



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

SENTENCIA N° 2018-12-202

Bogotá D.C. Seis (06) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

EXP. RADICACIÓN: 110013334002 2015 00148 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CRISTIANOS UNIDOS POR UNA SONRISA SAS
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
TEMAS: Acto administrativo que impuso sanción administrativa de multa por publicidad engañosa
ASUNTO: Sentencia de segunda instancia - Revoca fallo de primera instancia.

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio, contra la sentencia del 29 de marzo de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada, así:

***“PRIMERO.-** Declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 55350 del 17 de septiembre de 2.014, por medio de la cual se rechazaron los recursos interpuestos por la parte actora contra la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014, y se declara también la nulidad la (sic) 78167 del 18 de diciembre de 2014 por medio de la cual se resolvió un recurso de queja.*

***SEGUNDO.-** A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Superintendencia de Industria y Comercio, a que resuelva de fondo el recurso de reposición y en subsidio el de apelación presentado por la parte actora contra la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014, de conformidad con las previsiones del artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

***TERCERO.-** Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.*

***CUARTO.-** Sin condena en costas.*

***QUINTO.-** Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.”¹*

¹ Folios 106 a 122 C1

Igualmente es importante señalar que en los términos de que trata el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011 se ha efectuado el control oficioso de legalidad de cada una de las etapas surtidas, concluyéndose que no se observa ninguna causal de nulidad que amerite ser declarada en esta instancia.

I ANTECEDENTES

1.1. Resumen de la Demanda (Fls. 1 a 12 C1).

La sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS, en ejercicio del **medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 y a través de apoderado judicial solicitó como pretensiones de la demanda, la declaratoria de **nulidad** de la Resolución 29568 del 30 de abril de 2014, mediante la cual se impone una sanción administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio consistente en una multa de 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a **NOVENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$92.400.000)**; la Resolución N° 55350 del 17 de septiembre de 2014, por medio de la cual se rechazaron los recursos de reposición y en subsidio apelación; y la Resolución N° 78167 del 18 de diciembre de 2014, por medio de la cual se resolvió un recurso de queja.

Como consecuencia de esa declaratoria de nulidad, solicitó a título de **restablecimiento del derecho**, de manera principal, ordenar indemnización por los daños causados correspondiente al daño emergente y el lucro cesante en atención a lo dejado de percibir por la sanción impuesta.

Los hechos que fundamentan el libelo de la demanda, son:

- i) La sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS es una empresa prestadora de servicios odontológicos legalmente establecida en la ciudad de Bogotá, la cual acude a publicidad personal, emisiones radiales y logos con presentación de tarjetas y volantes para desarrollar su objeto social.
- ii) En desarrollo de su objeto social, se realizó una campaña que consistía en que el usuario comprara los materiales y la mano de obra estaría a cargo de la sociedad, campaña que buscaba beneficiar y ayudar a los usuarios.
- iii) Con ocasión de una queja de un ciudadano que nunca utilizó los servicios odontológicos de la sociedad, se inició una investigación administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio por publicidad engañosa que culminó imponiendo una sanción de multa por valor de **NOVENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$92.400.000)**, a través de la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014, la cual fue objeto de interposición de los recursos de reposición y en subsidio apelación que fueron rechazados mediante las resoluciones Nos. 55350 del 17 de septiembre y 78167 del 18 de diciembre de 2014.

iv) La sociedad no tiene ni tendrá la posibilidad de pagar el monto de la multa impuesta, además de no haberse demostrado que se causó daño alguno a sus usuarios.

v) Con la producción del acto demandado queda agotada la “vía gubernativa” ya que se rechazaron los recursos interpuestos por haber sido presentados ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y al ser remitido a la Superintendencia de industria y Comercio la entidad afirmó que habían sido extemporáneos.

El demandante presentó las **normas violadas y el concepto de violación** con sustento en los cargos de falsa motivación y violación al debido proceso, por cuanto la notificación de las decisiones tiene la finalidad no solo de poner en conocimiento de los administrados las actuaciones que se realizan durante una investigación administrativa, sino también que se preserve la continuidad del trámite judicial o administrativo correspondiente, pues define el término preclusivo dentro del cual se podrá ejercer los actos en contra de esos actos.

Frente al cargo de *violación al debido proceso*, refiere puntualmente:

“... no puede aceptarse que un escrito, memorial o documento que sea allegado a una investigación o trámite administrativo sea dejado de lado, se le dé sepultura de quinta sin haber realizado el correo interno en debida forma, tengas en cuenta que se transgrede el debido proceso administrativo desde el punto de vista formal al afirmar que el escrito contiene los recursos de reposición y apelación en contra de la resolución No.29568 del 30 de abril de 2.014 fue presentado extemporáneamente y que sólo arribó al funcionario competente dos o tres días después, cuando la realidad consulta situación muy diferente, ya que si bien es cierto el documento se radicó en otra dependencia el error no se le debe cobrar a quien lo entrega, ya que el trámite o correo interno es del alcance y soporte exclusivo de funcionarios de la Superintendencia, cuando el documento con los recursos fue presentado dentro de los términos legales.” (Fl. 7 C1)

Respecto a la *falsa motivación* de los actos demandados, refiere que la entidad demandada al emitir la sanción impuesta se limitó a asegurar que se violó una norma de carácter sustancial de la Ley 1480 de 2011, pero se alejó totalmente de la realidad, ya que no consultó el caudal probatorio recaudado en el proceso y por ende no se ajusta a la realidad fáctica que la campaña persiguió al dejar de lado elementos como el impacto que causó, quejas o reclamos que ninguno de los más de mil usuarios tuvo en la campaña, el costo - labor que representó y además la responsabilidad de la clínica con la salud en la ciudad.

En consecuencia, considera que los actos administrativos demandados son ilegales y al estar viciados de nulidad solicita se acceda a sus pretensiones.

1.2. Contestación de la Demanda (Fls. 52 a 71 C1)

La Superintendencia de Industria y Comercio presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones invocadas, con fundamento en que no

hubo violación al debido proceso, como quiera que la entidad procedió a rechazar por extemporáneos los recursos de reposición y en subsidio apelación presentados contra la Resolución No. 29568 de 2014, toda vez que dio aplicación a los artículos 76, 77 y 78 de la Ley 1437 de 2011 que establecen la oportunidad y trámite para la interposición de recursos contra la decisión sancionatoria emitida.

Señaló además que la Resolución No. 29568 de 2014 fue notificada personalmente el 8 de mayo de 2014, sin que se presentara recurso alguno en la diligencia, por lo que el término para interponer los recursos respectivos comenzó el 9 de mayo y culminó el 22 de mayo del mismo año, no obstante el escrito presentado por la sociedad demandante fue recibido en las instalaciones de la entidad el 28 de mayo de 2014, es decir fue presentado de forma extemporánea, y en consecuencia se rechazaron por extemporáneos.

