

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

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 1 3 6 2 DE 2016

(0 3 AGO 2016)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Expediente No. 14-81712

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 39115 de 30 de julio de 2015¹, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de esta Superintendencia, en adelante la Dirección o el *a quo*, impuso sanción administrativa a la sociedad Donucol S.A., identificada con Nit. 860.508.791-1², por violación de lo dispuesto en los artículos 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011.

SEGUNDO: Que contra el acto administrativo sancionatorio, la apoderada especial de la investigada, el 14 de agosto de 2015, interpuso en término recurso de reposición y en subsidio de apelación³.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 96334 de 9 de diciembre de 2015⁴, la Dirección decidió el recurso de reposición y concedió el recurso subsidiario de apelación.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011-, este despacho procede a pronunciarse de fondo sobre los argumentos del recurso.

4.1. Argumentos de la recurrente.

En relación con el acto sancionatorio recurrido, la investigada argumentó lo siguiente:

"1) Violación al debido proceso; principio de legalidad y tipicidad por imposición de sanciones de imputaciones jurídicas realizadas sobre la Circular Única de la SIC

La violación al principio de legalidad, que no es otra cosa que la ilegalidad de las sanciones impuestas que vician la actuación, encuentra respaldo en las posiciones reiteradas de la jurisprudencia nacional, en la que se ha establecido que solamente la Ley puede establecer sanciones, tanto en su monto o cuantía como en lo atinente a los tipos o conductas que se

¹ Folios 258 a 269 del Cuaderno Principal.

² Certificado de Existencia y Representación Legal. Folio 311 a 318.

³ Folios 285 a 299 del C.P.

⁴ Folios 303 a 310 del C.P.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

encuentran proscritas, y que otras normas dentro del sistema de fuentes colombiano no pueden establecer tipos sancionatorios ni las sanciones a imponer, así:

(...)

Así, el ordenamiento jurídico nacional y la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, contemplan que tanto los tipos sancionatorios como las sanciones a imponer deben encontrarse contempladas en una Ley, es decir en una norma jurídica que emane del legislador, motivo por el cual, esta regla impide que con base en normas de otra categoría, expedidas por autoridades administrativas, sean jurídicamente viables la imposición de sanciones, al menos de manera directa, como imputaciones antijurídicas o conductas.

En ese sentido, la presente actuación vulnera esa regla procedimental de rango constitucional, por cuanto imputa como tipo prohibitivo presuntamente transgredido por mi mandante, reglas de conducta contenidas en la Circular Única de la SIC, norma que evidentemente no fue expedida por el legislador ni tiene rango de Ley, por más que haga parte del régimen de protección al consumidor, como lo señala la Resolución recurrida en su parte motiva.

Precisamente, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor imputó y profirió sanción en contra de DONUCOL S.A. por supuestamente haber contrariado algunos deberes de conducta contemplados en los numerales 2.1.1.2 y 2.1.2.1 de la Circular Única de la SIC, normas que como expresamente se señala en el numeral noveno (9) de la Resolución recurrida, fueron tenidos en cuenta como violaciones directas al régimen de protección al consumidor, siendo en consecuencia imputadas dichas presuntas violaciones como cargos directos.

Siguiendo entonces lo señalado en las sentencias citadas, lo anterior, vicia la sanción impuesta y la Resolución 39115 de 30 de julio de 2015, por cuanto viola directamente el principio de legalidad de las infracciones y sanciones, y en consecuencia vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

(...)

En este sentido, continuar con la sanción por los deberes de conducta contemplados en la Circular Única de la SIC, contraría el principio de tipicidad, que surge del principio de legalidad en materia de competencia sancionatoria, ligado a su vez al debido proceso, en la medida en que la facultad para establecer infracciones e imponer sanciones administrativas, como expresión del ius puniendi del Estado, exigen que sea únicamente el legislador quien expida normas de carácter sancionatorio y asigne las competencias a las diferentes autoridades para adelantar el respectivo procedimiento.

De lo anterior se concluye que no resulta constitucionalmente admisible que esta Delegatura impute cargos e imponga sanciones por las conductas contempladas en la Circular Única de la SIC, dado que dicha norma no tiene el rango de Ley.

(...)

Lo que se reprocha, como vicio de la actuación administrativa y ahora en consecuencia de la sanción impuesta, es que se hayan realizado imputaciones directas sobre normas contenidas en ese cuerpo normativo, cuando el mismo no tiene rango de Ley, y por ende, respetando el principio de legalidad y de tipicidad, y en consecuencia el debido proceso, no podría realizarse una imputación directa o formularse un pliego de cargos, al menos de la forma como fue realizado.

Si el reproche de esa Entidad se basó en el presunto incumplimiento de deberes de conducta que provienen o tienen como fuente instrucciones impartidas por esa Superintendencia, **se debió haber realizado una imputación de un incumplimiento de instrucciones**, y no de un incumplimiento de las normas de protección al consumidor, como erróneamente lo realizó esa Dirección.

(...)

En definitiva, sería diferente la tipificación, y en consecuencia ajustada a Derecho, si se hubiese realizado por incumplimiento o inobservancia de instrucciones. Sin embargo, al haber sido proferida la sanción por 'inobservancia de normas contenidas en esta Ley', es decir en el Estatuto de

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Protección al Consumidor, se vulneró el debido proceso de DONUCOL S.A. y por ende debe ser revocada la sanción en lo que respecta a las imputaciones jurídicas realizadas por las normas contenidas en la Circular Única.

En consecuencia, la sanción proferida contra mi mandante, debe verse disminuida drásticamente, por cuanto en las consideraciones o desarrollo de la motivación que realizó esa Dirección, fueron tenidas en cuenta presuntas infracciones sobre los deberes de conducta contenidos en los numerales 2.1.1.2 y 2.1.2.1 del Título II de la Circular Única de la SIC, los cuales fueron realizados para adecuar los hechos, de manera tal que fuera procedente la imposición de sanciones, especialmente en lo que respecta a los artículos 29, 30 de la Ley 1437 de 2011.

2) LAS SANCIONES PROFERIDAS POR LOS ARTÍCULOS 29 Y 30 DEL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, NO SE AJUSTAN A LOS HECHOS

Como se expuso en los descargos presentados, la información promocional contenida en las piezas publicitarias que recaudó la Superintendencia para iniciar la actuación administrativa, evidencian como la información allí contenida era clara para los consumidores al señalar cuáles eran las condiciones para acceder a la promoción de DONUCOL.

Así de la frase 'TODOS LOS MARTES' sin necesidad de mayor análisis se observa la primera de las condiciones de la estructuración de la oferta comercial de mi poderdante, cual era que los consumidores solo podían adquirir dicha promoción en ese día de la semana, mientras la información sobre la misma continuara circulando en el mercado.

La segunda condición que contenía la publicidad promocional, está dada por la frase 'PAGA 6 DONUTS LLEVA 12', que indica de manera cierta y que no admite discusiones, que el cliente debía adquirir seis (6) unidades de producto, para poder recibir como prestación adicional otras seis (6) unidades.

Si sumamos las dos frases arriba explicadas, encontramos que a este punto, un lector desprevenido de la publicidad conocería que para poder acceder a la promoción que DONUCOL lanzó al mercado para el mes de abril de 2014, debía acudir a un establecimiento de comercio el día martes y adquirir seis (6) Donuts, para poder hacerse a otras seis (6) unidades de producto, de forma adicional, es decir que no existe ninguna potencialidad de engaño a este punto de análisis.

