia.

## **6. Alegatos de conclusión**

### **6.1. Oriflame de Colombia SA**

En sus alegatos de conclusión la sociedad demandante reiteró los argumentos de hecho y derecho presentados en la demanda.

### **6.2. Superintendencia de Industria y Comercio**

La SIC, reiteró en todos los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

### **6.3 Concepto del Ministerio Público**

El agente del Ministerio Público no se hizo presente en la audiencia inicial ni presentó concepto.

### **7. La sentencia impugnada**

En el fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Primera, el dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016), considera que se logró demostrar que la Astaxantina mejora el rendimiento y la resistencia muscular, pero con base en los documentos que obra en el expediente no se logró demostrar las restantes características o cualidades otorgadas al producto en la información publicitaria.

Afirma el *a quo* que no se vulneró el principio de libertad probatoria anunciado por la demandante, toda vez que la Superintendencia de Industria y Comercio no excluyó ninguna de las pruebas aportadas por su naturaleza, sino que consideró que con ellas no se lograba demostrar la información contenida en la publicidad, así mismo, si el anunciante manifiesta que la astaxantina es 100 veces más poderosa que los antioxidantes comunes, es una afirmación que se puede verificar, la cual se aleja de elementos subjetivos como lo estima la demandante.

No se encuentra demostrado la vulneración al principio de buena fe y debido proceso alegado por la sociedad Oriflame de Colombia SA., toda vez que, si un productor pone a circular una información publicitaria, debe estar en la facultad de probar la veracidad de sus afirmaciones.

El producto afirma que I) aumenta el rendimiento y la resistencia muscular, proporciona vitaminas y minerales esenciales y fortalece el funcionamiento cerebral y la salud cardiovascular, II) en la publicidad del producto WellnessPack para mujer se indica que consta de 21 bolsitas que contiene 1 cápsula de complejo de belleza sueco (astaxantina) 2 cápsulas de Omega 3 y 1 comprimido complejo multivitamínico y mineral para mujer, III) que contiene astaxantina, un poderoso antioxidante natural que se encuentra en el archipiélago de Estocolmo, Suecia, con resultados extraordinarios para la belleza, reducción de las líneas de expresión y arrugas, mayor hidratación y mejor elasticidad de la piel, IV) es 100 veces más poderoso que los antioxidantes comunes, como la vitamina E, para combatir el daño provocado por los radicales libres, fortalece la función cerebral, la salud cardiovascular y de la piel, al aportar ácidos grasos esenciales Omega 3 de alta calidad, V) el producto suaviza la piel y mejora los niveles de hidratación desde el interior, aporta vitaminas y minerales esenciales y fortalece la función cerebral y la salud cardiovascular.

Luego hace un recuento del procedimiento administrativo adelantado por la SIC y de las pruebas aportadas por la sociedad Oriflame de Colombia, señaló que frente al cargo de falsa motivación la SIC mediante Resolución No. 65875 del 31 de julio de 2013, tuvo en cuenta con el valor probatorio que corresponda de acuerdo a la Ley, los documentos aportados.

Advierte que de conformidad con el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil que cuando en la Resolución 45875 del 31 de julio de 2013, se señaló que se reconocía valor probatorio a las documentales aportadas, no significa que con ella se demuestre lo pretendido por la parte que las allego al proceso, sino que se encuentran incorporadas a la

actuación administrativa, debiendo analizarse su valor probatorio al momento de adoptar la decisión, por lo que no es cierto que se excluyera de la actuación administrativa las pruebas documentales aportadas por la sociedad demandante.

Resalta que es diferente la exclusión de una prueba, a que del análisis probatorio de las mismas se concluya que no resultan idóneas para demostrar los argumentos de defensa del investigado, pues en el presente asunto, luego de examinado el acto administrativo sancionatorio, se observó que la Superintendencia de Industria y Comercio no descartó las pruebas aportadas, pues realizó el correspondiente examen de las mismas concluyendo que no demostraban la información anunciada en la publicidad.

Frente a la idoneidad de las pruebas aportadas por la sociedad demandante señala el juez de primera instancia que, si bien en los estudios se afirma que la astaxantina es 1000 veces más potente que la vitamina E, en otros que es 550 veces más poderoso, estos no corresponden a un elemento de prueba para demostrar tal afirmación, toda vez que se anuncia en la introducción del estudio, que no tiene por objeto determinar o confrontar la potencia de la astaxantina con la vitamina E.

En la publicidad se indica que la astaxantina es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes, es decir, no sólo se debe demostrar que el componente es más poderoso que la vitamina E, sino que todos los antioxidantes comunes, situación que no fue demostrada dentro del proceso, por lo tanto con base en las pruebas aportadas, no se logró demostrar que la astaxantina sea 100 veces más poderosas que los antioxidantes comunes.

Advierte que los estudios aportados por la sociedad demandante no hacen referencia a la totalidad de las características del producto ofrecido, sino que hace alusión de manera particular a uno de sus elementos, este es la astaxantina, frente a la cual no se logró demostrar que la astaxantina es 100 veces más poderosa que los antioxidantes comunes.

Para el *a quo* no es necesario que el estudio aportado por Oriflame Colombia haga referencia de forma particular al producto WellnessPack, toda vez que la información publicitaria y el estudio aportado, coinciden en exponer como una de las características de la astaxantina que mejora el rendimiento y la resistencia muscular con lo que se logra corroborar lo anunciado en la información publicitaria.

Respecto a la afirmación que la sociedad demandante aportó el documento denominado "consumo de Pescado, Aceite de Pescado, Ácidos Grasos Omega - 3 y enfermedad cardiovascular" en el cual se concluye que los suplementos de ácidos grasos omega 3 pueden reducir los eventos cardíacos, advierte el *a quo* que en el mismo documento se indica que se requiere más estudios para confirmar y definir los beneficio para la salud de los suplementos de ácido graso omega 3, por lo tanto de la referida prueba documental no se logra demostrar que con el Omega 3 contenido en el producto fortalezca la salud cardiovascular.

Advierte que los documentos aportados por Oriflame Colombia no contienen ningún estudio individualizado donde se verifique que el consumo del omega 3, en las condiciones ofrecidas en el producto WellnessPack, fortalezcan la función cerebral y la salud cardiovascular.

Para el *a quo* se logró demostrar que la astaxantina mejora el rendimiento y resistencia muscular, por lo que de esta forma desaparece

uno de los supuestos por los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio impuso la sanción, razón por la cual se disminuyó el monto de la multa.

El artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 señala que para imponer la sanción se debe tener en cuenta el daño causado a los consumidores, la persistencia de la conducta, la reincidencia en la infracción, la disposición o no de buscar una solución adecuada, la disposición o no de colaborar con las autoridades competentes, el beneficio económico que hubiere obtenido el infractor, la utilización de medios fraudulentos para la comisión de la conducta y el grado de prudencia para atender los deberes.

De conformidad con el numeral 1.3 del artículo 3 de la Ley 1480 de 2011, los consumidores tienen derecho obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos, y en el presente asunto la información y publicidad engañosa, pudo originar que los consumidores y las personas que tuvieron contacto con la publicidad cuestionada, tomaran la decisión de adquirir el producto por las características anunciadas del mismo que no se encuentran probadas.

En el acto administrativo sancionatorio se indica que la Sociedad Oriflame de Colombia SA., es reincidente en la comisión de infracciones en materia de protección al consumidor, aspecto que no fue controvertido dentro del presente proceso.

Señala que juez de primera instancia que el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 delimita el monto de la sanción en un monto máximo de 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la sanción que fue impuesta en la Resolución 60834 de 2013 fue de 100 salarios mínimos mensuales vigentes, pero al ser demostrada una de las cuatro afirmaciones objetivas por las que se impuso la sanción, el *a quo* redujo la sanción a 75 salarios mínimos mensuales legales vigentes para el momento de imponer la sanción equivalente a \$ 44.212.500.00 pesos.

Frente al principio de libertad probatoria considera el juez de primera instancia que el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, normatividad vigente al momento de adelantarse la actuación administrativa, indica que sirven como medios de prueba la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, indicios y cualquier otro medio que sean útiles para formar el convencimiento del juzgador, y en este asunto no se excluyeron pruebas sólo por su naturaleza, sino que, al evaluarlas dentro de sus facultades, consideró que no demostraban los supuestos de hechos pretendidos por la investigada, por lo tanto, la SIC no vulneró el principio de libertad probatoria, aunque debe tenerse en cuenta que Oriflame de Colombia SA., logró demostrar que la Astaxantina es un poderoso antioxidante, y que mejora el rendimiento y resistencia muscular.

Respecto a la afirmación del medio publicitario que "Es 100 veces más potente que los antloxidontes comunes como lo vitamina E", considera el *a quo* que de conformidad la Ley 1480 de 2011, define la información como todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante

respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.

Precisa que la información publicitaria puede tener unos elementos objetivos y otros subjetivos, indicando que los primeros deben cumplir con los parámetros de una información clara, veraz, suficiente y ante todo verificable, por el contrario, para la información subjetiva no requieren ser verificable, de manera que la mencionada expresión constituye una información objetiva que puede ser verificable, al hacer alusión a una de las características de uno de los componentes del producto, como es anunciar que la astaxantina, es 100 veces más poderoso que los antioxidantes comunes.

Si la empresa señala que el producto es 100 veces mejor que los antioxidantes comunes, es una afirmación que debe estar verificada por el comercializador, sin que se pueda considerar que dicho anuncio resulta una apreciación subjetiva.

Respecto a la vulneración al principio de buena fe el juez de instancia considera que si bien la Constitución Política lo desarrolla, esto no conlleva que la Sociedad Oriflame de Colombia SA., no deba comprobar las características y beneficios ofrecidos a los consumidores en la información publicitaria, por lo tanto, No puede pretender la sociedad actora ampararse en el principio de la buena fe, para que no pueda ser requerida por la autoridad administrativa.

De conformidad con los anteriores argumentos el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá resolvió: I) declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 60834 del 21 de octubre de 2013, 4467 del 31 de enero de 2014, proferidas por la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y

Comercio y la Resolución No. 63039 del 22 de octubre de 2014, proferida por el Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor, y II) como restablecimiento del derecho se modificó la sanción impuesta en la Resolución 60834 del 21 de octubre de 2013, en cuantía de 75 salarios mínimos mensuales para la época de imposición de la sanción, equivalente a \$44.212.500.00, pesos.

### **8. Recurso de apelación.**

Frente a la decisión de primera instancia la sociedad Oriflame de Colombia SA y la Superintendencia presentaron recursos de apelación:

#### Oriflame Colombia SA

En su escrito de apelación la sociedad demandante argumenta que se equivocó el juzgador de primera instancia, en asegurar que no hubo violación al debido proceso, cuando sugiere que la Superintendencia valoró las pruebas y/o no las excluyó.

Señala que la sociedad demandante fue sancionada por parte de la SIC, por considerarse que violó lo consagrado en el artículo 23 de la ley 1480 de 2011, toda vez que la información publicitaria "carecía de veracidad y verificabilidad", además que no se aportó prueba idónea frente a la expedición y/o divulgación de la información descartando de plano, las pruebas aportadas durante toda la actuación administrativa.

La Superintendencia, mediante Resolución Número 45875 del 31 de julio de 2013 resolvió tener en cuenta toda la documentación aportada y otorgarle "el valor probatorio " para la causa. A pesar de ello, en la resolución sancionatoria y su posterior confirmatoria, deciden anular sin

fundamento alguno el valor probatorio a la documentación en su momento aportada.

En el momento procesal, la demandada emitió resolución donde otorgaba valor probatorio a la documentación allegada; pero, en el momento de la sanción, las descartó de inmediato, siendo esto un ejemplo claro de la violación al derecho de defensa derivado del desconocimiento total de las pruebas aportadas para emitir la decisión de fondo.

Pone de presente todos los elementos probatorios aportados en la actuación administrativa advirtiendo que la SIC frente a estos resolvió ninguno contiene estudio científico previo sobre el producto en su integralidad, frente a lo cual el juez de primera instancia determinó que dicha valoración es la correcta.

Según la lectura de la información publicitaria del producto en cuestión, la sentencia se fundamenta en una premisa equivocada, pues la publicidad nunca hace valoraciones de bondades relacionadas con la integridad de los componentes del producto WellnessPack; las mismas son atribuidas e identificadas a cada uno de los componentes, de manera que la sentencia emitida se funda en un alcance totalmente equivocado, y por ende la decisión final es acertada.

#### La idoneidad de las pruebas aportadas

Afirma que toda la documentación aportada como prueba en el momento procesal, es totalmente idónea, conducente y útil para demostrar las bondades dadas en la publicidad.

Recuerda que la sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007) del H. Consejo de Estado, los artículos 174, 175 y 176 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 164, 165, 166 y 167 del Código General del Proceso señalando que el legislador tiene dispuesto que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, convirtiéndolas en el medio de verificación de las proposiciones que las partes formulan en el proceso, así como de los hechos alegados en el mismo, con la finalidad de otorgarle al juez la convicción de la verdad.