Considera finalmente que los argumentos de la demanda pretenden acreditar excusar la propia culpa de la sociedad demandante al no presentar los recursos contra el acto sancionatorio ante la autoridad que los profirió, lo cual demuestra un descuido y negligencia del actor, máxime cuando los demás escritos presentados durante la actuación administrativa sí fueron radicados ante la SIC.

Frente a la supuesta falsa motivación alegada precisa que en virtud de la libertad de empresa se ha otorgado a toda persona a ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, libertad que en todo caso está sometida a unos límites y restricciones constitucionales y legales, por cuanto tiene una función social que cumplir, y además implica unas obligaciones y responsabilidades con el Estado y la sociedad en aras de proteger el interés general o el bien común, entre otros derechos y principios.

Manifiesta que en ejercicio de la actividad desarrollada por la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS se exige el cumplimiento y respeto de las normas establecidas contenidas en la Ley 1480 de 2011 y las disposiciones que emite la SIC, pues de lo contrario se somete a la imposición de las sanciones respectivas, contempladas en ese cuerpo normativo. Así se busca proteger los derechos de los consumidores quienes se encuentran en estado de indefensión y vulnerabilidad y dentro de sus derechos esta la protección contra la publicidad engañosa.

En virtud de lo anterior, se emitió la Circular Única No. 10 y en ella se impartió a los diferentes productores una serie de instrucciones relacionadas con la información y publicidad de las campañas que se impulsan por parte de las empresas y sociedades comerciales, y así lograr que sea veraz y suficiente por parte de los productores que ponen en circulación al mercado un producto, y en esa medida deben observar los postulados de la Ley 1480 de 2011 y las instrucciones de la Superintendencia.

Además refiere que es el productor el que controla todo su sistema de producción y distribución, por lo que es apenas razonable exigirle que cuente con las pruebas que demuestren la veracidad de la información que incluyó en su

pieza publicitaria, es decir, tiene una carga de la prueba según los hechos que hayan alegado a favor de su propio interés, por lo que deberá demostrar que su publicidad es veraz y suficiente según lo exigido legalmente, sin que ello signifique trasgresión a los derechos de la sociedad.

Conforme el recuento normativo realizado, considera que a la demandante le correspondía probar que el ejercicio de odontología prestado cumplía con los beneficios que fueron informados en la publicidad que fue objeto de investigación y que se puso a circular en diferentes medios publicitarios, y al no poder demostrar esas condiciones, resultaría carente de veracidad, es decir, sería engañosa.

Afirma que en la investigación adelantada se acreditó que la publicidad era engañosa porque los estudios que reposaban en el expediente no demuestran la veracidad de sus elementos objetivos, se analizaron todas las pruebas allegadas y las circunstancias fácticas y se concluyó que la publicidad "*PAGUE LOS MATERIALES Y SORPRÉNDASE POR LA ECONOMÍA DE NUESTRA MANO DE OBRA*" generaba confusión a los usuarios y consumidores, pues le hacía pensar al público que la mano de obra de los tratamientos no tenía ningún costo, pero en realidad al momento de la cotización sí se incluía un valor correspondientes a los profesionales médicos.

Con lo anterior, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, por cuanto los actos demandados están debidamente motivados y se respetó el debido proceso administrativo a la sociedad demandante durante toda la actuación adelantada.

1.3. Fallo Impugnado de Primera Instancia (Fls. 106 a 122 C1).

El Juez de primera instancia mediante sentencia del 29 de marzo de 2016 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda sin condena en costas a la parte vencida.

Para llegar a la adopción de esa decisión el *a quo* determinó como problemas jurídicos a resolver i) si la parte demandada incurrió en falsa motivación al emitir la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014, ya que se limitó a asegurar la trasgresión de la Ley 1480 de 2011 sin analizar el material probatorio obrante dentro del plenario, y ii) si se vulneró el debido proceso de la sociedad demandante, toda vez que se desconoció que el recurso de reposición y apelación contra la precitada resolución fue presentado dentro de la oportunidad legal.

Al resolver los problemas jurídicos planteados hizo referencia en primer lugar al cargo de falsa motivación, en donde analizó los presupuestos especiales de la Ley 1480 de 2011 que integra el Estatuto del Consumidor y regula las condiciones en las que un proveedor de un determinado producto o servicio deben dar a la publicidad de lo que ofrecen a los usuarios o consumidores.

Al respecto, señaló que los derechos de los consumidores implican que la información proporcionada sea veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los servicios que se ofrecen, cuyo cumplimiento permite ejercer la eficacia de las garantías legales que les asisten., tal y como lo dispone el artículo 23 de la Ley 14980 de 2011.

Así mismo, indicó que la publicidad engañosa se encuentra prohibida de conformidad con el artículo 30 *ibídem*, y ante el presunto desconocimiento de esa prohibición la Superintendencia de Industria y Comercio ostenta la facultad de investigar y sancionar a quienes incumplan y transgredan las disposiciones referidas, así como adoptar las medidas correctivas tendientes a garantizar una difusión publicitaria conforme a los parámetros veraces que corresponden a la realidad.

Respecto al caso concreto manifestó que se trata de una campaña publicitaria en la que la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS, en su labor de prestación de servicios odontológicos, ofertaba *“Pague los materiales y nosotros la mano de obra”*, frente a la cual la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó que se aclarara que todos los tratamientos no tienen costos aplicados a mano de obra y dependen del material que escoja cada paciente, a lo que la sociedad respondió que no era un hecho ficticio y que la mano de obra no se cobraba a quienes utilizaban los servicios en atención a los convenios profesionales entre odontólogos y la clínica, sin embargo procedió a cambiar el eslogan de la campaña para dar cumplimiento a lo ordenado.

Frente a lo anterior se presentaron informes y una reseña discriminada de los usuarios que habían sido atendidos donde se indicaban los valores cobrados por materiales, mano de obra, tratamiento y datos del paciente, lo cual fue analizado por la entidad demandada al momento de imponer la sanción cuestionada.

Concretamente, realizó el siguiente análisis:

“... si bien, se demostró que la parte actora, luego de la solicitud de corrección y aclaración de la Superintendencia de Industria y Comercio procedió a cambiar el eslogan inicial esto, es “Pague los materiales y nosotros la mano de obra” por el de “(...) Pague los materiales y sorpréndase por la economía de la mano de obra (...)”, no lo es menos, que tal cambio no aclaró la totalidad de la publicidad inicial.

Lo anterior, en consideración a que el ente demandado le solicitó clarificar, el eslogan emitido al comienzo de la campaña, que se divulgó bajo la frase: “Pague los materiales y nosotros la mano de obra”, en el sentido de precisar que todos los tratamientos no tenían costos aplicados a mano de obra y en todo caso dependían del material que escogiera (sic) paciente.