Y adicionalmente, como la pieza publicitaria debió ser analizada en conjunto, integralmente, la referencia al precio unitario de \$2.700 pesos por donut, debe ser tenido en cuenta como parte de la pieza publicitaria, precio que no solo fue respetado, sino del que adicionalmente informaban de manera clara y expresa los empleados de DONUCOL a aquellos clientes que quisieran adquirir la promoción, como se encuentra acreditado con el testimonio recaudado en la visita de inspección realizada a un establecimiento de comercio de mi mandante.

Ahora bien, como se ha indicado y además como es costumbre en el comercio nacional, las restricciones y condiciones adicionales de las ofertas comerciales promocionales que se publicitan por parte de los diferentes agentes y en las distintas industrias, se encuentran en la parte inferior de las piezas publicitarias, como en efecto se puede leer en los avisos de los establecimientos de comercio de DONUCOL y en los volantes que contenían la información sobre la promoción para los consumidores.

Esta inclusión, es realizada por DONUCOL con la finalidad de acatar las disposiciones contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor, actuando de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo como agente de mercado, las que además se ven reforzadas por uno de los elementos de mayor preponderancia para una empresa de la naturaleza y ramo de ésta, su buen nombre y la satisfacción del consumidor.

Así, en todas las piezas publicitarias en las cuales se ofertó al público la promoción objeto de la presente actuación administrativa, se incluyeron las condiciones y restricciones de la oferta comercial de manera razonable. La primera de las indicaciones que están allí contenidas se refiere directamente a una restricción de la promoción, que es su acumulación con otras promociones. De manera subsiguiente, y solo separada por una coma, se encuentra la otra restricción de la promoción, dada por la frase 'no aplica en terminales terrestres o aéreas', de manera tal que la

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

preposición completa en lo atinente a las restricciones de la promoción está compuesta por estas dos frases, formando un todo.

Luego, también en la parte inferior de las piezas publicitarias e incluso en un mayor tamaño de fuente, como ya se indicó, se encuentra una de la última condición de la promoción de DONUCOL, que es el valor unitario al que debe ser adquirida cada una de las seis (6) donuts para acceder a la promoción.

(...)

En ese sentido, a las frases resaltadas de la publicidad promocional de DONUCOL que llevaban, como ya se dijo, a que un consumidor promedio estuviera totalmente informado que para acceder a la promoción debía adquirir seis (6) donuts en los establecimientos comerciales de la marca DUNKIN DONUTS solamente los días martes, se le suman las condiciones y restricciones que se encuentran señaladas para los consumidores en los mismos medios que reposan en el expediente, que llevarían entonces a adicionarle a lo anterior que i) El valor unitario de las Donuts es de \$2.700 pesos, ii) que esta promoción no puede ser acumulada con otras y iii) que para los establecimientos de comercio de la marca comercial DUNKIN DONUTS que se encuentren en terminales terrestres o aéreas no aplica la promoción.

Así las cosas, respetuosamente debo señalar que no existen elementos de juicio que puedan llevar a concluir, como lo hizo esa dirección, que la publicidad de la promoción 'REINÍCIATE TODOS LOS MARTES PAGA 6 DONUTS LLEVA 12' causó algún tipo de engaño al público, cuantificado o identificado además y por el que deba responder mi mandante, conforme con el artículo imputado.

(...)

Ahora bien, dado que la norma presuntamente incumplida, esto es el artículo 30, y por el cual fue proferida la sanción que se recurre, exige que se haya realizado un efectivo engaño al consumidor, o que se haya incumplido la oferta comercial, es que se resaltó el hecho de que no se hubiera recibido ni una sola queja ni en los establecimientos comerciales de DONUCOL (DUNKIN DONUTS) ni reposa ninguna en esta actuación administrativa.

(...)

2.2) Sobre el cumplimiento al artículo 29 (Fuerza Vinculante) del Estatuto de Protección al Consumidor de la publicidad e información brindada al consumidor por parte de DONUCOL

(...)

En ese sentido, al no existir una sola queja que repose en el expediente que dé cuenta de incumplimiento en la oferta comercial por parte de DONUCOL, se debe presumir la buena fe de mi poderdante, como mandato y principio constitucional.

Además de esto, como lo prueba el testimonio de la administradora del establecimiento de comercio propiedad de DONUCOL en el cual se adelantó la visita administrativa que reposa en la actuación, los vendedores de la compañía están total y absolutamente dispuestos e instruidos para cumplir a cabalidad con las condiciones objetivas y específicas anunciadas en las piezas publicitarias de la promoción denominada 'Reiníciate; todos los martes paga 6 donuts y lleva 12' y en los términos de la misma.

Esto, lo demuestra el testimonio de la señora NIDIA MARCELA RODRIGUEZ, cuando señaló que 'se cobran 6 donuts y se regalan 6 más, cada donut vale \$ 2.700 pesos, luego el valor total de la promoción es de \$ 16.200 pesos', pues es precisamente esa la información que se encuentra contenida en la pieza publicitaria en mención, siendo por ende la información por ella aportada coherente con la información publicitaria difundida en el mercado.

(...)

En ese sentido, como se explicó al analizar de manera íntegra la información contenida en las piezas publicitarias que dieron pie a la imputación de cargos y ahora a la imposición de sanción, como

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

elementos o hechos que fueron efectivamente analizados por esa Dirección al motivar la sanción que se recurre, no existió engaño o confusión para consumidor de la conducta de DONUCOL referida a la pieza publicitaria analizada por esa Dirección, por el contrario, siempre se respetó estrictamente el cumplimiento de la promoción, como oferta comercial lanzada al público en general.

Esto, fue corroborado por el testimonio del Gerente de Operaciones al que ya se hizo mención, quien en sobre la fuerza vinculante de las promociones que realizada la empresa (sic).

Así las cosas, contrario a lo afirmado por esa Dirección, el obrar de mi poderdante, se ajusta plenamente al mandato del artículo 29 imputado, pues cumplió siempre con la obligatoriedad de su promoción, en los términos y condiciones de la misma, cobrando el valor total correspondiente a seis (6) donuts, cada una a valor unitario de \$ 2.700 pesos, como lo dice la publicidad, lo que evidencia el comportamiento coherente y conforme con la información publicitaria.

Adicionalmente, no se encuentra probado en la actuación, ni fue analizado por esa Entidad, elemento de prueba alguno que permita concluir que DONUCOL no cumplió con su oferta comercial promocional, por ende, cualquier reproche adicional, aun cuando se quiera ver como consecencial de un incumplimiento del artículo 33 de la Ley 1437 de 2011, no puede ser encuadrado dentro del artículo 29 de esa misma Ley, y por consiguiente debe ser descartado su incumplimiento.

3) Sobre la 'inexistencia' de atenuantes para la dosimetría sancionatoria

(...)

Lo anterior, por cuanto si existen atenuantes que deben ser tenidos en cuenta al momento de proferir sanción, como lo son:

- a) *No se encuentra probado en el expediente la causación de ningún daño a los consumidores.*
- b) *No existe persistencia de la conducta imputada como presuntamente infractora, dado que fue desmontada la promoción bajo examen.*
- c) *En los últimos tres (3) años, teniendo en cuenta el periodo de caducidad establecido en el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, DONUCOL S.A. no ha tenido ninguna sanción por infracciones al régimen de protección al consumidor, por lo tanto no es reincidente.*
- d) *Que como se encuentra probado en el expediente, DONUCOL no solo decidió desmontar la promoción objeto de análisis, sino también ha manifestado siempre su directa intención de beneficiar a los consumidores con sus políticas comerciales.*
- e) *Que DONUCOL siempre ha atendido a los requerimientos de la autoridad realizados con ocasión del presente trámite, y de manera general.*
- f) *Que no existió nunca ningún tipo de ocultamiento o encubrimiento de la presunta infracción.*
- g) *Que DONUCOL S.A. tiene dentro de sus políticas empresariales un módulo continuo de capacitación a sus empleados sobre las normas vigentes de protección al consumidor."*

4.2. Consideraciones del despacho.

4.2.1. Síntesis de los hechos.

La presente actuación administrativa se originó con la visita de inspección al establecimiento de comercio Dunkin Donuts, ubicado en la carrera 10 # 27 - 00, local 6-7, Edificio Bochica en Bogotá D.C., a partir de la cual se encontró que presuntamente no había claridad respecto de la vigencia, condiciones y restricciones de cada una de las promociones, por lo que se advirtió una presunta transgresión a lo establecido en los artículos 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

concordancia con el literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo, Título II, de la Circular Única de esta Entidad.

En consonancia con lo anterior, luego de realizar la visita en mención y de recaudar material probatorio en la averiguación preliminar, a través de la Resolución No. 28727 de 30 de abril de 2014⁵, la Dirección imputó los siguientes cargos:

“NOVENO: Que esta Dirección en uso de las facultades legales mencionadas, realizó una visita de inspección al establecimiento de comercio “DUNKIN DONUTS”, ubicado en la carrera 10 N° 27 – 00, local 6 – 7, Edificio Bochica de Bogotá D.C., con el fin de verificar el cumplimiento de las normas referentes a la protección del consumidor, así las cosas, se evidencia:

Imputación fáctica: Posible violación a los artículos 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011. Que esta Dirección conoció de la siguiente pieza publicitaria:

(IMAGEN)

En una fotografía más cercana de la misma pieza publicitaria, se observa que en la parte inferior de la misma aparecen en letras muy pequeñas las frases que dicen: ‘No acumulable con otras promociones, no aplica en terminales terrestres o aéreas. Valor de la unidad \$2.700.’

(IMAGEN)

Así las cosas, dentro de un análisis preliminar, esta Dirección encuentra que:

- No se informa la vigencia de la promoción.
- No se enuncian las condiciones para acceder a la misma.
- No se señalan las restricciones de la promoción.
- No se indican las unidades disponibles.
- La información relacionada con las condiciones y restricciones de la promoción ‘no tiene similar notoriedad al ofrecimiento del producto o servicio que se anuncia.’

Finalmente, detrás del mismo anuncio publicitario, en el mismo establecimiento de comercio, se encuentra fijada una lista de precios donde se muestra claramente que el precio de 6 donuts es de \$12.000, así:

(IMAGEN)

Al hacer una comparación de las imágenes reproducidas (1, 2 y 3) se evidencia además un presunto engaño al consumidor frente a la real existencia de una promoción, toda vez que el precio regular de 6 donuts es de \$12.000 y en la pieza publicitaria se anuncia un precio unitario de \$2.700, que arrojaría un total de \$16.200 por la compra de la misma cantidad de unidades. Así adquirir la supuesta promoción resultaría \$4.200 más costoso que adquirir el producto en la presentación ordinariamente comercializado.

Adicionalmente, aun cuando en el acta de la nombrada visita de inspección realizada en las instalaciones del establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad DONUCOL S.A., identificada con el NIT. 860.508.791-1, al ser preguntada la administradora, señora NIDIA MARCELA RODRÍGUEZ, sobre las condiciones de la promoción denominada ‘REÍNICIATE TODOS LOS MARTES PAGA 6 DONUTS LLEVA 12’ aludida en las piezas publicitarias de las imágenes 1 y 2, haya manifestado que ‘se cobran 6 donas y se regalan 6 más, cada dona vale \$2.700, luego el valor total de la promoción es \$16.200’ y más adelante, cuando se le hace mención a la lista de precios fijada en cuatro paneles en el establecimiento, haya expresado que ‘...se manejan varias promociones, por ejemplo: 6 donas en \$12.000 o paga 4 donas y lleva 6 por \$10.800. Otra promoción es la de los martes de abril, donde el cliente paga 6 donas y lleva 12 por \$16.200.’ (Folio 2 reverso), eso podría generar más confusión entre los consumidores por cuanto no hay claridad respecto a la vigencia, condiciones y restricciones de cada una de las mencionadas promociones,

⁵ Folios 15 a 18 del C.P.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

aunado al hecho que no se encuentra visible en el establecimiento publicidad alguna de las dos promociones adicionales a las que hace referencia la citada administradora.

Lo anterior, podría considerarse una presunta violación de lo establecido en los artículos 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los literales a) y d) del numeral 2.1.1.2 y en el numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, así como del artículo 33 del citado Estatuto del Consumidor.⁶

Surtido el trámite dispuesto en la Ley 1437 de 2011 para este tipo de actuaciones administrativas sancionatorias, mediante Resolución No. 39115 de 30 de julio de 2015, la Dirección declaró la responsabilidad administrativa por la vulneración de lo señalado en los artículos 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011, por lo que resolvió imponer multa a la investigada por valor de TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$32.217.500), equivalentes a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, mediante la Resolución No. 96334 de 9 de diciembre de 2015, la Dirección desató el recurso de reposición y concedió el recurso subsidiario de apelación, confirmando en su totalidad la decisión sancionatoria impugnada.

De conformidad con lo anterior, el despacho abordara lo dispuesto por la libelista, teniendo en cuenta los siguientes puntos: (i) la sanción impuesta no se ajusta a los hechos, (ii) la proporcionalidad de la sanción impuesta, la transgresión del debido proceso y los principios de legalidad y tipicidad.

4.2.2. En cuanto al argumento referente a que la sanción impuesta no se ajusta a los hechos.

La recurrente adujo que la sanción impuesta no se ajustaba a los hechos, puesto que la información contenida en las piezas publicitarias era clara para los consumidores e indicaba las condiciones para acceder a la promoción, advirtiendo que solo los martes se podía adquirir la promoción y la frase "PAGA 6 DONUTS LLEVA 12", la cual informaba de manera cierta que el cliente debía adquirir seis (6) unidades de producto para poder recibir otras seis y cada unidad se vendía por un precio de dos mil setecientos pesos (\$2.700).

Adicionalmente, advirtió que el precio se debía tener en cuenta como parte de la pieza publicitaria, el cual además era informado de manera clara y expresa por parte de los empleados de la investigada.

Asimismo, la libelista resaltó que las restricciones y condiciones de la promoción se encontraban en la parte inferior de las piezas publicitarias.

Expuestos los argumentos de la investigada, en primer lugar es pertinente señalar que el presente cargo, encuentra su fundamento en los artículos 29, 30 y 33 de 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.

⁶ Folios 16 a 17 del C.P.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

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 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. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En ese orden de ideas, es preciso señalar que para determinar la existencia o no de publicidad engañosa, se analizan no sólo los aspectos literales de lo publicitado, sino que además se establecen y verifican todos los componentes del mensaje publicitario.

Este último concepto propio de temas de publicidad, debe ser entendido como lo que el anunciante intenta transmitir al consumidor, es decir, es el objetivo o la idea que se quiere crear en la perspectiva del cliente.

En este mismo sentido, en derecho comparado, concretamente la "Federal Trade Commission", utiliza para el análisis de la publicidad engañosa el concepto de "net impression", con el cual a juicio de dicha corporación, el juzgador no necesita mirar más allá del primer contacto con el consumidor para determinar cuál es esa impresión general que el mensaje o la pieza publicitaria causó en el mismo⁷. Por tanto, de manera genérica, puede entenderse como lo que se espera que el consumidor retenga luego de dar a conocer la campaña publicitaria.