En la actuación administrativa adelantada ante la SIC se adjuntaron, entre otras, los criterios científicos sobre la Astaxantina, el Omega 3, efectos que tiene su ingesta en la salud del cuerpo humano, composiciones multivitamínicos, reportes de estudios e investigaciones de cuadros glicémicos, consumo de aceite de pescado, estudios de suplementación dietética referente a la Astaxantina, estudios sobre el efecto en el rendimiento deportivo al consumir Astaxantina, información científica sobre reducción de riesgo cardiovascular al consumir aceite de pescado.

Expone los estudios aportados relacionados con la astaxantina y del Omega 3 señalando que todo el material probatorio científico aportado como prueba ante el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, es contundente y ratifica la veracidad de lo enunciado en las pautas publicitarias que motivaron la sanción impuesta, sin embargo, el despacho judicial determina no validar las pruebas aportadas, dándole razón a la entidad demanda en el sentido de que dicha documentación no prueba categóricamente las bondades anunciadas ni un estudio individualizado en las condiciones ofrecidas por le WellnesPack.

En ninguna parte, dentro de la información que es objeto del presente estudio, se manifiesta que, para la concurrencia de las bondades allí señaladas, se tienen que ingerir todas las cuatro grajeas de forma simultánea, es más el producto, pretende con los cuatro componentes independientes, otorgar como su nombre lo dice "bienestar" ("Wellness"); por tal razón las pruebas que se aportan coinciden con la información que se suministra al público en la publicidad.

La norma sanitaria vigente para suplementos dietarios, señala que la publicidad de los mismos, puede realizarse partiendo de los beneficios atribuidos a cada uno de los ingredientes característicos de la composición, por lo tanto, Oriflame de Colombia cumplió con acreditar con material probatorio idóneo que la publicidad de los componentes del "Paquete de Bienestar o Wellness Pack" es cierta y fundada, además, es la misma regulación sanitaria la que permite que se presente en la publicidad de los productos de esta naturaleza.

Afirma que en la literatura científica aportada, se demuestra que la astaxantina, es mucho más potente que la vitamina E y mucho más potente que los demás antioxidantes comunes siendo totalmente cierto, verificable y comprobable, las afirmaciones realizadas en la pauta publicitaria.

Respecto a la vulneración al principio de la libertad probatoria el despacho debió analizar la idoneidad de la prueba sobre los criterios de pertinencia, utilidad y conducencia, reiterando que cada una de los documentos científicos aportados al expediente, cumplen a cabalidad los criterios señalados anteriormente en la medida en que éstos se encuentran respaldados por la academia y por centros científicos reconocidos a nivel internacional.

Respecto a la supuesta afirmación objetiva que el producto "Es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como lo vitamina E." considera que una afirmación es objetiva cuando se refiere a características de un producto determinado, y es subjetiva cuando la información es estimativa, y en el caso de estudio se está realizando una estimación de una cifra gracias a los estudios aportados y frente a uno de los antioxidantes más comunes, como lo es la Vitamina E, siendo que esta información es verificable con todas las pruebas adjuntadas.

De conformidad con los anteriores argumentos solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se desestimen las suplicas de la demanda.

#### Superintendencia de Industria y Comercio

En su escrito de apelación manifiesta la SIC que la *a quo* en su interpretación de las pruebas desconoció algunos de los hechos que dieron origen a la sanción, así como el entendimiento que el público tendría frente a la fase cuyo contenido dio por probado el juzgador.

El juez de primera instancia determinó que el Producto Wellness Pack, contiene un poderoso Antioxidante natural cuyos efectos extraordinarios mejoran el rendimiento y la resistencia muscular, teniendo como fuente para esto el estudio obrante a folios 841 ya 854 del expediente judicial donde se hace referencia que en pruebas realizadas a deportistas se logró observar una disminución significativa en la producción de ácido láctico, con el uso de "astaxantina", que según manifiesta el demandante es uno de los componentes de su producto, frente a lo cual advierte que el juzgado se equivocó al no tener en cuenta la disparidad física existente entre los sujetos que fueron sometidos a dicho estudio y aquellos a quienes está dirigido el producto y, en segundo lugar, a las

posibles diferencia existentes entre la dosis utilizada en el estudio y aquella contenida en el producto y finalmente el estudio no se refiere a la reacción de este producto con los demás componentes del Wellness Pack.

Afirma que cuando el consumidor lee la frase "Contiene un poderoso Antioxidante natural denominado astaxantina - el cual se encuentra en el archipiélago de Estocolmo en Suecia - cuyos efectos extraordinarios mejoran el rendimiento y la resistencia muscular", se entendería que el consumo del producto le producirá un mejor rendimiento y resistencia muscular, y no solo que el producto contenga un poderoso antioxidante.

El consumidor promedio no solo espera que uno de los componentes que tiene el producto sea un antioxidante muy poderoso, sino que este se encuentre en una concentración y forma de absorción que produzca los efectos benéficos que se anuncian, así como que la reacción de este con los demás componentes del producto no afecte las prestaciones que manifiestan en la publicidad.

El estudio presentado por la sociedad demandante tendrá una mayor vocación de probar las afirmaciones del demandante, si el enfoque del producto o su target de mercado fuera la comunidad de deportistas y no la de hombres comunes, en otras palabras el hecho que el estudio se haya realizado teniendo como sujetos de estudio una población a la cual no va dirigida de forma específica el producto, hace que el mismo no tenga vocación para demostrar que frente a un target mucho más general los efectos aun seguirían siendo igualmente ventajosos.

Lo que se pretendía probar era que la astaxantina contenida en el Wellness Pack, producía un aumento en el rendimiento y en la resistencia muscular de las personas del común, debió haberse tenido un

grupo de estudio frente a gente del común, y no al de un grupo de deportistas, en la medida que las actividades y factores externos a que están sometidos unos y otros es completamente distinto, pues es distinto apreciar la absorción de calcio en personas que en su día a día tiene contacto con la luz del sol que frente aquellos en que sus actividades se adelantan entre muros, aún más, aspectos como la tasa cardiaca promedio o el consumo de cierto tipo de alimentación pueden afectar este tipo de reacción corporal.

En el estudio analizado por el *a quo*, analiza un contenido de 6mg de astaxantina, y con base en los documentos aportados por la accionante no es posible determinar con total certeza el contenido de astaxantina de del producto Wellness Pack, de manera que hay tres posibilidades.