No obstante, los términos que indicó el ente accionado para la citada aclaración de la campaña inicial, la parte actora procedió a cambiar el anuncio publicitario, bajo un nuevo anuncio (sorpréndase por la economía en nuestra mano de obra), lo cual no aclaró las condiciones ofrecidas en el aviso anterior. Por lo que, en razón a ello,

tampoco se considera que se hubiese dado cumplimiento a la orden impartida por el ente de control, máxime cuando la misma actora sostuvo que la aclaración no se practicó en la página WEB de la citada entidad.

De ahí, que contrario sensu a lo manifestado por la parte demandante, respecto de la Resolución sancionatoria No. 29568 del 30 de abril de 2014, no se observa que, el ente de control accionado pudiese haber incurrido en falsa motivación de su contenido, máxime cuando de material probatorio que reposa en la actuación se desprende que efectivamente se desplegó una publicidad engañosa, que generaba dudas al consumidor y en esa medida, debía ser objeto de sanción la publicidad desplegada por dicha entidad.” (Fls. 116 y 177 C1)

En consecuencia, concluyó que no tenía vocación de prosperidad el cargo formulado por falsa motivación, pues la resolución sancionatoria obedeció a la realidad fáctica del plenario, en al que se evidenció la vulneración de la Ley 1480 de 2011, en lo concerniente a la veracidad de los anuncios publicitarios ofrecidos.

Respecto a la *vulneración del debido proceso* en la actuación administrativa, adujo que en virtud de lo establecido en los artículos 74, 76 y 77 del CPACA se tiene que el término para interponer los recursos contra una decisión sancionatoria es de 10 días a partir de la notificación, personal o por aviso según el caso, y se presentará ante el funcionario que dictó la decisión.

De este modo, indicó que el 8 de mayo de 2014 se notificó personalmente la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014, es decir que hasta el 22 de mayo del mismo año tenía el actor para presentar los recursos correspondientes, los cuales fueron interpuestos ante el Ministerio de Industria y Comercio el 19 de mayo de 2014.

Al día siguiente, esto es el 20 de mayo de 2014, el citado Ministerio procedió a remitir el recurso a la Superintendencia de Industria y Comercio y finalmente el 28 de mayo de ese año fue recibido en las dependencias de esta última entidad.

Conforme lo anterior señaló:

“... el Despacho se permite advertir que el recurso presentado por la sociedad actora se dirigió de manera correcta a la Dirección de Investigaciones de la Superintendencia de industria y Comercio. Sin embargo, pese al error en su radicación ante el Ministerio de Industria y Comercio, no cabe desconocer que finalmente, en atención al carácter técnico y adscrito que guardan ambas entidades, se efectuó la remisión del escrito presentado por el actor.

Sobre ese particular, cabe señalar que el artículo 76 del Código en mención, exige que los recursos “se presenten ante el funcionario que dictó la decisión”, prescripción normativa que si se aplica al caso en cuestión, permite colegir que el Administrado se ciñó a la misma, en razón a que lo dirigió a la Superintendencia demandada. Por manera que una hermenéutica integral de este artículo con el principio constitucional, de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, conlleva a deducir que fue, a partir de la primera radicación que debe contabilizarse

el plazo legal para interponerlo. (...)

Por tanto, si se considera que la notificación del acto sancionatorio se verificó el 8 de mayo de 2014 y los recursos de reposición, y en subsidio apelación se interpusieron el 19 de mayo de 2014. Y además se tiene en cuenta que la demandante contaba con 10 días para su presentación, como lo demanda el artículo 76 ibídem, es evidente que se interpuso en término y bajo esa premisa el ente demandado estaba llamado a resolverlos.

Por tal virtud, advierte el Despacho, que ya la situación se constituye en una vulneración al debido proceso de la sociedad accionante. Sin embargo, dicho vicio solamente afecta a las Resoluciones Nos. 29568 del 30 de abril de 2014 (sic) y la 78167 del 18 de diciembre de 2014, toda vez que, tal y como se analizó con anterioridad, el cargo de falsa motivación orientado a desvirtuar la legalidad del acto sancionatorio no prosperó."

De este modo, procedió a declarar la nulidad de las resoluciones Nos. 55350 del 17 de septiembre de 2014 y 78167 del 18 de diciembre de 2014, y ordenó como restablecimiento del derecho que la entidad demandada resolviera de fondo el recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por la parte actora con la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014 y niega las demás pretensiones de la demanda.

1.5. Recurso de apelación interpuesto por la demandante - sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS (hora 1 min: 53: 55 CD Folio 128).

El apoderado de la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS, en el recurso de apelación insistió en que existe una falsa motivación en la decisión sancionatoria contenida en la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014, toda vez que no se valoraron todas las pruebas obrantes en el expediente administrativo.

Considera que no hubo vulneración de las disposiciones establecidas en la Ley 1480 de 2011, ya que siempre han dado cumplimiento a los postulados de protección al consumidor y reiteró que no se causó ningún daño a los usuarios que atendieron a la publicidad ofrecida.

Solicita por tanto que se declare la nulidad de la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014, y se revoque la sentencia de primera instancia, accediendo a la totalidad de las pretensiones.

En esos términos se presenta el recurso de apelación respectivo y solicita se acojan las pretensiones de la demanda.

1.5. Recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio (hora 1 min: 58: 40 CD Folio 128).

El apoderado de la demandada sustentó su recurso de apelación reiterando que en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 74, 77 y 78 de la Ley

1437 de 2011 es claro que la presentación de los recursos no sólo debe hacerse en el término legalmente establecido, sino que además debe hacerse ante la autoridad competente que expidió el acto.

Señala que hubo desidia y negligencia por parte de la sociedad demandante pues se presentó los recursos ante la autoridad competente, pues fue allegado al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y por ende la decisión adoptada en primera instancia abriría de nuevo la actuación administrativa con el agravante de que ya hubo una decisión judicial que se pronunció sobre la legalidad del acto sancionatorio al analizar la falsa motivación alegada en la demanda.

En consecuencia solicita que se revoque parcialmente la decisión de primera instancia en relación con la orden impartida de pronunciarse de fondo sobre los recursos presentados contra la decisión contenida en la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014 y que dio lugar a la imposición de una sanción por la publicidad engañosa que fue demostrada en la actuación administrativa.

II. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante Auto del 31 de agosto de 2016 se admitieron los recursos de apelación presentados por las partes contra la Sentencia del 29 de marzo de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (Fls. 4 y 5 C2).

El 12 de septiembre de 2016 mediante Auto N° 2016-09-302 se ordenó correr traslado por el término de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión al considerarse innecesaria la audiencia de que trata el numeral 4 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Fls. 9 y 10 C3).

La parte demandada y demandante presentaron sus alegaciones dentro del término establecido para ello y el Ministerio Público presentó su concepto.

2.1 Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público en segunda instancia

En el escrito de alegato de conclusión presentado en segunda instancia la parte demandante (Fls. 17 a 28 C2) reiteró sus argumentos expuestos en la demanda, enfatizando en que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación, al no tener en cuenta hechos que estaban probados en la actuación administrativa y que conducirían a una decisión diferente, como lo es el impacto de la publicidad cuestionada, donde además se cambió la publicidad que presuntamente quebrantaba la Ley 1480 de 2011.