Para lograr lo anterior, se valoran de manera conjunta todos los elementos que integran la publicidad, que a manera de ejemplo y sin pretender que los enunciados abarquen la totalidad, deben tenerse en cuenta los textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de origen, cualquier otra información contenida en ellas y en especial el mensaje transmitido que se construye a partir de los anteriores elementos enunciados.

En este sentido, el Estatuto del Consumidor señala que la "publicidad engañosa" se da cuando el mensaje transmitido: (i) No corresponda a la realidad⁸, o (ii) Sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión⁹.

Por su parte, la doctrina califica a la "publicidad engañosa" "como cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario que sea entera o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor"¹⁰

En consecuencia, no es necesario para que la publicidad se califique como engañosa que el error efectivamente se produzca o que se verifique la ocurrencia de daño alguno, en contraste, basta con que se advierta en abstracto que la publicidad induce al error y/o la posibilidad de ocasionar daño con el mismo¹¹.

Según esto, la publicidad engañosa no es solo aquella cuyo mensaje explícito entra en abierta contradicción con los productos y promociones realmente ofertadas, sino también cuyo mensaje

⁷ Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América. <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/09/federal-appeals-court-upholds-district-court-order-permanently>. Case: 13-4169 Document: 36-2 Filed: 09/08/2014. En esta decisión la FTC expresó: "Los acusados no pueden hacer considerables declaraciones falsas a consumidores y luego entregar correcciones y limitaciones de responsabilidad en las comunicaciones posteriores".

⁸ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española "realidad" es "**Verdad, lo que ocurre verdaderamente**". (Negrillas fuera de texto).

⁹ Numeral 13 del artículo 5 denominado "definiciones" de la Ley 1480 de 2011.

¹⁰ ANTONIO JUAN RINESSI, Relación de Consumo y Derechos del consumidor, Editorial Astrea, página 205

¹¹ MÉNDEZ, R.M. y VILALTA, A.E.: "La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otros", p.12. TATO PLAZA, A.: "Aspectos generales del régimen jurídico de las promociones publicitarias", en Revista de autocontrol de la publicidad, número 60, Madrid, 2002, p.27-34.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

en conjunto y la impresión que del mismo se pueda hacer un consumidor medio, induce al error en forma más sutil pero igualmente efectiva.

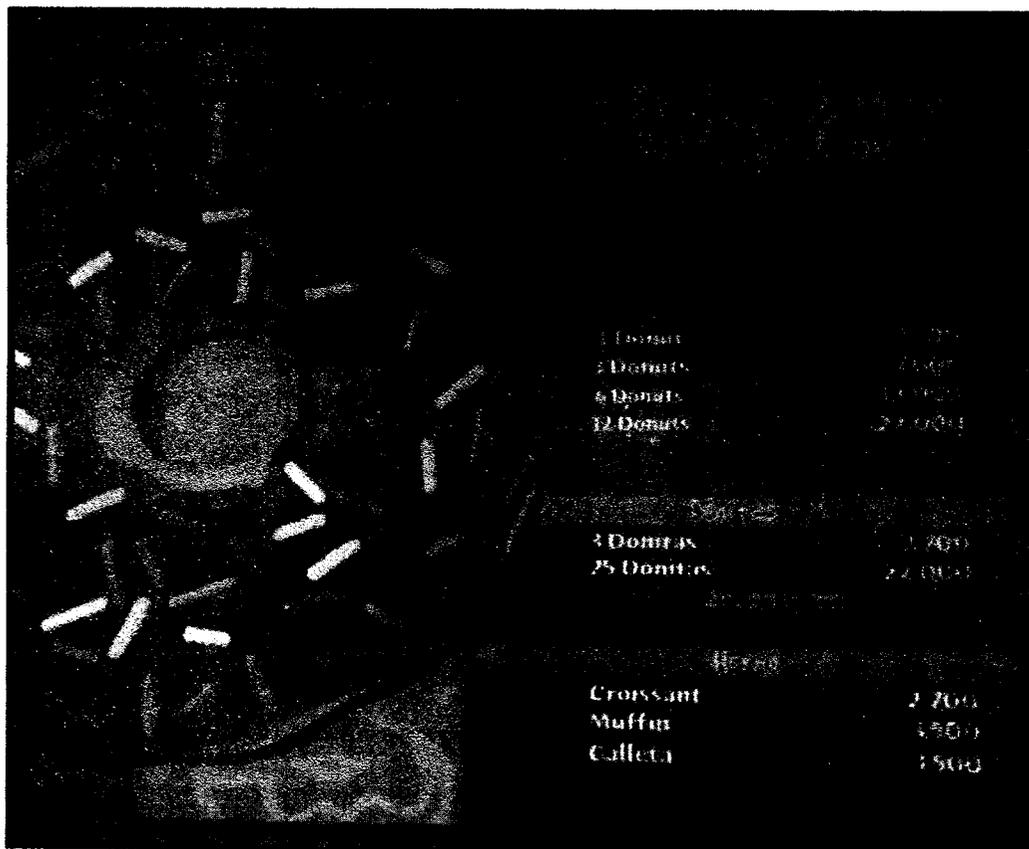
Por otra parte, es de resaltar que frente al contenido de la publicidad, el anunciante que decide incluir información de unos productos en las piezas publicitarias, debe asegurar que la misma se suministre en cumplimiento de las características que debe tener conforme con la ley y que el mensaje en su conjunto no induzca en error al consumidor sobre los productos que ofrece ni respecto de las promociones aplicadas a los mismos.

Con base en los aspectos normativos, jurisprudenciales y doctrinales señalados previamente, este despacho procede a la verificación del material recaudado en el curso de la actuación, a fin de determinar si la sanción impuesta por el *a quo* fue acorde con la conducta desplegada por la recurrente.

En primer lugar, en el CD obrante a folio 14 se encuentran las imágenes tomadas en el establecimiento objeto de la visita de inspección realizada, en las que se evidencia la publicidad referente a la promoción "*Reiníciate todos los martes paga 6 donuts y lleva 12*", al igual que la lista de precios de los productos comercializados por la investigada.

Así las cosas, en las piezas publicitarias referidas se advierten disposiciones tales como "*Reiníciate todos los martes*", "*Paga 6 donuts lleva 12*", "*No acumulable con otras promociones, no aplica en terminales terrestres o aéreas. Valor de la unidad \$2.700*", las cuales se deben analizar en conjunto con la información general brindada en la lista de precios que se encontraba en el establecimiento de comercio.

Imagen No. 1 CD obrante a folio 14



Según esto, en aplicación de las reglas de la sana crítica, se encuentra que el mensaje brindado a través de las piezas publicitarias promociona la posibilidad de adquirir doce (12) donuts por el precio de seis (6) que habitualmente se cobraba y en consecuencia, esa es la impresión que dejó en los consumidores.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Frente a lo cual es pertinente señalar que si bien en la pieza publicitaria se anuncia en letra reducida que el valor de la unidad era de dos mil setecientos pesos (\$2.700), lo cierto es que justo atrás de los anuncios publicitarios se encontraba la lista de precios en referencia, en la cual se informaba que el precio habitual de las seis (6) donuts era de doce mil pesos (\$12.000), lista que además fue relacionada en el pliego de cargos.

De este modo, se concluye que el análisis en conjunto de las piezas publicitarias con lo indicado en la lista de precios, podía inducir a confusión al público, en la medida que al vender la promoción por un valor de dieciséis mil doscientos pesos (\$16.200), podía generar desconcierto en los consumidores en la medida en que no era concordante con la lista de precios exhibida y de este modo no era el esperado conforme al precio de seis (6) donuts anunciado en la misma.

Pues bien, dicha confusión se materializa en el cobro de un valor de cuatro mil doscientos pesos (\$4.200) por las seis (6) donuts que eran anunciadas en la publicidad como gratuitas.

Lo anterior se corrobora a partir de lo indicado por la señora Nidia Marcela Rodríguez, en la diligencia de 15 de abril de 2014, como bien consta en el acta de la visita de inspección, en los siguientes términos:

“Se cobran 6 donas y se regalan 6 más, cada dona vale \$2.700, luego el valor total de la promoción es de \$16.200”¹².

Frente a lo señalado en el acta de visita de inspección, es preciso recordar que por regla general es considerada como plena prueba documental, en la cual se deja constancia de todos y cada uno de los hechos que ocurrieron durante la diligencia desde su inicio hasta su culminación y es suscrita por todos los participantes en señal del aval de lo allí consignado, por lo que este documento es la instrumentalización de dicha diligencia administrativa.

Por tanto, contrario a lo aducido por la libelista, no es cierto que la sanción proferida no se ajustara a los hechos, todo lo contrario, a partir del acta de visita de inspección, las piezas publicitarias, la lista de precios y demás pruebas obrantes en el expediente, se pudo constatar la configuración de publicidad engañosa, puesto que dichas pruebas fueron conducentes, útiles y pertinentes, dado que aportaron un grado de convicción sobre la configuración de la infracción administrativa frente a las normas imputadas –artículos 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011-.

En consonancia con lo expuesto previamente, se desvirtúa lo aducido por la recurrente en cuanto a que la información era clara para los consumidores, dado que la frase “PAGA 6 DONUTS LLEVA 12”, se presenta como una afirmación expresa que genera una impresión en los consumidores respecto de lo ofertado y la creencia errónea de que el valor a pagar por la promoción, era el precio habitual de doce mil pesos (\$12.000), conforme a lo anunciado en la lista de precios expuesta al público.

En ese orden de ideas, la publicidad es propicia para generar confusión en el público sobre la cobertura de la promoción ofrecida, por lo que era apenas obvia la posibilidad de que los consumidores entendieran que el precio a pagar por la misma era el valor habitual cobrado por ese número de unidades.

Por tanto, elementos externos a lo informado en las piezas publicitarias y a la lista de precios, tales como la información brindada por los funcionarios de la investigada y la ausencia de quejas que den cuenta del incumplimiento, las cuales fueron señaladas por la encartada como fundamento para exonerarse de su responsabilidad, no son conducentes para establecer cuál era el mensaje publicitario anunciado y tampoco se constituyen como causales de exoneración

¹² Folio 2 del C.P.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

de responsabilidad de la investigada ni justifican de alguna manera, la emisión de publicidad engañosa por parte de la misma.

En concordancia con lo anterior, el despacho concluye que el análisis realizado debe ser integral y no puede encontrar su sustento en lo argüido por la libelista, en razón a que se valoran todas las pruebas obrantes en el plenario y además se tiene en cuenta el daño potencial que se pudo causar con la publicidad emitida frente al universo de consumidores.

Según esto, limitar el análisis y valoración probatoria en el sentido planteado por la recurrente no es plausible y resulta contradictorio con lo alegado previamente en cuanto a que las decisiones que adopte la administración deben estar soportadas en pruebas, por cuanto no existe elemento probatorio alguno que acredite la inexistencia de peticiones, quejas y reclamos y además se presentaría una omisión en la valoración de pruebas que sí hacen parte de la presente actuación administrativa.

Por otra parte, es pertinente señalar que la Campaña "REINÍCIATE TODOS LOS MARTES PAGA 6 DONUTS Y LLEVA 12" ofrece unos incentivos y encuadra perfectamente en la descripción de una promoción u oferta dispuesta en la Ley 1480 de 2011 y en el numeral 2.1.2.1, Título II, de la Circular Única de esta Entidad, en razón a que a través de la misma se permite la comercialización de productos o servicios en condiciones más favorables que las habituales, en aras de inducir y hacer más atractiva la compra de los productos o servicios ofrecidos por la sociedad investigada.

Así las cosas, la información que limite en cierta medida un sorteo, promoción u oferta, debe ser determinada, hasta el grado que pueda dar certeza al consumidor sobre las condiciones específicas de lo promocionado. En igual sentido lo señala el Consejo de Estado:

"(...) en esas disposiciones se establece como características fundamentales de la publicidad o propaganda comercial la veracidad e integralidad en la información sobre el producto o el incentivo objeto de la misma, esto es, que sea cierta y lo más completa posible, dado el papel medular de la información en la protección de los derechos del consumidor y la necesidad que éste tiene de ella para poder tomar decisiones acordes con sus necesidades y, por ende, de manera racional, consciente y con certeza de lo que adquiere; y que una condición para que efectivamente sea veraz y genere la certeza que necesita el consumidor en sus decisiones de compra es la precisión de los datos pertinentes, es decir, que los mismos no sean vagos, equívocos o indeterminados. Esos son los principios rectores consignados en tales normas en relación con la publicidad en general y con la publicidad fundada en incentivos, que es la que aquí interesa."¹³ (Subrayado por fuera de texto)

Asimismo, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, en Sentencia – Resolución No. 1170-2012/CS1-INDECOPI, se ha pronunciado sobre la importancia de brindar la información relevante sobre las promociones a los consumidores, en los siguientes términos:

*"La exigencia de consignar el stock mínimo y la duración busca trasladar al consumidor información relevante respecto de las probabilidades que tiene de acceder a una promoción. **Así, mientras la indicación del número de unidades disponibles les advierte de las restricciones cuantitativas de la promoción, la vigencia les permite conocer el periodo durante el cual podrán hacer valer la oferta anunciada, evitando que, debido a su desconocimiento, se generen expectativas incorrectas. Por ello, mediante la difusión de esta información, un consumidor conocerá la verdadera magnitud de las ofertas y promociones publicitadas y podrá calcular las posibilidades que tiene de adquirir o contratar los productos o servicios anunciados**"¹⁴. (Destacado fuera de texto)*

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 22 de junio de 2006. Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00540-01. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

¹⁴ Tribunal de Defensa de La Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución 1170-2012/SC1-INDECOPI. Expediente NO. 006-2011/CCD-INDECOPI-AQP. ASÍ COMO también, la Resolución 2618-2012/SC1-INDECOPI Expediente NO. 011-2011/CCD-INDECOPI-AQP

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Por tanto, el consumidor debe obtener de la publicidad la información relevante y esencial para valorar si acepta la promoción, según esto, cuando existan restricciones o condiciones que se refieran a aspectos fundamentales y objetivos de la promoción, es imperativo que la pieza publicitaria las señale de manera clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, dado que el consumidor debe conocerlas y comprenderlas de antemano, puesto que dicha información tiene la potencialidad de cambiar o modificar la decisión de consumo.

En consecuencia, al confirmar que la dinámica comercial es una promoción, queda claro que la publicidad que se emita en relación con la misma, debe cumplir con la información mínima y la sociedad investigada debe atender su deber de informar al consumidor en la pieza publicitaria las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito esencial para acceder a esta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011.

Así las cosas, por las razones expuestas previamente, el despacho concluye que si bien se informó el precio de dos mil setecientos pesos (\$2.700) valor unitario, como una de las condiciones de la promoción, lo cierto es que la forma como se comunicó dicha información, analizada en conjunto con la lista de precios expuesta en el establecimiento, generaba confusión en los consumidores en ese sentido.

