



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 9 2581 DE 2018

( 21 DIC 2018 )

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Expediente No. 16 176070

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

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

CONSIDERANDO

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 83091 del 13 de diciembre de 2017, la Dirección de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, en adelante la Dirección, impuso una sanción pecuniaria a la sociedad **GENOMMA LAB COLOMBIA LTDA** identificada con el Nit. 900.199.922-5, por la suma de CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$ 147 543 400 COP) equivalente a DOSCIENTOS (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la violación de lo preceptuado en el numeral 4.7 de la resolución 16379 de junio 18 de 2003, incorporada en el Título VI, Capítulo Cuarto de la Circular Única de esta Superintendencia en concordancia con el Capítulo 7, Sección 15, artículo 2.2.1.7.15.4 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo (Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1595 de 2015).

Que en el mismo acto administrativo se ordenó a la sociedad **GENOMMA LAB COLOMBIA LTDA** identificada con el Nit. 900.199.922-5, que en el plazo máximo de seis (6) meses siguientes a la firmeza del provisto que la contiene, adoptara las medidas necesarias a fin de que el consumidor medio y/o racional, comprendiera de manera clara y racional, desde que visualiza el empaque secundario, cuál es la cantidad real del producto que adquiere: "**Cicatricure Rejuvenecimiento crema en presentación Frasco, contenido nominal 8,5 g**", a fin de no inducir a error a dicho consumidor y ajustarse a la norma.

**SEGUNDO:** Que la sociedad **GENOMMA LAB COLOMBIA LTDA**, a través de su apoderado debidamente constituido<sup>1</sup> interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución No. 83091 del 13 de diciembre de 2017, dentro del término legal, bajo los siguientes argumentos:

**2.1. Debido Proceso:**

Para la recurrente, contrario a lo esgrimido por la Dirección, en la Resolución 77505 del 10 de noviembre de 2016 *por la cual se da inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio y se formulan cargos*, no se hizo una relación detallada de las características del producto, y aduce que en los artículos quinto y sexto de dicho acto administrativo no se ve ninguna descripción de las

<sup>1</sup> Poder especial otorgado por el Representante Legal de la Sociedad recurrente, según consta a folio 45 del expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

características del producto y mucho menos de las razones por las cuales en el sentir de esta Superintendencia el empaque es engañoso.

En estos términos, la recurrente afirma que en ninguna parte del acto en el que se formularon cargos se fundamenta por qué la Directora considera que el empaque del producto en cuestión tiene, por ejemplo *"un llenado no funcional o el estar formado o llenado de forma que pueda inducir a error al consumidor"*; así, alega que solo con la expedición del acto administrativo recurrido es que conoce las razones concretas por las cuales la Entidad le formula cargos considerando que el producto objeto de investigación es engañoso.

Acto seguido, cita providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección B<sup>2</sup>, en la cual dicho colegiado manifestó que *"para que una solicitud de explicaciones dentro de una actuación administrativa, cumpla su propósito, esto es, garantizar el derecho de defensa del investigado, no basta con indicar de manera abstracta la normativa que se considera infringida sino que se debe explicar en forma clara, concreta y precisa cual es la conducta que censura, los hechos que la sustentan y las implicaciones jurídicas de la misma para que así pueda contradecirlos y refutarlos, sobre todo, en los casos que –como en este evento– las normas invocadas contienen un largo catálogo de conductas y prohibiciones y pese a ello luego se sanciona por aspectos puntuales y específicos difíciles de identificar en una imputación general y abstracta como la efectuada por la SIC en el caso concreto"*.

Así la recurrente arguye que, en el presente caso, se dan los supuestos contenidos en el pronunciamiento del Tribunal, pues en el pliego de cargos se indicó de manera abstracta la normativa que la Superintendencia considera infringida, sin explicar en forma clara y concreta las razones por las cuales estimó que el empaque del producto es engañoso.

Por todo lo antes expuesto, la actora no comparte lo manifestado por la Dirección respecto a la ausencia de violación al debido proceso.

## **2.2. El Empaque del producto:**

Plantea que el problema a resolver es si el empaque secundario del producto objeto de la actuación por ser visualmente más grande que el empaque primario y por tener fondo y paredes falsas dentro de la caja, puede inducir a error a los consumidores. Y propone que para resolver dicho interrogante, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones previas:

- Para establecer cuando un empaque secundario induce a error, se deberá analizar junto a todos los elementos que lo componen y la naturaleza del producto, teniendo en cuenta que el consumidor no decodifica empaques sin tener presente el producto que se encuentra dentro del mismo.
- No deberá perderse de vista que la SIC ha determinado en varias comunicaciones en procesos de protección al consumidor que para establecer si una publicidad es engañosa, habrá de valorarse la noción de *"consumidor racional"*. Al paso que cita pronunciamientos de esta Entidad al respecto y concluye que *"en materia de empaques engañosos el contexto que analiza esta dirección corresponde al que observa un consumidor promedio o racional"*.