Indicó que no se tuvieron en cuenta los criterios establecidos para imponer la sanción y en esa medida se configura una falsa motivación.

Finalmente, reitera que hubo una vulneración al debido proceso, como quiera

que los recursos interpuestos iban dirigidos a la autoridad competente para resolverlos, dado el carácter adscrito que ostenta la Superintendencia de Industria y Comercio al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión de primera instancia en cuanto a la negativa de declarar la nulidad del acto sancionatorio por configurarse una falsa motivación.

La parte demandada presentó alegatos finales (Fls. 12 a16 C2), reiterando los argumentos expuestos en su contestación y en el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

Por su parte, el **Ministerio Público** emitió su concepto (Fl. 29 a 37 C2) solicitando se confirme la decisión proferida en primera instancia, ya que en primer lugar es claro que se incurrió en una violación al debido proceso de la parte demandante, dado que fue un error involuntario la radicación de los recursos ante otra entidad, y en aras de la prevalencia de las garantías procesales de los ciudadanos se debió tener como fecha de interposición de los recursos la de recibo en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Afirma que de acogerse esta teoría la decisión sancionatoria no estaría firme y en esa medida no habría lugar a pronunciarse sobre la falsa motivación del acto sancionatorio.

Para resolver, las Sala desarrolla las siguientes

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

En virtud de lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación presentado, en atención a que *“Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos...”*, como quiera que en el presente caso se trata de una sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, que pertenece al Distrito Judicial Administrativo que preside el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3.2. Legitimación para recurrir

Las partes demandante y demandada se encuentran legitimadas para recurrir en la presente actuación, por cuanto la decisión emitida resultó adversa a sus intereses al acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada, es decir, que les fue desfavorable la providencia emitida.²

² Artículo 320 del Código General del Proceso.

Antes de terminar el problema jurídico a resolver por parte de la Sala, se hace necesario precisar que si bien el apoderado de la parte demandante en sus alegatos de conclusión de segunda instancia hizo alusión a que en la decisión que impuso una sanción contenida en la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014 no se tuvo en cuenta los criterios de dosificación de la sanción establecidos en la Ley 1480 de 2011, el proceso no se adelantó conforme esos argumentos, pues la falsa motivación estuvo argumentada desde la demanda por cuanto considera que no se valoraron las pruebas obrantes en el expediente y no por el desconocimiento de esos criterios.

Es decir, que los alegatos finales de segunda instancia no pueden ser concebidos por el demandante como una nueva oportunidad procesal para agregar argumentos o cargos a los ya formulados; argumentos que no fueron indicados en las oportunidades procesales previstas para ello. Lo anterior en observancia del principio de *preclusividad* de las etapas y oportunidades procesales, el *debido proceso y derecho de defensa y contradicción*, en este caso del demandado.

Por tanto, la Sala contraerá el estudio de segunda instancia a aquellos asuntos en torno a los cuales ostenta competencia, esto es, al análisis de los cargos que fueron referidos en el escrito de impugnación, que son congruentes con el escrito de la demanda, la fijación del litigio y que fueron objeto del proceso en primera instancia, estos son: falsa motivación, por no valorarse la totalidad de las pruebas recaudadas en la actuación administrativa y violación del debido proceso, porque analizar ahora sí ocurrió un desconocimiento de los criterios de dosificación de la sanción violaría el principio de congruencia y el debido proceso.

3.4. Planteamiento del Problema Jurídico principal y sus asociados.

En ese orden de ideas, interpreta la Sala que el **problema jurídico principal** consiste en determinar si los actos administrativos demandados, esto es, si la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014, mediante la cual se impone una sanción administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio consistente en una multa de 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a NOVENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$92.400.000); la Resolución N° 55350 del 17 de septiembre de 2014, por medio de la cual se rechazaron los recursos de reposición y en subsidio apelación; y la Resolución N° 78167 del 18 de diciembre de 2014, por medio de la cual se resolvió un recurso de queja, fueron expedidas o no con falsa motivación y violación del debido proceso, por no valorar la totalidad de las pruebas recaudadas en la actuación administrativa y rechazar los recursos de reposición y en subsidio apelación por ser presuntamente extemporáneos.

Sin embargo, para resolver el anterior problema jurídico debe abordarse previamente los siguientes **problemas asociados**:

¿Incurrió o no la Superintendencia de Industria y Comercio en falsa motivación al proferir la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014 por no valorar la

totalidad de las pruebas recaudadas durante la actuación administrativa?

¿La Superintendencia de Industria y Comercio violó o no el debido proceso de la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS al rechazar los recursos de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014? Y en ese evento, ¿el rechazo es de tal trascendencia que hubiese llevado a una decisión diferente a la Administración?

3.5. Resolución del problema jurídico en el caso concreto: Exposición de razonamientos legales de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.

Para resolver la Sala abordará i) el marco jurídico establecido para la protección del consumidor y la prohibición de la publicidad engañosa para los proveedores de productos y servicios; ii) valoración probatoria realizada en la actuación administrativa adelantada contra la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS por la presunta realización de publicidad engañosa, y iii) procedencia del rechazo de los recursos de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014.

3.5.1. Marco jurídico establecido para la protección del consumidor y la prohibición de la publicidad engañosa para los proveedores de productos y servicios

Lo primero será hacer referencia al marco jurídico en el cual se desarrollan los derechos de los consumidores que ostentan protección constitucional a los usuarios y destinatarios de bienes y servicios por parte de los proveedores y distribuidores que actúan en el mercado y sobre los cuales recae una serie de responsabilidades y deberes que envuelven una especial labor del constituyente que estructura el desarrollo económico y a su vez ofrece una condición especial de amparo a aquel fragmento de la población que se encuentra en condición de inferioridad respecto de las relaciones de consumo que se forjan con aquellos que funcionan dentro del sistema de libertad económica.

En tal escenario, el artículo 78 de la Constitución Política dispone:

“ARTICULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En esa medida, la Ley 1480 de 2011 procedió a establecer el Estatuto del Consumidor que tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, y a su vez regula los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores en las relaciones de consumo.

Allí se dispuso, entre otros aspectos, que los consumidores y usuarios tienen derecho a (i) que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores; (ii) a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación; y (iii) recibir protección contra la publicidad engañosa .

Dentro de los mencionados derechos de los usuarios y consumidores el mencionado Estatuto establece concretamente para el derecho a la información lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. *Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:*

1. Derechos: (...)

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

1.4. **Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa.** (...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

A su vez dispuso que la información que se da en el mercado para los consumidores debe tener unos presupuestos mínimos con el fin de evitar confusiones, ambigüedades, equivocaciones e interpretaciones erradas, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 23. INFORMACIÓN MÍNIMA Y RESPONSABILIDAD. *Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano.*

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

naturaleza puedan sufrir dichas variaciones.