Aunado a lo anterior, el despacho advirtió que no se informó la vigencia del incentivo, a partir del análisis de las piezas publicitarias de la promoción ofrecida por la sociedad investigada, puesto que si bien indicó que la promoción se llevaría a cabo todos los martes, información que como bien señaló el *a quo* se constituye como "(...) uno de los elementos circunstanciales que componen las variables temporales¹⁵", omitió informar la fecha exacta de inicio y terminación de la promoción, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.1.2.1 del capítulo II, título II, de la Circular Única de esta Entidad.

En suma, se corrobora que la publicidad difundida podía generar confusión, en cuanto al valor a pagar por la promoción y su vigencia, por cuanto no basta con que se informen las condiciones de tiempo, modo y lugar de la oferta, en razón a que es fundamental la forma cómo las mismas son expuestas y comunicadas. A partir de ello, es posible establecer si la información brindada estaba conforme es cualificada por el régimen de protección al consumidor, tal y como en el presente caso se analizó.

En consecuencia, se confirma la responsabilidad de la sociedad investigada por la transgresión a lo dispuesto en los artículos 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011, frente a las dos (2) piezas publicitarias referenciadas en el pliego de cargos, por cuanto no brindaban información suficiente en relación con la vigencia de la promoción e incluían mensajes que analizados de manera integral desde la perspectiva de los consumidores, permitían ser interpretados en el sentido de que se estaba anunciando el valor habitual de seis (6) donuts, no obstante, el precio que realmente se cobraba para acceder a la promoción era muy superior al mismo.

4.2.3. En cuanto a la proporcionalidad de la sanción impuesta, la transgresión del debido proceso y los principios de legalidad y tipicidad.

Frente a la sanción impuesta, la libelista manifestó que las sanciones deben estar en una ley, sin embargo, indicó que en el presente caso, la sanción se impuso por transgredir la Circular Única que no tiene rango de ley, lo cual vulnera los principios de legalidad y tipicidad. De igual manera, resaltó que no se tuvieron en cuenta los atenuantes al momento de proferir la sanción.

Ante estas alegaciones, es de resaltar que en el ejercicio de la potestad sancionadora, el Estado está habilitado para imponer sanciones correctivas destinadas a castigar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y

¹⁵ Folio 267 del C.P.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

limitaciones establecidas para reglar determinadas materias¹⁶; en este sentido, la doctrina ha definido el concepto de sanción administrativa de la siguiente forma:

"Así, Jorge Bermúdez distingue entre una noción amplia de sanción, como "toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta", mientras que la noción estricta de sanción administrativa sería "aquellas retribuciones negativas previstas como tales en el ordenamiento jurídico como consecuencia de una infracción administrativa".

(...)."17

Respecto del objeto de esta clase de sanción, en la cual *"es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, de modo tal que cumpla con los fines públicos"*¹⁸, se identifican como sus finalidades, además del correctivo, el generar un efecto sancionatorio, ejemplarizante y disuasivo; por lo que los efectos derivados de la sanción *"es una carga a la cual está obligada a soportar como resultado de su no acatamiento a las disposiciones reglamentarias"*.¹⁹

Al respecto el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú – INDECOPI-, en decisión administrativa expresó:

*"Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, teniendo como fin último adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas."*²⁰

El carácter disuasivo se justifica al perseguir la sanción administrativa *"una finalidad pública por parte del Estado que es desincentivar conductas ilícitas"*.²¹

Ahora bien, esta potestad sancionadora se encuentra delimitada, entre otras formas, con la aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad; respecto de este último mandato de optimización, aplicado al momento de la graduación de la sanción²², en términos generales establece que el operador administrativo debe *"guardar una debida proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la sanción impuesta"*²³.

En este sentido, la doctrina al momento de desarrollar el alcance en la aplicación de este principio ha expresado lo siguiente:

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-853 del 17 de agosto de 2005. Expediente: D- 5637. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

¹⁷ Cordero Quinzacara, Eduardo. *"Concepto y Naturaleza de las Sanciones Administrativas en la Doctrina y Jurisprudencia Chilena"*. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Volumen 20 N°. 1. Versión On-line ISSN 0718-9753. Coquimbo – Chile 2013.

¹⁸ INDECOPI. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N°. 3346-del 16 de noviembre del 2012/SPC-INDECOPI. Expediente 502-2010/ILN-CPC. Perú.

¹⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección "A". Bogotá D.C., Sentencia del 27 de enero de 2005. Expediente N 2001 – 0066 Magistrada ponente: Susana Buitrago Valencia.

²⁰ INDECOPI. Resolución No. 0203 del 23 de enero de 2014. *Ibid.*

²¹ INDECOPI. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución No. 629 del 24 de febrero de 2014/SPC-INDECOPI. Expediente 128-2012/CPC-INDECOPI-CHT. Perú.

²² De acuerdo con la doctrina especializada, existen dos momentos en los cuales se aplica el principio de proporcionalidad, el primero es la congruencia entre la falta y la sanción dispuesta por el legislador, es decir, es un análisis en abstracto de la norma; el segundo momento, su aplicación en la sanción, el cual es el caso objeto de análisis. Para corroborar y ampliar lo afirmado Ver. Tirado Barrera José Antonio "Principio de Proporcionalidad y Sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. Artículo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N°. 67 del 2011. PP 457 – 467., Ramírez-Torrado, María-Lourdes, "Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano", Revista Estudios Socio-Jurídicos, enero – junio 2010, volumen 12(1), Registro ISSN 0124-0579 ISSNe 2145-4531. Pp. 155-172. López González José Ignacio. "El Principio de Proporcionalidad en Derecho Administrativo". Cuadernos de Derecho Público N°5. Septiembre – Diciembre de 1998. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.

²³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil- Sentencia del 18 de mayo de 2004. Expediente 1564. Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

(...) La segunda perspectiva en la que puede ser abordado el postulado se relaciona con el momento efectivo de la imposición de la sanción.²⁴ En este caso, la autoridad en mención deberá estar a las consecuencias del respeto del postulado de proporcionalidad, pues la sanción administrativa no puede resultar excesiva en rigidez "frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"²⁵, ya que el principio busca que la autoridad se esté a las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción, limitando con ello el poder del funcionario administrativo para la imposición de la sanción²⁶ y obligándolo, en todo momento, a cumplir con lo prescrito por la ley."²⁷

En esta misma línea, la proporcionalidad "(...) no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos."²⁸; igualmente, la Corte Constitucional en Sentencia C - 564 de 2000, analizó el principio de proporcionalidad de la sanción y expuso lo siguiente:

"Sin embargo, el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto. Al respecto, se lee en "Derecho Administrativo Sancionador" de Alejandro Nieto:

"Este sistema de correspondencia entre sanciones y grupos de infracciones es una característica muy singular del derecho administrativo sancionador, puesto que lo propio del Derecho Penal es la correlación individualizada de delitos y penas... se trata de que con ella pueda superarse la dificultad técnica de individualizar normativamente varios miles de infracciones, que en el Código Penal no existe por el reducido número de delitos y faltas que se tipifican (...)"²⁹

Conforme con lo citado, la sanción impuesta se encuentra en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 y el principio de proporcionalidad encuentra su desarrollo normativo en la creación, por parte del legislador, de los criterios para graduar la sanción a imponer, los cuales están en el parágrafo 1° del artículo en mención, a saber:

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

²⁴ En este evento, aun cuando el legislador no haya previsto un cuadro de dosimetría punitiva, no impide que la autoridad administrativa no deba aplicar el principio en mención. Así las cosas, la ausencia de criterios legales no autoriza a la Administración a imponer sanciones arbitrarias. En palabras de la Corte Constitucional, C-738/2006: "La apreciación del operador sancionatorio al momento de decidir sobre la aplicación de la multa no es una figura ajena al ordenamiento jurídico y, por tanto, no puede ser descalificada por el hecho de que los criterios de graduación no estén taxativamente indicados en la ley. (...) En últimas, aunque el legislador ejerce con amplia competencia la función de diseñar los procedimientos administrativos y judiciales, la observancia de la realidad fáctica y jurídica sometida a regulación constituye una exigencia de la normativa que garantiza, entre otras, la legitimidad constitucional del procedimiento".

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003. Expediente: D- 4059. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-564 del 17 de mayo del 2000. Expediente: D - 2642. Magistrado ponente: Alberto Beltrán Sierra.

²⁷ Ramírez-Torrado, María-Lourdes. "Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano", Revista Estudios Socio-Jurídicos, enero - junio 2010, volumen 12(1), Registro ISSN 0124-0579 ISSN 2145-4531. Pp. 155-172.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 18 de agosto de 2005. Expediente No. 524-01, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C- 564 del 17 de mayo de 2000. Magistrado ponente: Alberto Beltrán Sierra.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

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

(...)

1. El daño causado a los consumidores;
2. La persistencia en la conducta infractora;
3. La reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor.
4. La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores.
5. La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes.
6. El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción.
7. La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos.
8. El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes.³⁰ (Subrayado por fuera del texto)

En este orden de ideas, la sanción a imponer debe cumplir una serie de requisitos para que la misma esté acorde con las normas que la regula: el primero de ellos es la legalidad de la sanción, es decir, que esté creada en la ley, el segundo requisito es que se dosifique dentro de los parámetros cuantitativos establecidos por el legislador y por último, que al momento de la graduación, se vele por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y motivación.

Así las cosas, es preciso aclarar que no es discutible la facultad para velar por la observancia de las disposiciones contenidas en la Circular Única de esta Entidad, al igual que investigar y sancionar por la transgresión de las mismas, en razón a que según lo dispuesto en la ley, esta Entidad es la autoridad competente para velar por la observancia de las normas de protección al consumidor, las cuales no se agotan en la Ley 1480 de 2011, sino que se encuentran contenidas en los reglamentos técnicos, instrucciones y órdenes impartidas por esta Superintendencia en ejercicio de sus funciones, como lo señala el artículo 12 del Decreto 4886 de 2011³¹ en concordancia con lo dispuesto en el artículo 61 de la ley precitada³².

Asimismo, es de resaltar que la sanción no se impuso únicamente por transgredir lo dispuesto en la Circular Única, como equivocadamente lo advirtió la libelista y ello se fundamenta en el enfoque que le dio la Dirección a la presente investigación administrativa desde su inicio, puesto que como bien se señaló previamente, las normas imputadas en el pliego de cargos, fueron los artículos 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los literales a) y d) del numeral 2.1.1.2 y el numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Entidad³³.

De igual manera, es pertinente señalar que la Dirección motivó la sanción, al indicar que la publicidad era una forma y contenido de comunicación que era clara, puesto que examinada en conjunto con la información brindada en el establecimiento de comercio, tenía toda la potencialidad de inducir al consumidor en error, engaño o confusión de una manera sutil pero igualmente efectiva, por lo cual corroboró la transgresión a lo dispuesto en los artículos 29 y 30

³⁰ Estatuto del Consumidor. Ley 1480 del 12 de octubre de 2011. Artículo 61. Parágrafo 1.

³¹ Decreto 4886 de 2011. "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."

³² Ley 1480 de 2011. "Artículo 61: La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios".

³³ Folios 35 a 38 del C.P.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

de la Ley 1480 de 2011. Además, advirtió que al no informarse la vigencia de la promoción, incumplió con lo dispuesto en el artículo 33 ibídem.

En adición a esto, en el acto administrativo sancionatorio se indicó expresamente cuál era el fundamento para la imposición de la sanción y la norma que delimitaba el monto de la misma, en los siguientes términos:

“Encontrándose demostrada la violación de lo previsto en los artículo 29, 30 y 33 del Estatuto del Consumidor en concordancia con el numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia se debe imponer una sanción pecuniaria a la sociedad DONUCOL S.A., identificada con Nit. 860.508.791-1, en los términos definidos en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

(...)

En ese orden de ideas y toda vez que el numeral 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, delimita el monto de la sanción impuesta por infracciones al Estatuto del Consumidor de uno (1) hasta 2.000 SMLMV, mientras que por permanecer en estado de rebeldía por inobservancia de órdenes e instrucciones, el rango máximo se concreta hasta 1.000 SMLMV, esta Dirección, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, le impone una multa a la sociedad DONUCOL S.A., identificada con Nit. 860.508.791-1, por la suma de TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$32.217.500), equivalente a CINCUENTA (50) SMLMV, a la fecha de imposición de la multa.”³⁴

Pues bien, el acto administrativo sancionatorio estuvo debidamente motivado, puesto que en el mismo el *a quo* expuso las razones de hecho y de derecho que fundamentaron la decisión y en cuanto a la imposición de la multa, no se vulneraron los principios de legalidad y tipicidad, puesto que la sanción impuesta fue creada por ley.

Por otro lado, frente al argumento consistente en que no se tuvieron en cuenta los atenuantes al momento de proferir la sanción, en primer lugar, es pertinente señalar que los criterios taxativos de graduación de la sanción enumerados en el parágrafo del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, este despacho, los organiza en tres grupos según su aplicación, a saber: **atenuantes**, **agravantes** y **mixtos**.

En el primer grupo, **atenuante**, se encuentra el criterio descrito en el numeral 8, “*El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes*”. En el segundo grupo, se encuentran como **agravantes**, los criterios números 1, 2, 3, 6 y 7 que corresponden a “*el daño causado a los consumidores*”, “*la persistencia en la conducta infractora*”, “*la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor*”, “*el beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción*” y, “*la utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos*”.

Por último, en el tercer grupo, denominados **mixtos**, es decir que pueden ser valorados como atenuantes o como agravantes, se encuentran los descritos en los numerales 4 y 5: “*La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores y, “la disposición o no de colaborar con las autoridades competentes*”.

Así las cosas, al estar reglada la discrecionalidad del operador administrativo al momento de imponer la sanción y de tasar la misma en virtud de los criterios descritos en la norma, sólo puede aplicarlos conforme con el sentido en que fueron creados por el legislador, por lo que aplicarlos en un sentido distinto constituiría una vulneración a los principios de legalidad y proporcionalidad, que por ende, le está vedado a la administración.

Por lo anterior, la sanción a imponer debe cumplir una serie de requisitos para que la misma sea acorde con las normas que la regula: el primero de ellos es la legalidad de la sanción, es decir,

³⁴ Folio 268 del C.P.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

que esté creada en la ley, el segundo requisito es que se dosifique dentro de los parámetros cuantitativos establecidos por el legislador y por último, que al momento de la graduación, se vele por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y motivación.

En consecuencia, lo planteado en este numeral se instituyen como los parámetros normativos y teóricos para tener en cuenta al momento de considerar cada uno de los argumentos esgrimidos por el recurrente, teniendo en cuenta que en este punto de la decisión no se aborda la discusión de la existencia o no de la infracción sino la proporcionalidad de la sanción impuesta.

Delimitados los conceptos relevantes y en consideración a lo aducido por el recurrente en cuanto a que del listado de ocho criterios solo se escogieron tres de ellos, a pesar de que el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 ordena a la Entidad tener en cuenta todos los criterios, es pertinente aclarar que del análisis del párrafo 1° del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, no se desprende la obligatoriedad para el fallador de fundamentar la sanción en cada uno de los ocho criterios, por cuanto la aplicación de esas reglas de valoración de la sanción, depende de su procedencia, es decir, la autoridad administrativa solo deberá tasar la sanción a imponer con base en los criterios que sean aplicables según las circunstancias probadas y propias del caso.

En este sentido, en el caso hipotético de constituir una obligación la concurrencia e identificación de todos y cada uno de los criterios señalados en el párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, derivaría en una traba injustificada para la administración, pues implicaría encontrar en todos los supuestos que se expongan bajo su escrutinio, el listado de criterios que la norma establece, lo que haría nugatorio a la postre la potestad sancionatoria que se le ha otorgado a la administración, en el evento en que uno de los criterios no se haga verificable.

En ese orden de ideas, se considera que de acuerdo con los hechos probados en la presente actuación administrativa, por no encontrar sustento de su concurrencia en el presente caso se desestima la aplicación de los criterios relacionados en los numerales 4, 5, 6, 7 y 8 del párrafo 1° del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 y en consecuencia, no se constituyen como criterios para la graduación de la multa. Por tanto, en aplicación de la metodología propuesta en el recurso, se valorarán individualmente los criterios señalados en los numerales 1, 2 y 3 de la norma en mención.

4.2.3.1. En relación con el criterio del daño causado a los consumidores.

La libelista discutió este criterio de dosificación al señalar que no se encuentra probada en el expediente la ocurrencia de ningún daño frente a los consumidores.

Concretamente en relación con el criterio del daño, este despacho considera 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-daño contingente”*³⁵.

En ese sentido, con la sola existencia de potencialidad de daño frente a los consumidores por la emisión de una publicidad que los induzca a confusión, error o engaño, se corrobora la necesidad de protegerlos y con la omisión de brindar información en la publicidad frente a las condiciones de tiempo y cualquier otro requisito para acceder a la promoción u oferta.

³⁵ En sentencia del 22 de abril de 2009 del Consejo de Estado. Exp. 17509. Consejero ponente: Enrique Gil Botero, se dijo en similar sentido: *“Existe pues, la potencialidad dañosa oculta que todos no pueden ignorar (elaborador, intermediario, distribuidor final)”*. En igual sentido la Corte Constitucional manifestó en sentencia T-466 de 2003: *“Tratándose de la protección de los derechos de los consumidores, no se requiere entonces la existencia de un daño, tampoco la de un perjuicio, ni hay lugar mediante el ejercicio de una acción colectiva a una indemnización reparatoria, como ya se dijo. Lo que el legislador protege es el derecho de quienes adquieran un producto o servicio determinado a no resultar defraudados en la confianza pública que el productor debe honrar permanentemente y con respecto a todos. Es la simple posibilidad de que lo ofrecido no corresponda a la realidad en calidad, cantidad, condiciones de higiene y demás especificaciones particulares del producto o del servicio, lo que merece la protección del Estado. Son, como se ve, los denominados en otras legislaciones “intereses difusos”, que no obstante serlo, tienen sin embargo la protección prevista por el legislador y decretada luego, en cada caso, por el juez”*.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Además, no es necesario que concurra el daño como elemento de la responsabilidad y por ende, la certeza del mismo, por cuanto lo que se pretende es proteger a los consumidores en el sentido de garantizar que tomen decisiones de consumo informadas al momento de adquirir un producto o servicio que goce de unos incentivos y a partir de un contenido de comunicación que brinde información suficiente y no los induzca en error, engaño o confusión. 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"³⁶. (Resaltado fuera de texto).

En este orden de ideas, al haberse probado la emisión de publicidad engañosa por parte de la investigada y el incumplimiento del deber de comunicar en su totalidad los términos y condiciones mínimos de la promoción, el despacho corrobora que se está ante la potencialidad de la ocurrencia de un daño, conforme fue expuesto por el *a quo* y el fallador de primera instancia. Por tanto, es viable la valoración de estas circunstancias como un agravante al momento de la dosificación de la sanción impuesta.

4.2.3.2. Frente a la persistencia en la conducta infractora.

La sociedad investigada manifestó que no existe persistencia en la conducta imputada como presuntamente infractora, dado que la promoción bajo examen fue desmontada, razón por la cual solicitó que este criterio fuera tenido en cuenta como atenuante.

Frente a lo aducido por la libelista, es necesario aclarar que conforme a la redacción del citado numeral, su aplicación solo procede como agravante, es decir, de configurarse la conducta descrita de persistir en la conducta infractora, se debe agravar la sanción a imponer, por lo que lo propuesto en el sentido de solicitar la atenuación de la sanción por no persistir en la conducta infractora, sería aplicar la norma en un sentido no descrito.

Por tanto, no es procedente valorar el criterio de persistencia de la conducta infractora en los términos propuestos por la recurrente.

4.2.3.3. En relación con el criterio de reincidencia en la comisión de infracciones en materia de protección al consumidor.

En el recurso se solicitó que este criterio fuera valorado como atenuante, en razón a que en los últimos tres (3) años, la investigada no ha tenido ninguna sanción por infracciones al régimen de protección al consumidor, por lo que no puede catalogarse como reincidente.

Frente al argumento propuesto por la recurrente, en primer lugar, es de resaltar que como bien lo reconoció la misma investigada, ha sido sancionada previamente por la violación de las disposiciones contenidas en el Estatuto del Consumidor y basta con que haya incurrido con anterioridad en infracciones en esta materia, para corroborar su reincidencia.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud formulada por la libelista de graduar la sanción con base en este criterio, es necesario aclarar que conforme a la redacción del citado numeral, su aplicación solo procede como agravante, es decir, de configurarse la conducta descrita de persistir en la conducta infractora, se debe agravar la sanción a imponer, por lo que lo propuesto, en el sentido de solicitar la graduación por la no incursión en la conducta referida, sería aplicar este criterio como atenuante y en ese orden de ideas, emplear lo dispuesto en la norma en un sentido no descrito, lo que de ocurrir, constituiría una vulneración del principio de legalidad.

³⁶ 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

Adicionalmente, es pertinente señalar que el *a quo* no valoró este criterio al momento de la imposición de la sanción para agravarla, por lo que en virtud del principio de la *non reformatio in peius*, esta instancia no puede proceder a valorarlo como tal.

Por tanto, no es procedente valorar el criterio de reincidencia en los términos propuestos por la libelista.

Por las razones expuestas, una vez analizados los criterios y las vicisitudes especiales de este caso, se confirma la sanción impuesta.

En mérito de lo expuesto, este despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR el contenido de la Resolución No. 39115 de 30 de julio de 2015, la que a su vez fue confirmada por la Resolución No. 96334 de 9 de diciembre de 2015, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR el contenido de la presente resolución a la sociedad DONUCOL S.A., identificada con Nit. 860.508.791-1, a través de su apoderada especial 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 **03** AGO 2016

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR


MÓNICA ANDREA RAMÍREZ HINESTROZA

Notificaciones

Investigada	:	DONUCOL S.A.
Identificación	:	Nit. 860.508.791-1.
Representante legal	:	Miguel Alfonso Merino Gordillo.
Identificación	:	C.C. 17.071.833.
Apoderada	:	Paola Juliana Gómez Perdomo.
Identificación	:	C.C. 1.107.047.863.
Tarjeta Profesional	:	247.756 del C. S. de la J.
Dirección	:	Carrera 5 # 26 A – 50, oficina 307.
Ciudad	:	Bogotá D.C.