### **2.2.1. El caso en cuestión:**

Para la recurrente, el empaque secundario del producto objeto de la presente investigación, no induce a error al consumidor sobre el contenido del mismo por dos razones. La primera de ellas, por cuanto es requisito esencial para que un empaque sea engañoso que el mismo induzca a error a los consumidores sobre su contenido, lo que desde la óptica de la recurrente significa que si un empaque, a pesar de tener fondo y paredes falsas no hace creer al consumidor racional que el producto que adquiere tiene un contenido mayor que el que realmente tiene, el empaque no puede ser catalogado como engañoso.

<sup>2</sup> En proveído fechado del 21 de agosto de 2014 dentro del radicado 2013-00142.01.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Agrega que, para esta Superintendencia todo empaque secundario que visualmente sea superior a lo que realmente contiene el producto preempacado, o que contenga paredes o fondos falsos, independientemente de que el empaque induzca a error a los consumidores es catalogado como empaque engañoso.

La segunda razón aducida por la recurrente, en similares términos que la primera gira en torno a que analizando el empaque del producto en un todo y teniendo en cuenta la naturaleza del mismo, este no tiene la aptitud de inducir a error a los consumidores sobre su contenido. Al respecto, alega que no hay prueba que acredite que para un consumidor racional el empaque secundario del producto sea engañoso, por el contrario, a voces de la actora es un hecho notorio que de 451.971 cremas Cicatricure Contorno de Ojos, vendidas entre enero de 2014 a diciembre de 2016, solo se haya presentado una queja de una persona que no constituye el segmento objetivo al cual va dirigido el producto.

A continuación, expone las cuestiones por las cuales considera que al analizar el empaque secundario objeto de investigación, se desprende de este que no tiene la aptitud de inducir a error a un consumidor racional sobre el contenido del producto.

Para la actora el consumidor racional de las cremas anti edad no piensa que el producto tiene contenido mayor al que realmente se anuncia en la cara frontal del empaque, pues estos consumidores prestan toda la atención a la información contenida en el mismo.

A su turno, alega que esta Entidad desconoce el concepto de consumidor racional y que el empaque se debe analizar en conjunto y concluye que, para un consumidor racional de cremas anti edad el empaque del producto objeto de cuestionamiento y que indica expresamente y en letra legible el contenido del producto, no tiene la aptitud de inducirlo a error sobre su contenido, de ahí que no se pueda calificar que se trata de un empaque engañoso.

Más adelante, tras hacer una exposición relacionada con la diferencia entre el empaque de un producto de consumo masivo, y el de uno costoso y cómo tal situación debería ser analizada en contexto similar a cuando existe probabilidad de confusión entre dos signos, concluye que, un consumidor racional no obra igual cuando esta frente a un producto de consumo popular que cuando esta frente a un producto cosmético para los ojos, de cara al cual es más cuidadoso en la revisión de la información contenida en su empaque. Al paso que afirma que "*un consumidor racional de cremas para los ojos sabe que los empaques secundarios no informan*", y además es consciente de que en este tipo de productos el tamaño del empaque superior es necesario para su visualización en el punto de venta, razones por las cuales considera que el tamaño de este no lo induce a error.

De otro lado, respecto de lo que la Superintendencia denomina el empaque primario aduce que, el mismo no es un preempacado para efectos de la Resolución 16379 de 2003, en la medida que no constituye el material de empaque en que se presenta el producto al consumidor. Agrega que en el acto recurrido, no se expresan las razones por las cuales el denominado empaque primario constituye un preempacado para efectos de lo consagrado en la norma *ibidem*, de ahí que no tenga la capacidad de infringir lo dispuesto en el numeral 4.7 de la Resolución 16379 de 2003.

### **2.3. Cuantificación indebida de la sanción:**

Aduce que de considerarse que los argumentos antes esbozados no son suficientes para revocar la decisión, se reduzca el monto de la sanción impuesta por resultar excesiva y desproporcionada frente a la supuesta infracción.

Manifiesta que, en la determinación de la cuantía por infracciones al régimen de protección al consumidor, no es suficiente acreditar la existencia de la conducta violatoria, sino que además se deberá dar aplicación a los criterios de graduación de la multa contenidos en la Ley 1480 de 2011, analizándolos en cada caso en particular.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En este sentido, expresa que aceptando en gracia de discusión que existió infracción, solicita que se reduzca la sanción impuesta toda vez que la multa no es proporcionada a la infracción cometida y las circunstancias probadas que rodearon su tipificación.

A su turno, manifiesta que no obstante haberse reconocido en el acto recurrido la existencia de circunstancias atenuantes, solicita que se revise el análisis efectuado respecto del daño causado a los consumidores.

Y sobre este criterio esgrime de manera textual que: *"Para la SIC, entonces, cada vez que existe infracción a las disposiciones sobre protección al consumidor existe un daño a los consumidores. Confunde la SIC la vulneración de una disposición legal con el criterio de dosificación de daño a los consumidores. Si este criterio se analizara como se indica en la providencia recurrida, el mismo no tendría sentido, pues toda infracción en sentir de la SIC produce un daño a los consumidores. No existiría diferencia entre una u otra infracción y, en este sentido, el criterio no tendría aplicación, pues todas las infracciones a las disposiciones legales sobre protección al consumidor producen un daño potencial a estos. Las normas deben interpretarse en el sentido de que produzcan algún efecto a aquel en que no lo produzcan"*.

Finalmente, solicita que se revoque la resolución recurrida o de manera subsidiaria se reduzca la cuantía de la multa impuesta.

**TERCERO:** Que mediante Resolución No. 77167 del 11 de octubre de 2018, se resolvió el recurso de reposición, confirmando el acto recurrido, y concediendo el recurso de apelación interpuesto.

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

La sanción impuesta a la sociedad **GENOMMA LAB COLOMBIA LTDA** identificada con el Nit. 900.199.922-5, tiene como fundamento el incumplimiento del numeral 4.7 de la Resolución 16379 de junio 18 de 2003, incorporada en el Título VI, Capítulo Cuarto de la Circular Única de esta Superintendencia en concordancia con el Capítulo 7, Sección 15, artículo 2.2.1.7.15.4 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo (Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1595 de 2015), al encontrarse que el producto: **"Cicatricure Rejuvenecimiento crema en presentación Frasco, contenido nominal 8,5 g"**, reunía las condiciones de un empaque engañoso, al tener un fondo, paredes, tapa y cubierta falsos, induciendo a error al consumidor.

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

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

#### **4.1. Consideraciones en torno al debido proceso:**

La recurrente adujo que no comparte lo manifestado por la Dirección respecto de la ausencia de vulneración al debido proceso, comoquiera que en el pliego de cargos se indicó de manera abstracta la normativa que la Superintendencia considera infringida, sin explicar en forma clara y concreta las razones por las cuales se arribó a la conclusión de que el empaque del producto es

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

engañoso, siendo solamente con la expedición del acto recurrido que tuvo conocimiento de las razones concretas por las cuales la Entidad le formuló cargos.

Pues bien, este Despacho una vez revisada la Resolución 77505 del 10 de noviembre de 2016<sup>3</sup>, no encuentra abstracción alguna de la normativa que se consideró infringida, por el contrario, de la lectura de dicha resolución se desprende que existe una clara relación de las características por las cuales el producto: **"Cicatricure Rejuvenecimiento crema en presentación Frasco, contenido nominal 8,5 g"**, es considerado en dicha etapa presuntamente un preempacado engañoso, esto es por cuanto el mismo tiene fondo, paredes, tapa o cubiertas falsas y/o que esta construido de esa manera, total o parcialmente; conclusión a la que se arriba a partir del Informe Técnico de verificación de las disposiciones de empaques engañosos (folios 26 a 28), y que se sustenta además en el registro fotográfico recabado el día de la visita (folio 25).

En cuanto al reproche que también fue señalado en el considerando quinto del acto de apertura, esto es que el producto estaba *"hecho, formado o llenado de forma que podía inducir al error al consumidor. Presenta llenado no funcional"*. Se observa que, en la resolución sancionatoria, el fallador encontró que este cargo no sería objeto de discusión, por cuanto no se configuraba.

Visto lo anterior, este Despacho en virtud de lo previsto en el artículo 47 del CPACA, considera que en el caso bajo examen, no se configuró vulneración alguna del debido proceso, por cuanto la Dirección en el acto administrativo 77505 del 10 de noviembre de 2016 – *Por medio del cual se da inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio y se formulan cargos*- adelantó la imputación de cargos, señalando con precisión y claridad los hechos que la originaron, la identificación plena de la persona jurídica objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones que resultaban procedentes.

En simultánea, no debe perderse de vista, que desde el mismo inicio del procedimiento la investigada contó con defensa técnica y una expresa enunciación de los cargos imputados, los cuales está por demás recordar que se encontraban acompañados de toda una serie de piezas fotográficas, tanto es que la investigada entendió la finalidad de la actuación administrativa y en ejercicio de su derecho de defensa alegó desde el punto de vista técnico y jurídico los supuestos de hecho y de derecho con los cuales consideró desvirtuaba el incumplimiento.

Así las cosas, esta instancia no encuentra que en el presente caso, se haya desconocido el debido proceso que le asiste a la recurrente.

#### **4.2. Problema jurídico a resolver por este Despacho.**

Esta instancia encuentra que, la controversia central expuesta por la recurrente en su escrito de impugnación, gira en torno a demostrar que el producto **"Cicatricure Rejuvenecimiento crema en presentación Frasco, contenido nominal 8,5 g"**, no es un empaque engañoso, toda vez que no tiene la aptitud de inducir a error al consumidor racional de cremas anti edad, consumidores que valga decir la recurrente ha categorizado de manera especial señalando que no identifican el contenido del producto con el tamaño del empaque, sino con la información que sobre este aspecto se le suministra.

Para resolver lo planteado por la apelante, esta instancia abordará los argumentos de defensa de la actora, en el marco de dos cuestiones centrales: *i)* Es requisito esencial para que un empaque sea engañoso que el mismo induzca a error a los consumidores sobre su contenido, esto es que si pese a tener fondo y paredes falsas si no hace creer al consumidor racional que el producto que adquiere tiene un contenido mayor que el que realmente tiene, el empaque no puede ser catalogado como engañoso; *ii)* Del análisis del empaque secundario del producto investigado, se desprende que este no tiene la aptitud de inducir a error al consumidor racional de las cremas anti edad, quien

<sup>3</sup> Por medio del cual se da inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio y se formulan cargos

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

no relaciona el contenido del producto con el tamaño del empaque, sino con la información que sobre este aspecto se le suministra.

**i) Es requisito esencial para que un empaque sea engañoso que el mismo induzca a error a los consumidores sobre su contenido:**

La actora afirma con total vehemencia que si un empaque, a pesar de tener fondo y paredes falsas no hace creer al consumidor racional que el producto que adquiere tiene un contenido mayor que el que realmente tiene, el empaque no puede ser catalogado como engañoso.

Sobre lo anterior, este Despacho encuentra que en instancia de reposición la Dirección se detuvo a detallar el contexto jurídico en el cual se desarrolla la noción de empaques engañosos, coligiéndose la presencia de un patrón general en dichos preceptos, el cual apunta a la siguiente definición: *"un producto preempacado no debe tener fondo, paredes, tapa o cubierta falsos, ni ser construido de esa manera, total o parcialmente, que pueda inducir a error a los consumidores"*

Se desprende de lo precedente que, la normativa colombiana en torno a la prohibición de preempacado s engañosos es clara al establecer que siempre que un empaque tenga fondo, paredes, tapa o cubierta falsas, y este construido de esta manera, total o parcialmente, la consecuencia lógica de tal escenario será la inducción a error al consumidor.

De ahí que resulte equívoca y contraria a derecho la afirmación planteada por la apelante, según la cual, no debe ser catalogado como engañoso un empaque que pese a tener fondo y paredes falsas, no hace creer al consumidor racional que el producto tiene un contenido superior al que anuncia, por cuanto las disposiciones de orden normativo en la materia de manera clara y precisa indican que si el empaque tiene fondo, paredes, tapa o cubierta falsas necesariamente se configura la existencia de un empaque engañoso.

Ahora bien, en cuanto a la inducción a error, no puede la actora argumentar que es un requisito esencial para que un empaque sea engañoso que el mismo induzca a error a los consumidores sobre su contenido, porque como se dijo en párrafos precedentes esta es su consecuencia.

De ahí que a juicio del Despacho, la afirmación de la recurrente según la cual para esta Superintendencia, todo empaque secundario que visualmente sea superior a lo que realmente contiene el producto preempacado, o que contenga paredes o fondos falsos independientemente de que induzca a error a los consumidores sea catalogado como empaque engañoso, no se aleje de la realidad, en tanto una vez la Entidad de Control a partir de la evidencia objetiva recabada arriba a la conclusión de que se trata de un preempacado que a la luz de lo previsto en la Resolución 16379 de junio 18 de 2003, tiene fondo, paredes, tapa o cubierta falsos, sea construido de esa manera, total o parcialmente, o que presente deficiencia de llenado no funcional, adopte una decisión sancionatoria por encontrar que se trata de un empaque engañoso.

**ii) El empaque secundario del producto investigado, no tiene la aptitud de inducir a error al consumidor racional de las cremas anti edad, quien no relaciona el contenido del producto con el tamaño del empaque.**

En relación con este postulado, la impugnante explicó que esta Entidad desconoce el concepto de consumidor racional y que los consumidores de cremas anti edad no identifican el producto con el tamaño del empaque sino con la información que sobre este aspecto se le suministra, especialmente cuando se indica expresamente y en letra legible el contenido del mismo, de ahí que no tenga aptitud de inducirlo en error y por tanto el empaque no pueda ser calificado como engañoso.

También agregó que no obra evidencia que acredite que para un consumidor racional el empaque secundario del producto sea engañoso, y por el contrario sí es un hecho notorio el que de 451.971

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

cremas Cicatricure Contorno de Ojos, vendidas entre enero de 2014 a diciembre de 2016, solo se haya presentado una queja de una persona que no constituye el segmento objetivo al cual va dirigido el producto.

A este respecto, corresponde señalar en primer lugar que tal y como se expuso en el acto recurrido, la investigación adelantada no se encuentra encaminada a reprochar el contenido del producto informado en el empaque de cara al contenido real del mismo, precisando a partir de ello que si bien es cierto en el empaque secundario (caja), se suministra información sobre el contenido real del producto en gramos (8,5), lo cierto es que el empaque secundario aparenta contener un producto de mayor tamaño y contenido al que realmente se encuentra dentro, sin advertir de manera gráfica, visual y adecuada tal circunstancia para que el consumidor tome una decisión informada acerca de ello.

En un mundo moderno como en el que vivimos, donde las personas tienen cada vez menos tiempo para tomar decisiones de consumo, y donde se enfrentan a diario a una gran variedad de productos en las góndolas y estanterías de los supermercados y grandes superficies, los empaques de los productos dejaron de ser considerados como un simple medio para proteger el producto dentro de ellos y hoy juegan un papel importante en la promoción y difusión de la información relacionada con la cantidad<sup>4</sup>.

Esto obliga a los consumidores a tomar decisiones estratégicas de compra, usando el menor esfuerzo cognitivo posible. Por esta razón, la declaración de contenido neto de los productos es insuficiente para representar adecuadamente la cantidad de un producto, y es por ello que la regulación nacional en consonancia con los estándares definidos por la Organización Mundial de la Metrología Legal -OIML, los cuales son reconocidos internacionalmente por muchos países, reconoce el papel preponderante del empaque en sí mismo en las decisiones de consumo, pues un consumidor promedio puede ser fácilmente atraído por la idea según la cual "a mayor tamaño, mayor contenido".

Ahora bien, la defensa plantea la tesis de que el empaque secundario reprochado no tiene la aptitud de inducir a error por cuanto el consumidor del producto "**Cicatricure Rejuvenecimiento crema en presentación Frasco, contenido nominal 8,5 g**", es un consumidor racional, juicioso en leer la información contenida en el empaque y que sabe que los empaques secundarios no informan sobre el contenido del mismo, además de tratarse de un grupo de consumidores para quienes, el tamaño del producto no es un criterio determinante al momento de su elección de compra.

Esta instancia sobre ello, deberá advertir que, comparte las apreciaciones esbozadas por la Dirección en sede de reposición al respecto, al encontrar que en efecto la posición de la actora no se ajusta a la finalidad de la norma sobre control metrológico del contenido de producto en preempacados, cuyo objeto no está exclusivamente enfocado a garantizar la correspondencia entre el contenido real y el contenido nominal del producto, sino que además propende por evitar todas aquellas prácticas de inducción a error relacionadas con el tipo, forma, tamaño o diseño del empaque en que se presenta el producto en el mercado.

Adicionalmente el Despacho advierte que difiere de la apreciación de la libelista, referente a que esta Entidad desconoce el concepto de consumidor racional, por cuanto se observa en el acto recurrido que la Dirección de manera expresa hace alusión a la figura del consumidor promedio o racional, indicando que se trata de una noción generalmente empleada para evaluar la publicidad, y según la cual, "*es la persona que interpreta la información de un producto o servicio en la forma natural en la que le es transmitida, sin darle a las palabras o imágenes un alcance distinto del que realmente tienen, e interpretándolas en una forma superficial, sin realizar un análisis profundo o detallado, tal como lo haría una persona que no tiene un conocimiento especializado del producto o servicio anunciado*"<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Opinion Consommateurs, Undersizing: trends and regulation in Canada and Abroad. Reserch Report. June 2013 <https://option-consommateurs.org/wp-content/uploads/2017/10/rapport-sous-dimensionnement-final-version-anglaise.pdf>

<sup>5</sup> <http://www.sic.gov.co/informacion-enganosa>

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En todo caso, contrario a lo que hace ver la sociedad apelante, la noción de consumidor promedio o racional, no es el criterio determinante para establecer si un preempacado es o no engañoso, pues para ello la Resolución 16379 de 2003, en concordancia con el Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1595 de 2015, disponen con claridad los parámetros que permiten establecer, tanto a empresarios como al Ente de Control, si un preempacado es engañoso o no.

En efecto, la referida normatividad estipula los requisitos que se deben verificar para establecer si el consumidor se encuentra ante un preempacado engañoso que le induzca a error, en virtud de los cuales es claro que el producto no debe tener fondo, paredes, tapa o cubierta falsos, ni ser construido de esa manera, total o parcialmente, que pueda inducir a error a los consumidores; y no debe presentar deficiencia de llenado no funcional. En el evento de presentar dicha deficiencia se debe suministrar al consumidor las advertencias del caso.

De esta forma, el estudio del presente asunto no se debía limitar al análisis de la noción de consumidor promedio, de manera que fuera necesario profundizar en la misma en aras de probar la relación cognoscitiva en la decisión de compra que pudiera tener el consumidor racional, para quien a voces de la actora no se trata de un producto engañoso; sino que por el contrario, se debían verificar los requisitos previstos en la norma, y determinar si el producto inducía a error al consumidor a partir de las condiciones de su empaque y de la información transmitida. Sobre tales bases, a lo largo de la investigación se demostró objetivamente que en el producto **"Cicatricure Rejuvenecimiento crema en presentación Frasco, contenido nominal 8,5 g"**, no se incluyó la información necesaria para que los consumidores conocieran la existencia de un vacío en su empaque al presentar paredes, fondo, tapa o cubiertas falsas.

Sin perjuicio de lo anterior, se encuentra que en instancia de reposición la Dirección también sostuvo que si bien es cierto el consumidor se caracteriza por ser promedio o racional, ha sido la misma norma la que ha validado el supuesto de hecho según el cual, *"si un consumidor no puede ver el producto en un preempacado, se asumirá que está lleno"*. Es decir que no se trata de una mera suposición de la Entidad de Control, sino que además se trata de una previsión contenida en la norma que está llamada a corroborar el escenario en el cual debe haber total correspondencia entre el contenido del producto y el tamaño de su empaque.

Postura que esta instancia comparte, en la medida en que resulta lógico pensar que, al margen de las circunstancias técnicas, de diseño y publicidad que determinan la presentación del empaque primario y secundario, existe una íntima relación entre el contenido, el tamaño del empaque y la percepción primera que pueda tener el consumidor racional y su decisión de compra.

Además de los argumentos antes analizados, la apelante también afirmó que un consumidor racional no obra igual cuando esta frente a un producto de consumo popular que cuando esta frente a un producto cosmético para los ojos, de cara al cual es más cuidadoso en la revisión de la información contenida en su empaque. Al paso que sostuvo que *"un consumidor racional de cremas para los ojos sabe que los empaques secundarios no informan"*, y es consciente de que en este tipo de productos el tamaño del empaque superior es necesario para su visualización en el punto de venta.

En referencia a tal aseveración, es necesario señalar que la sociedad recurrente yerra al considerar que no existe inducción a error porque el consumidor racional al momento de su elección de compra reflexione de manera diferente de cara a un producto de consumo popular que frente a uno cosmético.

En efecto, para el Despacho la finalidad de prevenir prácticas que puedan inducir a error a los consumidores, no es otra que la de garantizar que se materialicen la menor cantidad de confusiones posibles entre lo que oferta el empresario y lo que el consumidor procesa para tomar la decisión de compra, y es en este punto donde es importante indicar que la presentación del empaque de la crema anti edad **"Cicatricure Rejuvenecimiento crema en presentación Frasco, contenido nominal 8,5 g"**, si bien está diseñado para atraer a cierta clase de consumidores, no puede por

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

ello escudarse en el hecho de ser exclusivo y no masivo, para desconocer las disposiciones normativas que le resultan aplicables.

En línea con lo dicho, resulta incauto sentenciar que *“un consumidor racional de cremas para los ojos sabe que los empaques secundarios no informan”*, pues no es ilógico pensar que un consumidor promedio, cuyo primer contacto es con el empaque secundario como en el presente caso, no asocie prima facie razonablemente la cantidad de un producto con el tamaño o forma del empaque. Así que por más cuidadoso que este sea, tenderá a relacionar visualmente el empaque con la cantidad de producto, bajo la lógica de que un empaque grande implica mayor contenido, mientras que un empaque pequeño advierte un menor contenido.

Aunado a lo anterior, la cantidad de quejas presentadas en relación con las ventas, de modo alguno pueden ser un estadió que determine o no la configuración de la conducta infractora, por cuanto como se señaló antes, basta con que se demuestre que en el producto no se incluyó la información necesaria para que los consumidores conocieran la existencia en su empaque de paredes, fondo, tapa o cubiertas falsas.

Así las cosas, para este Despacho no existe asomo de duda alguno de que el empaque del producto **“Cicatricure Rejuvenecimiento crema en presentación Frasco, contenido nominal 8,5 g”**, sí induce a error al consumidor, al margen de que se trate de uno racional o de uno totalmente desprevenido y desinformado, lo cierto es que al observar tanto el empaque primario como el secundario, se tiene que son sobredimensionados, y que en contravía de lo previsto en la norma contienen paredes, fondo y tapa falsos, sin que cuenten con advertencia alguna sobre la divergencia presente entre el tamaño del producto y su caja de presentación al público, de manera que representa una falsa realidad de lo que realmente está adquiriendo el consumidor.

#### **Sobre el empaque primario:**

Revisada la resolución recurrida, este Despacho observa que contrario a lo afirmado por la actora, la Dirección sí expresó las razones por las cuales el frasco que contiene el producto y que ha sido denominado empaque primario sí constituye un preempacado, exposición que se encuentra consignada en el acápite que el fallador denominó *“De las definiciones de preempacado, preempacado engañoso y producto preempacado”*.

En efecto, para la instancia precedente, la definición de *preempacado*<sup>6</sup>, es contundente al señalar que se trata de la unidad de producto que se presenta al consumidor, e incluye tanto el producto: Empaque Primario; como el material de empaque en el cual se presenta al consumidor: Empaque Secundario, explicación que este Despacho comparte por cuanto la norma es clara al momento de delimitar la noción de preempacado y en cuya definición se encuentra enmarcado de manera particular el empaque del producto **“Cicatricure Rejuvenecimiento crema en presentación Frasco, contenido nominal 8,5 g”**.

Luego entonces, una vez ha quedado establecido que se trata de un preempacado, le resulta exigible lo descrito en el numeral 4.7 de la Resolución 16379 de 2003.

De ahí que la Dirección haya concretado con fundamento en el material probatorio obrante en el plenario que, el tipo de empaque primario utilizado contiene paredes sobredimensionadas, fondo y tapa falsa, las cuales pese a la transparencia del pote exterior inducen a error al consumidor respecto de su contenido, al incluir una forma de empaque que aparenta visualmente mayor cantidad de producto al que verdaderamente se le entrega al consumidor, y adicionalmente sin que se le advierta de manera gráfica, visual y adecuada la cantidad real de producto, no solo en gramos, sino que pueda descubrir de manera directa a través de su percepción.

<sup>6</sup> Literal i del numeral 4.2 Terminología de la Resolución 16379 de 2003. **Preempacado:** Combinación de un producto y el material de empaque en el cual se presenta al consumidor.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En razón a lo antes indicado, este Despacho no encuentra asidero alguno en el reproche de la actora.

#### **4.3. Acerca de la graduación de la sanción:**

Para la actora, existe una cuantificación indebida de la sanción, de ahí que solicite reducir el monto de la misma por resultarle excesiva y desproporcionada de cara a la supuesta infracción cometida.

En línea con lo anterior, aduce que para determinar la cuantía de la sanción, no es suficiente acreditar la existencia de la conducta violatoria, además se deberá dar aplicación a los criterios de graduación contenidos en la Ley 1480 de 2011, señalando de manera particular la necesidad de revisar el análisis adelantado en torno al criterio del daño causado a los consumidores, respecto de lo cual afirma que *"para la SIC cada vez que existe infracción a las disposiciones sobre protección al consumidor existe un daño a los consumidores (...)".*

En instancia de reposición, la Dirección se pronunció sobre los motivos de inconformidad abordados por la recurrente al respecto, principalmente en lo que se refiere a la proporcionalidad de la sanción y al análisis de los criterios, aclarando el alcance de estos temas en el contexto de la investigación y de la multa impuesta.

Acerca de ello, este Despacho debe señalar que la proporcionalidad implica evaluar la gravedad de la conducta del infractor, comparar la tipología de sanciones junto con el supuesto de hecho de las normas que consagra, para así identificar que la sanción es la establecida por la ley, además de incluir una graduación conforme a un mínimo y un máximo y de acuerdo a la dosimetría sancionatoria consistente en que sólo la conducta más grave posible debe tener la sanción más alta y la conducta más leve debe tener la sanción más leve.

Así, revisado el acto recurrido se observa que la medida sancionatoria impuesta se determinó teniendo en cuenta los hechos investigados y la infracción administrativa que quedó debidamente probada. Pero adicionalmente, habiéndose decidido la imposición de una sanción pecuniaria, se observa que el monto de la misma se graduó a partir de un ejercicio de dosimetría sancionatoria materializado en el análisis integral de los criterios consagrados en el parágrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

Ahora bien, en relación con el criterio del daño causado a los consumidores resulta pertinente traer a colación lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia T-466 de 2003, donde se señaló:

*"Tratándose de la protección de los derechos de los consumidores, no se requiere entonces la existencia de un daño, tampoco la de un perjuicio, ni hay lugar mediante el ejercicio de una acción colectiva a una indemnización reparatoria, como ya se dijo. Lo que el legislador protege es el derecho de quienes adquieran un producto o servicio determinado a no resultar defraudados en la confianza pública que el productor debe honrar permanentemente y con respecto a todos. Es la simple posibilidad de que lo ofrecido no corresponda a la realidad en calidad, cantidad, condiciones de higiene y demás especificaciones particulares del producto o del servicio, lo que merece la protección del Estado".*

*(Subrayas nuestras).*

De modo que, no es necesario que concurra la materialización de un daño, en tanto la finalidad de la función de control y vigilancia que ejerce la Entidad, no es otra que la de prevenir y mitigar las conductas que puedan derivar en la afectación de los intereses jurídicos tutelados, y en este sentido el hecho de poner en el mercado y al alcance del consumidor (cualquiera sea su nivel de cognición) un producto cuyo empaque primario y secundario presenta fondos, paredes, tapa o cubierta falsos, configura una clara práctica de inducción a error.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En sintonía con lo anterior, no puede perderse de vista que, la misma apelante ha señalado que entre los años 2014 y 2016 ha puesto en el mercado 451.971 cremas Cicatricure Contorno de Ojos, lo que necesariamente lleva a este Despacho a corroborar que la potencialidad de la ocurrencia de un daño, entendido como la clara existencia de inducción a error para el producto "**Cicatricure Rejuvenecimiento crema en presentación Frasco, contenido nominal 8,5 g**", está acreditada. Por tanto conforme fue expuesto en las instancias precedentes, es acertado tener este criterio como agravante.

Así, considera este Despacho que la sanción es proporcionada a la clase de infracción que se reprocha.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que los argumentos de la recurrente no lograron desvirtuar el incumplimiento y sin que se hayan aportado elementos de juicio nuevos para acceder a la solicitud de revocar la decisión contenida en la resolución impugnada o siquiera para reducir el monto de la multa, este Despacho procederá a confirmarla en su integridad.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar la Resolución No. 83091 del 13 de diciembre de 2017, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la sociedad **GENOMMA LAB COLOMBIA LTDA** identificada con el Nit. 900.199.922-5, entregándole copia de la misma e informándole que contra ésta no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

21 DIC 2018

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



JAIRO ENRIQUE MALAVER BARBOSA

### NOTIFICACIÓN

Investigada:	<b>GENOMMA LAB COLOMBIA LTDA</b>
Identificación:	Nit. 900.199.922-5
Apoderado Judicial:	<b>Jairo Rubio Escobar</b>
Identificación:	C.C. 79.108.890 y T.P. 35.306 del C.S. de la J.
Dirección de notificación apoderado*:	Calle 94A No 13-34 Oficina 102. Bogotá D.C.
Email de Notificación Judicial*:	<a href="mailto:jrubio@rubioescobar.com">jrubio@rubioescobar.com</a>
Representante Legal:	Felpe Gómez Ángel
Identificación:	C.C. 98.667.708
Dirección de Notificación Judicial**:	Carrera 9 No. 115-30 Oficina 502. Ed. Tierra Firme.
Ciudad:	Bogotá D.C.
Email de Notificación Judicial**:	<a href="mailto:yicel.cardozo@genommalab.com">yicel.cardozo@genommalab.com</a>

\*Tomado del escrito de impugnación.

\*\*Tomado del Certificado de Existencia y Representación Legal, consultado en la página web del RUES el 17/12/2018.