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

De este modo, se busca no solo promover la libertad de empresa y el funcionamiento eficiente del mercado como pilares del sistema económico, sino también la protección de la población que por sus características de desigualdad e inferioridad y la posición carente de negociación en el mercado, requiere una especial atención por parte de los productores, comercializadores y distribuidores de los bienes y servicios, y así se logra modular los principios económicos que imperan en un Estado social y democrático de derecho, bajo el adecuado abastecimiento de los bienes y servicios que llegan a los consumidores y usuarios de la producción.

Igualmente, se ha establecido la prohibición de publicidad engañosa, definida como *“aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”*³, imponiéndose además una especial carga de advertencia en cabeza de los productores y distribuidores de bienes y servicios para no caer en este tipo de divulgaciones indebidas.

Concretamente, frente a la publicidad engañosa establece la Ley 1480 de 2011:

“ARTÍCULO 29. FUERZA VINCULANTE. *Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad.*

ARTÍCULO 30. PROHIBICIONES Y RESPONSABILIDAD. *Está prohibida la publicidad engañosa.*

El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados. (...)

ARTÍCULO 33. PROMOCIONES Y OFERTAS. *Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley.*

Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del

³ Artículo 5 Ley 1480 de 2011

momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente. (...)

Bajo ese marco jurídico la Superintendencia de Industria y Comercio emitió la Circular Única No. 10 en la que señaló frente a la información engañosa y sus elementos lo siguiente:

***“TITULO II PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (...)
 CAPÍTULO SEGUNDO INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR (...)***

2.1.1. Información engañosa *Se considera información engañosa, la propaganda comercial, marca o leyenda que de cualquier manera, incluida su presentación, induzca a error o pueda inducir a error a los consumidores o personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico.*

2.1.1.1. Elementos

Para determinar si la propaganda comercial, marca o leyenda o en general cualquier forma de publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta entre otros los siguientes elementos:

- a) Las indicaciones sobre las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, naturaleza, ejecución, composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado o idóneo, utilizaciones, cantidad, especificaciones, origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización o los resultados y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios.*
- b) El precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios.*
- c) La naturaleza, características y derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que haya recibido o sus distinciones.*

2.1.1.2. Criterios

Para efectos de lo previsto en los artículos 14, 15, 16 y 17 del decreto 3466 de 1982, o de las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan, se entenderá que la información o la propaganda comercial es engañosa, entre otros casos cuando:

- a) Se omite información necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda comercial. (...)*
- c) Se establecen mecanismos para trasladar al consumidor los costos del incentivo de manera que éste no pueda advertirlo fácilmente, como cuando se disminuye la calidad o cantidad del producto o servicio o se incrementa su precio, entre otros. (..)*
- f) Se ofrecen de manera gratuita productos, servicios o incentivos cuando la entrega de los mismos está supeditada al cumplimiento de alguna condición por parte del consumidor que no se indica en la propaganda comercial. (...)*

Conforme lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene a su cargo la facultad de velar por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 1480 de 2011 y dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento, así como imponer las sanciones respectivas a los proveedores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios (artículos 59 y 60).

3.5.2. Valoración probatoria realizada en la actuación administrativa adelantada contra la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS por la presunta realización de publicidad engañosa

De conformidad con las facultades de inspección, vigilancia y control que ostenta la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 1388 del 29 de agosto de 2013 inició investigación administrativa contra la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS por el presunto desconocimiento de lo establecido en el Estatuto del Consumidor - Ley 1480 de 2011, concretamente lo dispuesto en los artículos 23, 29 y 30, así como también incumplir una orden impartida por la entidad, la cual culminó con la expedición de la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014 que impuso una sanción de multa de 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a NOVENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$92.400.000).

Al respecto el demandante considera que la valoración probatoria realizada por la entidad demandada resulta insuficiente como quiera que desconoció la configuración de algunos hechos que acreditan que la sociedad no cometió infracción alguna al régimen de protección al consumidor y por el contrario, atendió a los requerimientos que le realizaron, así como también afirma acreditar que la publicidad emitida no se puede concebir como engañosa, pues era veraz y se dio cumplimiento a lo ofrecido.

Por su parte la entidad demandada señala que la configuración de la infracción sancionada está debidamente acreditada y todas las pruebas fueron valoradas al momento de emitir la decisión administrativa, pues tal y como quedó demostrado en el proceso adelantado, la información dada al iniciar la campaña por parte de la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS no cumplía con los presupuestos exigidos en la Ley 1480 de 2011 y además no atendió en su totalidad a los requerimientos efectuados.

Respecto a la falsa motivación el Consejo de Estado ha precisado:

Acorde con ello, el Consejo de Estado⁴ ha indicado que los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto, que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.

⁴ Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 14 de abril de 2016, expediente 25000232400020080026501, magistrada ponente: María Claudia Rojas Lasso.

Por ello, ha explicado⁵ que el vicio de nulidad es el que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición y, por lo tanto, el impugnador tiene la carga de demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.

Según lo precedente, esta Corporación⁶ ha afirmado que la falsa motivación del acto ocurre cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

(...)

De encontrar comprobada la errónea valoración probatoria, se demuestra una falsa motivación, en tanto la realidad probada contraviene los supuestos fácticos a los que hacen referencia los actos demandados, es decir, se desvirtúa la legalidad de los actos administrativos, que se presume, y se prueba la causal de nulidad, por falsa motivación, o por la vulneración de los derechos fundamentales del disciplinado, tal como lo señaló el Consejo de Estado, en la sentencia de 18 de marzo de 2010⁷ (...)”⁸
 (Subrayado fuera de texto)

De este modo, lo pertinente será analizar si la valoración probatoria que efectuó la Superintendencia de Industria y Comercio era suficiente para arribar a la conclusión de que se cometieron las infracciones imputadas a la sociedad demandante o si por el contrario no valoró otras pruebas obrantes en el plenario que permitieran acreditar lo contrario.

En primer lugar, el artículo 60 de la Ley 1480 de 2011 establecen respecto del procedimiento administrativo aplicable a las infracciones contra el Estatuto del Consumidor que las sanciones administrativas serán impuestas conforme lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que preceptúa lo siguiente:

“Artículo 40. Pruebas. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.

(...)

Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes

⁵ *Ibidem*

⁶ *Ibidem*

⁷ Consejo de Estado, sentencia de 3 de febrero de 2011, expediente: 250002325000200402982-01 (1384-06). Además, de la sala plena de lo contencioso administrativo, sentencia de 11 de diciembre 2012, expediente: 11001-03-25-000-2005-00012-00.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia del 276 de julio de 2018, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp. 11001-03-25-000-2012-00114-00(0474-12)

disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.” (Subrayado fuera de texto).