I) que se haya utilizado la misma cantidad de astaxatina que en el estudio, esto es 6 mg, caso en el cual se estaría desconociendo la existencia de diferencias entre las necesidades dietarías y de suplementación del grupo de estudio y del target de mercado, pudiendo en esta circunstancia estar brindándole al ciudadano común una dosis por encima de los requerimientos, lo que podría hacer que se desaprovechara parte del contenido y generando una afectación patrimonial de la persona o aún más peligroso, que se presenten efectos nocivos para la salud por excederse en el consumo de antioxidantes, II) que se utilice un cantidad mayor a la recomendada en el estudio, haciéndose aún más evidente los riesgos a que se hizo mención en el párrafo anterior siendo innecesario profundizar sobre los posibles efectos nocivos de una concentración más alta, III) que se utilice una dosis más baja que la utilizada en el estudio, caso en el cual puede no tener efecto alguno en el organismo, pues como bien es sabido la concentración de un producto es necesaria para asegurar el efecto.

Reitera lo dicho en los alegatos de conclusión de primera instancia referente a que es necesario tener en cuenta los demás componentes del paquete, pues los mismos, no están necesariamente sujetos a una relación sinérgica, por el contrario, los mismos podrían en un momento dado contrarrestar su efectos, de tal modo que hablar de ellos individualmente resultaría solo una maniobra de desinformación.

Es necesario un análisis del producto Wellness Pack propiamente dicho, enfocado en su target de mercado, y no de los efectos de sus componentes individualmente estudiados y teniendo en cuenta grupos de características especiales, pues solo de esa forma es posible determinar si en las cantidades que se presenta tiene los efectos benéficos que se anuncian.

Lo sostenido por el fallador de primera instancia, no se encuentra ajustado a derecho, toda vez que, si bien, se logró demostrar que en una proporción de seis 6 mg la astaxantina, cuando es suministrada a deportistas, produce un aumento en la resistencia y rendimiento muscular, dicho estudio no tiene la vocación para demostrar que la astaxantina, en las cantidades ofrecidas en el Wellnes Pack, produce un efecto beneficioso de similares características a las del estudio frente al consumidor común.

En consideración a lo expuesto debe revocarse parcialmente la decisión adoptada por la Jueza Tercera Admirativa del Circuito de Bogotá, y en consecuencia mantener incólumes las resoluciones demandadas.

#### **9. Actuación judicial en segunda instancia**

Por auto del dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016), se admitió el recurso interpuesto, corriéndose el traslado para alegar de conclusión

mediante auto del veintitrés (23) de junio del año 2016, presentando sus alegaciones en término los extremos procesales.

## **10. Alegatos de Conclusión en segunda instancia**

### 10.1. Oriflame Colombia SAS

La sociedad Oriflame Colombia SAS en su escrito de alegatos de conclusión reprodujo los argumentos presentados en el recurso de apelación.

### 10.2. Superintendencia de Industria y Comercio

En el escrito de alegatos de conclusión reiteró los argumentos de hecho y de derecho presentados en el recurso de apelación.

## **11. La intervención del Ministerio Público.**

El Agente del Ministerio Público asignado a la Corporación, precisó que el productor o expendedor de un producto tiene la obligación de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en las normas técnicas colombianas oficializadas obligatorias o en los reglamentos técnicos y las ordinarias y habituales del mercado.

Los consumidores tienen derecho a recibir información, obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos en los términos de la Ley 1480 de 2011.

Oriflame como el productor del producto WellnessPack Mujer y WellnessPack hombre, debió probar y demostrar la veracidad de la información que incluyó en su pieza publicitaria, y como lo estableció la Superintendencia de Industria y Comercio la sociedad demandante carece de soporte respecto de los beneficios de su producto, evidenciándose así que la información de las características, cualidades o atributos del producto ofrecida al consumidor no es verdadera o es engañosa, siendo así notoria la violación del artículo 23 de la ley 1480 de 2011.

Para el Ministerio Público la conducta realizada por ORIFLAME DE COLOMBIA S.A., afectó los derechos de los consumidores que tuvieron contacto con el producto y su información engañosa.

Considera que la decisión del juez de primera instancia fue acertada toda vez que el caso bajo análisis, respecto de la frase contenida en el medio publicitario "Es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como la vitamina E", constituye una información objetiva que puede ser verificable, al hacer alusión a una de las características de uno de los componentes del producto, como es anunciar que la astaxantina, es 100 veces más poderoso que los antioxidantes comunes, razón por la cual solicita se confirme la decisión de primera instancia.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Es competente esta Sección Primera para resolver el recurso de apelación presentado por la sociedad demandante, al tenor de lo previsto

en el artículo 153 del C.P.A.C.A<sup>1</sup> y del numeral 1º del artículo 18 del Decreto 2288 de 1989.

### **Competencia del *Ad quem***

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

En efecto, el inciso primero del artículo 328 del Código General del Proceso preceptúa:

*“Artículo 328. Competencia del superior.*

*El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. (...)*

En este contexto, es claro que el superior, solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, sin que pueda el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

### **2. Problema jurídico:**

---

<sup>1</sup> Ley 1437 de 2011, art. 153:

*“Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda”.*

Debe la Sala estudiar los cargos de apelación sustentados por los extremos procesales para determinar si debe confirmarse la sentencia de primera instancia, o si por el contrario hay lugar a revocarla.

### **3. Análisis de la Sala**

#### **Cargos formulados por Oriflame de Colombia S.A. en apelación**

##### **3.1. Cargo: no valoración de la prueba, desconocimiento del derecho de la defensa y falsa motivación**

Manifiesta la sociedad Oriflame Colombia SAS que en la resolución sancionatoria y su posterior confirmatoria, la SIC decidió anular sin fundamento alguno el valor probatorio a la documentación en su momento aportada, toda vez que las pruebas aportadas por la sociedad hacen referencia a componentes del producto, pero no al producto integral.

Las resoluciones por las cuales se sancionaron a la sociedad demandante se fundan en un alcance totalmente equivocado, por lo que el acto sancionatoria está falsamente motivado, siendo que los estudios allegados hacen un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los ingredientes de las cápsulas que componen el WellnessPack; lo anterior debido a que el producto no es un batido o una sustancia única, sus componentes están separados, por cuanto el producto que se ofrece al público son 4 cápsulas por separado.

#### **Análisis de la Sala**

Observa la Corporación que el cargo formulado por la sociedad Oriflame de Colombia contiene distintos conceptos de violación como son la falsa

motivación del acto administrativo, vulneración al debido proceso e indebido análisis probatorio de los documentos aportados por la sociedad demandante, razón por la cual se hace necesario precisar cada uno de los conceptos previamente anunciados para resolver el cargo formulado por la apelante, y para ello tendrá en cuenta en cuenta la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos, el derecho al debido proceso y el marco jurídico de la publicidad.

