



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 4 398 - DE 2017

( 13 FEB 2017 )

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Expediente No. 13-172519

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (E)**

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 Resolución No. 6816 del 17 de febrero de 2016, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de esta Superintendencia, en adelante la Dirección, impuso una sanción administrativa a la sociedad OSSA & ASOCIADOS S.A. VIAJES Y TURISMO GRUPO NOBEL, identificada con Nit. 830.099.911-1 – en adelante OSSA & ASOCIADOS-, por violación de lo dispuesto en los artículos 6, 23, 38, 47 y 50 de la Ley 1480 de 2011, y los numerales 2.10 y 2.10.1.3 del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única de esta Superintendencia.

**SEGUNDO:** Que contra la citada resolución, el día 3 de marzo de 2016, el apoderado de la empresa OSSA & ASOCIADOS interpuso, estando dentro del término previsto para los efectos, recurso de reposición y en subsidio de apelación.

**TERCERO:** Que mediante Resolución No. 79428 del 17 de noviembre de 2016, la Dirección, decidió el recurso de reposición y concedió el subsidiario de apelación.

**CUARTO: Argumentos del recurso.**

El recurrente solicitó, de manera principal, que sea revocado el acto administrativo impugnado y, de manera subsidiaria, que en caso que el despacho no atienda favorablemente dicha petición, sea disminuido el monto de la sanción impuesta, en proporción a los cargos demostrados. Lo anterior, conforme con los argumentos que se resumen a continuación, los cuales fueron divididos por el impugnante de acuerdo con las imputaciones fácticas investigadas:

**i) *Infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación del acto administrativo respecto al primer cargo endilgado.***

El apelante acusó la resolución impugnada por considerar que violó la ley sustancial así: (1) por la vía directa, al no haber aplicado los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso – C.G.P.-; y (2) por la vía indirecta, por aplicación indebida del artículo 6 de la Ley 1480 de 2011; “por desconocimiento del artículo 176 del CGP, como consecuencia del error en la valoración de la prueba”.

Lo anterior por cuanto, en su criterio, no existieron pruebas suficientes que demostraran que existió negligencia por parte de OSSA & ASOCIADOS, al igual que se omitió aplicar el principio de la carga de la prueba en el presente asunto.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Para argumentar lo anterior, señaló que la responsabilidad que pesa respecto a la calidad de los servicios ofrecidos corresponde al de la *"culpa probada"*, motivo por el cual *"el mero resultado no es suficiente para achacar responsabilidad, sino que es necesario establecer la culpa, la cual, además, deberá ser mayor a la requerida según un determinado estándar de conducta"*.

En este acápite el recurrente, después de transcribir el artículo 6 de la Ley 1480 de 2011 y de hacer referencia a la definición de *"calidad"*, recriminó la ambigüedad de la resolución impugnada por no haberse especificado cuál fue el objeto de reproche: si la boleta o el servicio prestado (comercialización de la boleta).

De igual manera reconvino el análisis de los medios de prueba a través de los cuales la Dirección se apoyó para demostrar la dificultad de los consumidores para ingresar y adquirir las boletas por la página web de la investigada (testimonios rendidos por Erick Rojas y Eric Guevara, así como el correo electrónico del 17 de junio de 2013), toda vez que, en su criterio, de los mismos no se desprende la negligencia deprecada y, menos aún, en el nivel requerido para ser imputable la responsabilidad, resultando de ello una indebida valoración probatoria.

Para desarrollar este argumento, señaló el apelante que según el testimonio de Erick Rojas, no había posibilidad de tener certeza respecto de la cantidad de personas que accederían a la página web, pero sí un estimado que se basó *"en el doble del partido inmediatamente anterior. Estimado que a todas luces es racional y comprensible"*.

Adicionó que, en el mismo medio de prueba se dejó claro que la demanda fue 10 veces mayor a ella, lo que en su criterio, *"ni aún una persona diligente hubiese podido evitar la dificultad con la página web, pues una demanda de 10 veces más al doble de la última no era posible preverla (sic)"*.

Aseguró que en todo caso, conforme con lo probado, existió *"previsión por parte de OSSA, pues se preparó una plataforma para recibir al doble de las personas que demandaron boletas en el partido inmediatamente anterior"*.

Así mismo, reprochó el análisis efectuado por la Dirección sobre la prueba del correo electrónico, debido a que en su sentir, dicho análisis desbordó la realidad de lo encontrado allí y agregó: *"[e]l correo lo único que indica son los lugares en los cuales existe mayor demanda, pero no el nivel de aumento de demanda para el partido en cuestión"*.

Frente al análisis efectuado por la Dirección, en cuanto a lo que fue manifestado por el testigo Eric Guevara, el apelante lo reprendió de irracional y arbitrario, pues para este:

*"[E]l testimonio lo que indica únicamente es que se previó una demanda igual al doble del partido inmediatamente anterior, sin que la misma pueda calificarse como inocuo. Es inocuo si se hace un juicio posterior a la conducta, lo cual es claramente un yerro. Pues si así fuese, cualquier conducta, por diligente que sea, sería reprochable. Ello es así dado que la D.I.P.C. (sic) más que reprochar la conducta increpa el resultado de la misma, desconociendo que lo que se verifica es la culpa (conducta) y no el resultado de la misma."*

(...)

*Así, al no haberse demostrado la negligencia requerida, debió la D.I.P.C. (sic) dar aplicación al principio de carga de la prueba absolviendo al investigado"*.

Respecto a la reversión de compras ya confirmadas, el apelante afirmó que la resolución atacada invirtió la carga de la prueba, pues señaló que no existieron pruebas que indicaran gestión alguna, olvidándose que tampoco existían pruebas que demostraran negligencia, aunado a que la carga de la prueba está en la autoridad administrativa, pues en este tipo de asuntos, en su criterio, *"no existe la carga dinámica de la prueba"*.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Finalmente, frente a los desórdenes en la compra de boletas en los puntos de venta, el recurrente señaló que la resolución atacada nuevamente invirtió la carga de la prueba, ya que en su criterio, lo que debió demostrar la administración fue que su representada actuó de manera negligente al no realizar las medidas logísticas necesarias para la comercialización física de las boletas, *“situación que no ocurrió, pues dentro del acervo probatorio no existen pruebas que indiquen el número de personas que efectivamente acudieron a la compra de las boletas. No se sabe en qué prueba se basó la D.I.P.C. para demostrar negligencia. No se demostró (sic) tampoco las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales acaecieron los supuestos desórdenes. Situación que era necesaria para establecer si OSSA fue negligente o no”*.

**ii) *Infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación del acto administrativo respecto al segundo y tercer cargo endilgado.***

Frente a los cargos segundo y tercero, el apelante refutó la resolución impugnada por considerar que violó la ley sustancial, así: (1) por la vía directa, por aplicación indebida del artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 y numeral 2.10.1 de la Circular Única de esta Superintendencia; (2) por la vía indirecta, por aplicación indebida del artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 y numeral 2.10.1. de la Circular única de esta Entidad; *“por desconocimiento del artículo 176 del Código General del Proceso –C.G.P.–, como consecuencia del error en la valoración de la prueba”*.

Seguidamente, para demostrar la supuesta falta de motivación del cargo, el apelante manifestó que: *“El deber de información requerido, especialmente las especificaciones contenidas en la Circular Única, no son exigibles a la sociedad OSSA; y, que en todo caso, la muestra publicitaria contenía un código que llevaba a la página web la cual contenía toda la información requerida”*.

En este punto, transcribió el numeral 2.10.1 de la Circular Única de esta Superintendencia, a fin de precisar que dicha norma se encuentra dirigida a los organizadores y promotores de espectáculos públicos y no a los vendedores de boletería. Para ello, trajo a colación el contrato celebrado con la Federación Colombiana de Fútbol, donde se indicó que la actividad que debía cumplir OSSA & ASOCIADOS era la comercialización de las boletas, no su organización, por lo que no puede endilgársele responsabilidad alguna conforme a la norma citada.

**iii) *Infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación del acto administrativo respecto al cuarto cargo endilgado.***

El apelante acusó la resolución impugnada de violatoria de la ley sustancial, así: (1) por la vía directa, por indebida aplicación del artículo 38 de la Ley 1480 de 2011; (2) por la vía indirecta, por aplicación indebida del artículo 38 de la Ley 1480 de 2011, producto del *“(.) desconocimiento del artículo 176 del Código General del Proceso -C.G.P.–, como consecuencia del error en la valoración de la prueba”*.

Para demostrar la presunta falta de motivación del cargo, el apelante manifestó que se atribuyó responsabilidad a su representada sin la existencia de daño, aunado a que se valoró, en su criterio, erróneamente una prueba que demuestra la inexistencia de cláusula abusiva.

Posteriormente, una vez transcribió el artículo 38 de la Ley 1480 de 2011, señaló que la norma prohíbe aquellas cláusulas que faculten al proveedor o productor del bien o servicio a modificar el contrato celebrado, por lo que, en su criterio, dicha prohibición versa sobre un solo contrato celebrado.

Adicionalmente, señaló que: *“dicha modificación de términos y condiciones aplicaba con el cambio de partidos, pues de un espectáculo a otro las condiciones varían. En tal sentido, las modificaciones se refieren a diferentes contratos (diferentes partidos) y no a las condiciones del mismo espectáculo. Advertencia totalmente necesaria pues podría caerse en el error de pensar*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

*que las mismas condiciones aplicables al partido Colombia vs Ecuador aplicarían para el partido Colombia vs Brasil”.*

De igual manera, insistió que no existe prueba que su representada haya hecho uso de tal cláusula, y si ello fuera así, no existe daño y, por ende, en su sentir, tampoco responsabilidad. Lo anterior por cuanto, en su criterio, para que exista responsabilidad necesariamente debe haber daño.

**iv) *Infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación del acto administrativo respecto al quinto cargo endilgado.***

El recurrente argumentó, con relación a este cargo, violación de la ley sustancial por la vía indirecta, como consecuencia de una indebida aplicación del artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, *“por desconocimiento del artículo 176 del Código General del Proceso –C.G.P-, como consecuencia del error en la valoración de la prueba”.*

Indicó que lo que pretende con el cargo es demostrar que se garantizó el derecho de retracto de los consumidores, al efectuarse la atención a los reclamos realizados y la devolución del dinero.

Al respecto, manifestó que en el presente caso fue evidente la incongruencia de la resolución en esta parte, *“pues afirma, a la vez, que se encuentra demostrado que OSSA realizó las devoluciones de dinero solicitadas, pero que no garantizó el derecho al retracto. ¿Qué más garantía del derecho de retracto que efectuar las devoluciones solicitadas? Que una de la cláusula de los términos generales indique que no se aceptan cambios no significa para (sic) tal situación si haya ocurrido. No hubo una valoración juiciosa y adecuada de los medios de prueba pues estos demostraron que, independientemente de dicha cláusula, OSSA efectivamente dio cumplimiento al derecho de retracto”.*

Finalmente, resaltó que no existe prueba que demuestre que haya hecho uso de tal cláusula.

**v) *Infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación del acto administrativo respecto al quinto cargo endilgado.***

En este cargo invocó violación de la ley sustancial por aplicación indebida del literal g) del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011.

En este acápite el recurrente señaló que se propone con el cargo demostrar que sí existía un procedimiento de PQR's que garantizaba la constancia de la fecha y hora del seguimiento del reclamo; pues en su criterio, se demostró que OSSA & ASOCIADOS cuenta con un correo electrónico que sirve para la atención de PQR's. Sistema que además, en su dicho, cuenta con la norma de calidad ISO 9000. Adicionalmente, reprochó que la Dirección, al parecer según la resolución recurrida, requiere un *“punto de contacto”. Requerimiento que se acompasa con lo prescrito en la norma, ya que allí solo se hace mención a sistema, sin que se discrimine cuál puede ser adoptado. Únicamente se establecen 3 requisitos, constancia de la fecha, hora seguimiento del reclamo. En ese sentido, la D.I.P.C. (sic) hace una aplicación indebida de la norma pues crea un requisito respecto a un sistema determinado, el cual no se contempla en ella”.*

**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-.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

**a) Síntesis de los hechos.**

El presente trámite está relacionado con veintiocho (28) quejas, a través de las cuales se puso en conocimiento de esta Entidad algunas irregularidades de la investigada, con ocasión a la venta de boletas para el partido de eliminatorias Colombia - Ecuador que se jugó en la ciudad de Barranquilla el día 6 de septiembre de 2013.

La sociedad OSSA & ASOCIADOS obtuvo la concesión de la Federación Colombiana de Fútbol, para la venta de boletería de los partidos de las eliminatorias para el mundial 2014.

Dicha sociedad contrató la emisión de 39.989 boletas para la venta, las cuales, de acuerdo a su información, fueron distribuidas, así:

<b>Destino</b>	<b>Cantidad</b>
Patrocinadores oficiales de la selección Colombia, la Federación Colombiana de Fútbol y jugadores del equipo nacional	5.000
Federación Ecuatoriana de Fútbol	1.911
Adquiridas en los puntos de venta autorizado en siete ciudades del país y a través de la página web	33.078
<b>Total</b>	<b>39.989</b>

Según lo manifestado por la investigada, la plataforma que OSSA & ASOCIADOS dispuso para la venta de la boletería para el partido Colombia - Ecuador, tenía una capacidad de demanda para efectuar las transacciones que, en su opinión, fue superada.

De acuerdo con lo manifestado por la investigada a través de sus descargos, el 22 de julio de 2013, fecha de apertura de venta, existió un momento en que aparecían reservadas la totalidad de las localidades del estadio, razón por la cual se suspendió la venta por internet hasta tanto se verificaran las transacciones ya efectuadas. La venta se efectuó en su totalidad el mismo día de su apertura (22 de julio de 2013).

De igual forma, se tuvo conocimiento que la mayoría de las 28 quejas en contra de la sociedad OSSA & ASOCIADOS, con ocasión de la venta de boletas para el partido de eliminatorias Colombia - Ecuador, tuvieron como causa la existencia de problemas en la plataforma de internet.

Posteriormente, el día 11 de septiembre de 2013, la Dirección realizó una visita de inspección en el establecimiento de la sociedad OSSA & ASOCIADOS, ubicado en la Carrera 14 No. 82-61 de la ciudad de Bogotá, en el curso de la cual se encontró el presunto incumplimiento de varias obligaciones del Estatuto del Consumidor. Las anteriores circunstancias fueron descritas en la formulación de cargos, a través de la Resolución No. 0059 del 2 de enero de 2014, en siete imputaciones que a continuación se resumen:

- (1) Posible violación al artículo 6 de la Ley 1480 de 2011, por tres situaciones a saber: (a) La dificultad de los consumidores para ingresar a la página web donde se adquirirían las boletas; (b) La reversión de algunas transacciones ya confirmadas y; (c) Los posibles desórdenes para la compra de las boletas en los puntos de venta.
- (2) Presunta violación al artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, por no suministrar en la pieza publicitaria estudiada información suficiente y oportuna sobre el espectáculo objeto de investigación.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

- (3) Presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas, debido a que no se evidenció la totalidad de los requisitos establecidos en el numeral 2.10 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.
- (4) Presunta violación al artículo 38 de la Ley 1480 de 2011, por la autorización para la modificación unilateral de las condiciones contractuales.
- (5) Presunta violación al artículo 47 y literal c) del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, como consecuencia de una posible vulneración al derecho de retracto.
- (6) Presunta violación al deber de tener un sistema de PQR's, de acuerdo con lo previsto en el literal g) del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, así como en la instrucción impartida en el numeral 2.10.1.3 de la Circular Única de esta Superintendencia.
- (7) Presunta violación a lo establecido en el párrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011.

Surtido el trámite dispuesto en la Ley 1437 de 2011, la Dirección, mediante Resolución No. 6816 del 17 de febrero de 2016, decidió la presente actuación administrativa. Concluyó que la investigada trasgredió las normas dispuestas en los artículos 6, 23, 38, 47, literales c), g) y párrafo del artículo 50, y numerales 2.10 y 2.10.1.3 del Capítulo Segundo de la Circular Única de esta Superintendencia. En consecuencia, sancionó a la empresa OSSA & ASOCIADOS con una multa de CIENTO DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$119.964.996), equivalente a CIENTO SETENTA Y CUATRO (174) SMLMV.

La resolución que desató el recurso de reposición confirmó lo decidido a través de la resolución impugnada.

#### **b) Análisis del caso.**

Para efectos de resolver el recurso, el despacho procede hacer las siguientes precisiones teóricas: i) falsa motivación de los actos administrativos; ii) el deber de garantizar la calidad e idoneidad de los servicios ofrecidos y iii) el derecho de retracto.

Posteriormente, de acuerdo con la sustentación del recurso de apelación impetrado por la investigada, serán abordados los siguientes argumentos, los cuales rotuló de "*infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación*" por: iv) indebida aplicación del artículo 6 de la Ley 1480 de 2011 y el error en la valoración de pruebas; v) indebida aplicación del artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.10.1 de la Circular Única de esta Superintendencia y el error en la valoración probatoria que demuestre violación al deber de informar; vi) indebida aplicación del artículo 38 de la Ley 1480 de 2011 y el error en la valoración probatoria; vii) ausencia de valoración probatoria para atribuir responsabilidad por violación al derecho de retracto; e viii) indebida aplicación del literal g) del artículo 50 del Estatuto de la Ley 1480 de 2011.

#### **i) EN RELACIÓN CON LA FALSA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

Como es bien sabido, una de las dimensiones del debido proceso administrativo es la motivación del acto administrativo, tal consideración se desprende del artículo 29 de la Constitución Política en el que se señala que cuando el sujeto de derecho es juzgado debe hacerse "*con observancia de la plenitud de las formas*". Precisamente, la motivación del acto es la expresión de las razones que justifican el sentido de la decisión y esto no es otra cosa que el desarrollo del principio de legalidad. En consecuencia, el mismo deberá estar ajustado a la ley y a los fines señalados por la misma.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

De otra parte, las actuaciones de la administración están guiadas por los principios de igualdad, economía, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por su parte, una expresión del principio de publicidad precisamente es la motivación de los actos administrativos, entendida como la explicación dada por la administración de la solución que se da al caso concreto, constituyéndose así como una garantía para los gobernados, pues conocen las razones en que se funda la decisión.

Frente a las características propias de la motivación del acto administrativo, el artículo 42 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala lo siguiente:

**“Artículo 42. Contenido de la decisión.** *Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.*

*La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”.*

De igual forma, sobre la motivación del acto administrativo la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

*‘ (...) Quiere decir el legislador que la Administración, al decidir, no puede afectar a un particular con su acto sin expresar, siquiera sumariamente, cuáles son los motivos en que se basa para hacerlo, dando así efectividad a la garantía de defensa y control que la motivación supone.*

*En otros términos, lo que la disposición enjuiciada contempla es **un mínimo**, exigible a quien profiere el acto e imprescindible para la validez del mismo, por medio del cual se asegura al particular afectado que tendrá, **cuando menos, noticia sucinta sobre las razones que invoca la Administración.** En esas condiciones, la motivación es imprescindible para dictar tales actos, lo que significa que si son expedidos sin motivación implican abuso en el ejercicio de la autoridad y necesariamente responsabilidad de quien ha omitido tal deber (...)”<sup>1</sup>. (Destacado fuera de texto).*

## **ii) EN RELACIÓN CON EL DEBER DE GARANTIZAR LA CALIDAD E IDONEIDAD DE LOS SERVICIOS OFRECIDOS.**

Con relación a la conducta sancionada, es preciso advertir que la misma se refiere al deber de garantizar la calidad e idoneidad de los servicios ofrecidos en el mercado.

De conformidad con lo establecido en el numeral 8 del Artículo 5° de la Ley 1480 de 2011 **producto** es todo bien o servicio, por tal motivo, para efectos de hacer mención a la conducta reprochada nos referiremos en este acto administrativo al “servicio prestado”.

Sobre el particular, el artículo 6 del Estatuto del Consumidor dispone que: “**Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias (...).” [Destacados fuera de texto]. En este sentido, es claro que el productor y/o comercializador tiene el deber de responder por la calidad e idoneidad de los servicios prestados.**

Así las cosas, el Estatuto del Consumidor define la *idoneidad* de un producto (bien o servicio), como la aptitud que tiene para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado. De igual forma, establece que la *calidad* de un bien o servicio es la condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él.

<sup>1</sup> Sentencia C-371 de 1999 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

La Corte Constitucional en la sentencia C- 973 de 2002 manifestó que la naturaleza de la responsabilidad atribuida a los productores, proviene directamente de la Constitución y, "*por ende, se configura como una responsabilidad especial y propia al régimen que les es aplicable*"<sup>2</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la evidencia de fallas en un servicio constituye un elemento suficiente para afirmar la existencia de un incumplimiento al deber de garantizar las condiciones de calidad e idoneidad, lo que genera consecuencias jurídicas contra el productor o proveedor, toda vez que este deber es calificado como de resultado<sup>3</sup>. En este sentido, el "*productor no debería desplegar simple diligencia y cuidado para poner en el mercado productos de buena calidad, sino que debe asegurarse de que sus productos tengan efectivamente dichas condiciones. Por cuanto, las fallas en la calidad o idoneidad, independientemente de la diligencia y del cuidado que el productor haya desplegado en el diseño, producción, fabricación o ensamble del producto, equivalen al incumplimiento del deber*"<sup>4</sup>.

En la misma línea, esta Entidad ha señalado en diversas decisiones que los proveedores o productores son responsables por sus actos, así como también por aquellas conductas desplegadas por quienes se encuentran bajo su dependencia o, por aquellos que están vinculados en manera alguna con la actuación de aquel.

### iii) EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE RETRACTO.

Es bien sabido que la relación de consumo es una relación desigual y más aún en casos a través de los cuales se utilizan métodos no tradicionales, como lo es el comercio electrónico, dadas las asimetrías entre los proveedores de servicios y los consumidores<sup>5</sup>, por ello, el Estatuto del Consumidor – Ley 1480 de 2011 - en los Capítulos V y VI del Título VII dispuso una serie de obligaciones para los proveedores que utilicen medios electrónicos, entre otras la relacionada al derecho de retracto, a fin de que se disponga información adecuada a los consumidores.

El artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, dispone:

**"ARTÍCULO 47. RETRACTO En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor <sic> En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado.**

(...)

*El término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco (5) días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios.  
(...)"*

A su vez, el artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, determina:

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C.973 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>3</sup> OVIEDO –VÉLEZ, M.L y MORENO VÁSQUEZ M- (Junio, 2014). Remedios del consumidor frente a fallas de calidad e idoneidad del producto. *Revista de Derecho Privado*, 51. Universidad de los Andes. Págs. 9 y 10.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Los proveedores además de poseer la información cuentan con el poder de disponer las condiciones de los negocios jurídicos, mientras que los consumidores solo tienen la facultad de tomar o no el producto [DERECHO DEL CONSUMO, Directores: José Manuel Gual Acosta y Juan Carlos Villalba Cuellar, Universidad Santo Tomás. Editorial Ibañez, 2013, página 407]



Por la cual se resuelve un recurso de apelación

**“Artículo 46. Deberes especiales del productor y proveedor.** El productor o proveedor que realice ventas a distancia deberá:

(...)

4. **Informar, previo a la adquisición**, la disponibilidad del producto, **el derecho de retracto** (sic) **el término para ejercerlo**, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega.” (Subrayado propio)

Igualmente, el literal c) del artículo 50 de la misma ley impone:

**“Artículo 50.** Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la presente ley, los **proveedores y expendedores** ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán:

(...).

c). **Informar, en el medio de comercio electrónico utilizado**, los medios de que disponen para realizar los pagos, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, **el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo**, y cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error. (...).” (Destacado fuera de texto)

De lo anterior se desprende, que el derecho de retracto es la posibilidad o facultad que tiene el consumidor de deshacer una venta o retractarse del negocio celebrado en cuatro circunstancias especiales: (a) venta de bienes o prestación de servicios mediante sistemas de financiación; (b) ventas de tiempos compartidos; (c) ventas que utilizan métodos no tradicionales<sup>6</sup>, y (d) ventas a distancia<sup>7</sup>. Así mismo, los contratos en los cuales se aplica o se entiende pactado este derecho de retracto son para la venta de bienes y servicios que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días.

De manera que en estos eventos, el consumidor tiene derecho a retractarse dentro de un término de cinco (5) días hábiles a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios.

Ahora bien, el mismo artículo 47 del Estatuto del Consumidor dispuso también que el derecho al retracto no opera cuando: (a) la prestación del servicio contratado debe ejecutarse antes de 5 días; (b) la prestación del servicio ha comenzado, con el consentimiento del consumidor; (c) el precio del producto está sujeto a fluctuaciones diarias del mercado financiero que el productor no puede controlar; (d) el bien adquirido es elaborado conforme con las especificaciones dadas por el consumidor o claramente personalizadas; (e) el bien, por su naturaleza no puede ser devuelto sin que se deteriore o caduque con rapidez; (f) el producto adquirido corresponde a una apuesta o lotería; (g) el bien es perecedero, y (h) el bien es de uso personal, como la ropa interior o el cepillo de dientes<sup>8</sup>.

Por otra parte, y en atención a la obligación de informar el derecho de retracto en el medio electrónico utilizado, se advierte que en el Estatuto del Consumidor no se encuentra qué se entiende por comercio electrónico, por ello acudimos a la definición que trae la Ley 527 de 1999 **“por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del**

<sup>6</sup> El numeral 15 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 definió las ventas con utilización de métodos no tradicionales: **“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”.

<sup>7</sup> El numeral 16 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 definió las ventas a distancia, así: **“16. Ventas a distancia:** Son las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico”.

<sup>8</sup> GIRALDO LÓPEZ ALEJANDRO, CAYCEDO ESPINAL CARLOS GERMÁN y MADRIÑÁN RIVERA RAMÓN EDUARDO, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*, Primera Edición, Legis, 2012. Págs. 132 y 133.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación”, que dispone:

**“ARTÍCULO 2. Definiciones.** Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

(...)

b) *Comercio electrónico.* Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera;

A su vez, la doctrina la ha definido como la “parte del comercio que se desarrolla a través de redes (cerradas y abiertas) mediante la relación entre la oferta y la demanda, para la cual se utilizan herramientas electrónicas y telecomunicaciones, con el fin de agilizar el proceso comercial por medio de la reducción de tiempos y costos”<sup>9</sup>. En otra definición se mencionó que el comercio electrónico es la transmisión de datos, así: “transacciones comerciales, efectuadas tanto por personas naturales como por personas jurídicas, basadas en el procesamiento y transmisión digitalizada de información, incluyendo textos, sonidos e imágenes visuales, realizadas tanto mediante redes abiertas o sistemas cerrados”<sup>10</sup>.

**iv) EN RELACIÓN CON LA FALSA MOTIVACIÓN POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ERROR EN LA VALORACIÓN DE PRUEBAS.**

De acuerdo con la sustentación del recurso serán abordados los siguientes argumentos: a) inexistencia de pruebas que demuestren “culpa o negligencia” para atribuir responsabilidad a OSSA & ASOCIADOS por fallas en la calidad e idoneidad del servicio prestado, y b) omisión de aplicar el principio de la carga de la prueba.

**a) Inexistencia de pruebas que demuestren “culpa o negligencia” para atribuir responsabilidad a OSSA & ASOCIADOS por fallas en la calidad e idoneidad del servicio prestado.**

El cargo de imputación por la presunta violación al artículo 6 de la Ley 1480 de 2011, se circunscribió a los siguientes puntos: (i) la dificultad de los consumidores para ingresar a la página web para adquirir las boletas; (ii) la reversión de algunas transacciones ya confirmadas; y, (iii) los desórdenes para la compra de las boletas en los puntos de venta. Hechos estos que se encuentran reprochados por el recurrente, por cuanto en su criterio, no existen pruebas que demuestren negligencia por parte de la investigada.

Sin embargo, contrario a lo expuesto por el recurrente, la obligación de garantizar la calidad, idoneidad y seguridad de los servicios prestados es de resultado, donde el productor solo es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa excluyente, justificativa y no previsible que configure una ruptura del nexo causal<sup>11</sup>, como son el

<sup>9</sup> Cfr. (SARRA, 2001) *Derecho del Consumo*, Directores: José Manuel Gual Acosta y Juan Carlos Villalba Cuellar, Universidad Santo Tomas, Editorial Ibañez, 2013, página 391.

<sup>10</sup> Cfr. (HOCSMAN, 2005) *Derecho del Consumo*, Directores: José Manuel Gual Acosta y Juan Carlos Villalba Cuellar, Universidad Santo Tomas, Editorial Ibañez, 2013, página 392.

<sup>11</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual Sala Especializada en Protección al Consumidor Resolución 0008-2016/SPCINDECOPÍ expediente 2752014/CPCINDECOPÍAQF

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero o el uso indebido del bien por parte del propio consumidor afectado<sup>12</sup>.

Esta afirmación conlleva a que la condición de calidad establecida en el artículo 6 del Estatuto del Consumidor, deba ser entendida como la obligación de brindar un servicio que cumpla con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él. En este sentido, de no presentarse alguna de las causales de exclusión mencionadas, será el productor y/o proveedor quien resulte responsable por haber infringido la obligación de garantizar la calidad del servicio prestado, por cuanto, como se indicó, la misma es de resultado.

Por tal motivo, como lo abordó el *a quo* y ahora es reiterado por esta instancia, el análisis de la conducta que se realiza para este tipo de situaciones fácticas no debe tener en cuenta la "negligencia" para efectos de demostrar la infracción, como lo adujo el recurrente, puesto que, como se indicó, las fallas en la calidad e idoneidad, independientemente de la diligencia y del cuidado que el productor haya desplegado en el diseño del servicio, equivale al incumplimiento de la citada obligación<sup>13</sup>.

En lo que a este punto respecta, este despacho considera que se infringe el régimen de protección al consumidor, en particular, el que exige condiciones de calidad e idoneidad de los servicios prestados, por cuanto, el investigado aseguró la existencia de 33 mil boletas para el partido Colombia - Ecuador disponibles en los medios dispuestos para ello (puntos de venta e internet), a partir de las 9:00 a.m., el 22 de julio de 2013; sin embargo, como consecuencia de las fallas que se presentaron en los puntos de venta y en la plataforma web de la investigada muchos consumidores no pudieron adquirir dichas boletas, así como también, algunos de los que la adquirieron les reversaron sus transacciones confirmadas por no disponibilidad de ellas.

En efecto, la afectación de la calidad de la prestación de un servicio no solo se presenta ante un desempeño defectuoso o deficiente del mismo –verificado en este caso–, sino también cuando las expectativas del consumidor se defraudan por la falta de conformidad entre las propiedades anunciadas y las que realmente fueron suministradas.

Por consiguiente, cuando un consumidor ingresa a una plataforma para adquirir un producto o adquiere este con la finalidad de satisfacer sus necesidades de participar en algo que le interesa, espera que este se haga efectivo. Legítimo resulta esperar que de forma previa a la compra se pueda verificar por el consumidor si se cuenta con la disponibilidad de las boletas, para poder adoptar una decisión de compra. Pues de lo contrario, se afecta la expectativa legítima del consumidor que adquiere las boletas y que al otro día de su adquisición encuentra que su transacción le sería reversada por no disponibilidad de las mismas.

<sup>12</sup> Las causales previstas en el artículo 16 del Estatuto del Consumidor que se derivan de la garantía, también son aplicables a las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad de que trata el artículo 6 de la misma norma, por ser las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad—fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima—, las cuales constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por vulneración de las condiciones antes dichas sobre los productos ofrecidos y que da lugar a la iniciación de una investigación administrativa contra el productor y/o proveedor del bien objeto de controversia, así como a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales que han autorizado o ejecutado conductas contrarias a las normas contenidas en el Estatuto del Consumidor. El artículo 16 del Estatuto dispone:

**"ARTÍCULO 16. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA GARANTÍA.** El productor o proveedor se exonerará de la responsabilidad que se deriva de la garantía, cuando demuestre que el defecto proviene de:

1. Fuerza mayor o caso fortuito;
2. El hecho de un tercero;
3. El uso indebido del bien por parte del consumidor, y
4. Que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía. El contenido del manual de instrucciones deberá estar acorde con la complejidad del producto. Esta causal no podrá ser alegada si no se ha suministrado manual de instrucciones de instalación, uso o mantenimiento en idioma castellano.

**PARÁGRAFO.** En todo caso el productor o expendedor que alegue la causal de exoneración deberá demostrar el nexo causal entre esta y el defecto del bien".

<sup>13</sup> OVIEDO –VÉLEZ, M.L y MORENO VÁSQUEZ M- (Junio, 2014). Remedios del consumidor frente a fallas de calidad e idoneidad del producto. *Revista de Derecho Privado*, 51. Universidad de los Andes. Págs. 9 y 10.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Lo anterior por cuanto, el supuesto de responsabilidad administrativa en la actuación del proveedor impone a éste la carga de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de calidad e idoneidad de la prestación de un servicio, sea porque actuó cumpliendo con las normas debidas o porque pudo acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad. Así, una vez acreditado el defecto, corresponde al productor y/o proveedor acreditar que éste no le es imputable.

Asimismo, frente a esta imputación, el recurrente, además de alegar que la resolución atacada fue "ambigua al no especificar si lo reprochado es el producto en sí (boleta) o el servicio prestado (comercialización de la boleta)", aseguró que "hubo previsión por parte de OSSA, pues se preparó una plataforma para recibir al doble de las personas que demandaron boletas en el partido inmediatamente anterior".

En este punto, este despacho señala, en primer lugar, que contrario a lo expuesto por el recurrente la resolución impugnada no fue ambigua, por el contrario, en dicho acto se especificó claramente que el producto objeto de investigación en el caso de las conductas investigadas por calidad e idoneidad correspondió a la prestación del servicio de venta o comercialización de las boletas para el partido Colombia - Ecuador que se llevaría a cabo el 6 de septiembre de 2013, tal como se puede desprender de la misma decisión, cuando se indicaron los hechos por los cuales se imputó dicho cargo.

En segundo lugar, una vez aclarado esto, el despacho verificará si concurre la existencia de una causal eximente de responsabilidad. Empero, revisada la actuación administrativa, esta instancia no encuentra que se haya invocado la existencia de cualquiera de las causales descritas en el artículo 16 de la Ley 1480 de 2011; lo cual, es uno de los requisitos para que opere<sup>14</sup>.

No obstante y pese a no haberse invocado expresamente una causal de exoneración de responsabilidad, debido a que el recurrente afirmó que no era posible exigírsele a su representada que "previera un aumento de 10 veces la demanda estimada", lo cual en su criterio, "establece un patrón de conducta casi imposible de igualar, pues aun un hombre diligente y cuidadoso no hubiese estado preparado para tal avalancha de demanda", el despacho procederá a examinar si en su dicho se puede entender configurada una causal eximente de responsabilidad.

Para ello, se deberán demostrar los tres elementos generales aplicables a todas las causales de exclusión de responsabilidad, que son: la irresistibilidad e imprevisibilidad del hecho aducido y su exterioridad respecto del investigado<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Para alegar la concurrencia de una causal de exoneración de responsabilidad, se exige unos requisitos que debe cumplir quien solicita su aplicación, entre otros: (i) identificar la causal o causales de exoneración a aplicar de las dispuestas en la norma especial que reglamente la materia, (ii) sustentar la concurrencia de las mismas, y (iii) demostrar el nexo causal<sup>14</sup> de esta(s) con la infracción.

<sup>15</sup> "En cuanto tiene que ver con (i) **la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo (...)** En lo referente a (ii) **la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia", toda vez que "[P]revenir, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación", entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.**

**(...) (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultar ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración al menos con efecto liberatorio pleno de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para**

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En cuanto a la característica de exterioridad respecto al investigado, se requiere para su concurrencia, que la causa que originó el incumplimiento resulte ser ajena a su control<sup>16</sup>.

En ese orden, tenemos que OSSA & ASOCIADOS en el curso de la investigación aseguró que contrató a la empresa "Pagos Online" para que recibiera a través de su plataforma de internet los pagos por la venta de las boletas del partido de eliminatorias Colombia – Ecuador, quien se encontraba, según el compromiso adquirido, obligada a resolver 800 transacciones por minuto; sin embargo, en su criterio, "Pagos Online" "no alcanzó a cumplir con las obligaciones que había adquirido"<sup>17</sup>.

En ese sentido, se evidencia que la persona, a quien la investigada le atribuye el carácter de "agente ajeno", tiene un vínculo directo con esta, ya que fue el contratista que le suministró el sistema electrónico de pagos para poder llevar a cabo la prestación del servicio de venta de boletería, pues según informaron, dicha plataforma no fue suficiente para "tal avalancha de demanda" de personas que accedieron a la página web. Por tal motivo, este argumento no se tendrá en cuenta para demostrar un hecho extraño que lo exonere de responsabilidad, pues dicho contratista no puede ser considerado como un agente ajeno al aquí investigado.

En cuanto a las otras características, se reafirma la no concurrencia de una causal de exclusión de responsabilidad en el presente caso, ya que no se observan los elementos de **irresistibilidad** del hecho aducido y su **imprevisibilidad** con anterioridad a su ocurrencia. El argumento del recurso según el cual ni aún una persona diligente hubiese podido evitar la dificultad con la página web, pues "una demanda de 10 veces más al (sic) doble de la última no era posible preverla", el cual fue utilizado para demostrar las dos primeras situaciones reprochadas en este cargo<sup>18</sup>, no es de recibo, por cuanto, de las pruebas existentes en el expediente se puede extraer que la demanda presentada era previsible y, por consiguiente, se demuestra la falta de calidad en la prestación del servicio, tal como se puede apreciar en el siguiente análisis:

- **En relación con la prueba de la previsibilidad frente a la dificultad de los consumidores para ingresar a la página web a fin de adquirir las boletas y frente a la reversión de algunas transacciones ya confirmadas.**

En este punto deben resaltarse dos circunstancias a diferenciar y a analizar: por un lado, la capacidad contratada para las transacciones y, por otra parte, la información sobre las visitas a la página web de la investigada, para así poder determinar si la capacidad contratada para realizar las transacciones vía internet fue suficiente para soportar la demanda de la venta de boletería.

- **Capacidad contratada para las transacciones:**

En cuanto a la capacidad contratada para las transacciones por las compras de las boletas del partido Colombia - Ecuador vía internet, este despacho encuentra que la investigada había previsto una alta demanda, prueba de ello fue la advertencia que esta le dio a su contratista "Pagos Online", tal como se pudo comprobar:

*eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada"*  
Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008. *Ibid.*

<sup>16</sup> TRIMARCHI, Pietro. "Rischio e Responsabilità Oggettiva". A Giuffrè. Milano, 1961, p. 184. De igual manera, el Consejo de Estado ha sostenido que esta causal de exclusión de responsabilidad únicamente se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es ajena al que la invoca y "que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél, de manera que se produce la ruptura del nexo causal" [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de agosto diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cuatro (1994); Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández; Radicación número: 9276], es decir, que sea un "agente ajeno" a la conducta investigada

<sup>17</sup> Folio 1490 del C. 8. (Descargos)

<sup>18</sup> La dificultad de los consumidores para ingresar a la página web para adquirir las boletas y la reversión de algunas transacciones ya confirmadas.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

- ✓ En correo del 25 de junio de 2013, el señor Eric Guevara, en calidad de ingeniero consultor de OSSA & ASOCIADOS, le preguntó a la señora Liliana Fajardo, asesora comercial de la pasarela de pagos de "Pagos Online":

*"(...) como te comentaba el primer día habrán (sic) muchas transacciones que sumadas pueden llegar a los \$1.000.000.000, calculamos unas 2.500 transacciones efectivas ese día (es decir transacciones aprobadas) no habrá ningún inconveniente manejando este flujo de transacciones en un solo día?"<sup>19</sup>.*

- ✓ Así mismo, el 15 de julio de 2013, en chat vía Skype, OSSA & ASOCIADOS insistió sobre la capacidad que requería la página, lo cual obtuvo como respuesta por parte de "Pagos Online" lo que se transcribe:

**"Eric Guevara**

*Una pregunta medio técnica, esperamos un flujo cercano a 800 transacciones simultáneas, pagos on line está en capacidad de procesarlas sin inconveniente?"*,

Frente a dicha pregunta, "Pagos Online", contestó:

**"Sebastián Quintero Zuluaga**

**Sí señor**

**de hecho muchas más**<sup>20</sup>. (Destacados fuera de texto)

Sin embargo, la investigada en sus descargos, aludió una cifra diferente a la antes anunciada, así: *"la demanda de boletería superó todos los cálculos efectuados, de tal manera que las transacciones simultáneas previstas en 1.500 se presentaron hasta en (sic) cerca a las 4.000, lo cual ocasionó lentitud del sistema"* (Destacado fuera de texto). Pese a esta afirmación, este despacho no encuentra prueba que demuestre estas cifras expuestas en los descargos.

Así mismo, es de resaltar que en el mismo documento de descargos se afirmó por la investigada lo siguiente: *"Pagos Online, debía resolver 800 transacciones por minuto y ese fue su compromiso; sin embargo, dicha empresa no alcanzó a cumplir con las obligaciones que había adquirido"*<sup>21</sup> (Destacado fuera de texto). Por lo que se tendrá como probada la cifra de 800 transacciones por minuto como capacidad contratada, más no la afirmación según la cual "Pagos Online" incumplió las obligaciones que había adquirido, pues no se encuentra elemento de juicio que soporte esta aseveración.

De igual forma, se tiene conocimiento que la investigada proyectó que la venta de las 33 mil boletas podrían efectuarse en un par de horas, como así lo manifestó en el correo del 17 de julio de 2013:

*"En este momento, de acuerdo al desarrollo implementado en la plataforma de venta, que permite mantenerse en línea en momentos de alta demanda de la página de internet así como conectada a todos los puntos de venta, las cerca de 40 mil boletas que se ponen en venta para cada partido pueden ser adquiridas en un par de horas". (fl. 1530 del C. 8).*

Por tal motivo, no es aceptable el argumento del recurso según el cual con el anterior correo electrónico solo se podían extraer los lugares en los cuales existía mayor demanda, pues como se vio también se podía deducir de dicho correo que la investigada tenía proyectada la alta demanda que presentaría la venta de las boletas en cuestión.

<sup>19</sup> Folio 1050 del C. 6.

<sup>20</sup> Folio 1051 del C. 6.

<sup>21</sup> Folio 1490 del cuaderno 8.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

- **Información sobre las visitas a la página web de la investigada:**

Por otra parte, frente a la información sobre las visitas a la página web de la investigada, esta aseguró a través de sus descargos que el día de la preventa de las boletas (22 de julio de 2013) se recibieron 364.600 visitas en la página de internet de la investigada. Sin embargo, el despacho no encuentra acreditada dicha manifestación, contrario a ello, se encuentra a folios 630 y 631 del expediente informe del contador de la investigada, donde se anuncia que el 22 de julio de 2013, en la página web de OSSA & ASOCIADOS se recibieron **17.996** visitas.

Ahora bien, este despacho también encontró en el mismo informe una cifra cercana a la expuesta por la investigada (364.600); sin embargo, la cifra descrita en este informe de 349.374, corresponde al número de páginas vistas por los usuarios, lo cual es un concepto muy diferente y distante al de las "visitas a la página web".

Para lo cual es pertinente aclarar que una "visita" hace referencia a la entrada de un usuario a un sitio web, mientras que "página vista" hace referencia a las páginas a las que se accede dentro del sitio web<sup>22</sup>.

De esta manera, una vez aclarado lo anterior, no entiende el despacho porque se informó ante esta autoridad diferentes cifras en cuanto al número de páginas vistas para el día de la preventa (22 de julio de 2013), las cuales se insiste, no son ni tienen relación con las visitas efectuadas por los usuarios al sitio web de la investigada.

Folio del Expediente	Folio 631	Folio 1490 y 1532 (Descargos)
Número de páginas vistas	349.374	364.600

En consecuencia, también se encuentra probado que la cantidad de visitas que recibió el sitio web de OSSA & ASOCIADOS el 22 de julio de 2013, fue de **17.996**.

Por otra parte, previo de contrastar la cifra antes expuesta (información de las visitas) con la capacidad de transacción descrita en el ítem anterior, este despacho encuentra que pese haberse allegado el reporte de los visitantes que ingresaron al sitio web de la investigada para el día de la venta de las boletas para el partido de Colombia - Ecuador, de dicha prueba no se puede inferir que los visitantes reportados correspondan o se relacionen exclusivamente con el proceso de compra de dichas boletas, pues lo único que se prueba con ella es la cantidad total de visitantes en el sitio web de la investigada para el día 22 de julio de 2013.

Lo anterior por cuanto, en primer lugar, es sabido que la investigada no solo facilita su sitio web para la venta de boletería, sino que también es un canal para desarrollar su objeto social de explotación de las actividades relacionadas con el servicio de turismo, tal como se desprende del certificado de existencia y representación legal de la investigada y de su página web (fl. 1595 adverso).

En segundo lugar, tiene que ver con las visitas que se desarrollaron en el tiempo de venta de la boletería, pues de conformidad con información suministrada en la visita de inspección realizada el 11 de septiembre de 2013, por la Dirección a la sociedad OSSA & ASOCIADOS, la preventa de boletas inició el 22 de julio de 2013 a las 9:00 a.m. y terminó en la misma fecha a la 1:12 p.m.<sup>23</sup>, información esta última que es confirmada a través de copia de constancia de la última boleta vendida (folio 1070 del C. 6). Es decir, que fueron cuatro horas y doce minutos el tiempo durante el cual se vendieron las boletas.

<sup>22</sup> Visto en página web de google: <https://support.google.com/analytics/answer/1257084?hl=es-419>

<sup>23</sup> Folio 159 del Cuaderno 1.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación

De los datos obtenidos de la capacidad contratada de transacciones contra los visitantes de la página, se tiene que:

- Conversión del tiempo total de venta en minutos: 60 min x 4 horas y doce minutos= **252** min
- Capacidad contratada de transacciones por minuto: **800**
- Visitantes de la página web el día de la venta: **17.996**

Capacidad contratada de transacciones	Visitantes de la página	Total capacidad de transacciones simultaneas
800 por minuto	17.996	17.996/252= 71

De lo anterior se desprende que con la cantidad de visitantes a la página web de la investigada el día de la venta de las boletas del partido en cuestión, se podía cumplir con 71 transacciones por minuto, y como lo contratado fue de 800 transacciones por minuto, la capacidad contratada superaba la capacidad presentada (71 transacciones por minuto).

Por tal motivo, encuentra este despacho que, aun si se aceptara el hecho que todos los 17.996 visitantes ingresaron a la página web solamente para la compra de la boletería, sabiendo que las boletas se agotaron a la 1:12 p.m., la investigada si tenía previsto la demanda que se presentaría y, en consecuencia, sí podía cumplir con toda la capacidad demandada para el 22 de julio de 2013.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo manifestado por la investigada a través de sus descargos, el día de apertura de venta, existió un momento en que aparecían reservadas la totalidad de las localidades del estadio, razón por la cual, la investigada suspendió la venta por internet hasta tanto se verificaran las transacciones ya efectuadas. Situación está que se encuentra constatada con la queja de la señora María Cristina Zapata Castañeda así:

*"[L]a empresa OSSA Y ASOCIADOS estafa al público en general, pues dice que va a realizar una venta de boletas para el partido de eliminación COLOMBIA –ECUADOR y nos coloca a los usuarios a entrar toda una mañana al internet desde las 9 am hasta las 13 horas sin lograr acceso a la página de ellos porque fue **bloqueada desde temprana hora** y luego colocan en su página que todas las boletas fueron vendidas por taquilla sin permitirnos al público en general tener acceso para la compra de dichas boletas osea **ES UNA GRAN ESTAFA SI ELLOS SABIAN QUE ERA UNA PANTOMIMA QUE LAS BOLETAS SERÍAN VENDIDAS A LOS REVENDADORES Y A LAS AGENCIAS DE VIAJE NO HAN DEBIDO HACERNOS PERDER EL TIEMPO DE ESTA MANERA**".*

Lo anterior demuestra que sí existió dificultad para los consumidores al ingresar a la página web de la investigada el día de la preventa del partido Colombia - Ecuador, falla que es atribuible a OSSA & ASOCIADOS, pues aun cuando la investigada alegara una "avalancha" de demanda de asistentes, esta situación no se encuentra probada en los términos aducidos por la misma, esto es, en las 10 veces más de lo proyectado. Contrario sensu, se encuentra probado, conforme con los elementos de juicio obrantes en el expediente, que la capacidad demandada, en efecto, sí se tenía prevista por la encartada.

Ahora bien, en adición a lo anterior y, frente a la reversión de algunas transacciones ya confirmadas, este despacho encuentra que la posible causa del represamiento, dificultades y falsas expectativas en algunos de los consumidores que se vieron afectados por la reversión de sus transacciones ya confirmadas, fue que estaban reintentando los pagos, tal como se puede apreciar en la declaración del señor Erick Leonardo Rojas Rodríguez, en su calidad de Consultor de la investigada:

*"(...) si no estoy mal, montamos seis (6) servidores web y dos (2) servidores de bases de datos para atender la demanda, sin embargo la demanda superó las expectativas que teníamos y por eso los servidores dejaron de responder en algún momento (...), más o menos a las nueve de*



Por la cual se resuelve un recurso de apelación

*la mañana, se abrió la venta de boletería, hacia las nueve y media de la mañana, ya nos dimos cuenta que los servidores estaban saturados; intentamos subir nuevos servidores, pero en la medida que subían, nuevamente la gente los bloqueaba totalmente con la demanda tan alta que tenía; **sin embargo, empezamos a hacer un monitoreo de las transacciones que estaban entrando y nos dimos cuenta que muchas personas estaban reintentando los pagos. Esta es una situación que no teníamos planeada, no se esperaba y contractualmente no había sido acordada con nuestro proveedor de pagos en línea "Pagos Online", y esto nos llevó a tomar varias decisiones para solucionar el inconveniente (...)**.*

A pesar de lo manifestado por el testimonio según lo cual no se había acordado con el proveedor en línea la opción del "reintento", este despacho encuentra que, contrario a ello, de acuerdo con las pruebas allegadas por la misma investigada, se tiene que esta sí conoció de la opción "reintentar" dispuesta en la plataforma de pagos para los consumidores, tal como se puede desprender del Acta No. 001 de la aprobación de cierre del proceso de implementación y de los pantallazos donde se avizora dicha opción (fls. 1053 a 1065), situación que al parecer, en efecto, generó represamientos y dificultades para realizar las transacciones.

Lo anterior por cuanto, si un consumidor ingresa a una plataforma y adquiere unas boletas, espera que este proceso se haga realmente efectivo. Pues de lo contrario, se afecta la expectativa legítima del consumidor que realiza la compra, pero que por fallas en la plataforma que desencadena en la reversión de su transacción "confirmada", no le permite la adquisición de las boletas.

**b) En relación con la omisión de aplicar el principio de la carga de la prueba.**

El apelante alegó que pareciera que la resolución impugnada invierte la carga de la prueba, pues señaló que no hay pruebas que indiquen gestión alguna, pero que, en su criterio, se olvida también que no hay pruebas que demuestren negligencia por parte de la investigada.

Respecto de la prueba, la Corte Constitucional expuso que la función de esta en un proceso es la verificación de un juicio<sup>24</sup>, y para ello no basta con allegar oportunamente las pruebas que se pretenden hacer valer dentro de un proceso, inclusive en un proceso administrativo sancionatorio, sino que, además, dichas pruebas deben ser acordes con el asunto objeto del mismo, esto es, que sean eficaces o idóneas a lo que es objeto de estudio<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> En la doctrina se ha dicho que: "*En relación con la función de la prueba, uno de los grandes inspiradores del Derecho Procesal Civil, expresó: **Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación; cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado.** Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones.*

*Prueba, como sustantivo de probar, es, pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento, sino un quid sensible en cuanto sirve para fundamentar una razón (CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina, 1944, Tomo II, Ps. 398-399)* [Sentencia C-202 de 2005] (Destacado fuera del texto original).

<sup>25</sup> Así lo manifestó el Consejo de Estado: "*De lo anterior se concluye que todas las pruebas a que se ha hecho mención son inconducentes pues no tienen objeto idóneo y a este particular se reliva (sic) que es principio general admitido por los doctrinantes **que aun cuando el medio de prueba esté determinado y admitido por la ley, no basta para que el juez tenga, sin más, que admitirlo; es necesario que se convenza de la pertinencia y eficacia de la prueba misma, o sea de su idoneidad.** Planiol y Ripert expresan a este particular: "**El derecho de probar sólo existe a condición de que la prueba sea útil, es decir, de la pertinencia de los hechos que vayan a probarse. Aquellos hechos cuya prueba es admisible, han de ser pertinentes, esto es, de tal naturaleza, que influyan de modo más o menos decisivo en la solución del litigio en que se aleguen.** (...) El citado doctor Devis Echandía dice con relación al requisito de la utilidad de la prueba que ésta "**debe ser útil desde el punto de vista procesal, es decir que debe prestar algún servicio, ser necesaria o por lo menos conveniente para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos Principales o accesorios sobre los cuales se base la pretensión contenciosa o se funda la petición del proceso voluntario o del incidente, esto es, que no sea completamente inútil. Se persigue el mismo doble fin que con los requisitos de la conducencia y pertinencia de la prueba.**" [Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Sala de Conjueces. CP. Gabriel de Vega Punzón, del 28 de noviembre de 2012, radicado No. Expediente 2007-00618 (No. INTERNO 0772-2010), y que cita a la siguiente sentencia del Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, CP. Jorge Velásquez del 30 de junio de 1967] (Destacado fuera del texto)*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Así pues, por regla general, cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones, con las excepciones establecidas en la ley. Así se aplica desde el Derecho Romano, conforme con los aforismos "*onus probandi incumbit actori*", o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, y "*reus in excipiendo fit actor*", es decir que el demandado o investigado cuando excepciona o se defiende se convierte en demandante para efectos de tener que probar los hechos en que funda su defensa<sup>26</sup>.

En el ordenamiento colombiano esta regla está prevista en el campo del Derecho Privado en los Arts. 1757 del Código Civil, en virtud del cual "*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*", y el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*". En esta misma línea lo ha manifestado reiteradamente el Consejo de Estado:

**"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"**<sup>27</sup>. (Destacado fuera de texto)

Por tanto, si se tiene en cuenta la jurisprudencia en referencia y el deber citado del investigado de aportar los medios de convicción necesarios para desvirtuar los cargos formulados, resulta totalmente fundado concluir que a la sociedad investigada le corresponde asumir la carga de la prueba para desvirtuar los hechos que se le imputan.

Por tal motivo, frente a la falta de pruebas que demuestren negligencia, se insiste que el artículo 6 del Estatuto del Consumidor consigna una obligación de resultado para los proveedores frente a sus consumidores, por ello, no es relevante si se actuó con diligencia o prudencia, pues como se indicó no basta con que el productor haya desplegado un proceso diligente y cuidadoso para poner en el mercado servicios de buena calidad, sino que también debe asegurarse que sus servicios en realidad cumplan con las condiciones de calidad e idoneidad que exige la ley. Por tal motivo, el argumento según el cual no existe prueba que demuestre que concurrió negligencia por parte de OSSA & ASOCIADOS para atribuirle responsabilidad por las situaciones aquí investigadas, no prospera.

Finalmente, frente a los **desórdenes en la compra de boletas en los puntos de venta**, al igual que el punto antes analizado, en primer lugar, se insiste que, para demostrar una conducta contraria al deber de brindar bienes o servicios con calidad e idoneidad no se requiere probar la negligencia por parte del proveedor de los mismos y, en segundo lugar, al no haber acreditado la investigada que los defectos mencionados en este acápite no le eran imputables, ni haber probado la existencia de una causal de exoneración frente a los problemas presentados en la compra de la boletería, le es atribuible dicha responsabilidad.

En el caso planteado por el recurrente, en relación con la inexistencia de prueba que indique el número de personas que efectivamente acudieron a la compra de las boletas, es necesario tener en cuenta que el fin último que persiguen todas y cada una de las disposiciones de la Ley 1480

<sup>26</sup> Respecto de la carga de la prueba, el Consejo de Estado resaltó el deber de probar los hechos que sustentan la defensa, en los siguientes términos: "*Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como 'onus probandi, incumbit actori' y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo 'reus, in excipiendo, fit actor'. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C.*" [Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de junio 30 de 2011. Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836) Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth] (Subrayado por fuera de texto)

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B, CP Bertha Lucia Ramirez de Páez, del 23 de julio de 2009, Radicación 25000-23-25-000-2007-00460-02(0071-09)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

de 2011, es la defensa efectiva de los derechos de los consumidores, lo cual resulta acorde con lo previsto por el artículo 78 de la Constitución Política, puesto que la información, como bien jurídico protegido, no se relaciona con un interés particular y privado, sino con los derechos de los consumidores en general, que pueden verse afectados cuando no se brindan servicios idóneos. Por ello, en el régimen jurídico colombiano los derechos de los consumidores son tratados como derechos colectivos, intereses difusos y de grupo que exigen protección especial.

Así, para el despacho es claro que en investigaciones como esta, para la toma de una decisión es suficiente evaluar si la investigada cumplió con las obligaciones establecidas en el Estatuto del Consumidor- Ley 1480 de 2011 y la Circular Única de esta Superintendencia y si está a salvo la protección del interés general; por tal motivo, en este tipo de investigaciones no es necesario establecer el daño particular, ni la actuación de la administración estará condicionada a la queja de un consumidor. Pese a ello, encontramos que algunas de las quejas se relacionaron con los problemas para la compra de las boletas en los puntos de venta, como ejemplo de ello, tenemos la queja del señor Andrés Felipe Nieto Plata (rad. 13-173216), quien señaló que se presentaron problemas con la logística para la venta de la boletería, por lo que cerraron los canales de venta, dentro de ellos, las taquillas.

En consecuencia, contrario a lo expuesto por el recurrente, la decisión no se basó en situaciones falsas, equivocadas o engañosas que dé como resultado otro tipo de decisión. De hecho, una vez analizadas las pruebas obrantes en el expediente se demuestra la falta de calidad e idoneidad en el servicio prestado de comercialización de las boletas para el partido Colombia – Ecuador por las tres situaciones investigadas: (i) la dificultad de los consumidores para ingresar a la página web para adquirir las boletas; (ii) la reversión de algunas transacciones ya confirmadas; y, (iii) los desórdenes para la compra de las boletas en los puntos de venta.

v) **EN RELACIÓN CON LA FALSA MOTIVACIÓN POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY 1480 DE 2011 EN CONCORDANCIA CON EL NUMERAL 2.10.1 DE LA CIRCULAR ÚNICA DE ESTA SUPERINTENDENCIA Y EL ERROR EN LA VALORACIÓN PROBATORIA QUE DEMUESTRE VIOLACIÓN AL DEBER DE INFORMAR.**

De acuerdo con la imputación fáctica y jurídica a través de la cual se investigó el posible incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 y de lo señalado en el numeral 2.10.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, por la información suministrada a los consumidores respecto al partido de eliminatorias Colombia – Ecuador, se encuentra que estos hechos fueron determinados y probados como actos de transgresión de los derechos de los consumidores por el *a quo*, a partir de la valoración de las pruebas obrantes en el plenario, situación ante la cual, la sociedad investigada en la sustentación del recurso manifestó como argumentos de impugnación lo siguiente:

- a) El deber de información requerido, especialmente las especificaciones contenidas en la Circular Única, no son exigibles a la sociedad OSSA & ASOCIADOS.
- b) Que la muestra publicitaria contenía un código que llevaba a la página web de la investigada, la cual tenía toda la información requerida.

Los argumentos esbozados por la sociedad investigada estuvieron dirigidos a impugnar en cabeza de quién se encuentra la responsabilidad de la información requerida y no a desvirtuar la omisión de la misma. Manifestó el recurrente que el numeral 2.10.1 se encuentra dirigido a los organizadores y promotores de espectáculos públicos, y no a los vendedores de boletería. Argumentos de exculpación que no relevan de responsabilidad a la sociedad de su deber de dar a los consumidores información clara, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor- Ley 1480 de 2011-, en

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

razón a que independientemente de su actuar en la cadena de suministro de información, ello no los exime de ceñirse a lo estipulado por las normas especiales en la materia.

a) Así las cosas, frente al primer argumento, la sociedad vinculada a esta investigación, si bien afirmó que actuó como comercializador de las boletas para el partido Colombia - Ecuador, de acuerdo con la decisión impugnada, el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, fue estudiado en concordancia con el numeral 2.10 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única expedida por esta Superintendencia, el cual dispone como obligación para el comercializador de boletería lo siguiente:

**“2.10 Espectáculos Públicos**

**(...) 2.10.1.2 Las personas naturales o jurídicas que vendan boletería para espectáculos públicos deberán proporcionar, además de la información que debe suministrar el organizador y/o promotor, los siguientes datos al público:**

- a) El precio total de las boletas (incluido el IVA), discriminando los cargos que fueran adicionados, tales como impresión de boletas y costo del servicio a domicilio;
  - b) Tiempo de entrega de la boleta, cuando se haya solicitado un envío a domicilio;
  - c) Plazo y condiciones para la declinación de compra de la boleta, por parte del consumidor, si están previstos;
  - d) Procedimiento para la devolución del dinero, opción de abono o recambio para otro evento, en los casos de cancelación o modificación de las condiciones inicialmente anunciadas”.
- (Destacado fuera de texto).

De lo anterior se desprende que el comercializador, además de estar obligado a proporcionar la información requerida en el numeral 2.10.1.2., también se encuentra obligado a suministrar la información que le es exigible a los organizadores y/o promotores del evento, esto es, la que se encuentra en los numerales 2.10.1 y 2.10.1.1 de la mencionada instrucción de esta Superintendencia. En consecuencia, no prospera el argumento del recurso según el cual el deber de información requerido, no le es exigible por ser comercializador.

b) Frente al segundo argumento, esto es, que la pieza publicitaria contenía una remisión a la información requerida, es importante resaltar que del numeral 2.10.1 de la Circular Única de esta Superintendencia se desprende que la obligación de proporcionar los datos descritos en ella, dentro de los cuales se encuentran los estudiados en la presente investigación (fecha y horario en que se llevará a cabo el evento; datos del responsable; empresas y/o canales autorizados para la venta de boletas; horario de apertura al público; la dirección de internet y/o línea de servicio al cliente donde se pueden ver todas las condiciones particulares del evento, etc.), deben informarse desde la primera vez que se anuncie la realización del espectáculo, en todas las locaciones donde se realicen los actos de promoción de venta de boletería, **independientemente del medio empleado para realizar dicha difusión**. El artículo antes citado expresamente dispone:

**“2.10.1 Publicación de Información**

*Las personas naturales o jurídicas que organicen y/o promuevan espectáculos públicos deberán proporcionar los siguientes datos al público, directamente o por medio de las personas que vendan boletería para efectos, desde la primera vez que se anuncie la realización del espectáculo y en todas las locaciones donde se realicen los actos de promoción a venta de boletería, independientemente del medio empleado para realizar dicha difusión.*”

(Destacado fuera de texto).

Para contestar el argumento señalado, bien cabe hacer mención a que uno de los principios generales del Estatuto del Consumidor es el de “*el acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas*”. En este orden de ideas, se precisa que cuando la labor del proveedor o expendedor

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

se dirige al ofrecimiento<sup>28</sup> de bienes o servicios, se obliga a que los mismos sean anunciados en los términos establecidos por la ley, esto es, informando todo lo requerido desde el inicio, y no sometiendo al consumidor a la tarea de buscar la misma.

En adición a lo anterior, es pertinente puntualizar que si bien no se le reprocha al investigado el uso de la remisión –en caso de información no esencial–, en este caso en particular, no es aceptado el hecho que deba trasladarse al consumidor la obligación o responsabilidad de acudir a buscar o indagar más sobre la **información requerida**, ya que era su obligación incluir en la publicidad, desde un principio, toda la información exigida del evento.

En otros términos, no puede decirse que por el hecho de incluir en la remisión de una página web, la información que solicitan sea tenida en cuenta, se entienda satisfecha la obligación de suministrar la información requerida en dicha norma.

Sobre el particular, el despacho estima necesario advertir que si bien el consumidor tiene la carga de informarse, no tiene la carga de hacerlo de cara a una información que por incompleta le limita la garantía de sus derechos y el ejercicio adecuado de sus deberes. Los proveedores, expendedores, comercializadores, etc., están en la obligación de suministrar la información básica y esencial para que **desde un primer momento** los consumidores queden informados y, a partir de ello, puedan adoptar sus decisiones de compra.

Por tal motivo el argumento relacionado con la remisión, no se acepta pues la instrucción es muy clara en exigir que desde la primera vez que se anuncie la realización del espectáculo y en todas las locaciones donde se realicen los actos de promoción de venta de boletería, independientemente del medio empleado para realizar dicha difusión, se debe proporcionar la información que se describe en el numeral 2.10.1 de la Circular. En consecuencia, no prosperan los argumentos alegados por el recurrente.

vi) **EN RELACIÓN CON LA FALSA MOTIVACIÓN POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y EL ERROR EN LA VALORACIÓN PROBATORIA.**

En este punto, el recurrente aseguró que se le atribuyó responsabilidad a su representada sin la existencia de daño, aunado a que se valoró erróneamente una prueba que demuestra la inexistencia de cláusula abusiva.

El artículo 38 de la Ley 1480 de 2011 establece lo siguiente:

*"Artículo 38. Cláusulas prohibidas. **En los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.**" (Destacados fuera de texto)*

En ese sentido, es necesario resaltar que el artículo 38 ibídem prohíbe incluir cláusulas en los contratos de adhesión que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones y, en ese sentido, **basta que el investigado haya incurrido en la prohibición antes expuesta, para que esta sola conducta genere una infracción al artículo mencionado.**

Ahora bien, frente al argumento según el cual se valoró erróneamente una prueba que demuestra la inexistencia de una cláusula abusiva, este despacho encuentra necesario aclarar que las cláusulas prohibidas se diferencian de las abusivas, en que las primeras (prohibidas) se refieren a aquellas cláusulas incluidas en contratos de adhesión que permitan al productor y/o proveedor

<sup>28</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra "ofrecer" significa: "Manifestar y poner patente algo para que todos lo vean".

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones, mientras que, por su parte, las segundas (abusivas), son aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, esto es, que se altere el equilibrio entre los derechos y las obligaciones contraídos por las partes como consecuencia de la celebración del contrato, sin una justificación legítima que habilite al productor y/o proveedor para ello; condiciones en las que se llegue a afectar el tiempo, modo o lugar en que el consumidor pueda ejercer sus derechos. En caso de ser incluidas cláusulas abusivas serán ineficaces de pleno derecho.

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado tomó como referencia lo señalado por el doctrinante Ospina Fernández para definir los contratos de adhesión en los siguientes términos:

*“ La generalidad de las cláusulas contractuales, de las obligaciones y derechos que ellas generan, es característica inseparable del contrato de servicios públicos que lo hace participe del concepto de ‘contrato de adhesión’ que los autores definen como aquellos en que “uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro”, condiciones que fijan ‘sin previa discusión’, pues carecen de una etapa precontractual de debate sobre su contenido, de tal manera que la parte más fuerte, las ‘grandes empresas’ entran a ‘fijar por sí solas sus precios y condiciones, ofreciéndolos al público sin admitir que persona alguna entre a discutirlos, sino simplemente a manifestar si los acepta o no’. (Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos, Ospina, .Ed. Temis, 4 ed., páginas 68 y 69). (Expediente. 1584, Jurisdicción Coactiva, Actor E.A.A.B., auto 28 septiembre 2001).”<sup>29</sup> (Subrayado fuera de texto)*

Según esto, encontramos que la sección de términos y condiciones establecía el contenido del contrato que celebraba la investigada con los consumidores, el cual, al haber sido determinado previamente y no poder ser objeto de negociación alguna, no hay lugar a dudas de que era un contrato de adhesión<sup>30</sup>. En consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 1480 de 2011, en ellos no pueden incluirse cláusulas que le permitan al proveedor modificar unilateralmente el contrato y/o sustraerse de sus obligaciones.

En este punto se debe resaltar que la única cláusula por la cual se sancionó a la investigada por este cargo fue la contenida en su numeral 6, el cual indica:

*“(…) en consecuencia, al acceder y/o adquirir cualquiera de los productos ofrecidos en el sitio web, **usted libremente acepta y adhiere expresamente a estos términos y condiciones así como todas sus modificaciones.** (Negrilla fuera del texto).*

#### **Modificaciones.**

**Ossa y Asociados S.A. se reserva el derecho a modificar estos Términos y Condiciones, así como, los avisos, contenidos y/o instrucciones de cualquier naturaleza publicadas en el Sitio Web, y relacionadas de cualquier forma con el acceso, navegación o uso del Sitio Web, o con el acceso y uso de los productos y/o servicios en éste, en cualquier momento y sin previo aviso”<sup>31</sup> (Destacados fuera de texto)**

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección quinta. Consejero ponente: Roberto Medina López. Sentencia de octubre 12 de 2001. Radicación número: 68001-23-15-000-2000-3579-01 (2628).

<sup>30</sup> El Consejo de Estado ha definido el Contrato de Adhesión como aquel en que se somete la voluntad en un contratante a la del otro, el cual está en condiciones de imponer las estipulaciones del contrato (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Ricardo Hoyos Duque del 20 de junio de 2002 Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488)).

En la doctrina se ha dicho que: “LARROUMET luego de definir el contrato de adhesión como aquel en el que se ‘somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato’, precisa que ‘la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente.’ Y también afirma que ‘si no hay duda de que el contrato de adhesión supone la ausencia de libre negociación entre las partes, cuando el legislador o la jurisprudencia no hace de él un contrato dirigido, no hay ningún ataque contra la libertad contractual por parte de quien impone su voluntad al otro, cuya voluntad contractual se reduce a aceptar o a negarse a celebrarlo, si las condiciones que se le imponen no le convienen’.” (Christian Larroumet. Teoría General del Contrato. Bogotá, ed. Temis S.A., 1999, Volumen I. Pág. 120 y 121.).

<sup>31</sup> Folio 326 del Cuaderno 2.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

De lo anterior se desprende, que dicha cláusula, contrario a lo expuesto por la investigada, fue clara en expresar que el proveedor del servicio tenía la facultad de modificar unilateralmente los términos y condiciones sin previo aviso. En tal sentido, al permitir la cláusula en cuestión la modificación unilateral de los términos y condiciones, que determinan el contenido contractual, la cláusula es de aquellas que prohíbe el artículo 38.

En cuanto a la falta de prueba del daño, es necesario recordar que en el régimen de consumo y su protección, a partir de la realización de este tipo de actuaciones administrativas, el daño a que se hace referencia obedece a la potencialidad con que la conducta infractora puede afectar a un universo de consumidores.

Así las cosas, no es necesario que concurra el daño como elemento de la responsabilidad ni por ende, la certeza del mismo, por cuanto lo que se pretende proteger es la integridad de los consumidores. En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

*“Tratándose de la **protección de los derechos de los consumidores, no se requiere entonces la existencia de un daño, tampoco la de un perjuicio**, ni hay lugar mediante el ejercicio de una acción colectiva a una indemnización reparatoria, como ya se dijo. Lo que el legislador protege **es el derecho de quienes adquieran un producto o servicio determinado a no resultar defraudados en la confianza pública que el productor debe honrar permanentemente y con respecto a todos**”<sup>32</sup>. (Resaltado fuera de texto).*

En ese sentido, este despacho encuentra que la investigada obró contrario a lo indicado en el supuesto normativo imputado –artículo 38 de la Ley 1480 de 2011, al haber incluido la anterior cláusula en los “términos y condiciones” para la compra de las boletas a través de internet que le permite modificar de manera UNILATERAL el contrato, sin autorización del comprador. Por ello, no se acepta el argumento del recurso según el cual dicha modificación aplicaba “*con el cambio de partidos, pues de un espectáculo a otro las condiciones varían*”, pues de tal cláusula no se desprende su afirmación.

En consecuencia, contrario a lo expuesto por el recurrente, la decisión no viola la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 38 de la Ley 1480 de 2011, así como tampoco existe error en la valoración probatoria alegada por el recurrente. De hecho, una vez analizadas las pruebas obrantes en el expediente se demuestra la violación al artículo 38 de la Ley 1480 de 2011.

vii) **EN RELACIÓN CON LA FALSA MOTIVACIÓN POR AUSENCIA DE VALORACIÓN PROBATORIA PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE RETRACTO.**

El recurrente adujo que aun cuando en una cláusula de los “términos y condiciones” para la compra de la boletería se indique que no se aceptan cambios ni devoluciones, no significa que tal situación haya ocurrido, pues en su criterio, no existió por parte de la Dirección una valoración adecuada de los medios de prueba pues estos demostraron que, independientemente de dicha cláusula, su representada efectivamente dio cumplimiento al derecho de retracto.

Al respecto, es importante mencionar que en el presente caso le era obligatorio a la investigada otorgar el derecho de retracto por tratarse de venta de las boletas para el partido de Colombia - Ecuador mediante métodos no tradicionales.

Además, es pertinente aclarar que, este derecho no se trata de una inclusión o no del derecho de retracto en el contenido del contrato, sino de la facultad que tiene el consumidor en los casos

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 466 del 5 de junio de 2003. Expediente: T-722420. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación

planteados en la norma para hacer uso del mismo, debido a que es una facultad incondicional, a través de la cual no se le puede exigir requisitos o limitaciones, ya que se trata del ejercicio de un derecho a voluntad del consumidor, por tal motivo, la frase cuestionada: "6. Ossa y Asociados S.A. no acepta cambios ni devoluciones de boletos" es abiertamente contraria a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 al limitársele al consumidor su facultad de pedir cambio o devoluciones de los boletos, esto es, de retractarse de su compra.

De otra parte, también encuentra este despacho que se vulneró el literal c) del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, al no haber informado, en el medio de comercio electrónico utilizado, sobre el derecho de retracto que le asiste y el procedimiento para ejercerlo, en aras de que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente.

En efecto, este despacho considera, igual a lo expuesto por el *a quo*, que la circunstancia de no aceptar devoluciones y haberlo informado así a los consumidores, genera confusión a éstos, ya que, por una parte, dio a entender y cabría interpretarse que no operaba el derecho de retracto y, por otra, que solo se podía ejercer dicho derecho si se acudía ante el proveedor a través de un reclamo, lo que deja al consumidor en una posición de incertidumbre frente al ejercicio de este derecho. Lo anterior, pues dicha cláusula traía como consecuencia que los consumidores entendieran que no podían ejercer el derecho de retracto, es decir, que el consumidor que acudía a revisar los términos y condiciones, ante dicha disposición entendía que no podía ejercer el retracto, cuando ello no es así.

En este sentido se debe aclarar que el productor y/o proveedor debe ser cuidadoso en el contenido de sus contratos o términos y condiciones del servicio a prestar y, por lo tanto, debe procurar que todo su contenido sea fácilmente perceptible para el destinatario de los mismos, pues no se le puede imponer la obligación al consumidor de averiguar la interpretación del contrato ante cláusulas ambiguas, como así lo adujo el recurrente, cuando pretendió que el consumidor debía acudir en casos como estos, directamente al comercializador, ya que es una carga del empresario hacer todo lo posible para que los derechos y obligaciones sean advertidos por los destinatarios del contrato de forma clara, comprensible, precisa, oportuna, suficiente y veraz, y sin asomo de ambigüedad. Lo anterior, puesto que lo que se busca es que la redacción del contrato sea de tal claridad a los ojos del consumidor, que no pueda razonablemente inferir supuestos que en realidad sean un equívoco.

Por tal motivo, el cargo por violación al artículo 47 en concordancia con lo dispuesto en el literal c) del artículo 50 del Estatuto del Consumidor, se mantendrá, por no adolecer tampoco de falsa motivación como lo adujo el recurrente.

**viii) EN RELACIÓN CON LA FALSA MOTIVACIÓN POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL LITERAL G) DEL ARTÍCULO 50 DE LA LEY 1480 DE 2011.**

El recurrente aseguró que su representada cuenta con un correo electrónico que sirve para la atención de PQRS, ya que, en su criterio, a través de este se garantiza la constancia de la fecha y hora de seguimiento del reclamo.

En este punto, es importante traer a colación la imputación fáctica por este cargo, la cual se transcribe a continuación:

***"14.6 Imputación Fáctica No. 6: Presunta violación al deber de tener un sistema de PQR's, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50 de la Ley 1480 de 2011 y en la instrucción impartida en el numeral 2.10.1.3 Circular Única de esta Superintendencia.***

*Que, en un análisis preliminar, no se evidencia que el vínculo "contacto" de las páginas de internet <http://www.ossayasociados.com.co/> y <https://eliminotorias.ossayasociados.com.co/boleteria/>, se ajuste a lo establecido en el literal g)*



Por la cual se resuelve un recurso de apelación

*del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011 y en el numeral 2.10.1.3 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, lo cual podría constituir una presunta violación a las citadas normas.”*

De conformidad con lo anterior, se tiene que el literal g) del artículo 50 exige que los proveedores y expendedores que ofrezcan productos (bienes o servicios) utilizando medios electrónicos deberán: “g) **Disponer en el mismo medio en que realiza comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de tal forma que le quede constancia de la fecha y hora de la radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento**”. (Destacado fuera de texto)

De otro lado, es necesario aclarar que las normas de protección al consumidor no se agotan con la Ley 1480 de 2011, sino que también se encuentran contenidas en los reglamentos técnicos, instrucciones y órdenes impartidas por esta Superintendencia en ejercicio de sus funciones<sup>33</sup>, dentro de ellas, en relación a temas de espectáculos públicos, la contenida en el numeral 2.10.3.1 de la Circular Única de esta Superintendencia, así:

*“2.10.3.1. Sistema de peticiones, quejas y reclamos-PQR*

*Las personas naturales o jurídicas dedicadas a la organización y/o promoción de espectáculos públicos y a la venta de boletería para espectáculos de este tipo deberán implementar un sistema de registro de peticiones, quejas y reclamos-PQR-, **el cual deberá contener como mínimo la siguiente información:***

- a) Fecha de presentación de la PQR;*
- b) Medio de presentación de la PQR (personas, escrito o electrónico);*
- c) Nombre e identificación del solicitante;*
- d) Teléfono, dirección y correo electrónico del solicitante;*
- e) Motivación de la PQR;*
- f) Tiempo máximo en el cual será resuelta;*
- g) Estado de tramitación de la queja” (Destacados fuera de texto).*

De acuerdo con lo anterior, es claro para este despacho que, de conformidad con lo dispuesto en las normas imputadas, lo que se exige es un sistema de peticiones, quejas o reclamos, **en el mismo medio en que se realiza la actividad de comercio electrónico, y no que se disponga de correos electrónicos como lo asegura la investigada**. Tal requerimiento se desprende expresamente del literal c) del artículo 50, que exige que se disponga de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus PQRs.

Así las cosas, lo que se busca con estas disposiciones es que les quede a los consumidores constancia, no solo de la fecha y hora del reclamo, sino también de un mecanismo que le permita su posterior seguimiento, en atención a la información mínima requerida por el numeral 2.10.3.1 de la Circular, la cual no cumplió la investigada.

En consecuencia, no prospera tampoco este argumento, por cuanto el reproche expuesto por la Dirección frente a la violación al deber de tener un sistema de PQR's de acuerdo con lo previsto en el literal g) del artículo 50 del Estatuto del Consumidor no adolece de falsa motivación como lo adujo el recurrente en su escrito de recurso, así como tampoco se encuentra demostrado el argumento de la falsa motivación respecto de los otros cargos estudiados.

<sup>33</sup> Como bien lo señala el artículo 12 del Decreto 4886 de 2011, así: “**Artículo 12. Funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor. Son funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor: 1. Decidir y tramitar las investigaciones administrativas que se inicien de oficio o a solicitud de parte por presunta violación a las disposiciones vigentes sobre protección al consumidor cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, e imponer de acuerdo con el procedimiento aplicable las medidas y sanciones que correspondan de acuerdo con la ley, así como por inobservancia de órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia.**” (Resaltado fuera de texto)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En concordancia con lo hasta aquí expuesto, este despacho no encuentra que haya algún elemento de juicio determinante que permita revocar la resolución impugnada y por compartir sus apreciaciones, procederá a confirmar dicha sanción.

En mérito de lo expuesto, este despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** CONFIRMAR el contenido de la Resolución No. 6816 del 17 de febrero de 2016, que a su vez fue confirmada por la Resolución No. 79428 del 17 de noviembre de 2016, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a la sociedad OSSA & ASOCIADOS S.A. VIAJES Y TURISMO GRUPO NOBEL, identificada con Nit. 830.099.911-1, a través de su apoderado o quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los 13 FEB 2017

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (E),

  
FIDEL PUENTES SILVA

#### Notificación.

Sociedad:	OSSA & ASOCIADOS S.A. VIAJES Y TURISMO GRUPO NOBEL.
Identificación:	Nit. 830.099.911-1
Apoderado:	Jorge Mario Silva Barreto
Identificación:	C.C. No. 79.946.093 y T. P. No. 126.732
Dirección:	Carrera 15 No. 97-40 Oficina 403
Ciudad:	Bogotá
Correo electrónico:	jorgemariosilva@silvaabogados.com

LMAR