En ese orden de ideas, la autoridad administrativa al momento de finalizar la correspondiente investigación tiene la obligación de analizar todas las pruebas e informes recaudados y motivar su decisión.

Al proferirse la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014 se acreditaron los siguientes hechos a partir de sus correspondientes pruebas:

- La sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS, en el desarrollo de su objeto social consistente en la prestación de servicios médicos odontológicos presentó una publicidad denominada “*Pague los materiales y nosotros la mano de obra*” en diferentes medios de comunicación (Fls. 23 a 26 Cuaderno de antecedentes administrativos)
- Con ocasión de esa campaña publicitaria un usuario presentó una queja por sentirse engañado al encontrar en el mercado unos precios más baratos, a pesar de que se informaba que no se cobraba la mano de obra en los tratamientos de odontología prestados por la sociedad demandante, por lo que presuntamente se estaba promocionando una publicidad engañosa en contra de los usuarios que de buena fe acudían ante esa llamativa oferta (Fls. 1 a 6)
- En virtud de la queja presentada, la SIC requirió a la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS el día 10 de abril de 2013, para que remitiera la totalidad de la publicidad con la que ofrecían los servicios prestados, indicando la frecuencia y los medios a través de los cuales se divulgan, lista de precios discriminados por servicio e indicar en qué consistía la campaña “*Pague los materiales y nosotros la mano de obra*”. (Fl. 8)
- En respuesta al requerimiento, la sociedad informó los servicios que prestaba, indicó los medios de comunicación en los cuales emitía sus campañas (cuña radial) y expuso que la campaña “*Pague los materiales y nosotros la mano de obra*” consistía en que el usuario escogía los materiales que se ajustaban a sus necesidades y la mano de obra era asumida por el profesional escogido por el paciente y la empresa (Fls. 14 a 16)
- En virtud de lo anterior, la entidad ordenó corregir la publicidad emitida, en el sentido de aclarar los tratamientos que no tienen costos aplicados a la mano de obra y que dependen del material que escoja el paciente, por cuanto podía inducirse en error a los usuarios (Fls. 18 y 19)
- Mediante escrito del 4 de junio de 2013 la sociedad presentó las aclaraciones realizadas en virtud de la orden dada por la entidad a la campaña “*Pague los materiales y nosotros la mano de obra*” (Fl. 20)
- Durante la etapa preliminar la entidad procedió a realizar una inspección en la página web de la sociedad y verificar la campaña publicitaria cuestionada, encontrando que presuntamente se vulneraba lo establecido en los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, por lo que procedió a formular pliego de cargos (Fls. 29 a 32)

- En escrito de fecha 12 de septiembre de 2013 la sociedad informó que había cambiado su campaña publicitaria a *“Pague los materiales y sorpréndase por nuestra economía en la mano de obra”* (Fls. 51 a 57)
- Durante el periodo probatorio se recaudaron pruebas documentales en las que se evidenció que se realizaban cobros a los usuarios durante la campaña que correspondían a mano de obra, pues se incluyeron *“...los costos de los ítems “Profesional”, cobrado en todos los casos y, “Auxiliares” cobrando en 5 de los 6 casos expuestos; de igual forma, en la columna “Otros valores” se incluyen valores de ítems denominados “Arriendo -Luz -Agua -Publicidad” cobrados en la totalidad de los casos. Esto denota que tanto en el año 2012 como en el año 2013, se efectuaron cobros correspondientes a los valores de la mano de obra utilizada en los servicios odontológicos prestados.”* (Fl. 124 Anv.)
- Respecto al cumplimiento de la orden dada consistente en la aclaración de la publicidad comercializada, refirió la entidad en el acto sancionatorio que conforme las inspecciones realizadas a la página web los días 30 de julio y 28 de agosto de 2013, esto es luego de emitida la orden y luego de haberse afirmado que había sido cumplida (4 de junio de 2013), se encontró que no había sido corregida la publicidad inicial, denotando esto un incumplimiento, además de evidenciar que se modificó la publicidad inicial sin las correcciones respectivas. (Fl. 125)

De conformidad con las pruebas relacionadas y que fueron recaudadas durante la actuación administrativa, y considerando la publicidad emitida por la sociedad demandante en su página web y los medios impresos dados a los pacientes y usuarios, se desprende con claridad que la conducta investigada y sancionada obedeció, por un lado, a la falta de veracidad y claridad dentro del texto publicitario comercial y la ausencia de correlación entre el eslogan *“Pague los materiales y nosotros la mano de obra”* y los cobros acreditados de la mano de obra, correspondientes a profesionales e incluso servicios básicos de funcionamiento facturados a los usuarios durante la vigencia de la misma, esto es en los años 2012 y 2013.

Es así que la valoración probatoria efectuada por la entidad demandada le permitió arribar a la conclusión de que se configuraba la violación a los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, por cuanto se generaba un engaño o confusión a los consumidores al suministrar una información que no determinaba de forma correcta el precio de los tratamientos y que podría variar según los materiales escogidos por el paciente, además de evidenciarse cobros por mano de obra que no reflejaban fidelidad a la campaña realizada, lo que hace engañosa la publicidad.

Además, se esclareció que no se aclaró la publicidad inicial según lo solicitado, sino que se modificó la misma, transformándola en otra diferente - *“Pague los materiales y sorpréndase por nuestra economía en la mano de obra”*, reflejando con anuencia que se estaban efectuando cobros por mano de obra desde el primer anuncio, informando de forma errada que era gratis en un principio, lo

cual hace confusa y engañosa la campaña publicitaria, desconociendo los postulados del derecho a la información que ostentan los consumidores.

Concretamente la entidad manifestó:

“Es por lo anterior que en el segundo anuncio “Pague por los materiales y sorpréndase por la economía en nuestra mano de obra” existe la posibilidad de generar un engaño o confusión a los consumidores, por cuanto se trata de una campaña en la que inicialmente se había anunciado la gratuidad en la mano de obra de los tratamientos odontológicos y, posteriormente, se anuncia esta misma campaña como aquella en la cual el costo de los tratamientos se determinarán a partir del valor de los materiales sumado al económico valor de la mano de obra de los profesionales médicos, evidenciando que la primera publicidad no fue veraz y mucho menos comprobable.

Considera esta Dirección que la sociedad CRISTIANOS UNIDOS POR UNA SONRISA S.A.S. infringió las normas relativas a la información y publicidad, toda vez que, la información objetiva incluida en su anuncio “Pague los materiales y nosotros la mano de obra” y, posteriormente, en su anuncio “Pague por los materiales y sorpréndase por la economía en nuestra mano de obra”, genera la posibilidad de inducir en error a los consumidores por brindar información insuficiente.

(...)

