



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 7677 - DE 2018

(07 FEB. 2018)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Expediente No. 13-223642

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 5425 del 17 de febrero de 2017, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de esta Superintendencia, en adelante la Dirección o el *a quo* impuso sanciones administrativas a las siguientes sociedades, así:

- A la sociedad Asistour S.A.S., identificada con el Nit. 900.538.845-1¹ por la vulneración de lo previsto en los literales b), c), d), e) y f) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996; los artículos 2.2.4.3.2.2., 2.2.4.3.2.4., 2.2.4.3.2.5 y 2.2.4.1.1.15 del Decreto 1074 de 2015; el artículo 30 de la Ley 1558 de 2012; el parágrafo 1° del artículo 61 de la Ley 300 de 1996, modificado por el artículo 13 de la Ley 1101 de 2006, también modificado por el artículo 33 de la Ley 1558 de 2012; el numeral 1° del artículo 77 de la Ley 300 de 1996 y; los artículos 37, 38, 42, 43, 46 y 47 de la Ley 1480 de 2011, por un valor total de ciento cuarenta y siete millones quinientos cuarenta y tres mil cuatrocientos pesos m/cte (\$147.543.400), equivalentes a doscientos (200) SMLMV por la transgresión de las normas de protección al turista y, por un valor total de ciento diez millones seiscientos cincuenta y siete mil quinientos cincuenta pesos m/cte (\$110.657.550) equivalentes a ciento cincuenta (150) SMLMV por la transgresión de las normas de protección al consumidor.
- A la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. identificada con el Nit. 900.658.509-6² por la vulneración de lo dispuesto en los literales b), c), d), e) y f) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996; los artículos 2.2.4.3.2.2., 2.2.4.3.2.4. y 2.2.4.3.2.5 del Decreto 1074 de 2015; el artículo 30 de la Ley 1558 de 2012; el parágrafo 1° del artículo 61 de la Ley 300 de 1996 modificado por el artículo 13 de la Ley 1101 de 2006, también modificado por el artículo 33 de la Ley 1558 de 2012; el numeral 1° del artículo 77 de la Ley 300 de 1996; los artículos 37, 38, 42, 43, 46 y 47 de la Ley 1480 de 2011 y; en los artículos 22.2.37.8 y 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015, por un valor total de ciento veinticinco millones cuatrocientos once mil ochocientos noventa pesos m/cte (\$125.411.890) equivalentes a ciento setenta (170) SMLMV por la transgresión de las normas de protección al turista y, por un valor total de ciento diez millones seiscientos cincuenta y siete mil quinientos cincuenta pesos m/cte (\$110.657.550) equivalentes a ciento cincuenta (150) SMLMV por la transgresión de las normas de protección al consumidor.

¹ Certificado de Existencia y Representación legal obrante a folio 750 del expediente.

² Certificado de Existencia y Representación legal obrante a folio 751 del expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

SEGUNDO: Que contra la citada resolución, el 7 de marzo de 2017, estando dentro del término previsto para los efectos, la apoderada especial de las sociedades Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 43402 del 21 de julio de 2017, la Dirección decidió el recurso de reposición, confirmando el acto administrativo recurrido y, concediendo el recurso de apelación.

CUARTO: Argumentos del recurso impetrado por las sociedades investigadas.

i) Para cada cargo elevado a Asistour S.A.S. y a Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. se profirió una sanción multa.

La apoderada de las sociedades investigadas argumentó que, la tipicidad como regla del debido proceso tiene plena vigencia en el derecho administrativo sancionador, pero con una intensidad diferente a la exigida en el derecho penal, por cuanto la naturaleza de las conductas vulneradas, los bienes jurídicos involucrados y las facultades sancionatorias, hacen posible una flexibilización de la descripción típica.

Así, la recurrente argumentó que los cargos formulados son arbitrarios e incomprensibles, si se tiene en cuenta que se debieron unir varios cargos para emplear una sola sanción, razón por la que, pese a que se presentan algunas imprecisiones en el desarrollo de la actividad turística, la SIC impone sanciones frente a cada cargo sin que se hayan causado los perjuicios indicados en el acto sancionatorio.

Conforme a lo expuesto, consideró la impugnante que existe una vulneración al debido proceso, pues el procedimiento sancionatorio empleado por la SIC vulneró los principios de legalidad y tipicidad, al imponer unas sanciones desmedidas y sumamente elevadas, ya que la sanción para Asistour S.A.S. es de \$272.955.290 y para Asistencia Turística Asistour S.A.S. de \$221.315.100, para un total de \$494.270.390.

ii) Las sanciones son desproporcionadas frente a los cargos formulados.

La apoderada de las investigadas afirmó que resulta violatorio del debido proceso que se hayan impuesto sanciones por el máximo contemplado en la norma, las cuales adolecen de proporcionalidad y razonabilidad respecto de la conducta reprochada, aún más si se tienen en cuenta las sanciones impuestas por la vulneración del Estatuto de Protección al Consumidor.

Por lo tanto, solicita que se revisen las sanciones impuestas pues en el acto sancionatorio no se hizo referencia a la dosificación y graduación de las mismas.

iii) No se hace mención de la graduación de las sanciones para emitir las multas descritas.

Manifestó la recurrente que si bien es cierto existen algunas conductas reprochables, no se hizo mención de manera clara a la graduación y dosificación de las sanciones en el acto recurrido.

En ese orden, precisó que pese a que no se hizo mención siquiera de los posibles perjuicios generados a los quejosos, pues las sancionadas siempre han actuado bajo el principio de la buena fe, si salta a la vista la imposición de las sanciones más altas (20 smlmv) sin que se haya probado el daño a aquellos en la actividad de los servicios turísticos, cuando la carga de la prueba le corresponde al Estado para no vulnerar el principio constitucional al debido proceso.

iv) Los contratos de compraventa son suscritos por Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S.

Sobre este punto señaló la apoderada de las investigadas que, de los contratos de compraventa

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

allegados al plenario, se observa que éstos fueron elaborados y suscritos por Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. y no por Asistour S.A.S., como se indicó en los cargos quinto y sexto.

Así, el hecho de que los mismos se hayan hecho con el membrete de la papelería de Asistour S.A.S., no corresponde a la realidad, por cuanto surgen de los contratos de compraventa para ofrecer servicios turísticos. En esa medida, se debe tener en cuenta es el contenido del contrato, por lo que los cargos no están llamados a prosperar.

v) Asistour S.A.S. coloca el número de Registro Nacional de Turismo en piezas publicitarias y la expresión en moneda extranjera.

Afirmó la recurrente que de la inspección realizada a las piezas publicitarias que aparecen en la página web, se observa que sí aparece el número del Registro Nacional de Turismo (27699) que incluso se sombreó en azul por quien inspeccionó dicha página, razón por la que, no se puede emitir sanción alguna ni mucho menos indicar que la sociedad Asistour S.A.S. utilizó publicidad engañosa.

Por otro lado, en cuanto a la queja del señor Carlos Augusto Tovar, manifestó que se debe aclarar que si bien se ofrece una cortesía vacacional, ello no quiere decir que se refiera a una cortesía totalmente gratis, comoquiera que en las condiciones y restricciones que están en el anverso de la misma cortesía, se explica que se debe pagar una tasa de impuesto hotelero, circunstancia a la que queda sujeto quien recibe tal cortesía al momento de la firma del contrato y la utilización del servicio.

Conforme a lo expuesto, afirmó que nunca se ha trasladado de esta forma el precio de la cortesía a una tasa de impuesto hotelero, por lo que tal situación no ha sido probada en el expediente y es una simple afirmación del quejoso.

Finalmente, adujo la impugnante que sobre la tasa en moneda diferente a la colombiana, se debe precisar que cuando al cliente se le informa de manera directa y personal sobre los servicios turísticos, se le aclara tal información tanto en moneda extranjera como el tipo de cambio de moneda. Posteriormente, el cliente decide si va o no a tomar el servicio ofrecido, lo que no vulnera de forma alguna la norma.

vi) Frente a la cláusula de responsabilidad de los contratos de compraventa.

Adujo la recurrente que en los contratos elaborados por la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., no se incluye la cláusula de responsabilidad, por cuanto el artículo 4 del Decreto 2438 de 2010 es claro en indicar que aquella es para los servicios, planes o paquetes turísticos y no para los contratos, por ende, implícitamente se encuentra contenida en los programas y ofrecimientos turísticos.

De igual forma, manifestó que se debe tener en cuenta que en todas las piezas publicitarias que se observan en la página web, se hace mención expresa a la cláusula de responsabilidad e incluso se cita la norma, razón por la que este cargo no tiene asidero jurídico.

Finalmente, señaló la recurrente que el contrato de servicios turísticos puede llevar la cláusula de responsabilidad cuando de lo que se trata es de ingresar a un programa de descuentos y no se identifica en tal momento el plan turístico al cual está aplicando el cliente.

vii) El derecho de retracto sobre la contratación de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S.

Sobre este punto, indicó la recurrente que el derecho de retracto se informa en la reunión o charla previa a la firma del contrato, como se debe tener en cuenta en los casos de los quejosos

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Sandra Patricia Sánchez Flórez, Ana Nancy Londoño Zamora y Cornelio Pérez Rincón, quienes ejercieron tal derecho, lo cual denota que la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. sí informa a los clientes sobre dicha prerrogativa a la que pueden acceder después de la firma del contrato.

viii) Las sanciones impuestas a Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., son mayores a las utilidades de las mismas y a su propio patrimonio.

Al respecto, manifestó la apoderada de las sancionadas que las sanciones impuestas son mayores a las utilidades generadas de la actividad turística, como se desprende de los estados financieros de los años 2013, 2014 y 2015 de cada sociedad.

Por tal razón, afirmó que los ingresos operacionales no son determinantes para conocer el estado económico de una sociedad, pues en aquellos se deben incluir erogaciones con la finalidad de atender los costos necesarios de operación, gastos fijos, pagos al personal, cargas sociales, impuestos, etc.

Aseveró que en el caso de Servicios de Asistencia Turística Asistour S.A.S., la sanción impuesta supera en un 300% las utilidades netas obtenidas para el año 2015, así como el patrimonio líquido. Igual ejercicio se puede hacer frente a los períodos 2013 y 2014.

ix) Principio de no Confiscatoriedad.

Manifestó la recurrente que este principio se encuentra previsto en el artículo 34 de la Constitución Política, y determina que las sanciones impuestas no pueden resultar confiscatorias ni poner en peligro la *"supervivencia de las empresas sancionadas"*, por lo que el mismo es un límite a las facultades públicas, pues las sanciones no pueden traer la destrucción del patrimonio de los empresarios.

x) Inexistencia de cláusulas abusivas en los contratos de compraventa realizados por Servicios de Asistencia Turística Asistour S.A.S.

Adujo la recurrente que si bien es cierto que la SIC tiene la facultad administrativa de modificar los clausulados de los contratos de adhesión, lo cierto es que la sociedad Servicios de Asistencia Turística Asistour S.A.S., al elaborar los contratos de compraventa, advirtió que éstos en ningún momento producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del cliente, comoquiera que no afectan el tiempo, modo y lugar en que aquél pueda ejercer sus derechos, pues la cláusula primera hace énfasis en que los compradores adquieren el programa de descuentos Asistour Travel, con descuentos turísticos hasta del 10% en tiquetes aéreos y hasta del 20% en cualquiera de los servicios prestados por el vendedor o tarifas reales abiertas al público mientras dura la vigencia del contrato.

xi) El análisis de las pruebas para proferir las sanciones es superfluo.

Señaló la recurrente que las manifestaciones de los denunciantes gozan para la SIC de toda la credibilidad, empero sus dichos al no estar debidamente probados, vulneran el debido proceso, el derecho defensa y contradicción de las investigadas, razón por la que solicitó que las pruebas allegadas fueran estudiadas de manera minuciosa y objetiva por cuanto la valoración realizada presenta errores en su debido análisis.

xii) Apreciaciones e informaciones inexactas frente a la forma de abordaje para el ofrecimiento de servicios turísticos.