El H. Consejo de Estado ha fijado el alcance del vicio de falsa motivación de los actos administrativos, y así en sentencia del quince (15) de marzo de dos mil doce (2012), el alto tribunal de lo contencioso señaló:

*La falsa motivación, como lo ha reiterado la Sala, se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.*

Conforme a lo anterior, para que se configure la falsa motivación de un acto administrativo, es necesario la concurrencia de dos elementos, I) que la administración no tuvo en cuenta motivos determinantes para tomar la decisión o no fueron probados, o II) se omite tener en cuenta

hechos que estaban demostrados y de haber sido considerados se hubieran utilizado para tomar una decisión sustancialmente diferente.

Por otra parte frente al derecho al debido proceso el H. Consejo de Estado ha señalado en sentencia del veintidós (22) de mayo de dos mil trece (2013) C.P. Enrique Gil Botero:

*En ese orden, el debido proceso es el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo principal es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso o procedimiento, de manera que durante el trámite pueda hacer valer sus derechos sustanciales y se le garantice el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia.*

*Por lo tanto, es considerado uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho y constituye un límite en el ejercicio de las potestades asignadas a las autoridades administrativas, con lo que se pretende que su actuar esté de conformidad con el ordenamiento establecido en todas las instancias y etapas previstas en el procedimiento respectivo, en aras de preservar los derechos de los ciudadanos del abuso que el ejercicio de estas competencias puedan ocasionar.*

*Configura una garantía de otros principios y derechos, toda vez que salvaguarda la primacía del principio de legalidad e igualdad, así como materializa el derecho de acceso a la administración de justicia.*

*En síntesis, el derecho fundamental al debido proceso en las actuaciones de la administración pública exigen el respeto total de la Constitución, especialmente, de los artículos 6, 29 y 209, que rigen el ejercicio de las funciones públicas y administrativas y garantizan los derechos de los administrados.*

*El Consejo de Estado, también ha precisado que la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es trascendental en la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, y cuenta con los siguientes alcances: **i) ser oído antes de que se tome la decisión; ii) participar efectivamente***

*en el proceso desde su inicio hasta su terminación; iii) ofrecer y producir pruebas; iv) obtener decisiones fundadas o motivadas; v) recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; vi) tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; vii) controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; viii) obtener asesoría legal, y ix) tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas.*

Conforme a lo anterior, el debido proceso constituye las garantías con las que cuenta el administrado en el trámite de una actuación administrativa, dentro de las que se encuentran el derecho a ser oído, a presentar pruebas, recibir notificaciones dentro de las oportunidades y obtener decisiones fundadas y motivadas.

### **3.2. Marco normativo y jurisprudencial de la publicidad y servicios que se ofrezcan en el mercado**

La Ley 1480 de 2011 "*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*" frente a la publicidad de bienes y servicios que se ofrecen a los consumidores, señala lo siguiente:

**Artículo 3º. Derechos y deberes de los consumidores y usuarios.** *Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:*

...

1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.

1.4. *Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa.*

1.5. *Derecho a la reclamación: Reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener*

*reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito, en los términos de la presente ley. Las reclamaciones podrán efectuarse personalmente o mediante representante o apoderado.*

**Artículo 5°. Definiciones.** Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

12. Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.

**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 y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano.

Parágrafo. Salvo aquellas transacciones y productos que estén sujetos a mediciones o calibraciones obligatorias dispuestas por una norma legal o de regulación técnica metrológica, respecto de la suficiencia o cantidad, se consideran admisibles las mermas en relación con el peso o volumen informado en productos que por su naturaleza puedan sufrir dichas variaciones.

Cuando en los contratos de seguros la compañía aseguradora modifique el valor asegurado contractualmente, de manera unilateral, tendrá que notificar al asegurado y proceder al reajuste de la prima, dentro de los treinta (30) días siguientes.

**Artículo 29. Fuerza vinculante.** Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad.

**Artículo 30. Prohibiciones y responsabilidad.** Está prohibida la publicidad engañosa.

El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a

*que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados.*

En cuanto a la veracidad y suficiencia de la publicidad, el H. Consejo de Estado refirió que *“la norma establece como características fundamentales de la publicidad o propaganda comercial la veracidad e integridad de la información sobre el producto, esto es, que sea cierta y lo más completa posible, de modo que no induzca en error al consumidor respecto del precio, calidad o idoneidad del bien o servicio respectivo”*<sup>2</sup>.

En otra decisión sobre el mismo aspecto la H. Corporación precisó:

*“una condición para que efectivamente sea veraz y genere la certeza que necesita el consumidor en sus decisiones de compra es la precisión de los datos pertinentes, es decir, que los mismos no sean vagos, equívocos o indeterminados”.*

*(...)*

*Conviene reiterar que la protección de los derechos del consumidor, pasa necesariamente por una adecuada información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, ya que con base en ella y atendiendo sus circunstancias personales de todo orden, sus intereses y necesidades es que decide sobre su adquisición o no, con lo cual se está diciendo que esa publicidad incide y condiciona la conducta del consumidor, la medida o grado de satisfacción de sus necesidades y su calidad de vida, considerada individual y socialmente (...)*<sup>3</sup> (Subrayado fuera del texto).

Se entiende que la publicidad incide en la decisión final que toma el consumidor que opta por adquirir un producto o servicio, esperando que sea en los términos y condiciones de la oferta. Por ello es pertinente que la información suministrada por el ofertante sea veraz y suficiente, corresponda con la realidad, y que sean precisos los datos pertinentes

---

<sup>2</sup> H. CONSEJO DE ESTADO, M.P. Dra. ROJAS LASSO, María Claudia, Expediente no. 2005-1666-01, Actor: Deneerys Cordero Campos, Providencia del 5 de agosto de 2010.

<sup>3</sup> H. CONSEJO DE ESTADO, M.P. Dr. LAFONT PIANETA, Rafael Ostau, Expediente no. 2002-00540-01, Actor: MEC ANELECTRO S.A., Providencia del 22 de junio de 2006.

en tanto que no sean i) vagos, ii) equívocos o iii) indeterminados, lo que hay permitido que haya lugar a sancionar al productor que incurra en conductas que sean contrarias al Estatuto del Consumidor – Ley 1480 de 2011.

Así no sólo el productor puede ser sancionado por incurrir en las conductas establecidas en los artículos anteriormente señalados, sino que además la responsabilidad puede recaer en el proveedor o expendedor del bien o servicio. Sobre el particular el H. Consejo de Estado sobre el particular adujo:

*“Para la Sala, de las normas transcritas [Constitución Política, artículo 78 y Decreto 3466, artículos 1, 14, 16, 31 y 32] se desprende claramente que no solamente el productor puede ser sancionado por incurrir en las conductas allí descritas, sino también el distribuidor o expendedor, máxime cuando por propaganda comercial se entiende “Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad”, anuncio que no solamente puede provenir del productor sino, como ocurrió en el asunto que se examina, del expendedor”<sup>4</sup>.*

Las disposiciones citadas tienen por finalidad la protección de los derechos del consumidor, salvaguardando los derechos de los usuarios ante una publicidad o información incongruente con la realidad, así la persona que incurre en esta práctica no sea directamente quien produce el bien o presta el servicio, atendiendo el marco constitucional que se desprende de los artículos 78 y siguientes de la Carta Política.

### **5.3. Análisis de la Sala en el caso concreto**

---

<sup>4</sup> H. CONSEJO DE ESTADO, M.P. Dra. ROJAS LASSO, María Claudia, Expediente no. 2002-00523-01, Actor: Grandes Superficies de Colombia S.A., Providencia del 19 de noviembre de 2009.

Revisadas las pruebas obrantes en el expediente, precisa la Sala que la investigación y posterior sanción impuesta por la SIC a la sociedad Oriflame de Colombia S.A. fue consecuencia de las declaraciones sobre el producto "Wellness Pack" vulneraban las disposiciones de la Ley 1480 de 2011.

Las afirmaciones publicitarias que se hacen sobre el producto Wellness son las siguientes:

*"Es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes como la vitamina E, en la lucha contra el daño que provocan los radicales libres"*

*"contiene un poderoso antioxidante natural denominado astaxantina – el cual se encuentra en archipiélago de Estocolmo en Suecia – cuyos efectos extraordinarios mejoran el rendimiento y la resistencia muscular"*

*"Fortalece la función cerebral y la salud cardiovascular y de la piel, por cuanto proporcional ácidos grasos esenciales de alta calidad, como Omega 3"*

Para respaldar las afirmaciones del producto Wellness Pack, la sociedad demandante en el trámite de la actuación administrativa adelantada aportó estudios científicos los cuales considera no fueron valorados por la SIC, vulnerado de esta manera el principio de valoración probatoria el derecho de defensa y configurando con ello la falsa motivación del acto administrativo sancionatorio.

Observa la Sala que en la Resolución 680834 de 2013 *"por la cual se decide una actuación administrativa"* la SIC se pronunció sobre las pruebas aportadas por la sociedad Oriflame de Colombia de la siguiente manera: (fl. 1022 – 1026)

- Documento *The Road Map™ Información 'Tres pasos para alcanzarte peso ideal con Batidos Natural Balance'* óbrate a folios 23 a 26 del plenario. Frente a esta prueba el Despacho resalta que si bien es cierto la pieza documental contiene una información adicional que suministra la sociedad ORIFLAME COLOMBIA S.A, a los consumidores para el uso de los productos de la marca, no constituye prueba idónea que sirva de soporte científico ya que no tiene la propiedad de ser un instrumento técnico o científico que sirva de soporte de las afirmaciones objetivas contenidas en la información suministrada a los consumidores respecto del producto que nos ocupa.

...

- "*Informe de la investigación Medición del índice glicémico de InZone Omega. Plus Informe de investigación para Indevex AB, Febrero de 2003, Lund profesor Sting Steen, Ewa Larsson. Departamento de Cirugía Cardiorácica. División Cardiopulmonar Hospital Universitario de Lind S-221 Lund, Suecia*", obrante a folios 317 a 391 del expediente. Como su nombre lo indica, hace referencia a un estudio sobre una especial patología médica, pero no hace referencia directa al producto WellnessPack lo que hace que la prueba no sea idónea para soportar las afirmaciones objetivas que se hacen del producto integralmente considerado.

*"Estudio de la Suplementación dietética con comida de algas ricas en astaxantina mejora la resistencia al esfuerzo. Un estudio doble ciego controlado con placebo en estudiantes hombres-Ass. Prof. Curt L Malmsten, Raddningshalsan AB, Box 35, s13421 Gustavsberg, Suecia".* Obrante a folios 402 a 405 del expediente. El Despacho considera que si bien esta prueba hace referencia a un estudio sobre las características del compuesto "Astaxatina" como elemento del producto no hace referencia a todos los compuestos del producto WellnessPack el cual es presentado como un producto compuesto por varios elementos entre los que se encuentra la Astaxatina. Ahora bien, si bien es cierto el estudio da fe sobre las propiedades y bondades de la Astaxatina para quien la adquiera y consuma, dicho estudio no hace referencia alguna a la composición integral del producto WellnessPack por lo que es fácil concluir que el estudio no tiene la propiedad de soportar las afirmaciones objetivas contenidas en la información en estudio.

- "*Wellness por ORIFLAME 15413 Multivitaminas & Minerales Hombre*". Artículo de Respaldo Científico: Información Clínica y Farmacológica. 15413 Multivitaminas y Minerales Hombre". obrante a folios 428 a 442. Este Despacho resalta que el

*contenido del artículo constituye literatura científica y por ende no tiene la categoría para ser considerado como un estudio científico, que dé soporte para comprobar las propiedades específicas del producto en los términos descritos en la información contenida en la publicidad, lo cual hace que la prueba no sea idónea para soportar lo afirmado en la información que nos ocupa.*

...

*Dicho de otra forma, si bien es cierto, los documentos allegados al plenario por la investigada hacen referencia a especiales características de sus componentes del producto WellnessPack, ninguno de ellos hace contiene el estudio científico previo sobre el producto en su integralidad con la descripción que este presenta en la ficha técnica, lo que hace que las pruebas aportadas no sean idóneas para soportar las afirmaciones objetivas contenidas en la información del producto WellnessPack que suministra a los consumidores la empresa ORIFLAME COLOMBIA S.A.*

..

*Es decir, en el presente caso, el Despacho no cuestiona la credibilidad de las pruebas aportadas por la sociedad investigada ORIFLAME COLOMBIA S.A, que son objeto de estudio, ya que como se consignó líneas atrás constituyen ensayos médicos, literatura científica y estudios serios sobre determinadas patologías del ser humano, pero ninguna de ellas hace referencia a un estudio científico previo Y PARTICULAR sobre el producto WellnessPack Mujer y WellnessPack Hombre en su integralidad, con sus componentes ofrecidos a los consumidores, lo que hace que en el presente caso se esté frente a una información que suministra el anunciante del producto que configuran afirmaciones objetivas: "100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como la vitamina E, en la lucha contra el daño que provocan los radicales libres " "Contiene un poderoso antioxidante natural denominado astaxantina -el cual se encuentra en el archipiélago de Estocolmo en Suecia- cuyos efectos extraordinarios mejoran el rendimiento y la resistencia muscular. " y "Fortalece la función cerebral y la salud cardiovascular y de la piel, por cuanto proporciona ácidos grasos esenciales de alta calidad, como Omega 3.*

De conformidad con lo anterior observa la Corporación que la SIC realizó un análisis del material aportado por la sociedad dominante, así mismo

que los estudios aportados por la sociedad Oriflame de Colombia S.A., tales como: *“Alimentos funciones: efectos cardiovasculares de los ácidos grasos Omega 3”*, *“el concepto de nutrición de SICCON”*, *“Los efectos de un suplemento dietario que contiene astaxantina sobre la condición de la piel”* *“estudio de la suplementación dietética con comida de algas ricas en astaxantina mejore la resistencia al esfuerzo”* y *“Consumo de pescado, aceite de pescado, ácidos grasos omega 3 y enfermedad cardiovascular”* (fl. 159 – 388) si bien versan sobre el Omega 3 y las astaxantina, los cuales son componentes del producto Wellness Packs, de conformidad con ficha técnica aportada por la sociedad (fl. 148-149), dichos estudios no hacen referencia al producto en su totalidad ni acreditan expresamente los beneficios que se afirman en la publicidad cuestionada por la SIC.

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, la información consignada en la publicidad debe ser veraz, suficiente, oportuna, verificable, y en el presente asunto los estudios y documentos aportados por la sociedad demandante no hacen referencia al producto WellnessPack sino a algunos de sus componentes y en concentraciones que no se describen en la ficha técnica del producto, situación que la SIC también advirtió durante la actuación administrativa, y que fue lo que motivó la sanción impuesta a Oriflame de Colombia S.A.

De conformidad con lo anterior no se configura el cargo propuesto por la sociedad demandante de toda vez que la SIC analizó cada uno de los documentos aportados por Oriflame de Colombia SA durante la actuación administrativa, encontrando que ninguno de estos hace referencia a la composición integral del producto sin que se cuestione la validez de los mismos, lo cual no conlleva una vulneración al debido proceso ni afecta la motivación del acto administrativo sancionatorio.

### 3.3. Cargo: violación de libertad probatoria

Respecto a la vulneración al principio de la libertad probatoria considera el apelante que el *a quo* debió analizar la idoneidad de la prueba sobre los criterios de pertinencia, utilidad y conducencia, reiterando que cada uno de los documentos científicos aportados al expediente, cumplen a cabalidad los criterios señalados anteriormente en la medida en que éstos se encuentran respaldados por la academia y por centros científicos reconocidos a nivel internacional.

#### Análisis de la Sala

Precisa la Corporación que en los principios consagrados en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, no se encuentra desarrollado expresamente el de libertad probatoria, sin embargo la Doctrina ha señalado que las partes y el juez deben gozar de libertad para obtener todas las pruebas que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad se refieran a hechos que la Ley prohíbe investigar, o que resulten manifiestamente inútiles, impertinentes o idóneas o aparezcan por otro motivo. La violación de este principio podría obstar a que la prueba cumpla su fin de convencer al órgano jurisdiccional, en forma ajustada a la realidad, acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que interesan a proceso, de manera que *“Dos aspectos tiene este principio: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Libertad de medios significa que la Ley no debe limitar los admisibles, sino dejar tal calificación al juez; libertad de objeto, la posibilidad de probar todo hecho que de algún modo influya en el pronunciamiento de mérito y que los litigantes intervengan en ello. El segundo puede existir sin el primero y no requiere norma legal”*.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. La prueba. Bogotá D.C. Leyer, 2011. p. 67.

Observa la Sala que el cargo de “violación al principio de libertad probatoria” formulado por la sociedad Oriflame S.A. guarda relación con el primer cargo resuelto, razón por la cual debe reiterar que en el trámite administrativo adelantado por la SIC, el ente de control mediante la Resolución 65875 de 2012 *“por la cual se prescinde de la etapa probatoria y se corre traslado para alegar de conclusión”* resolvió *“tener en cuenta con el valor probatoria que les corresponde de acuerdo a la ley, los documentos obrantes a folios 1 al 362 y del 366 al 551”* que son los estudios científicos y médicos que aportó Oriflame de Colombia S.A. y sobre los cuales se determinó que no hacían referencia al producto Wellness Pack sino únicamente a algunos componentes.

Considera la Sala que en el presente asunto no se vulneró el principio de libertad probatoria, pues la SIC no limitó ni restringió de manea alguna los elementos probatorios aportados por la sociedad demandante, más aun como se determinó en el cargo anterior, la Superintendencia analizó todas las pruebas documentales sin cuestionar la credibilidad de las mismas pero advirtiendo que ninguna de las pruebas hace referencia a un estudio científico previo y particular sobre el producto WellnessPack.

#### **3.4. Cargo: Supuesta afirmación objetiva en la información dada al consumidor**

Señala la sociedad Oriflame SA que la afirmación “Es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como lo vitamina E.” es subjetiva puesto que en la publicidad se está realizando una estimación de una cifra gracias a los estudios aportados y frente a uno de los antioxidantes

más comunes, como lo es la Vitamina E, lo cual es información es verificable con todas las pruebas adjuntadas.

### Análisis de la Sala

La Ley 1480 de 2011 establece en su artículo 3 que es un derecho del consumidor "recibir información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación", y el artículo 33 de la misma norma determina:

***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 y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano.*

*Parágrafo. Salvo aquellas transacciones y productos que estén sujetos a mediciones o calibraciones obligatorias dispuestas por una norma legal o de regulación técnica metrológica, respecto de la suficiencia o cantidad, se consideran admisibles las mermas en relación con el peso o volumen informado en productos que por su naturaleza puedan sufrir dichas variaciones.*

*Cuando en los contratos de seguros la compañía aseguradora modifique el valor asegurado contractualmente, de manera unilateral, tendrá que notificar al asegurado y proceder al reajuste de la prima, dentro de los treinta (30) días siguientes.*

De conformidad con lo anterior, la información suministrada en los productos debe ser veraz y verificable, y en esa medida la afirmación "Es 100 veces más potente que los antioxidantes comunes, como lo vitamina

E.” que contiene el producto WellnessPack debe sustentarse en los correspondientes estudios científicos.

Observa la Sala que la sociedad aportó los siguientes estudios para sustentar la afirmación debatida:

- *“Los efectos de un suplemento dietario que contiene astaxantina sobre la condición de la piel” (fl. 836)*
- *“La astaxantina natural, la reina de los carotenoides”*
- *“Los beneficios de rendimiento deportivo por tomar astaxantina natural”*
- *“La suplementación dietética con comida de algas rica en astaxantina mejora la resistencia al esfuerzo”*

Respecto a los mencionados documentos se encontró como también lo advirtió el *a quo* que I) los estudios no pretenden hacer un comparativo entre el componente astaxantina y otros tipo de antioxidantes, II) los resultados arrojados en los documentos no concuerdan con la afirmación publicitaria que la astaxantina sea cien veces más potente que la vitamina E en la eliminación de radicales libres, III) los estudios únicamente analizan de manera aislada los beneficios del consumo de astaxantina, o en condiciones diferente a las cuales son ofrecidas por el producto WellnessPacks; por lo tanto, observa la Corporación que la información presentada por la sociedad Oriflame de Colombia SA no es veraz ni fue posible su verificación con base en el material aportado, vulnerando con ello lo dispuesto en los artículos 3 y 23 de la Ley 1480 de 2011, y en ese

orden de ideas no prospera ninguno de los cargos formulados por la parte demandante.

### **Argumentos de apelación de la SIC**

Ahora bien, por su parte la SIC en el recurso de apelación cuestiona que el juez de primera instancia redujera la sanción impuesta a la sociedad Oriflame de Colombia S.A., al encontrarse probado que la astaxantina mejora el rendimiento y resistencia muscular (fl. 1231)

Considera la SIC que la fuente para la afirmación del producto que *“contiene un poderoso antioxidante natural denominado astaxantina – el cual se encuentra en archipiélago de Estocolmo en Suecia – cuyos efectos extraordinarios mejoran el rendimiento y la resistencia muscular”* se hizo con base en pruebas realizadas a deportistas por lo tanto se presenta diferencia física de los sujetos que fueron sometidos a dicho estudio y aquellos a quienes está dirigido el producto y, en segundo lugar, cuestiona las dosis utilizadas en el estudio y aquella contenida en el producto Wellness Pack.

### **Análisis de la Sala**

Observa la Sala que la sociedad demandante aportó el estudio denominado *“Beneficios de rendimiento deportivo por tomar astaxantina natural”* (fl. 841 -854) en el cual se analizaron los efectos del consumo de 6 mg de astaxantina en miembros de la liga de balonmano de Kanto College (fl. 844), y se concluyó:

*“De los resultados anteriores, se sugiere que la suplementación con astaxantina es efectiva para mejorar constra la atenuación de la agudeza del nervio visual y*

*para la inhibición de la generación del ácido láctico inducida por las actividades de contracción muscular continua”*

De conformidad con la conclusión del estudio aportado se observa que el consumo de astaxantina en la proposición de 6 mg tiene la capacidad de mejorar la agudeza visual y muscular, como lo presenta el producto WellnessPacks, sin embargo, es claro para la Corporación que el estudio estaba dirigido a personas que practicaban actividad deportiva constante, pues así lo señaló el “método de prueba” del estudio. Así mismo, se advierte que de conformidad a la ficha técnica de producto WellnessPack no se indica que la cantidad suministrada sea la misma que la del estudio que soporta la afirmación que el producto mejora el desempeño muscular, sin olvidar que aun así es necesario que el análisis se realizara sobre el producto de manera integral y no únicamente frente a uno de sus componentes.

Observa la Sala que el producto WellnessPack en sus presentaciones para hombre y mujer no se encuentra dirigidas a personas que realicen actividad deportiva constante, ni se hace ninguna advertencia que los beneficios del componente *astaxantina* son derivados de la actividad física sino que el producto es publicitado al público en general. (fl. 410 – 415)

De conformidad con lo anterior, para la Sala la afirmación “*contiene un poderoso antioxidante natural denominado astaxantina – el cual se encentra en archipiélago de Estocolmo en Suecia – cuyos efectos extraordinarios mejoran el rendimiento y la resistencia muscular*” del producto WellnessPack no fue verificada ni se encuentra sustentada en un estudio médico ni científico de la población a la cual está dirigida el

producto, de manera que la citada manifestación es contraria al artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, pues la información no es veraz, verificable ni precisa, y puede con llevar al error al ciudadano que desee adquirirlo; y en esa medida la sanción impuesta debe mantenerse de manera íntegra teniendo en cuenta que la misma se encuentra dentro del rango dispuesto por el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.<sup>6</sup>

Por lo tanto, se revocará la sentencia del dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016) que declaró la nulidad parcial de las Resoluciones 60834 de 2013 y 4467 de 2014, y modificó la sanción impuesta a Oriflame de Colombia, y en su lugar se negará las pretensiones de la demanda.

#### **- COSTAS PROCESALES**

De otra parte, se condenará en costas en esta instancia a la parte vencida, esto es a Orflame de Colombia SA, cuya liquidación se hará por el Juzgado de origen conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

---

<sup>6</sup> Artículo 61. Sanciones. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios:

1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **REVÓCASE** la Sentencia del dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá – Sección Primera, según lo expuesto en la parte considerativa.

**SEGUNDO:** **NIÉGANSE** las súplicas de la demanda por los motivos expuestos en esta sentencia.

**TERCERO:** **CONDÉNESE EN COSTAS** a Oriflame de Colombia S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., y en consecuencia **ordénese** por Secretaría remitir al juzgado de origen para su respectiva liquidación.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta No.

  
**CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**

Magistrada  


**LUIS MANUEL LASSO LOZANO**  
Magistrado

  
**FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**  
Magistrado



República de Colombia  
 Rama Judicial del Poder Público  
 Tribunal Administrativo de Cundinamarca  
 Secretaría Sección Cuarta  
 NOTIFICACIÓN JUDICIAL

74

Proceso No. 2015-160 Demandante ORIFLAME DE

COLOMBIA S.A.

Legatá D.C. 07-12-17 Autorizada por la Secretaría de la Sección,

notifico personalmente al (a) Señor (a) HECTOR FABIAN

CARVAJAL SAENZ con C.C. 5820671

de IBAGUE abogado profesional de abogado

No. 156172 del Consejo Superior de la Judicatura,

el FAUO DE 2da INSTANCIA DEL 29-11-17.

en calidad de APODERADO PARTE DEMANDANTE.

El (a) Notificado (a)

En el Lugar (a)

*[Handwritten Signature]*  
 07 DIC. 2017