Considera importante este Despacho importante resaltar que la investigada modificó totalmente su anuncio sin que se surtiera la aclaración en el sentido en que fue solicitada, pues el anuncio “Pague por los materiales y sorpréndase por la economía en nuestra mano de obra” informa algo diferente al primer anuncio, como es que en los tratamientos odontológicos ofrecidos, tanto los materiales como la mano de obra utilizados tienen un costo, tornando aún más confuso el mensaje enviado a los consumidores, pues frente a la misma campaña, el proveedor del servicio inicialmente anunció que la mano de obra en él utilizada era gratis y, posteriormente anunció que en la misma campaña la mano de obra tiene bajos costos, lo que, en conjunto con las pruebas obrantes en el proceso, denota que la publicidad inicial era engañosa y la investigada aclaró tal situación con el segundo anuncio. ” (Fl. 125 Cuaderno de Antecedentes Administrativos)

Lo expuesto evidencia que, contrario a lo manifestado por la parte actora, la publicidad comercial objeto de la actuación administrativa y en general los medios de prueba allegados al respectivo proceso sí fueron valorados en conjunto para efectos de acreditar la comisión de la conducta imputada, deducir la responsabilidad de la investigada e imponer la correspondiente sanción y en esa medida, es claro que la entidad demandada, en el acto sancionatorio acusado, sí realizó un análisis objetivo y acucioso de la publicidad comercial objeto de investigación, bajo la óptica de un consumidor racional o medio, en tanto que basta con un simple análisis de las piezas publicitarias para determinar que estas no cumplieron con las exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico.

Lo anterior, por cuanto la sociedad demandante efectivamente desplegó información insuficiente y contradictoria que inducía o podía inducir en error al consumidor, por lo que debe tenerse en cuenta que la información que se suministre al consumidor respecto de los bienes y servicios que se comercialicen,

de sus componentes, propiedades y la propaganda que sea utilizada para dicha divulgación, debe ser veraz, suficiente y corresponder a la realidad. Es decir, no hay duda que la información que se entrega o suministra al consumidor o potencial consumidor es de plena responsabilidad del productor y/o comercializador, lo cual en el presenta caso no se acreditó, pues en efecto se realizaban cobros por la mano de obra en los tratamientos odontológicos, a pesar de indicarse que no tendrían ningún costo.

Al respecto, se ha referido doctrinalmente que la publicidad será engañosa: i) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la presentación del mensaje; ii) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la información que transmite el mensaje publicitario; y iii) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la omisión de información en el mensaje publicitario⁹. Además, que no es necesario para que la publicidad sea engañosa que el error efectivamente se produzca sino que basta con la mera inducción al error, inducción que se da desde el mismo momento en el que se puede afectar, debido a la presentación del mensaje, a la información transmitida o a los datos omitidos en el mensaje.

Igualmente, se entiende por nocivo, lo engañoso y perjudicial, lo falto de sinceridad y que estimule en forma manipuladora la satisfacción de necesidades superfluas para el consumidor¹⁰, esto es, que permite deducir que se utilizan mensajes con afirmaciones que no corresponden a las características, ventajas, beneficios y/o desempeños reales del producto o servicio, conllevando a que el consumidor sea objeto directo de un engaño.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, al no tener vocación de prosperidad el cargo de falsa motivación formulado, como quiera la Superintendencia de Industria y Comercio analizó la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente administrativo, y en esa medida señaló los supuestos fácticos y jurídicos que sirvieron de fundamento par al imposición de la sanción, debido al desconocimiento de los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, quedando demostrado que no existió una divergencia entre las pruebas recaudadas, los hechos investigados que determinaron la producción del acto demandado y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública para proferir su decisión.

3.5.3. Procedencia del rechazo de los recursos de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014

Sobre este aspecto tenerse en cuenta que la Ley 1437 de 2011 establece la procedencia y oportunidad de los recursos que pueden presentarse contra los actos administrativos así:

⁹ López García, Mabel (2004): *La Publicidad y el Derecho a la Información en el Comercio Electrónico*. Editado por eumed.net; texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/index.htm>.

¹⁰ Fischer Laura y Espejo Jorge, Mc Graw Hill "*Mercadotecnia*", Tercera Edición, 2004, Pág. 353.

“ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.”

Y la consecuencia directa de no interponerlos conforme la disposición normativa citada será su rechazo, tal y como lo dispone el artículo 78 *ibídem*:

ARTÍCULO 78. RECHAZO DEL RECURSO. Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior, el funcionario competente deberá rechazarlo. Contra el rechazo del recurso de apelación procederá el de queja.

De este modo, los recursos en las actuaciones administrativas se han constituido como un derecho que tienen las personas a impugnar las decisiones administrativas, esto es, ejercer el derecho a controvertir esas decisiones con el fin de defender sus intereses.

Dentro de los presupuestos para su procedencia se encuentra que deben ser interpuestos ante la autoridad que profirió el acto administrativo, encontrando en el presente caso que la autoridad que adelantó y culminó la actuación administrativa es la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de las facultades de inspección vigilancia y control conferidas por la Ley 1480 de 2011.

Ahora, la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS durante toda la actuación administrativa presentó sus escritos dirigidos a la Superintendencia de Industria y Comercio, salvo los alegatos de conclusión y el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014 que iban dirigidos al “MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO-SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR” (Fls. 108 y 128 Cuaderno de Antecedentes Administrativos), pero este último fue radicado ante las instalaciones del Ministerio y no de la Superintendencia el día 19 de mayo de 2014.

Con ocasión de la radicación del recurso ante el Ministerio, este procedió a remitirlo a la Superintendencia el día 20 de mayo de 2014, al verificar que fue presentado equivocadamente allí, sin embargo, arribó a la entidad hasta el 28 de

mayo del mismo año.

Mediante Resolución No. 55350 del 17 de septiembre de 2014 se rechazaron los recursos de reposición y en subsidio apelación por haber sido presentados de forma extemporánea, toda vez que la decisión sancionatoria había sido notificada el 8 de mayo de 2014, por lo que el término para interponerlos vencía el 22 de mayo del mismo año y sólo hasta el 28 de mayo fue radicado en la entidad, proveniente del Ministerio.

Al respecto es necesario precisar que el Decreto 2153 de 1992 , *“por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”*, establece que esta Superintendencia es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dotado con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y presupuestal, cuya actividad está orientada a fortalecer los procesos de desarrollo empresarial y los niveles de satisfacción del consumidor colombiano, es decir, ese Ministerio encabeza el sector¹¹. De ahí que el encabezado de todas las resoluciones contenga en primer orden al Ministerio y renglón seguido a la Superintendencia, por lo que no es inconcebible que el administrado considere que la decisión fue dictada en ese mismo orden.

Adicionalmente, los recursos fueron presentados oportunamente ante el Ministerio, quien lo remitió de forma inmediata - al día siguiente -al funcionario que tenía la competencia de resolverlos- Superintendencia-, considerando que fue presentado el 19 de mayo de 2014 y el término final era el día 22 del mismo mes y año. Es decir, no se configuraría una extemporaneidad en su interposición y debió haber sido resuelto de fondo¹².