Señaló la recurrente que en el acto sancionatorio se afirmó que la forma de abordaje es presionando al cliente, realizando una posterior reunión. Sin embargo, de ninguna manera se le presiona, pues en últimas él mismo decide por voluntad propia si efectúa una negociación frente

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

al contrato. Así, la reunión que se hace con aquél es para informarle los paquetes y descuentos turísticos que le han ofrecido, pero se le advierte que no está obligado. Asimismo afirmó que tampoco se utilizan maniobras engañosas como lo manifestaron los quejosos.

xiii) Existe cosa juzgada para Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S.

Indicó la apoderada de las investigadas que por los mismos hechos referenciados en la presente investigación se sancionó y en otros casos se concilió reparando los perjuicios de los quejosos Arturo Córdoba Salinas, Mery Isabel Sandoval, Marco Tulio Najar Páez, Otto Roncancio Salamanca y María Adiel Zapata de Sanabria, razón por la que es procedente analizar tal situación a fin de evitar la vulneración del principio constitucional de la cosa juzgada.

Además, solicitó que se tuvieran en cuenta los perjuicios reparados a los demandantes a fin de dosificar la multa impuesta y, por ende, absolver a las sociedades frente a los casos investigados. Para ello, anexó copia de los estados financieros de los años 2013, 2014 y 2015 donde se ven reflejadas las utilidades, así como copia de las sanciones descritas.

QUINTO: Consideraciones del despacho.

El despacho procede a pronunciarse de fondo sobre los argumentos del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-.

a) Síntesis de los hechos.

El presente trámite tuvo origen en: i) dos quejas a través de las cuales se puso en conocimiento de esta Entidad algunas irregularidades de la sociedad Asistour S.A.S. relacionadas con la presunta transgresión a las normas de protección al turista y al consumidor por una cortesía vacacional para las personas que asisten a una charla para la venta de membresías, la cual se termina cobrando a través de impuestos hoteleros y, con las prácticas tendientes a la venta de planes de viajes de manera incisiva a través de rifas de planes vacacionales; ii) el insumo de 12 demandas de protección al consumidor interpuestas durante los años 2014 y 2015³ ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Entidad contra Asistour S.A.S. en las que se evidenció que las infracciones más recurrentes son el incumplimiento de los servicios ofrecidos a los turistas, la implementación de publicidad e información engañosa, el no permitir el ejercicio del derecho de retracto y el incumplimiento en la entrega de los incentivos ofrecidos; iii) una queja mediante la cual se puso en conocimiento de esta Superintendencia algunas irregularidades por parte de la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. relacionada con la presunta infracción a las normas de protección al consumidor por las cláusulas contenidas en los contratos de compraventa de membresías; iv) el insumo de 21 demandas de protección al consumidor interpuestas durante los años 2014 y 2015⁴ ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Entidad contra de la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. en las que se observó que las infracciones más reiteradas son el incumplimiento de los servicios ofrecidos a los turistas, la implementación de publicidad e información engañosa, el no permitir el ejercicio del derecho de retracto y el incumplimiento en la entrega de los incentivos ofrecidos.

Posteriormente, en desarrollo de la averiguación preliminar, la Dirección efectuó un requerimiento de información a la empresa Asistour S.A.S., quien otorgó respuesta mediante escrito radicado con el No. 13-223642-4 y, agotó una diligencia de inspección administrativa a la

³ De las cuales se tomaron aleatoriamente las radicadas con los números 14-163494, 14-226656, 14-825501, 15-045492 y 15-202222.

⁴ De las cuales se tomaron aleatoriamente las radicadas con los números 15-258294, 15-205417, 15-207067, 16-56399, 16-00763, 16-20318, 16-34521 y 16-48516.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

página web <http://www.asistour.com.co/>, la cual es anunciada por Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. en la parte inferior de la papelería en la cual se encuentra impreso el contrato denominado "contrato de compraventa". Una vez revisada la información suministrada y recaudada, el *a quo* evidenció el presunto incumplimiento de varias obligaciones por parte de las citadas sociedades.

De esta forma, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, a partir de la Resolución No. 33196 del 31 de mayo de 2016, inició una investigación administrativa mediante formulación de cargos, por las imputaciones que se resumen a continuación:

1. Presunta infracción de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., a los literales b) y f) de la Ley 300 de 1996, al artículo 30 de la Ley 1558 de 2012 y a los artículos 2 y 4 del Decreto 2438 de 2010 compilados ahora en los artículos 2.2.4.3.2.2 y 2.2.4.3.2.4. del Decreto 1074 de 2015, de acuerdo a los presupuestos fácticos expuestos en el citado acto administrativo.
2. Presunta infracción de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., al literal c) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996, conforme a los presupuestos fácticos expuestos en el citado acto administrativo.
3. Posible violación de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. al literal d) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996, de acuerdo a los presupuestos fácticos expuestos en el citado acto administrativo.
4. Presunta transgresión de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., al artículo 4 del Decreto 2438 de 2010 compilado ahora en el artículo 2.2.4.3.2.4. del Decreto 1074 de 2015, así como una consecuente infracción al literal f) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996, conforme a los presupuestos fácticos expuestos en el citado acto administrativo.
5. Probable vulneración de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., al párrafo 1° del artículo 61 de la Ley 300 de 1996, modificado por el artículo 13 de la Ley 1101 de 2006, modificado por el artículo 33 de la Ley 1558 de 2012, al numeral 1° del artículo 77 de la Ley 300 de 1996 y a los literales e) y f) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996, de acuerdo a los presupuestos fácticos expuestos en el citado acto administrativo.
6. Posible incumplimiento de Asistour S.A.S., a lo normado en el artículo 18 del Decreto 504 de 1997, ahora compilado en el artículo 2.2.4.1.1.15. del Decreto 1074 de 2015, así como una presunta infracción al literal e) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996, conforme a los supuestos fácticos descritos en el citado acto administrativo.
7. Presunta vulneración de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., a lo establecido en el artículo 2.2.4.3.2.5., del Decreto 1047 de 2015, así como una posible infracción al literal f) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996, conforme a los supuestos fácticos descritos en el citado acto administrativo.
8. Posible incumplimiento de Asistour S.A.S., a lo normado en el numeral 4 del artículo 77 de la Ley 300 de 1996 y al literal e) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996, de acuerdo a los presupuestos fácticos expuestos en el citado acto administrativo.
9. Posible incumplimiento de Asistour S.A.S., a lo ordenado en el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011 y en el numeral 2.1.2.1. del Capítulo II del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, conforme a los supuestos fácticos descritos en el citado acto administrativo.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

10. Posible violación de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., a lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, de acuerdo a los presupuestos fácticos expuestos en el citado acto administrativo.
11. Presunta vulneración de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., a lo establecido en el artículo 38 de la Ley 1480 de 2011, conforme a los supuestos fácticos descritos en el citado acto administrativo.
12. Posible violación de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., a lo regulado en el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, de conformidad a los presupuestos fácticos expuestos en el citado acto administrativo.
13. Probable vulneración de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., a lo normado en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, conforme a los supuestos fácticos descritos en el citado acto administrativo.
14. Posible incumplimiento de Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., al numeral 4 del artículo 46, a los numerales 2 y 9 del artículo 8 del Decreto 1499 de 2014, ahora compilado en el artículo 2.2.2.37.8. del Decreto 1074 de 2015 y al artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, de acuerdo a los presupuestos fácticos expuestos en el citado acto administrativo.
15. Presunto incumplimiento Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., al numeral 8 del artículo 9 del Decreto 1499 de 2014, ahora el artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015, conforme a los supuestos fácticos descritos en el citado acto administrativo.

Surtido el trámite dispuesto en la Ley 1437 de 2011 para este tipo de actuaciones administrativas sancionatorias, mediante la Resolución No. 5425 del 17 de febrero de 2017, la Dirección desestimó las imputaciones fácticas relacionadas en los cargos 8 y 9 por parte de la sociedad Asistour S.A.S., y, por otra parte, declaró la responsabilidad administrativa de las investigadas en relación con las imputaciones realizadas en el pliego de cargos para cada una e impuso las sanciones correspondientes, como se relaciona a continuación.

- Respecto de Asistour S.A.S.

CARGO	ARGUMENTOS DEL A QUO	SANCIÓN O ARCHIVO.
No. 1	<ul style="list-style-type: none"> • De la revisión de las piezas publicitarias obrantes a folios 4 y 7 del expediente, como del boleto visible a folio 67, se observa que la investigada no incluyó el Registro Nacional de Turismo. 	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV, de acuerdo a lo expuesto en el acto sancionatorio.
	<ul style="list-style-type: none"> • Del análisis del documento contentivo de las "CONDICIONES Y RESTRICCIONES" de la "CORTESIA VACACIONAL" (reverso de los folios 7 y 17 del expediente), se evidencia que la investigada impone a cargo de los consumidores el pago de una suma por concepto de "tasa hotelera", sin que esta información sea entregada a los consumidores desde el momento que son abordados inicialmente, sino hasta que acuden a la "charla" en la oficina de la investigada. 	Sanción por la suma de (\$7.377.177), equivalentes a (10) SMLMV, de acuerdo a lo expuesto en el acto sancionatorio.
	<ul style="list-style-type: none"> • Al analizar la página web, se evidencia que la investigada incluyó los precios de los servicios turísticos ofrecidos en moneda diferente a la del curso legal en Colombia, sin que se observe la tasa de cambio aplicable. 	Sanción por la suma de (\$7.377.177), equivalentes a (10) SMLMV, de acuerdo a lo expuesto en el acto sancionatorio.
	<ul style="list-style-type: none"> • Al analizar las imágenes 18 y 19 se evidencia que la investigada ofrece: i) diferentes planes y/o paquetes turísticos a destinos nacionales e internacionales sin que se indiquen las tarifas de los mismos y; ii) diferentes servicios turísticos para el 2 de diciembre de 2015, sin que se indiquen las tarifas, los servicios incluidos y excluidos. 	Sanción por la suma de (\$29.508.680) equivalentes a (40) SMLMV, de acuerdo a lo expuesto en el acto sancionatorio.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

No. 2	De acuerdo al análisis del contenido de las demandas presentadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, es claro que la investigada, en la etapa precontractual, suministra información engañosa o que puede dar lugar a error a los consumidores respecto de la modalidad del contrato, la naturaleza jurídica de los derechos surgidos del mismo y sus condiciones o sobre las características de los servicios turísticos ofrecidos y los derechos y obligaciones de los turistas, toda vez que la misma no corresponde a lo establecido en las cláusulas del "CONTRATO DE COMPRAVENTA", mediante el cual se adquiere el "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL".	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 3	De acuerdo al análisis del contenido de las demandas presentadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, es claro que la investigada incumple con los servicios brindados, comoquiera que no proporcionó los descuentos ofrecidos a los turistas para la adquisición del "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL", mediante el "CONTRATO DE COMPRAVENTA".	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 4	Del análisis del contrato utilizado para comercializar el producto "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL", es evidente que la investigada no incorpora dentro del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" cláusula de responsabilidad alguna, que contenga los aspectos relacionados en el artículo 2.2.4.3.2.4. del Decreto 1074 de 2015, respecto de los servicios turísticos ofrecidos con ocasión del contrato.	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 5	Del análisis del acervo probatorio es claro que la investigada desarrolla funciones propias de las agencias de viajes y de turismo sin realizar la inscripción en el Registro Nacional de Turismo bajo esta subcategoría.	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 6	De la revisión efectuada en el registro Único Empresarial se observa que la investigada no cumplió con la obligación de inscribir de manera separada en el Registro Nacional de Turismo la sucursal distinguida con matrícula mercantil 936130-2.	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 7	Del análisis de la diligencia de inspección realizada el 2/12/2015 a la página web de la investigada, se evidencia que aquella no indica que la información suministrada sobre el crucero "Antillas y Caribe sur" corresponde a aquella establecida y proporcionada por la compañía naviera (Pullmantur), como tampoco indica a los consumidores la página web en la cual pueden consultar los términos y condiciones de la realización del crucero.	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 8	Del análisis de la respuesta otorgada al requerimiento de información efectuado por esta Entidad, es claro que la investigada sí allegó la información requerida en los literales b), c), g), h), j) y k) del mismo.	Archivo
No. 9	Del análisis de la pieza publicitaria obrante a folio 67, se demuestra que la investigada sí informa las condiciones de tiempo, modo y lugar de la promoción y/u oferta.	Archivo
No. 10	De las demandas tramitadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, así como de los documentos remitidos por la investigada denominados "Proceso comercial "Asistour" y "Documento de capacitación de asesores", al igual que del clausulado del "CONTRATO DE COMPRAVENTA", se evidencia que aquella no informa en la etapa pre-contractual de manera suficiente, anticipada y expresa sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales incorporadas al "CONTRATO DE COMPRAVENTA". Asimismo, es evidente que las condiciones del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" no son concretas, claras ni completas ni tampoco se extrae del mismo de manera expresa cual es el conjunto de los servicios prestados por el vendedor.	Por infringir las disposiciones de la Ley 1480 de 2011, se impuso una sanción de (\$110.657.550), equivalentes a (150) SMLMV.
No. 11	Del análisis del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" y del contenido del "anexo" no se observa información específica que diga qué comprende cada uno de los servicios objetos del descuento, como tampoco se establece cómo se aplica el mismo, ni cuáles son las condiciones necesarias para que se aplique en determinada proporción. Asimismo, no se establecen de manera clara y expresa las obligaciones de la investigada, por lo que aquella podría sustraerse del cumplimiento de las mismas debido al amplio margen de discrecionalidad que ostenta.	
No. 12	La cláusula primera y sexta del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" así como el contenido del "anexo", generan un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.	
No. 13	La cláusula segunda del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" presume una manifestación de voluntad por parte del consumidor que derivan en obligaciones y erogaciones a su cargo.	

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

No. 14	Del análisis de los documentos denominados "PROCESO COMERCIAL ASISTOUR" (fls. 25 al 26), "Presentación de capacitación de asesores" (fls. 27 a 48), "Guion de vendedores" (fl. 49 al 50) y "GUION DE CAPACITACION PUNTO DE CAPTACION OPTIMUS" (fls. 51 al 58), es evidente que la investigada no informa a los consumidores sobre el derecho de retracto y el término para ejercerlo, como tampoco hace efectivo el referido derecho aun cuando el mismo es procedente, por tratarse de ventas con métodos no tradicionales.	
--------	--	--

• Respecto de Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S.

CARGO	ARGUMENTOS DEL A QUO	SANCIÓN O ARCHIVO.
No. 1	<ul style="list-style-type: none"> De la revisión de las piezas publicitarias obrantes a folios 115, 116, 131, 132, 160, 177, 189, 160 (reverso) y 204, se observa que la investigada no incluyó el Registro Nacional de Turismo. Al analizar la papelería implementada por la investigada en los "CONTRATO DE COMPRAVENTA" aportados por la quejosa y los demandantes ante la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales se evidencia que se anuncia la página web www.asistour.com.co. Sin embargo, al estudiar dicho portal no se observa el número del Registro Nacional de Turismo correspondiente a la investigada, sino solamente el asignado a la sociedad Asistour S.A.S. 	Sanción por la suma de (\$36.885.850), equivalentes a (50) SMLMV, de acuerdo a lo expuesto en el acto sancionatorio.
	<ul style="list-style-type: none"> Al analizar la citada página web, se evidencia que la investigada incluyó los precios de los servicios turísticos ofrecidos en moneda diferente a la del curso legal en Colombia, sin que se observe la tasa de cambio aplicable. 	Sanción por la suma de (\$7.377.177), equivalentes a (10) SMLMV, de acuerdo a lo expuesto en el acto sancionatorio.
	<ul style="list-style-type: none"> Al analizar la imagen 18 se evidencia que la investigada ofrece diferentes planes y/o paquetes turísticos a destinos nacionales e internacionales sin que se indiquen las tarifas de los mismos. 	Sanción por la suma de (\$7.377.177), equivalentes a (10) SMLMV, de acuerdo a lo expuesto en el acto sancionatorio.
No. 2	De acuerdo al análisis del contenido de las demandas presentadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, es claro que la investigada, en la etapa precontractual, suministra información engañosa o que puede dar lugar a error a los consumidores respecto de la modalidad del contrato, la naturaleza jurídica de los derechos surgidos del mismo y sus condiciones o sobre las características de los servicios turísticos ofrecidos y los derechos y obligaciones de los turistas, toda vez que la misma no corresponde a lo establecido en las cláusulas del "CONTRATO DE COMPRAVENTA", mediante el cual se adquiere el "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL PREFERENCIAL".	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 3	De acuerdo al análisis del contenido de las demandas presentadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, es claro que la investigada incumple con los servicios brindados, comoquiera que no proporcionó los descuentos ofrecidos a los turistas para la adquisición del "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL PREFERENCIAL", mediante el "CONTRATO DE COMPRAVENTA".	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 4	Del análisis de los contratos aportados por la señora Sandra Patricia Sánchez Flórez como por los demandantes ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, los cuales son implementados por la investigada para comercializar el producto "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL PREFERENCIAL", es evidente que aquella no incorpora dentro del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" cláusula de responsabilidad alguna, que contenga los aspectos relacionados en el artículo 2.2.4.3.2.4. del Decreto 1074 de 2015, respecto de los servicios turísticos ofrecidos con ocasión del contrato.	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 5	Del análisis del acervo probatorio es claro que la investigada desarrolla funciones propias de las agencias de viajes y de turismo sin realizar la inscripción en el Registro Nacional de Turismo bajo esta subcategoría.	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 6	No aplica para Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S.	N/A
No. 7	Del análisis de la diligencia de inspección realizada el 2/12/2015 a la página web de la investigada, se evidencia que aquella no indica que la información suministrada sobre el crucero "Antillas y Caribe sur" corresponde a aquella establecida y proporcionada por la compañía naviera (Pullmantur), como tampoco indica a los consumidores la página web en la cual pueden consultar los términos y condiciones de la realización del crucero.	Sanción por la suma de (\$14.754.340), equivalentes a (20) SMLMV.
No. 8	No aplica para Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S.	N/A
No. 9	No aplica para Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S.	N/A

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

No. 10	<p>De las demandas tramitadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, así como del clausulado del "CONTRATO DE COMPRAVENTA", se evidencia que la investigada no informa en la etapa pre-contractual de manera suficiente, anticipada y expresa sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales incorporadas al "CONTRATO DE COMPRAVENTA".</p> <p>Asimismo, es evidente que las condiciones del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" no son concretas, claras ni completas ni tampoco se extrae del mismo de manera expresa cual es el conjunto de los servicios prestados por el vendedor.</p>	<p>Por infringir las disposiciones de la Ley 1480 de 2011, se impuso una sanción de (\$110.657.550), equivalentes a (150) SMLMV.</p>
No. 11	<p>Del análisis del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" y del contenido del "anexo" no se observa información específica que diga qué comprende cada uno de los servicios objeto del descuento, como tampoco se establece cómo se aplica el mismo, ni cuáles son las condiciones necesarias para que se aplique en determinada proporción.</p> <p>Asimismo, no se establecen de manera clara y expresa las obligaciones de la investigada, por lo que aquella podría sustraerse del cumplimiento de las mismas debido al amplio margen de discrecionalidad que ostenta.</p>	
No. 12	<p>La cláusula primera y sexta del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" así como el contenido del "anexo", generan un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.</p>	
No. 13	<p>La cláusula segunda del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" presume una manifestación de voluntad por parte del consumidor que derivan en obligaciones y erogaciones a su cargo.</p>	
No. 14	<p>Del análisis del acervo probatorio es evidente que la investigada no informa a los consumidores sobre el derecho de retracto y el término para ejercerlo, como tampoco hace efectivo el referido derecho aun cuando el mismo es procedente.</p> <p>De igual forma, de las demandas tramitadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales es claro que la investigada no suministra a los consumidores información suficiente y completa sobre las características del "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL PREFERENCIAL" a pesar de tratarse de ventas con métodos no tradicionales.</p>	
No. 15	<p>Del estudio de material probatorio se concluye que la investigada no incorpora dentro del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" cláusula alguna que informe de manera suficiente sobre las condiciones y modalidad del ejercicio del derecho de retracto de que trata el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011.</p>	

Adicionalmente, la Dirección profirió una orden administrativa a las investigadas en el artículo vigésimo primero de la parte resolutive, así:

"(...) 1. Informar en el clausulado del contrato, de manera específica y detallada, las obligaciones y responsabilidades de ASISTOUR S.A.S. y SERVICIO DE ASISTENCIA TURÍSTICA ASISTOUR S.A.S., así como los efectos en caso de incumplimiento del contrato por parte de ASISTOUR S.A.S. y SERVICIO DE ASISTENCIA TURÍSTICA ASISTOUR S.A.S.

2. Suprimir la cláusula segunda del 'CONTRATO DE COMPRAVENTA' que estipula 'SEGUNDA – EXPLICACIÓN: EL VENDEDOR explicó al COMPRADOR y éste aceptó a entera satisfacción, el programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL con pleno conocimiento de los beneficios y servicios que esta le otorga', por cuanto la misma genera un desequilibrio injustificado en el contrato, conforme a lo expuesto en el numeral 19.12. de la presente resolución.

3. Incluir una cláusula en el 'CONTRATO DE COMPRAVENTA', en el sentido de que todo consumidor tiene derecho a pedir la devolución del dinero pagado por los servicios turísticos no prestados conforme al derecho de retracto.

4. Suprimir de la cláusula séptima del 'CONTRATO DE COMPRAVENTA' la parte que estipula '(...) las partes convienen pactar como cláusula penal el valor correspondiente al cuarenta (40%) del valor total del presente contrato (...)', por cuanto lo anterior es contrario al derecho de retracto para la devolución de todas las sumas pagadas sin que proceda a hacer descuentos o retenciones por concepto alguno.

5. Incluir una cláusula en el 'CONTRATO DE COMPRAVENTA', en el sentido de cumplir con lo ordenado en el artículo 2.2.4.3.2.4. del Decreto 1074 de 2015, conforme al deber de consignar una cláusula de responsabilidad.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

PARÁGRAFO: Para acreditar lo anterior, las investigadas ASISTOUR S.A.S. y SERVICIO DE ASISTENCIA TURÍSTICA ASISTOUR S.A.S., Identificadas con los NIT: 900.538.845-1 y 900.658.509.-6 respectivamente, deberán acreditar ante esta Dirección dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, los modelos de contratos en blanco y contratos suscritos en los que consten las modificaciones ordenadas. De omitir lo anterior, se impondrán las sanciones previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 (...).

Posteriormente, la Dirección a través de la Resolución No. 43402 del 21 de julio de 2017, confirmó en su integridad la decisión impugnada y concedió el recurso subsidiario de apelación.

b) Análisis del caso.

De acuerdo con la sustentación del recurso de apelación impetrado por las investigadas, serán abordados los argumentos en el siguiente orden: i) respecto a la imputación No. 1 del pliego de cargos; ii) frente a la imputación No. 4 del pliego de cargos; iii) respecto a la imputación No. 12 del pliego de cargos; iv) frente a la imputación No. 14 del pliego de cargos; v) respecto a que los contratos de compraventa son suscritos por Asistencia Turística Asistour S.A.S.; vi) en relación con el análisis del acervo probatorio; vii) en cuanto a las apreciaciones frente a la forma de abordaje para el ofrecimiento de los servicios turísticos; viii) dosimetría de las multas impuestas; ix) Las multas no son mayores a las utilidades de las investigadas y no vulneran el principio de no confiscatoriedad y; x) no existe cosa juzgada en el presente caso.

i) Respetto a la imputación No. 1 del pliego de cargos.

Afirmó la recurrente respecto a la sociedad Asistour S.A.S. que: i) al verificar las piezas publicitarias que aparecen en la página web, se observa que sí aparece el número del Registro Nacional de Turismo (27699); ii) en cuanto a la queja del señor Carlos Augusto Tovar, se debe aclarar que si bien se ofrece una cortesía vacacional, ello no quiere decir que se refiera a una cortesía totalmente gratuita, comoquiera que en las condiciones y restricciones que están en la misma, se explica que se debe pagar una tasa de impuesto hotelero y; iii) se debe precisar en cuanto a la tasa en moneda diferente a la colombiana, que cuando al cliente se le informa de manera directa y personal sobre los servicios turísticos, se le aclara este requisito tanto en moneda extranjera como el tipo de cambio de moneda, razones por las que no existe vulneración a las normas imputadas.

Al respecto, es pertinente aclarar que la imputación fáctica realizada por esta Superintendencia en la Resolución No. 33196 del 31 de mayo de 2016 en el cargo No. 1, estuvo encaminada a establecer -entre otras-, si se incluyó el número de Registro Nacional de Turismo en las piezas publicitarias denominadas "CORTESÍA VACACIONAL"⁵, así como en el boleto "Viaja con Asistour"⁶, y no si tal registro se incluyó en las piezas publicitarias anunciadas en la página web, como erradamente lo ha manifestado la sancionada a lo largo de la presente investigación.

En efecto, al analizar las piezas publicitarias "CORTESÍA VACACIONAL" y el boleto "Viaja con Asistour", no se evidencia que la sociedad Asistour S.A.S. haya acatado el deber de incluir en las mismas el número del Registro Nacional de Turismo, por lo que es procedente la imposición de la correspondiente sanción administrativa.

En esa medida, el argumento de la investigada no es procedente por cuanto la imputación fáctica fue clara en establecer en qué piezas publicitarias no se incluyó el citado número de registro, razón por la que no puede exonerar su responsabilidad alegando que sí lo incluyó en otras piezas que no fueron objeto de reproche alguno en el referido cargo.

⁵ Folios 4 y 17 del expediente.

⁶ Folio 67 del expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Por otro lado, del análisis de la queja presentada por el señor Carlos Augusto Tovar⁷, de las demandas presentadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia, del documento denominado "GUIÓN DE CAPACITACIÓN PUNTO DE CAPTACIÓN OPTIMUS"⁸ y de las "CONDICIONES Y RESTRICCIONES" de la "CORTESIA VACACIONAL"⁹, es claro que Asistour S.A.S. implementó publicidad a través del sistema de promociones y ofertas, utilizando mecanismos que permiten el traslado del precio del incentivo al consumidor, comoquiera que si bien en una primera oportunidad le indica a los consumidores que el "premio" es gratis, lo cierto es que en las condiciones y restricciones de la citada cortesía se impone el pago de un valor por concepto de "tasa hotelera", sin que dicha suma sea informada a aquellos desde el primer momento, y sólo la dan a conocer cuando acuden a una "charla" en la oficina de la investigada.

Por lo tanto, el argumento de la investigada no es de recibo para esta instancia por cuanto su conducta induce en error a los consumidores al informales en un primer momento que la cortesía es gratuita, para luego indicarles en la "charla" llevada a cabo en la oficina de la investigada que deben pagar una "tasa hotelera".

Finalmente, al estudiar las imágenes No. 15 y 21 contenidas en el CD obrante a folio 93 del expediente, es evidente que la sociedad Asistour S.A.S. anunció en la página web <http://www.asistour.com.co/>, los precios de diferentes servicios turísticos en moneda diferente a la del curso legal en Colombia, sin que haya incluido la tasa de cambio aplicable, razón por la que el argumento consistente en que dicha tasa es informada a los consumidores de manera directa y personal, no es procedente por cuanto tal conducta no demuestra el cumplimiento de las normas imputadas, pues la citada tasa debe ser incluida en toda la publicidad del prestador de servicios turísticos, so pena de incurrir en publicidad engañosa conforme lo dispuso expresa e inequívocamente el artículo 30 de la Ley 1558 de 2012. Sin embargo, la obligación no se cumplió en el asunto sub examine.

Por las consideraciones expuestas los argumentos de la sociedad Asistour S.A.S. no están llamados a prosperar.

ii) Respecto a la imputación No. 4 del pliego de cargos.

Adujo la recurrente que en los contratos elaborados por la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. no se incluye la cláusula de responsabilidad, por cuanto el artículo 4 del Decreto 2438 de 2010, es claro en indicar que aquella es para los servicios, planes o paquetes turísticos y no para los contratos, por lo que a su juicio, ésta viene implícita en los referidos planes y paquetes. Indicó, que se debe tener en cuenta que en todas las piezas publicitarias que se observan en la página web, se hace mención expresa a la cláusula de responsabilidad e incluso se cita la norma, razón por la que este cargo no tiene asidero jurídico. Finalmente, señaló la impugnante que el contrato de servicios turísticos puede llevar la cláusula

⁷ Folio 1.

⁸ Folios 51 y 52. En el respectivo documento se encuentran las siguientes afirmaciones: "(...) GUIÓN DE CAPACITACION PUNTO DE CAPTACION OPTIMUS (...) ESPEREMOS QUE ESTE MANUAL SEA DE AYUDA PARA CADA UNO DE LOS INTEGRANTES DE NUESTRO EQUIPO DE OUT PEOPLE CONTAC (OPC), PARA QUE CADA DÍA A DÍA NUESTRO TRABAJO SE MÁS EECIENTE Y REFLEJADO EN LOS INGRESOS DE CADA UNO DE USTEDES (...) 2. ABORDAJE Y CREAR EL INTERES De una forma entusiasta y con un tono de voz preciso y claro abordaremos al perfil llamando su atención por los premios que ofrece la compañía. Buscando crear interés en el cliente por participar afirmando que es totalmente gratis y que el sorteo lo realiza OPTIMUS (...)". (Subraya fuera del texto).

⁹ En las respectivas condiciones y restricciones se encuentran las siguientes:

"(...) La pareja debe cancelar una tasa hotelera por valor de \$65.000 pesos por noche, por persona, (Hotel Hacienda Los Chigüiros), en el caso de hospedarse en el Hotel del Llano la pareja debe cancelar una tasa hotelera de \$85.000 pesos por noche, por persona (...)". Reverso folio 4 del expediente.

"(...) La pareja debe cancelar una tasa hotelera por valor de \$40.000 pesos por noche, por persona (Hotel Hacienda la Esmeralda), en el caso de hospedarse en el Hotel del Llano la pareja debe cancelar una tasa hotelera de \$85.000 pesos por noche, por persona (...)". Reverso folio 17 del expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

de responsabilidad cuando de lo que se trata es de ingresar a un programa de descuentos y no se identifica en tal momento el plan turístico al cual está aplicando el cliente.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 4 del Decreto 2438 de 2010 compilado ahora en el artículo 2.2.4.3.2.4. del Decreto 1074 de 2015¹⁰, es claro en establecer la obligación por parte de las agencias de viajes de consignar una cláusula de responsabilidad en los servicios, planes o paquetes turísticos.

En esa medida, si la investigada ofrece un programa de descuentos frente a servicios, planes o paquetes turísticos a través de la suscripción de un contrato, indiscutiblemente debe incluir la cláusula de responsabilidad en el mismo, por lo que no es procedente su interpretación de tenerla incluida en el plan o programa.

Justamente, al analizar el contenido de los "CONTRATOS DE COMPRAVENTA" aportados por la señora Sandra Patricia Sánchez Flórez¹¹ como por los demandantes¹² ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia, los cuales son implementados para efectos de comercializar el producto denominado "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL PREFERENCIAL", es evidente que la investigada no incorpora dentro de los mismos, ninguna cláusula de responsabilidad que contenga los aspectos relacionados en la citada norma, razón por la que es claro el incumplimiento de las normas imputadas en el cargo No. 4 de la Resolución No. 33196 del 31 de mayo de 2016.

Por lo tanto, no es de recibo que la sancionada señale que "(...) el contrato de venta de servicios turísticos como puede llevar (sic) cláusula de responsabilidad, cuando se trata es de ingresar a un programa de descuentos y no se identifica en el momento de dicho contrato el plan turístico al cual está aplicando el cliente. Por tanto como (sic) se puede predicar en esta caso vulneración de la norma? (...) ", debido a que la norma es clara en asignar la obligación a las agencias de

¹⁰ "Artículo 2.2.4.3.2.4. De los servicios, planes o paquetes turísticos. Los servicios, planes o paquetes turísticos deberán consignar una cláusula de responsabilidad que contemple como mínimo, los siguientes aspectos:

1. Responsabilidad del organizador del plan o paquete turístico ante los usuarios por la prestación y calidad de los servicios descritos de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el programa, indicando claramente la responsabilidad en el caso del transporte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 del presente decreto.

2. Los términos y las condiciones en que se efectuará el reintegro de los servicios turísticos no utilizados y que puedan ser objeto de devolución, cuando el viaje o la participación del usuario en el mismo se cancele con anterioridad a su inicio o cuando una vez iniciado el viaje deba interrumpirse, por razones tales como, caso fortuito o fuerza mayor, enfermedad del viajero, negación de visados o permisos de ingreso, decisión del país de destino de impedir el ingreso del viajero, retiro del viajero por conductas que atenten contra la realización del viaje, problemas legales y otras causas no atribuibles a las agencias de viajes. Para este efecto, se tendrán en cuenta las deducciones o penalidades previamente establecidas que los proveedores efectúen, cuando los servicios no son utilizados. El derecho al pasaje aéreo de regreso estará sujeto a las regulaciones de la tarifa aérea adquirida.

3. Salvo manifestación expresa en contrario en las condiciones del plan turístico, el organizador, sus operadores y agentes no asumen responsabilidad por eventos tales como accidentes, huelgas, asonadas, terremotos, fenómenos climáticos o naturales, condiciones de seguridad, factores políticos, negación de permisos de ingreso, asuntos de salubridad y cualquier otro caso de fuerza mayor que pudiere ocurrir durante el viaje y solo se comprometerán prestar los servicios y a hacer las devoluciones de que trata este decreto, según el caso.

4. Circunstancias en las cuales la agencia de viajes se reserva el derecho de hacer cambios en el itinerario, fechas de viaje, hoteles de similar o superior categoría, transporte y los demás que sean necesarios para garantizar el éxito del viaje.

5. La obligación a cargo de la agencia de viajes de informar al viajero sobre la documentación requerida para facilitar su desplazamiento en los destinos nacionales e internacionales, siendo obligación del usuario el cumplimiento de los requisitos informados.

6. Cuantía del anticipo y plazo para el pago de esta suma por parte del usuario, con el objeto de asegurar su participación en el viaje. Este valor será abonado al costo total del plan turístico. Las reservaciones y boletas para la participación en cruceros, eventos deportivos y culturales, congresos, ferias, exposiciones y similares se sujetarán a las condiciones que señalen las empresas organizadoras de tales eventos, las cuales deben ser claramente informadas al usuario (...).

¹¹ Folios 106 a 110 del expediente.

¹² Folios 139 (reverso) a 142, 144 (reverso) y 145, 155 (reverso) a 158, 164, 168 a 170, 177 (reverso) a 179, 190 a 192 y 199 (reverso) a 201 del expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

viaje de consignar tal cláusula en todos los servicios, planes o paquetes turísticos, los cuales según la cláusula segunda del citado contrato son explicados a los consumidores. En gracia de discusión, esta instancia evidencia que no existe prueba alguna que demuestre que cuando el cliente elija los planes turísticos, tal cláusula se consigne en un documento anexo al "CONTRATO DE COMPRAVENTA", razón por la que es evidente la transgresión a las normas imputadas.

Ahora bien, tampoco es procedente que la investigada pretenda exonerar su responsabilidad alegando que en todas las piezas publicitarias que se observan en la página web, se hace mención expresa a la cláusula de responsabilidad e incluso se cita la norma, debido a que el supuesto fáctico imputado en el cargo No. 4 del pliego No. 33196 del 31 de mayo de 2016, hace referencia a la no inclusión de la cláusula de responsabilidad dentro de los "CONTRATOS DE COMPRAVENTA" utilizados para comercializar el "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL PREFERENCIAL", y no la de determinar si dicha cláusula está incluida en la página web de la sancionada.

En todo caso, observa esta instancia que la cláusula de responsabilidad mencionada en la página web¹³ de la investigada no hace referencia a la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. sino a la sociedad All Reps Ltda., y en la misma no están incluidos los aspectos relacionados en el artículo 2.2.4.3.2.4. del Decreto 1074 de 2015, respecto de los servicios turísticos ofrecidos con ocasión del contrato.

Por las razones expuestas, los argumentos de la recurrente no son procedentes.

iii) Respecto a la imputación No. 12 del pliego de cargos.

Adujo la recurrente que no existen cláusulas abusivas en los contratos de compraventa realizados por la sociedad Servicios de Asistencia Turística Asistour S.A.S. puesto que los mismos en ningún momento producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del cliente, ya que no afectan el tiempo, modo y lugar en que aquél puede ejercer sus derechos, pues la cláusula primera hace énfasis en que los compradores adquieren el programa de descuentos Asistour Travel, con descuentos turísticos hasta el 10% en tiquetes aéreos y hasta el 20% en cualquiera de los servicios prestados por el vendedor o tarifas reales abiertas al público mientras dura la vigencia del contrato.

Sobre este punto, se debe tener en cuenta que el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, define las cláusulas abusivas como aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para su evaluación, se deberá tener en cuenta la naturaleza del producto o servicio que es objeto del contrato, así como las circunstancias que concurren al momento de su celebración, la información brindada al consumidor, así como el resto de cláusulas estipuladas en el contrato¹⁴.

En la doctrina se define a las cláusulas abusivas como toda "(...) *Cláusula cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el principio de la mayor reciprocidad*

¹³ Visita de inspección realizada por esta Entidad a la página web <http://www.asistour.com.co/> el 2 de diciembre de 2015 como se evidencia en el CD obrante a folio 93 del expediente.

¹⁴ El artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 dispone "(...) *Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho (...)*" (Destacado fuera de texto).

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

*de intereses o que contengan la renuncia por el consumidor de facultades de intereses, sin fundamentos declarados que lo justifiquen (...)*¹⁵.

Para el escritor Rubén S. Stiglitz, el desequilibrio significativo se explica en los hechos de abuso de poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor¹⁶. Más adelante manifestó que la *"(...) inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del profesional, o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, consecuentemente, agravamiento de las cargas y obligaciones del consumidor sin que la correlación de los polos provecho – sacrificio surja una contrapartida en beneficio del consumidor o sea un fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses (...)"*.

En la misma vía, según lo han dicho nuestras altas Cortes, el desequilibrio o el abuso no se puede predicar del núcleo del contrato sino de la periferia, por cuanto se encuentra en aquellas cláusulas que desfavorecen en forma excesiva al consumidor por estar muy alejada de las obligaciones esenciales originadas del contrato, provocando de paso la desnaturalización del mismo. En últimas, lo que caracteriza la cláusula abusiva es la falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación de desventaja frente a la otra. Así mismo, las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. De igual manera se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido¹⁷.

Justamente, en el derecho de consumo *"(...) el artículo 42 proscribire las estipulaciones que produzcan un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que afecten el uso y disfrute de los derechos de éste, castigando su regulación con la ineficacia de pleno derecho - total o parcial del negocio- (...)"*¹⁸.

Ahora bien, al analizar la cláusula primera¹⁹ del "CONTRATO DE COMPRAVENTA" y sobre la cual se pronunció la recurrente, esta instancia considera que no le asiste la razón por cuanto en la misma es evidente el desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, toda vez que no se indica con precisión: i) qué comprende cada uno de los servicios objeto de descuento; ii) cómo se aplica el descuento anunciado; iii) cuáles son las condiciones necesarias para que se utilice en determinada proporción y; iv) si bien remite a un anexo, en el mismo no se especifica a qué se refieren los términos "PAQUETE POR ARMAR", "PAQUETE ÚLTIMO MINUTO", "PAQUETE

¹⁵ A.M. Morello y R.S. Stiglitz. En ponencia presentada en las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", celebradas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata en el año 1981 (Revista del Colegio de Abogados de La Plata, No. 41, p. 228). Señalo que la definición suministrada en el texto corresponde a una ponencia que presentamos en el marco del tema correspondiente a la Comisión IV (Contratos por adhesión), de allí que aludamos a las figuras del predisponente y del adherente.

¹⁶ Rubén S. Stiglitz, Contrato de consumo y cláusulas abusivas. Página 39.

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 14 de diciembre de 2011. M. P. Jaime Alberto Arrubla Pauca. Referencia. C-1100131030142001-01489-01.

¹⁸ Sentencia de Apelación 01-2015-214940-01 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil del 5 de septiembre de 2017. M. P. Luis Roberto Suárez González.

¹⁹ "(...) PRIMERA – OBJETO: El comprador, libre de todo apremio, de forma libre y voluntaria compra el programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL el cual le otorga descuentos turísticos a nivel nacional e internacional DE HASTA EL (10%) EN TIQUETES AÉREOS Y HASTA EL (2%) EN CUALQUIERA DE LOS SERVICIOS PRESTADOS POR EL VENDEDOR (DESCUENTOS QUE DEPENDEN DE LA TEMPORADA Y EL TIEMPO DE ANTICIPACIÓN CON EL QUE EL DESCUENTO QUE OBTENDRÁ EL COMPRADOR REALICE SU COMPRA, ENTRE MÁS ANTICIPACIÓN TENGA LA COMPRA MEJOR SERÁ EL DESCUENTO QUE OBTENDRÁ EL COMPRADOR DENTRO DE LOS PORCENTAJES ESTIPULADOS EN EL CONTRATO) conforme al anexo del presente contrato, los cuales hacen parte integral del MISMO (...)" Folio 106 del expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

ARMADO, *"PAQUETE TODO INCLUIDO"*, *"PASADÍAS"* y *"CORTESIAS ILIMITADAS"*, lo cual conlleva a establecer que las partes del contrato no están adquiriendo derechos y obligaciones recíprocos y equivalentes entre sí.

Por consiguiente, las afirmaciones de la recurrente no son procedentes, y por ende, está demostrado el incumplimiento de lo dispuesto en la norma imputada en el cargo No. 12 de la Resolución No. 33196 del 31 de mayo de 2016.

iv) Frente a la imputación No. 14 del pliego de cargos.

Sobre este punto, indicó la recurrente que el derecho de retracto se informa en la reunión o charla previa a la firma del contrato, como se debe tener en cuenta en los casos de los quejosos Sandra Patricia Sánchez Flórez, Ana Nancy Londoño Zamora y Cornelio Pérez Rincón, quienes ejercieron el derecho de retracto, lo cual denota que la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. sí informa a los clientes sobre tal derecho, al que pueden acceder después de la firma del contrato.

En primer lugar, es preciso mencionar que el derecho de retracto se encuentra regulado en el Sector Turismo en el numeral 9 del artículo 8 del Decreto 1499 de 2014, ahora compilado en el artículo 2.2.2.37.8. del Decreto 1074 de 2015, el cual determina que sin perjuicio de lo previsto en los artículos 23, 24 y 37 de la Ley 1480 de 2011, en las ventas por métodos no tradicionales o a distancia, el vendedor, con anterioridad a la aceptación de la oferta, debe suministrar al consumidor como mínimo la existencia del derecho de retracto previsto en el artículo 47 *ibidem*.

Vale la pena precisar que de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 774 de 2010, *"(...) el contrato o la promesa de contrato por el cual se comercialicen programas de tiempo compartido turístico podrán darse por terminados unilateralmente por su titular, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de su firma, siempre que no haya disfrutado del servicio contratado (...)"*.

A su vez, esta obligación se encuentra establecida en el numeral 4 del artículo 46 y en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, en los que se establece que es deber del proveedor de informar previamente a la adquisición del bien o servicio, el derecho de retracto y el término para ejercerlo -entre otros-. Este derecho se entenderá pactado por parte del consumidor, en los contratos para la venta de bienes y servicios mediante sistemas de financiación directa por parte del productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia.

Así, en el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, cuyo término para ejercerla será de máximo 5 días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios, se resolverá el contrato y se le deberá reintegrar al consumidor el dinero que hubiese pagado, por lo que el proveedor está obligado a devolver en dinero todas las sumas pagadas sin que corresponda a hacer descuentos o retenciones por concepto alguno.

Conforme a lo expuesto, una vez revisado el acervo probatorio obrante en la presente investigación, se encuentra lo siguiente:

A folio 150 (reverso) del expediente se halla la queja presentada por el señor Cornelio Pérez Rincón, en la que manifestó que *"(...) Al acudir a la cita, tras haberme ofrecido a beber dos cafés y pasar por varios asesores de ventas, en vez de la entrega de los supuestos premios que era el único motivo por el que había asistido, se me dio a firmar un contrato y otros documentos en el cual contrataba un paquete de descuentos en planes de turismo y viajes ofrecido por la empresa ASISTOUR SAS (cosa que no había requerido ni solicitado) sin haberme explicado*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

con detalle tales servicios o menos aún los derechos que tenía a mi disposición como consumidor tales como el de retracto (...)²⁰.

De igual forma, al analizar la queja presentada por la señora Sandra Patricia Sánchez Flórez como los documentos adjuntos, se observa que: i) en la cláusula tercera del contrato de compraventa No. SAT – 01266 suscrito el 23 de mayo de 2015, la quejosa canceló el valor de \$1.950.000²¹; ii) en la cláusula séptima se estipula que "(...) *Las partes convienen pactar como cláusula penal el valor correspondiente al cuarenta (40%) del valor total del presente contrato (...)*"; iii) la consumidora solicitó la devolución del dinero pagado mediante escrito fechado del 26 de mayo de 2015 y; iv) respuesta²² emitida por la investigada en la cual le indicó a la señora Sánchez que "(...) *A partir de este momento queda anulado en su totalidad el contrato número SAT 01266, y a su vez cesa toda relación comercial entre la Sra. Patricia Sánchez y Asistour S.A.S. (...) **Se devolverá el valor de \$1.170.000 directamente a su cuenta de ahorros (...)** A manera de conciliación se aplicará la cláusula penal de su contrato, sin embargo este mismo valor y de acuerdo a las políticas de nuestra empresa se devolverá este valor en 2 bonos de alojamiento (...)*"²³.

En el mismo sentido, se encuentran las demandas presentadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia por parte de los señores Ana Nancy Londoño Zamora y Cornelio Pérez Rincón, quienes aportaron copia de las peticiones radicadas ante la sociedad Servicios de Asistencia Turística Asistour S.A.S. con el fin de ejercer su derecho de retracto²⁴, en las que manifestaron respectivamente que "(...) *Al no recibir respuesta alguna a mi Derecho de Petición que invoque, que son 15 días hábiles para la respuesta y mi Derecho al retracto 5 días hábiles después de la compra (...)*"²⁵ y "(...) *A pesar de que transcurrieron los 15 días hábiles que les otorga la ley para responder a tal solicitud, hasta el día de hoy 28 de Agosto de 2015 no ha habido una respuesta por parte de la mencionada empresa (...)*"²⁶.

De lo anterior, es claro que la sociedad Servicios de Asistencia Turística Asistour S.A.S. no informó al señor Cornelio Pérez Rincón de manera previa o con anterioridad a la aceptación de la oferta sobre la existencia del derecho de retracto previsto en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 ni el término para ejercerlo, no devolvió en dinero todas las sumas pagadas por la señora Sandra Patricia Sánchez Flórez pues realizó un descuento del 40% por concepto de la cláusula penal y, no hizo efectivo el derecho de retracto a los consumidores Ana Nancy Londoño Zamora y Cornelio Pérez Rincón aun cuando el mismo era procedente.

Por consiguiente, no es de recibo que la investigada alegue que el derecho de retracto se informa en la reunión o charla previa a la firma del contrato, como se debe tener en cuenta en los casos de los quejosos Sandra Patricia Sánchez Flórez, Ana Nancy Londoño Zamora y Cornelio Pérez Rincón, por cuanto no existe prueba alguna de tales afirmaciones y en todo caso, al estudiar los "CONTRATOS DE COMPRAVENTA" de los citados consumidores es evidente que la investigada no informó ni incorporó en aquellos el derecho de retracto, dejando a un lado que este derecho se entenderá pactado por parte del consumidor, en los contratos para la venta de bienes y servicios mediante ventas que utilizan métodos no tradicionales. Es más, el hecho de que los citados consumidores hayan ejercido su derecho no demuestra que la investigada acató

²⁰ Destacado por fuera del texto.

²¹ Folio 106 del expediente.

²² Folio 112 del expediente.

²³ Destacado por fuera del texto.

²⁴ Folios 138 (reverso) y 153 a 155 del expediente.

²⁵ Folio 138 del expediente.

²⁶ Folio 150 (reverso) del expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

sus deberes legales conforme lo disponen las normas imputadas en el cargo No. 14 de la Resolución No. 33196 del 31 de mayo de 2016.

Por lo expuesto, los argumentos de la recurrente no son procedentes.

v) Respecto a que los contratos de compraventa son suscritos por Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S.

Señaló la recurrente que de los contratos de compraventa allegados al plenario, se observa que éstos fueron elaborados y suscritos por Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. y no por Asistour S.A.S. como se indicó en los cargos quinto y sexto.

Así, el hecho de que los mismos se hayan hecho con el membrete de la papelería de Asistour S.A.S., "(...) el contenido del contrato es el que se debe tener en cuenta, de cuyo entonces se caen estos cargos, ya que no corresponden a la realidad, por cuanto surgen de los contratos de compraventa para ofrecer los servicios turísticos (...)".

En esa medida, solicitó que se debe tener en cuenta es el contenido del contrato, por lo que los cargos no están llamados a prosperar.

Sobre este punto, es necesario indicar que esta instancia encuentra que no le asiste la razón a la recurrente por cuanto al analizar los "CONTRATOS DE COMPRAVENTA" allegados por los demandantes²⁷ ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia y que fueron enunciados en el considerando quinto del acto impugnado, es claro que los mismos se suscribieron con la sociedad Asistour S.A.S. identificada con el Nit. 900.538.845-1, quien para los efectos de dichos contratos se denominó "EL VENDEDOR", razón por la cual carece de fundamento que la investigada alegue que aquellos fueron suscritos por la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S.

Por otro lado, vale la pena precisar que el contrato enunciado en el considerando sexto del acto sancionatorio, hace referencia al suscrito entre la señora Sandra Patricia Sánchez Flórez y la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., por lo que no existe controversia alguna frente al mismo, de acuerdo a lo alegado por la recurrente.

En ese orden, los argumentos de la recurrente son desestimados.

vi) En relación con el análisis del acervo probatorio.

Señaló la recurrente que las manifestaciones de los denunciados gozan para la SIC de toda la credibilidad, empero sus dichos al no estar debidamente probados, vulneran el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción de las investigadas, razón por la que solicitó que las pruebas allegadas fueran analizadas de manera minuciosa y objetiva por cuanto presentan errores.

Al respecto, se debe tener en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 164 del Código General del Proceso "(...) toda decisión debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (...)".

Así las cosas, a cada parte le corresponde probar sus aseveraciones de acuerdo a los aforismos (i) "onus probandi incumbit actori", es decir, que al demandante le concierne el deber de probar los hechos en que funda su acción, y (ii) "reus in excipiendo fit actor", el cual consiste en que el demandado cuando excepciona o se defiende se convierte en demandante para el efecto de tener que probar los hechos en que funda su defensa.

²⁷ Folios 75, 79 (reverso), 81 y 84 (reverso) del expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Específicamente, esta regla se concreta en el ordenamiento colombiano en el artículo 1757 del Código Civil, el cual hace referencia a que "(...) *le incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta (...)*", y el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual dispone que "(...) *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)*".

De lo anterior, es claro que quien pretenda probar sus afirmaciones debe allegar los elementos materiales probatorios necesarios, útiles y conducentes que permitan demostrar los hechos y efectos jurídicos contemplados en la norma.

En esta misma línea lo ha manifestado reiteradamente el Consejo de Estado al afirmar que "(...) *Las partes deben probar las afirmaciones expuestas en los escritos presentados ante el Tribunal, a través de los medios probatorios establecidos en la ley para llevar al convencimiento al Juzgador - artículo 175 del C.P.C., sobre los hechos expuestos en la demanda; pues el Juez de conocimiento debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 174 del C.P.C.), siempre que sean conducentes, pertinentes y útiles para la decisión del mismo (...)*"²⁸. (Destacado fuera del texto).

Así, si se tiene en cuenta la Sentencia C-1141 de 2000²⁹, como los mandatos normativos referidos y, adicionalmente, las valoraciones realizadas para el caso concreto, resulta totalmente fundado concluir que son las investigadas a quienes les corresponde asumir la carga de la prueba para demostrar el cumplimiento de las normas endilgadas en el pliego de cargos y desvirtuar el dicho de los quejosos, lo cual no sucedió dentro de la presente investigación administrativa, pues del análisis del acervo probatorio es evidente el incumplimiento por parte de las sociedades Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. a sus deberes, como lo expuso el fallador de instancia en el acto administrativo sancionatorio.

Aunado a lo anterior, esta instancia encuentra que en garantía del debido proceso, la presente investigación se ha ceñido a todas las etapas del procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, dentro del cual, han tenido las oportunidades procesales de allegar las respectivas pruebas que pretendan hacer valer y así, poder desvirtuar las imputaciones fácticas y jurídicas desarrolladas en la Resolución No. 33196 del 31 de mayo de 2016, las cuales se fundamentaron en: i) las quejas presentadas por los consumidores; ii) el insumo de las demandas de protección al consumidor interpuestas durante los años 2014 y 2015 ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Entidad; iii) el requerimiento de información realizado por esta Superintendencia y; iv) la diligencia de inspección administrativa a la página web <http://www.asistour.com.co/>, todo ello dentro de la etapa de averiguar preliminar.

Así las cosas, no encuentra este despacho asidero alguno para los argumentos de las investigadas, pues los mismos no resultaron suficientes para lograr el convencimiento del acatamiento sobre las obligaciones que les imponen las normas del Sector Turismo y del Estatuto del Consumidor, razón por la cual, esta instancia no observa vulneración alguna al debido proceso.

Finalmente, esta instancia apoya lo señalado por el *a quo* al momento de resolver el recurso de reposición, ya que el debate que la recurrente pretende resulta abiertamente impertinente en la actuación administrativa, debido a que si bien afirmó que el análisis de las pruebas presentó

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B, CP Bertha Lucia Ramírez de Páez, del 23 de julio de 2009, Radicación 25000-23-25-000-2007-00460-02(0071-09).

²⁹ Cuando la Corte Constitucional se refirió a la dimensión procesal en materia de Derecho del Consumo, hizo énfasis en que es una normatividad de especial protección las cargas procedimentales impuestas al consumidor, que no podían ser tales que obstruyeran el acceso a la justicia de estos. Así, el tradicional diseño para imputar responsabilidad a algún sujeto sólo se vería modificado en todo aquello que resultara ser excesivo para el consumidor (v.gr. la prueba de elementos técnicos y especializados). Corte Constitucional. Sentencia del 30 de agosto de 2000. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

errores, lo cierto es que no indicó cuáles fueron los mismos, por lo que no sustentó con expresión concreta los motivos de inconformidad como lo dispone el artículo 77 de la Ley 1437 de 2011.

Por consiguiente, los argumentos de la recurrente no están llamados a prosperar.

vii) En cuanto a las apreciaciones e informaciones inexactas frente a la forma de abordaje para el ofrecimiento de servicios turísticos.

Señaló la recurrente que en el acto sancionatorio se afirmó que la forma de abordaje es presionando al cliente, realizando una posterior reunión. Sin embargo, de ninguna manera se le presiona, pues en últimas él mismo decide por voluntad propia si efectúa una negociación frente al contrato. Así, la reunión que se hace con aquél es para informarle los paquetes y descuentos turísticos que le han ofrecido, pero se le advierte que no está obligado, y tampoco se utilizan maniobras engañosas como lo manifestaron los quejosos.

Al respecto, vale la pena aclararle a las investigadas que en ningún momento el juicio de reproche efectuado por esta Entidad estuvo encaminado a señalar que "(...) *la forma de abordaje es presionando al cliente (...)*", debido a que tal afirmación corresponde a las manifestaciones realizadas por los señores Marco Tulio Najar Pérez y Ana Nancy Londoño Zamora en las demandas presentadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia, quienes adujeron respectivamente que "(...) Mediante engaño y bajo presión se firmó el contrato, sin embargo estaba totalmente seguro y de acuerdo a la información de manera verbal por parte del vendedor que lo que estaba adquiriendo era el complemento de una cortesía para un viaje del cual debía completar el valor con la suma de un millón quinientos mil pesos destino que posteriormente sería diferente (...)"³⁰ y "(...) leyendo detenidamente el contrato al otro día sin tanta presión y ruido, dice que va hasta el 10% de descuento en tiquetes y el 20% en el portafolio, esto es publicidad engañosa a lo que ellos me dicen, de los beneficios que tendría al estar afiliado con ellos que era del 50% (...) El día lunes 5 de octubre me acerque a las oficinas de Viajes Asistour a comunicarle mi inconformidad a todo lo que habían prometido que no está reflejado en el contrato no. 2284 (...)"³¹, las cuales sirvieron de sustento junto con otras demandas, para imputar los cargos No. 2³² y 10³³ de la Resolución No. 33196 del 31 de mayo de 2016.

En ese orden, no es procedente el argumento de la recurrente por cuanto tal afirmación no corresponde a ninguna de las consideraciones *obiter dictum* de esta Superintendencia, como tampoco de la *ratio decidendi* del acto administrativo sancionatorio.

Lo anterior sin perjuicio de que tal como se ha mencionado previamente, la conducta que se analizó por la Dirección, en efecto se enmarca legalmente en la comercialización de servicios a

³⁰ Folio 78 del expediente. (Subraya fuera del texto original).

³¹ Folio 137 (reverso) del expediente. (Subraya fuera del texto original).

³² Presunta infracción al literal c) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996, por cuanto del contenido de las demandas presentadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia, se observa que ASISTOUR S.A.S. y SERVICIO DE ASISTENCIA TURÍSTICA ASISTOUR S.A.S., aparentemente suministran, en la etapa precontractual, información engañosa o que puede dar lugar a error a los consumidores respecto de la modalidad del contrato, la naturaleza jurídica de los derechos surgidos del mismo y sus condiciones o sobre las características de los servicios turísticos ofrecidos y los derechos y obligaciones de los turistas, toda vez que, la información que es brindada a los compradores respecto del "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL" como del "programa de descuentos ASISTOUR TRAVEL PREFERENCIAL", posiblemente no corresponde al establecido en las cláusulas del "CONTRATO DE COMPRAVENTA."

³³ Presunta infracción a lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, debido a que de las demandas tramitadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, (así como de los documentos denominados "Proceso comercial "Asistour" y "Documento de capacitación de asesores" únicamente para el caso de Asistour S.A.S.), al igual que del clausulado del "CONTRATO DE COMPRAVENTA", se evidencia que aparentemente ASISTOUR S.A.S. y SERVICIO DE ASISTENCIA TURÍSTICA ASISTOUR S.A.S. no informan en la etapa pre-contractual de manera suficiente, anticipada y expresa sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales incorporadas al "CONTRATO DE COMPRAVENTA".

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

través de métodos no tradicionales³⁴, por lo que no es discutible que la investigada deba dar cumplimiento a las obligaciones inherentes a las ventas que utilizan estos métodos, dentro de las cuales se encuentran, a manera de ejemplo, obligaciones relacionadas con la información sobre la totalidad de las condiciones del negocio, sus beneficios o incentivos y el derecho de retracto, entre otras.

Por consiguiente, los argumentos de la recurrente no están llamados a prosperar.

viii) Dosimetría de las multas impuestas.

Teniendo en cuenta la relación que existe entre los argumentos denominados *"para cada cargo elevado a Asistour S.A.S. y a Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. se profirió una sanción multa"*, *"las sanciones multa son desproporcionadas frente a los cargos formulados"*, *"no se hace mención de la graduación de las sanciones para emitir las multas descritas"*, y en atención al principio de economía procesal, el estudio de los mismos se desarrollará en el presente acápite.

La censura se orienta a cuestionar la validez de la actuación, por cuanto a juicio de la impugnante: i) existe una vulneración a los principios de legalidad y tipicidad al imponer unas sanciones desmedidas y sumamente elevadas; ii) se impusieron las sanciones por el máximo contemplado en la norma, las cuales carecen de proporcionalidad y razonabilidad respecto de la conducta reprochada; iii) si bien es cierto existen algunas conductas reprochables, no se hizo mención de manera clara de la graduación y dosificación de las sanciones en el acto recurrido y; iv) no se encuentra probado el daño a los consumidores en la actividad de los servicios turísticos.

Al respecto, se debe tener en cuenta que en el ejercicio de la potestad sancionadora, el Estado está habilitado para imponer sanciones correctivas destinadas a reprimir las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias³⁵; por lo que el efecto derivado de la sanción *"(...) es una carga a la cual está obligada a soportar como resultado de su no acatamiento a las disposiciones reglamentarias (...)"*³⁶.

En este sentido, la doctrina ha definido el concepto de sanción administrativa como *"(...) 'toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta', mientras que la noción estricta de sanción administrativa sería 'aquellas retribuciones negativas previstas como tales en el ordenamiento jurídico como consecuencia de una infracción administrativa' (...)"*³⁷.

Respecto del objeto de esta clase de sanción, en la cual *"(...) es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, de modo tal que*

³⁴ Ley 1480 de 2011. Artículo 5. **"DEFINICIONES.** Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...) 15. **Ventas con utilización de métodos no tradicionales:** Son aquellas que se celebran sin que el consumidor las haya buscado, tales como las que se hacen en el lugar de residencia del consumidor o por fuera del establecimiento de comercio. Se entenderá por tales, entre otras, las ofertas realizadas y aceptadas personalmente en el lugar de residencia del consumidor, en las que el consumidor es abordado por quien le ofrece los productos de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio o es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento". Destacado fuera de texto.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-853 del 17 de agosto de 2005. Expediente: D- 5637. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

³⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección "A". Bogotá D.C., Sentencia del 27 de enero de 2005. Expediente N 2001 – 0066 Magistrada ponente: Susana Buitrago Valencia.

³⁷ Cordero Quinzacara, Eduardo. "Concepto y Naturaleza de las Sanciones Administrativas en la Doctrina y Jurisprudencia Chilena". Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Volumen 20 N°. 1. Versión On-line ISSN 0718-9753. Coquimbo – Chile 2013.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

*cumpla con los fines públicos (...)*³⁸, se identifica como sus finalidades el generar un efecto sancionatorio, ejemplarizante y disuasivo³⁹.

Precisamente, se tiene que en el presente caso, las conductas sancionadas fueron determinadas a partir de las imputaciones fácticas y jurídicas que se hicieran en el acto de formulación de cargos, y que de acuerdo al análisis del acervo probatorio determinaron la infracción por parte de la sociedad Asistour S.A.S., a lo señalado en los literales b), c), d), e) y f) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996; los artículos 2.2.4.3.2.2., 2.2.4.3.2.4., 2.2.4.3.2.5 y 2.2.4.1.1.15 del Decreto 1074 de 2015; el artículo 30 de la Ley 1558 de 2012; el párrafo 1° del artículo 61 de la Ley 300 de 1996⁴⁰; el numeral 1 del artículo 77 de la Ley 300 de 1996 y; los artículos 37, 38, 42, 43, 46 y 47 de la Ley 1480 de 2011 y, para el caso de la sociedad Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. a lo dispuesto en los literales b), c), d), e) y f) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996; los artículos 2.2.4.3.2.2., 2.2.4.3.2.4. y 2.2.4.3.2.5 del Decreto 1074 de 2015; el artículo 30 de la Ley 1558 de 2012; el párrafo 1° del artículo 61 de la Ley 300 de 1996⁴¹; el numeral 1 del artículo 77 de la Ley 300 de 1996; los artículos 37, 38, 42, 43, 46 y 47 de la Ley 1480 de 2011 y; en los artículos 2.2.2.37.8 y 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015.

En este orden de ideas, no pueden alegar las investigadas que existe una falta de tipicidad, toda vez que como quedó visto, desde el inicio de la presente investigación se informaron las conductas que daban lugar a la formulación de cargos, la sanción a imponer y la relación existente entre estas.

En efecto, al analizar la Resolución No. 33196 del 31 de mayo de 2016 es evidente que desde un comienzo se le informó a las investigadas que de encontrarse probada la violación de las normas de protección al turista, se impondrían las sanciones previstas en el artículo 72 de la Ley 300 de 1996, y en caso de demostrarse las infracciones a las normas de protección al consumidor, las sanciones dispuestas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

Así, el artículo 72 de la Ley 300 de 1996 autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de turismo, definiendo para ello unos rangos máximos en atención a la naturaleza de la infracción, que sirven como criterio orientador para la determinación de la sanción, la cual oscila entre uno (1) y veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando se incurra en las infracciones tipificadas en el artículo 71 *ibidem*. A su vez, el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 determinó la imposición de multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes -entre otras-.

En consecuencia, existiendo la posibilidad de imponer multas hasta por un monto de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada caso en que exista una infracción a las normas de protección al turista y de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el caso de transgresión a las normas de protección al consumidor, de acuerdo a lo previsto en las citadas leyes, ha de precisarse que los montos de las multas impuestas se encuentran evidentemente dentro de los rangos establecidos, sin que supere el máximo permitido por las mismas.

³⁸ INDECOPI. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N°. 3346-del 16 de noviembre del 2012/SPC-INDECOPI. Expediente 502-2010/ILN-CPC. Perú.

³⁹ Al respecto el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú – INDECOPI-, en decisión administrativa expresó: “Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, teniendo como fin último adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.” INDECOPI. Resolución No. 0203 del 23 de enero de 2014. *Ibid*.

⁴⁰ Modificado por el artículo 13 de la Ley 1101 de 2006, también modificado por el artículo 33 de la Ley 1558 de 2012.

⁴¹ Modificado por el artículo 13 de la Ley 1101 de 2006, también modificado por el artículo 33 de la Ley 1558 de 2012.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

A tono con lo expuesto, esta potestad sancionadora se encuentra delimitada, entre otras formas, con la aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad; respecto de este último mandato de optimización, aplicado al momento de la graduación de la sanción⁴², en términos generales establece que el operador administrativo debe "(...) *guardar una debida proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la sanción impuesta (...)*"⁴³.

En esta misma línea, la proporcionalidad "(...) *no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos (...)*"⁴⁴; igualmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-957 de 2014 recalcó que la potestad sancionatoria administrativa debe tener en consideración además de los principios de legalidad y tipicidad, el principio de "*proporcionalidad -entre la sanción, falta o infracción administrativa*".

En ese sentido, es oportuno mencionar que el principio de proporcionalidad conocido por la doctrina como de razonabilidad⁴⁵, en aplicación del derecho sancionador, a efectos de ponderar las sanciones correspondientes debe tener en cuenta la "(...) *legalidad o validez de un acto administrativo, cuando afecta derechos de los administrados, sea de modo general o de forma particular, se funda también en que las decisiones tomadas sean entonces adecuadas a los fines de la norma que lo autoriza, necesarios y ponderados o razonables respecto de la situación o los hechos que le sirven de fundamento y los efectos jurídicos que produzcan (...)*"⁴⁶.

Conforme con lo citado, este principio encuentra su desarrollo normativo en la creación por parte del legislador de los criterios para graduar la sanción a imponer, los cuales, para el caso en estudio y de acuerdo a la inconformidad de la recurrente consistente en que se impusieron las sanciones por el máximo contemplado en la norma (Ley 300 de 1996), se encuentran en el artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por remisión expresa realizada por el artículo 10 del Decreto 1075 de 1997⁴⁷, así:

"(...) ARTÍCULO 50. GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES. *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones*

⁴² De acuerdo con la doctrina especializada, existen dos momentos en los cuales se aplica el principio de proporcionalidad, el primero es la congruencia entre la falta y la sanción dispuesta por el legislador, es decir, es un análisis en abstracto de la norma; el segundo momento, su aplicación en la sanción, el cual es el caso objeto de análisis. Para corroborar y ampliar lo afirmado Ver. Tirado Barrera José Antonio "Principio de Proporcionalidad y Sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. Artículo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N°. 67 del 2011. PP 457 – 467., Ramírez-Torradó, María-Lourdes, "Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano", Revista Estudios Socio-Jurídicos, enero – junio 2010, volumen 12(1), Registro ISSN 0124-0579 ISSNe 2145-4531. Pp. 155-172. López González José Ignacio. "El Principio de Proporcionalidad en Derecho Administrativo". Cuadernos de Derecho Público N°5. Septiembre – Diciembre de 1998. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.

⁴³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil- Sentencia del 18 de mayo de 2004. Expediente 1564. Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 18 de agosto de 2005. Expediente No. 524-01, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁴⁵ BERROCAL GUERRERO LUIS ENRIQUE. *Manual del Acto Administrativo*. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Segunda Edición. Pág. 65.

⁴⁶ BERROCAL GUERRERO LUIS ENRIQUE. *Manual del Acto Administrativo*. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Segunda Edición. Pág. 66.

⁴⁷ El cual determina lo siguiente: "(...) Artículo 10. Procedimiento aplicable a las otras infracciones de que da cuenta el artículo 71 de la Ley 300 de 1996. El procedimiento administrativo que se aplicará para la imposición de sanciones a quienes infrinjan los literales a, b, c, e, f y g del artículo 71 de la Ley 300 de 1996, será el establecido para tal efecto en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones que lo modifiquen, reformen o sustituyan. (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

1. *Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.*
2. *Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*
3. *Reincidencia en la comisión de la infracción.*
4. *Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.*
5. *Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.*
6. *Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.*
7. *Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.*
8. *Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas (...)*

De este modo, debe tenerse en cuenta que el momento en que se realiza el ejercicio de la graduación de la sanción a imponer, esta Entidad actúa conforme a la facultad sancionatoria legalmente atribuida, la cual en modo alguno es absoluta, y por ende, no responde a la aplicación de criterios subjetivos, sino que en materia de servicios de turismo, el legislador los previó de forma expresa en el referido artículo, los cuales de acuerdo a su interpretación literal se pueden clasificar entre **atenuantes** y **agravantes**, de la siguiente manera:

En el primer grupo, **atenuante**, se encuentran los criterios "(...) 6. *Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes (...)*" y, "(...) 8. *Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas (...)*".

En el segundo grupo, denominado **agravantes** se encuentran los restantes seis criterios que corresponden "(...) 1. *Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados (...)*", "(...) 2. *Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero (...)*", "(...) 3. *Reincidencia en la comisión de la infracción (...)*", "(...) 4. *Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión (...)*", "(...) 5. *Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos (...)*" y; "(...) 7. *Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente (...)*".

Debe tenerse en cuenta que de la lectura del artículo 50 del CPACA, se debe advertir que el mismo no establece la obligatoriedad del fallador de fundamentar la sanción en cada uno de los criterios allí mencionados; en razón a que la aplicación de estas reglas de valoración de la sanción depende de su procedencia, es decir, la autoridad administrativa solo deberá tasar la sanción a imponer con base en los criterios que sean aplicables según las circunstancias probadas y propias del caso, es decir, en ejercicio de la facultad discrecional de la que se encuentra legalmente investida esta Superintendencia, es que realiza el ejercicio de la dosimetría de la sanción, sin perder de vista los extremos máximos y mínimos ni los criterios definidos por el legislador.

Sobre el particular, es necesario señalar que tales circunstancias fueron tenidas en cuenta por el fallador de instancia al momento de imponer las correspondientes sanciones por las diversas infracciones a las normas de protección al turista, como quedó expuesto en el considerando vigésimo del acto administrativo sancionatorio.

No obstante, como tales criterios no fueron señalados expresamente por el *a quo*, en el momento de resolver el recurso de reposición, determinó que de acuerdo a las condiciones y especificidades de la presente investigación era procedente el criterio del daño, pues "(...) *en el presente caso, es evidente el daño y peligro al que han sido sometidos los consumidores en*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

atención a la inobservancia y vulneración de las normas de turismo por parte de las sancionadas, en cuanto al uso de publicidad engañosa al no indicar el Registro Nacional de Turismo, suministro de información insuficiente a los consumidores relacionado con la tasa de cambio aplicable, traslado del valor del incentivo al precio que se cancela, no informó las tarifas, los servicios incluidos y excluidos, incumplen con los servicios y descuentos ofrecidos, no incluye en sus contratos la cláusula de responsabilidad, todo lo cual induce a error a los consumidores respecto de la realidad contratada de conformidad con lo expresado en la parte motiva del acto sancionatorio (...)". En ese sentido, para el despacho queda claro que con la sola existencia de potencialidad de daño frente a los consumidores del sector turismo, se corrobora la necesidad de protegerlos.

En este orden de ideas, las sanciones impuestas cumplen una serie de requisitos para que las mismas sean acordes con las normas que la regulan: el primero de ellos es la legalidad de la sanción, es decir, que esté creada en la ley, el segundo requisito es que se dosifique dentro de los parámetros cuantitativos establecidos por el legislador y, por último, que al momento de la graduación, se vele por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y motivación, tal cual sucedió en la presente investigación.

A su vez, se debe señalar que en cuanto a la vulneración de las normas de protección al consumidor, el legislador determinó en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, los criterios para efectos de graduar la multa, los cuales fueron analizados expresamente en el acto sancionatorio en el considerando vigésimo.

Finamente, esta instancia comparte la tesis planteada por el a quo consistente en que "*(...) no existe asignada una escala de valor por cada criterio previsto en la Ley, ni un procedimiento cuantitativo en el cual se especifique a manera de ejemplo el valor con el cual será sancionada determinada vulneración normativa, por lo que dicho análisis le corresponde al fallador de instancia que debe ponderar la demostración de la conducta reprochable con las circunstancias particulares de cada caso, siempre en observancia del monto máximo autorizado por la Ley y conforme a los criterios previstos para su dosificación (...)*", como sucedió en el asunto sub examine.

Por consiguiente los argumentos de la recurrente no son procedentes.

ix) Las multas no son mayores a las utilidades de las investigadas y no vulneran el principio de no confiscatoriedad.

Teniendo en cuenta la relación que existe entre los argumentos denominados "*las sanciones multas impuestas a Asistour S.A.S. y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S., son mayores a las utilidades de las mismas y a su propio patrimonio*" y "*principio de no confiscatoriedad*" y en atención al principio de economía procesal, el estudio de los mismos se desarrollará en el presente acápite.

Manifestó la apoderada de las investigadas que las sanciones impuestas son mayores a las utilidades generadas de la actividad turística, como se desprende de los estados financieros de los años 2013, 2014 y 2015. Por tal razón, los ingresos operacionales no son determinantes para conocer el estado económico de una sociedad, pues en aquellos se deben incluir erogaciones con la finalidad de atender los costos necesarios de operación, gastos fijos, pagos al personal, cargas sociales, impuestos, etc. Por ende, las sanciones impuestas no pueden resultar confiscatorias ni poner en peligro la "*supervivencia de las empresas sancionadas*".

Al respecto, se debe tener en cuenta que no resulta lógico suponer que la dosimetría de la sanción se fundamente exclusivamente en el beneficio contable, lo anterior, en razón a que no le corresponde a la Entidad comprobar los costos directos e indirectos, como tampoco los gastos en los cuales incurren las sociedades investigadas para decidir comercializar un producto o servicio, entre otros aspectos.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

No obstante, es importante resaltar que si bien los estados financieros de una empresa no se podrán tener como criterio para tasar la sanción, sí son, para esta autoridad administrativa, un referente para la imposición de la misma, en atención a la disposición constitucional de no confiscatoriedad⁴⁸. De ahí que se hubiera solicitado, en la presente actuación con el acto de decreto de pruebas, los estados de resultados de las investigadas correspondientes a las vigencias 2013, 2014, 2015 y primer semestre de 2016, firmados por el Contador Público.

En efecto, al verificar los estados financieros de las sociedades investigadas es evidente que el total de las sanciones impuestas a Asistour S.A.S. equivalen al 19 % del total de los ingresos operacionales del año 2015, así como el total de las sanciones impuestas a Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. corresponden al 10% del total de los ingresos operacionales del año 2015, por lo que las multas impuestas no tienen el carácter de ser confiscatorias, como lo señaló el *a quo* al resolver el recurso de reposición.

En ese orden, se reitera que las sanciones se impusieron dentro de los límites otorgados por la ley y en aplicación del principio de proporcionalidad y no confiscatoriedad.

Por las consideraciones expuestas, los argumentos de la recurrente no están llamados a prosperar.

x) No existe cosa juzgada en el presente caso.

Indicó la apoderada de las investigadas que por los mismos hechos referenciados en la presente investigación se sancionó y en otros casos se concilió reparando los perjuicios de los quejosos Arturo Córdoba Salinas, Mery Isabel Sandoval, Marco Tulio Najar Páez, Otto Roncancio Salamanca y María Adiel Zapata de Sanabria, razón por la que es procedente analizar tal situación a fin de evitar la vulneración del principio constitucional de cosa juzgada.

Sobre este punto, se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional definió el principio de cosa juzgada y los elementos para su existencia de la siguiente manera:

"(...) La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

(...)

COSA JUZGADA - Elementos para existencia.

Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere: Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

⁴⁸ C.P. Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

*Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa. Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada (...)*⁴⁹.

Por lo tanto, al analizar los casos citados por las investigadas, es evidente que los mismos corresponden a las demandas de protección al consumidor interpuestas durante los años 2014 y 2015, presentadas ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia, la cual tiene funciones y fines completamente diferentes a las ejercidas y perseguidos en la Delegatura para la Protección del Consumidor.

De ahí que, sea pertinente aclarar que la presente investigación obedeció a una actuación administrativa con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre protección al turista y protección al consumidor en la medida en que a través de esta vía se pretende salvaguardar el cumplimiento de medidas de orden público y no de un interés particular, lo cual por principio corresponde hacer en el contexto de acciones jurisdiccionales.

Lo anterior en razón a que la Superintendencia de Industria y Comercio, como entidad de vigilancia y control adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, además de velar por la calidad de los bienes y servicios, inicia y lleva hasta su culminación investigaciones administrativas relacionadas con los temas de protección al turista y protección al consumidor.

Tenemos entonces que las normas imputadas son de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, lo que conlleva, a que una vez en conocimiento de la autoridad la ocurrencia de una conducta que viole la ley, esta Entidad debe adelantar la correspondiente actuación administrativa.

Así las cosas, es claro que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor ejerce su poder de vigilancia, en la medida en que se pretende salvaguardar el cumplimiento de medidas de orden público y no de un interés particular, motivo por el cual, en el presente caso no se ha vulnerado el principio constitucional de cosa juzgada, por cuanto no están demostrados los presupuestos exigidos en la jurisprudencia para que opere el citado principio, comoquiera que los fundamentos normativos y la finalidad perseguida en cada una de las acciones es diferente.

Por las razones expuestas, los argumentos de la recurrente no son procedentes.

xi) Otras determinaciones.

En cumplimiento con lo establecido en el inciso segundo del artículo tercero del Decreto 4176 del 3 de noviembre de 2011⁵⁰, se ordena remitir copia de la presente decisión y la constancia de su ejecutoria, al igual que de las Resoluciones Nos. 5425 del 17 de febrero de 2017 y 43402 del 21 de julio de 2017, al Viceministerio de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dentro de los cinco (5) días siguientes a su ejecutoria.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 774 del 25 de julio de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁰ Decreto 4176 del 3 de noviembre de 2011. "Por el cual se reasignan unas funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- y a la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones". Artículo 3. "(...) La Superintendencia de Industria y Comercio deberá remitir al Viceministerio de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la información relativa a las sanciones administrativas en firme impuestas a los prestadores de servicios turísticos, dentro de los cinco (5) días siguientes a su ejecutoria. (...)".

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Igualmente, por información allegada por el citado Viceministerio, el valor de la multa deberá ser consignado a favor de P.A. FONDO NAL. DE TURISMO FONTUR - MULTAS SIC en la cuenta de ahorros No. 000-31205-8 del Banco de Bogotá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución, a partir de los cuales de empezarán a contar intereses a la máxima tasa de interés moratorio certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto Reglamentario 1075 de 1997.

Copia de la consignación, en la que se deben diligenciar los campos de referencia de la siguiente manera: Referencia 1: Número de cédula o NIT de la persona natural o jurídica a quien impusieron la multa; Referencia 2: el número del acto administrativo de sanción y la fecha de su expedición; deberá remitirse tanto al Grupo de Protección al Turista de la Dirección de Análisis Sectorial y Promoción del Viceministerio de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la calle 28 No. 13A-15 de la ciudad de Bogotá, como al fondo de promoción Turística en la carrera 11 No. 86-53 Piso 3 Edificio Segovia de Bogotá, dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización para que sea archivado en el expediente.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR los párrafos de los artículos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno de la Resolución No. 5425 del 17 de febrero de 2017, los cuales quedarán de la siguiente manera:

"PARÁGRAFO: El valor de la multa deberá ser consignado a favor de P.A FONDO NAL. DE TURISMO FONTUR - MULTAS SIC en la cuenta de ahorros No. 000-31205-8 del Banco de Bogotá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución, a partir de los cuales de empezarán a contar intereses a la máxima tasa de interés moratorio certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto Reglamentario 1075 de 1997. Copia de la consignación, en la que se deben diligenciar los campos de referencia de la siguiente manera: Referencia 1: Número de cédula o NIT de la persona natural o jurídica a quien impusieron la multa; Referencia 2: el número del acto administrativo de sanción y la fecha de su expedición; deberá remitirse tanto al Grupo de Protección al Turista de la Dirección de Análisis Sectorial y Promoción del Viceministerio de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la calle 28 No. 13A-15 de la ciudad de Bogotá, como al fondo de promoción Turística en la Carrera 11 No. 86-53 Piso 3 Edificio Segovia de Bogotá, dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización para que sea archivado en el expediente".

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Resolución No. 5425 del 17 de febrero de 2017, la que a su vez fue confirmada por la Resolución No. 43402 del 21 de julio de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR el contenido de la presente resolución a las sociedades Asistour S.A.S., identificada con el Nit. 900.538.845-1 y Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S. identificada con el Nit. 900.658.509-6, a través de su apoderada especial, entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO: REMITIR copia de la presente resolución y la constancia de su ejecutoria, al igual que de las Resoluciones Nos. 5425 del 17 de febrero de 2017 y 43402 del 21 de julio de 2017, Viceministerio de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dentro de los

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, para lo de su competencia de acuerdo con lo expuesto en el punto xi) del quinto considerando de esta decisión.

NOTIFÍQUESE COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

07 FEB. 2018

Dada en Bogotá D. C., a los

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR


FIDEL PUENTES SILVA

Notificaciones

Investigada : Asistour S.A.S.
Identificación : Nit. 900.538.845-1
Apoderada especial : Carolina Muñoz Londoño
Identificación : C.C. 52.023.478
Tarjeta Profesional : No. 75.325 del C. S. de la J.
Dirección : Carrera 15 No. 93 A - 84 Oficina 202
Ciudad : Bogotá D.C.
Dirección electrónica : administracion@asistour.com.co
Dirección : Calle 93 A No. 15 - 34 Of 207 - 208
Ciudad : Bogotá D.C.
Dirección : Carrera 20 No. 185 - 58 Torre 3 - 1310
Ciudad : Bogotá D.C.

Investigada : Servicio de Asistencia Turística Asistour S.A.S.
Identificación : Nit. 900.658.509-6
Apoderada especial : Carolina Muñoz Londoño
Identificación : C.C. 52.023.478
Tarjeta Profesional : No. 75.325 del C. S. de la J.
Dirección : Carrera 15 No. 93 A - 84 Oficina 202
Ciudad : Bogotá D.C.
Dirección electrónica : administracion@asistour.com.co
Dirección : Calle 93 A No. 15 - 34 Of 207 - 208
Ciudad : Bogotá D.C.
Dirección : Carrera 20 No. 185 - 58 Torre 3 - 1310
Ciudad : Bogotá D.C.

① CMM/DAMC