De este modo, no podría la Superintendencia rechazar los recursos por extemporáneos al haberse allegado el escrito a su dependencia el día 28 de mayo de 2014, dado que sí fue radicado ante el Ministerio al cual se encuentra adscrita y que invoca en todas las resoluciones, incluso en los actos administrativos demandados, consolidándose una vulneración al debido proceso del investigado que vio cercenada su oportunidad de ser reevaluada la sanción emitida y que una segunda instancia resolviera sus argumentos de impugnación.

Lo cual no dista de lo analizado por el Consejo de Estado que ha considerado frete a la remisión de documentos que se radican en toras entidades que *“... como la petición fue radicada ante el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, éste tenía el deber de remitirla al competente, esto es, a la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral a la Víctimas, lo*

¹¹ El sector Comercio, Industria y Turismo está integrado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y sus entidades adscritas y vinculadas

¹² Frente a la obligación de remisión de documentos entre entidades como obligación de las mismas, el derecho español ha establecido en el artículo 14 de la Ley 40/2015 del 1 de octubre *“Régimen Jurídico del Sector Público”* la obligación del órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto, de remitir directamente las actuaciones al órgano que considere competente.

cual, como se dijo, es evidente aunque no existe prueba en el expediente que permita inferir que el DPS le haya informado al actor del trámite que le dio a su solicitud. Si el funcionario a quien se dirige la solicitud no es el competente, además de remitirla a quien sí lo es, deberá informarle tal actuación al interesado, pues de no hacerlo, vulneraría su derecho fundamental de petición. Por ello, la Sala exhortará al DPS para que en adelante, además de remitir a la entidad encargada las peticiones que no son de su competencia, informe de ello a los interesados en los términos establecidos en la norma vigente al momento de su presentación.”¹³ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En consecuencia, la decisión emitida por el *a quo* se encuentra ajustada en derecho, en el sentido de encontrar configurada una vulneración al debido proceso al proferirse las resoluciones Nos. 55350 del 17 de septiembre de 2014, por medio de la cual se rechazaron los recursos de reposición y en subsidio apelación y 78167 del 18 de diciembre de 2014, que resolvió el recurso de queja.

Sin embargo, respecto a la declaratoria de nulidad de las mismas y la orden relacionada con el restablecimiento del derecho consistente en que se proferiera una decisión de fondo, la Sala concluye que no está en armonía con lo establecido en el artículo 161 del CPACA que señala:

“ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. *La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

(...)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.”

Es decir, si bien se demostró una vulneración al debido proceso de la sociedad demandante al rechazarse los recursos interpuestos, el juez de primera instancia procedió a ordenar que se hiciera un pronunciamiento de fondo, lo cual no era lo pretendido en la demanda, denotando una falta de congruencia entre lo pretendido y lo ordenado, y adicionalmente, se pronunció de mérito sobre el asunto, haciendo nugatorio que la entidad resuelva de fondo sobre los recursos, pues el demandante ya no podrá atacar la decisión sancionatoria, aunque quede en firme posteriormente con el cumplimiento de la orden judicial emitida.

Por tanto, conforme el artículo 161 citado y la formulación de las pretensiones de la demanda, la finalidad de acudir a la administración de justicia teniendo por agotado el requisito de procedibilidad relacionado con ejercer y decidir los recursos, cumplió su cometido, pues ya se analizó de fondo el asunto, se estudiaron los cargos de nulidad formulados y se determinó que no había lugar a

¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta C.P. (E). Susana Buitrago Valencia Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012) Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00040-01(AC)

declarar la nulidad de la sanción impuesta, por falsa motivación (valoración probatorio) y respecto a la violación del debido proceso es claro que i) hubo una culpa del actor al haber radicado los recursos en otra entidad; ii) no obstante, existe el deber de remitir al competente y se cumplió en este caso, dado que el Ministerio lo remitió a la SIC; iii) por tanto, la SIC debió aceptarlos como oportunos y pronunciarse de fondo; iv) sin embargo, esa irregularidad no vicia *per se* el acto administrativo, por cuanto a) el objeto del recurso era permitir que el superior se pronunciara sobre la valoración de las pruebas sobre publicidad engañosa, y esto se pudo suplir en sede judicial; b) los argumentos no tenían la idoneidad no tenían la idoneidad y suficiencia para considerarse que la valoración de las pruebas llevaran a una decisión contraria.

Al respecto el artículo 228 constitucional establece que la debe primar el derecho sustancial, así:

“ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De este modo, se garantizó el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa, que es una de las finalidades de agotar los recursos en sede administrativa, y aunque se profiriera una decisión de fondo frente a los recursos, no podría revivirse la oportunidad para demandar la sanción impuesta - Resolución No. 29568 del 30 de abril de 2014 - sobre la cual ya hizo el estudio de legalidad correspondiente, lo que conlleva a concluir que la orden de restablecimiento que emitió el juez de primera instancia es inocua.

Igualmente, como se indicó *ut supra* las pretensiones de la demanda no estaban relacionadas con un pronunciamiento de fondo frente a los recursos que fueron rechazados, sino que se cuestionaba también la legalidad del acto sancionatorio que quedó incólume y el restablecimiento del derecho solicitado estaba relacionado con un daño emergente y lucro cesante, lo que permite concluir que lo procedente era negar las pretensiones de la demanda, en vista de que no se realizó un estudio juicioso de aptitud de la demanda, y el hecho de exigir un pronunciamiento frente a los recursos no hace que la decisión pueda demandarse, agotando entonces tanto la vía administrativa, como la judicial.

En suma, al haberse realizado el análisis de legalidad de la sanción impuesta, a pesar de que no hubo pronunciamiento de fondo sobre los recursos presentados, ya se dio cumplimiento a la finalidad de garantizar el acceso a la administración de justicia, y al concluirse que era desfavorable a las pretensiones del actor, lo procedente será revocar la decisión de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, que en ningún caso estaban relacionadas con las órdenes emitidas por el *a quo*.

3.6. Condena en Costas

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, y su liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

En virtud de lo anterior, y habida consideración que en el artículo 365, numeral 1 del Código General del Proceso se señala que *“se le condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”*, resulta procedente condenar en costas a la parte demandante, la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS.

No obstante, se ordenará que su liquidación sea realizada por el juzgado de origen en atención a lo dispuesto en el artículo 366 ibídem que indica que *“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior”*.

Al respecto, se torna pertinente traer a colación lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-157 de 2013:

“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”¹⁴.

IV. DECISIÓN

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

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2013, MP. Mauricio González Cuervo: Providencia en la se efectúa el estudio de constitucionalidad del Parágrafo único, artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 y se efectúa pronunciamiento en torno a la condena en costas y sus reglas conforme al Código General del Proceso.

FALLA:

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia del 29 de marzo de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la sociedad Cristianos Unidos por una Sonrisa SAS, por Secretaría remitir el expediente al Juzgado de origen para que liquide las costas procesales de conformidad con lo dispuesto en el N°1 del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, y en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado