



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 66535 DE 2012

(31 OCT 2012)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación

Radicación: 11 147738

LA DIRECTORA DE INVESTIGACIONES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el Código Contencioso Administrativo y el numeral 7 del artículo 12 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Resolución No. 24386 de 25 de abril de 2012, impuso una multa a la sociedad Health & Care S.A.S., identificada con Nit No 900.425.318 - 6, por la suma de cincuenta y seis millones seiscientos setenta mil pesos (\$56.670.000), equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por los hechos descritos en la reseñada providencia.

SEGUNDO: Que la referida resolución fue notificada personalmente el 4 de mayo de 2012 al señor Manuel Fernando Pinilla, y por Edicto No. 11513, fijado el 8 de mayo de 2012 y desfijado el 22 de mayo de 2012, y Edicto No. 12900, fijado el 16 de mayo de 2012 y desfijado el 30 de mayo de 2012.

TERCERO: Que el señor Manuel Fernando Pinilla Monroy, en calidad de representante legal de la sociedad Health & Care S.A.S., mediante memorial presentado dentro del término legal y recibido en esta dependencia el 11 de mayo de 2012, interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución No. 24386 de 25 de abril de 2012, pretendiendo que se revoque la misma.

CUARTO: Que el recurrente después de realizar un recuento de los hechos objeto de la queja y de la conducta desplegada por la investigada, expone los siguientes argumentos:

4.1 Producto One 2 up

Indica que teniendo en cuenta que es un suplemento dietario, no hay necesidad de solicitar fórmula médica para su entrega.

Las instrucciones de uso y consumo están descritas en su frasco, aunado a la información brindada en la asesoría personal privada y gratuita que se ofrece a los consumidores a través del Call Center, lo que quedaría plenamente demostrado con las pruebas que anexan al expediente, según afirman.

Se desprende su periodicidad, dosis y forma de consumo (1 capsula día de por medio) estén descritas expresa y claramente, configurándose la información publicitaria, como telefónica y del producto en sí mismo, son coherentes veraces y suficientes, impidiendo que el consumidor pueda ser inducido a error por una posible confusión.

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

Indica que la promoción publicitaria se dirige a ofrecer sin costo alguno un tratamiento del producto que corresponde a un mes, es decir por un periodo de 30 días del mismo o lo que es igual a 15 cápsulas por el tiempo indicado. Afirma que es claro que los asesores informan que el segundo producto es gratis, esto es que solo se accede al mismo si se adquiere un tratamiento.

Del mismo modo, si el consumidor desiste durante el tiempo de la garantía por su insatisfacción con los resultados del producto, se devolverá lo pagado a título de reembolso como previamente se ha convenido.

Afirma que las bondades del suplemento dietario, no son el resultado de la publicidad sino de la misma efectividad de los componentes que por sus propiedades naturales propician la receptividad en el público consumidor lo que demuestra su satisfacción, ante la compra reiterada.

4.2 Producto Vitalive

Señala que el producto dejó de ser comercializado y publicitado desde finales del año 2011, por su poca receptibilidad en el público consumidor, por lo que ya no existe en el mercado.

4.3 Cuestiona el monto del valor de la sanción pecuniaria, indicando la necesidad de que la multa sea tasada conforme a los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad que gobiernan las sanciones administrativas.

Afirman que el capital de la empresa es de diez millones de pesos, por lo cual los activos empresariales son rebasados ampliamente por el monto de la multa.

QUINTO: Que esta Superintendencia atendiendo a los argumentos expuestos por el recurrente y en cumplimiento de lo previsto por el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, considera:

5.1 En cuanto a que el Producto One 2 UP, mantiene vigente su Registro Sanitario SD2008-000662 expedido por el INVIMA

Argumenta el recurrente que debe tenerse en cuenta el registro Sanitario INVIMA No. SD2008-0000662, para lo cual, acudiendo a los documentos obrantes en el expediente, tenemos que:

1. Según información de la investigada se encuentra el registro Sanitario No. SD2008-0000622, tal como lo allega al expediente y enuncia en escrito de respuesta a explicaciones (folio 44 y 46), sin embargo, en el documento visto a folios 46 y 228, denominado "Resolución No. 201101010838 del 6 de abril de 2011, por la cual se modifica una resolución en la parte resolutive se encuentra:

*"Modificar la Resolución No. 2008008943 de fecha 09/04/2008 que concedió Registro sanitario número SD2008-0000622 para FABRICAR Y VENDER, el producto AMAZONIAM HERBS CAPSULAS a favor de LABORATORIOS DE PRODUCTOS NATURASOL MORENO GARCIA ROJAS E HIJOS & CIA S EN C.S. con domicilio en BOGOTA- D.C. en el sentido de autorizar la ADICIÓN DE MARCA, quedando autorizado lo siguiente: **MARCA (S): AMAZONIAM HERBS, GLAMTOX.**"*

2. En la parte considerativa de la anterior Resolución se anunció que:

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

"Que mediante el escrito número 2011006799 del 27 de enero de 2011 el interesado dio respuesta al auto No. 2010008395, en donde las etiquetas para el envase primario allegadas no cumplen con lo establecido en el decreto 3863 de 2008, por cuanto no contienen las leyendas "Este producto es un suplemento dietario, no es un medicamento y no suple una alimentación equilibrada", No consumir en estado de embarazo y lactancia, mandatorios para los productos suplementos dietarios".

De acuerdo a lo anterior, existe una confusión al parecer con la investigada respecto a qué número de registro invima reporta el producto One 2 up, ya que en el recurso anuncia el Registro sanitario SD2008-0000662, el cual verificado en la página web del invima reporta que corresponde al producto "MULTIVITAMINICO + GINSENG + GINKGOBILOBA CAPSULA", registro éste, que no se encuentra aportado al expediente y no corresponde al objeto de investigación.

Sin embargo, a folio 231 se avizora un documento del Invima denominado "requisitos para solicitar modificación suplementos dietarios Suplementos dietarios", y en él se dice de la información que actualiza – figura en el registro Amazoniam, glamtox, y debe figurar amazoniam, glamtox, grampro, one 2 up, empero, de lo aportado en Resolución No. 2011010838 del 6 de abril de 2011 – Registro sanitario SD2008-0000622, no es suficiente para determinar que este registro sea el del producto investigado, pues se anuncia que es una adición al registro invima, y queda como autorizada la marca: Amazoniam herbs, glamtox y en ella no se dice nada sobre la marca One 2 up. Por tal razón, no existe claridad del registro sanitario del producto "One 2 Up".

Sistema de Trámites en Línea - Consultas Públicas - Windows Internet Explorer

servicos.gov.co/1090/consultasPublicas/consultasPublicas.do

Archivo Edición Ver Favoritos Herramientas Ayuda X McAfec

Favoritos

Sistema de Trámites en Línea - Consultas Públicas

INVIMA Consulta Datos de Productos

Registro Clasificación ATC

Grupo: SUPLEMENTO DIETARIO Producto: 662

Por nombre del Producto Por Registro Sanitario Por Principio Activo Expediente

Puede ingresar parte del número del registro sanitario

Nueva Consulta

Para ver información detallada del producto, haga click en el número de expediente.

CC-0001

Datos Generales del Producto

Expediente	19989254	Nombre producto	MULTIVITAMINICO + GINSENG + GINKGOBILOBA CAPSULA
Registro Sanitario	SD2008-0000662	Vencimiento	2018/05/16
Observaciones		Modalidad	IMPORTAR, EMPACAR Y VENDER
		Estado Registro	Vigente

Datos de Interés del Producto

Forma Farmacéutica	CAPSULA BLANDA	Condición Conservación	SIN ESPECIFICAR
Problemas	NINGUNA		
Preparaciones	NINGUNA		
Vida Útil	24 MESES A PARTIR DE LA FECHA DE FABRICACION ALMACENADO EN SU ENVASE	Tratamiento	

Presentaciones Comerciales

Presentación Comercial

FRASCO EN PVC AMBAR CON TAPA ROSCA DE POLIPROPILENO DE COLOR BLANCO CON LINER DE SEGURIDAD DE POLIESTIRENO POR 30,50,60,90,100 Y 120 CAPSULAS BLANDAS

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

SVACOS.GOV.CO

Archivo Edición Ver Favoritos Herramientas Ayuda

Sistema de Tramitas en Línea - Consultas Públicas

INVIMA Consulta Datos de Productos

Registro Clasificación ATC

Grupo: SUPLEMENTO DIETARIO Producto: 662

Por nombre del Producto Por Registro Sanitario Por Principio Activo Expediente:

Puede ingresar parte del número del registro sanitario

Nueva Consulta

Para ver información detallada del producto, haga click en el número de expediente.

Programa: NINGUNA
Propiedades: NINGUNA

24 MESES A PARTIR DE LA FECHA DE FABRICACION ALMACENADO EN SU ENVASE

Presentaciones Comerciales

Presentación Comercial

FRASCO EN PVC, AMBAR CON TAPA ROSCA DE POLIPROPILENO DE COLOR BLANCO CON LINNER DE SEGURIDAD DE POLIESTIRENO POR 30,30,50 90,100 Y 120 CAPSULAS BLANDAS

Principios Activos

Los datos del producto, en caso de ser posibles, comuníquese con la Subdirección de Registros Sanitarios para obtener dicha información

Roles por Producto

Rol	Nombre y Razón Social	Dirección	País
EMPACADOR	LABORATORIOS DUBAC DE COLOMBIA SAS	Carrera 68 M N° 35-30 SUR	COL
FABRICANTE	EELCAPS EXPORTADORA DE MEXICO S.A DE C.V	CIRCUITO CENTRO CIVICO N° 27, COAD SATELITE, NAUCALPAN, ESTADO DE MEXICO C.P.53100	MEX
IMPORTADOR	SWISS HERBALL S.A.S.	NR 41 # 7-45, LOS CAMBULOS, CALI-VALLE	COL
TITULAR REGISTRO SANITARIO	LABORATORIOS DUBAC DE COLOMBIA SAS	Carrera 68 M N° 35-30 SUR	COL

5.2. En cuanto a que el producto no es un medicamento, sino un suplemento dietario vigorizante.

Argumenta el impugnante que el producto One 2 Up no es un medicamento, sino un suplemento dietario y que este Despacho en sus afirmaciones adolecen de congruencia, por cuanto se argumenta en la resolución impugnada que el "producto One 2 Up se entrega sin fórmula médica, y que ello no se constituye en infracción, puesto que se trata de un suplemento dietario y no de una medicina, por lo que mal podría requerir de formulación médica para ser despachado o entregado".

A lo anterior, hay que realizar varias precisiones:

(i) La conducta reprochada es la información suministrada del producto "One 2 Up" a los consumidores, a través del anuncio publicitario en donde se promociona (fls. 13, 85, 104), por la cual se hacen afirmaciones objetivas como:

"Expertos en sexualidad han descubierto una formulación que estimula el punto G del hombre de una manera natural, mejorando el desempeño sexual masculino y proporcionándole a su pareja la posibilidad de experimentar multiplicidad de orgasmos..."

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

"(...) Por este motivo un grupo de médicos especializado en urología y sexualidad han desarrollado una fórmula que estimula la próstata, considerada el Punto G del hombre, incrementando el placer durante la relación y despertando la libido".

"¿De qué se trata?"

Se trata de una mezcla de componentes que le permiten al hombre estimular su próstata mejorando el desempeño sexual manteniendo una erección más fuerte y prolongada.

*A diferencia de otros **medicamentos y productos** que prometen estimular temporalmente.*

Esta mezcla ayuda a estimular el funcionamiento de la próstata y la considerable mejora en la potencia sexual del hombre."

(...)

¿En cuánto tiempo empiezo a notar los resultados?"

A los pocos minutos. Esta fórmula permite estimular la próstata, permitiéndole al hombre tener mayor excitación.

¿Cómo puedo saber si realmente funciona?"

Se le administró esta formulación a un grupo de hombres de diferentes edades, que sufrían de bajo desempeño sexual, dolores durante las relaciones y otros con erección débil. Un mes después, el 98% aumento el tiempo de duración del coito con una erección fuerte y mejorando su desempeño durante la relación, todo esto gracias a la estimulación de la próstata, considerada el Punto G de los hombres.

¿Cómo puedo probar esta fórmula sin arriesgar mi dinero?"

Estamos seguros de esta formulación por esta razón le daremos la oportunidad de probar 30 días de este producto completamente gratis con su orden, y si no observa los resultados esperados, simplemente no pagará nada". (Transcripción del anuncio publicitario a folios 13, 85, 104)

Adicionalmente se cuestiona el manejo de la publicidad como si fuera un artículo científico mencionando que "El punto G del hombre quedaría ubicado en la próstata".

Lo anterior, en razón a que, en el anuncio antes transcrito, si bien se encuentran muchas frases, de ellas, hacen suponer que el producto ofertado se trata de un medicamento:

"Se trata de una mezcla de componentes que le permiten al hombre estimular su próstata mejorando el desempeño sexual manteniendo una erección más fuerte y prolongada"

*"A diferencia de otros **medicamentos y productos** que prometen estimular temporalmente.*

Esta mezcla ayuda a estimular el funcionamiento de la próstata y la considerable mejora en la potencia sexual del hombre."

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

(...) A los pocos minutos. Esta fórmula permite estimular la próstata, permitiéndole al hombre tener mayor excitación”.

En este aspecto, es de recalcar que lo importante “(...) de un anuncio publicitario no son las frases o las imágenes en él contenidas, sino el mensaje que se trasmite, pues el consumidor no decodifica frases sueltas, sino ideas y mensajes entendidas como un todo, y no como una sumatoria de elementos, del cual no pueden fraccionarse y aislarse sus partes para ser analizadas fuera del contexto”¹.

En este sentido, si un consumidor examina el anuncio del producto en cuestión y encuentra la frase “¿de qué se trata el producto” y a renglón seguido se halla “se trata de una mezcla de componentes” y posteriormente “a diferencia de otros medicamentos”, racionalmente éste va a pensar que el producto se trata de un medicamento, y no que es un suplemento dietario, pues en este anuncio estudiado a folios 13, 85, 104 del expediente, en ningún momento se anuncia que se trata de un suplemento dietario, sino de un medicamento.

Por lo tanto, de conformidad a lo establecido en el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente, no solamente en los empaques de los productos, las marcas, sino también en la propaganda comercial, tal como se estudió en este Despacho.

(ii) Se reprocha que la investigada presentó el producto “One 2 Up” en el anuncio investigado, generando confusión, haciendo creer que es un medicamento, atribuyéndole componentes y facultades extraordinarias no comprobadas.

En materia de suplementos dietarios, el artículo 24 del Decreto 3249 de 2006, “Por el cual se reglamenta la fabricación, comercialización, envase, rotulado o etiquetado, régimen de registro sanitario, de control de calidad, de vigilancia sanitaria y control sanitario de los suplementos dietarios, se dictan otras disposiciones y se deroga el Decreto 3636 de 2005”, establece lo relacionado a la publicidad de estos productos:

“Artículo 24. Publicidad. La publicidad de los suplementos dietarios se ajustará a los beneficios atribuidos a cada uno de los ingredientes característicos de la composición y deberá ser aprobada previamente por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima”.

“Parágrafo. En el rótulo y/o etiqueta y en la publicidad de los suplementos dietarios no se deberá presentar información que confunda, exagere o engañe en cuanto a su composición, origen, efectos y otras propiedades del producto, ni ostentar indicaciones preventivas, de rehabilitación o terapéuticas.

En esta misma disposición se establece los requisitos de la publicidad de los suplementos dietarios, así:

“Artículo 25. Requisitos de la publicidad. La publicidad de los suplementos dietarios deberá cumplir con los siguientes requisitos:

¹ Resolución No. 41 del 13 de enero de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio.

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

1. *Toda la información debe ser completa, veraz, que no induzca a confusión o engaño.*
2. *Garantizar que la publicidad de las bondades de los suplementos dietarios no se contrapongan a la promoción de hábitos saludables y estilos de vida saludable en concordancia con las políticas de salud pública.*
3. *No Inducir o promover hábitos de alimentación nocivos para la salud.*
4. *No afirmar que el producto llena por sí solo los requerimientos nutricionales del ser humano, o que puede sustituir alguna comida.*
5. *No atribuir a los suplementos dietarios un valor nutritivo superior o distinto al que tengan.*
6. *No realizar comparaciones en menoscabo de las propiedades de otros productos.*
7. **No expresar o sugerir que la ingestión exclusiva de estos productos proporciona a las personas características o habilidades extraordinarias.**
8. **No declarar propiedades que no puedan comprobarse, o que señalen que los productos son útiles para prevenir, aliviar, tratar o curar una enfermedad, trastorno o estado fisiológico.**
9. *La leyenda de que trata el literal a), numeral 2 del artículo 21, deberá ser incluida en la publicidad de manera clara e inteligible.*
10. *No incentivar el consumo en menores de edad.*
11. *Si la publicidad incluye promociones, no se permite que los incentivos estén en contacto con el contenido del producto”.*

Aunado a lo anterior, se estudió asimismo del texto del anuncio lo indicado: “Estamos seguros de esta formulación por esta razón le daremos la oportunidad de probar 30 días de este producto completamente gratis con su orden y si no observa los resultados esperados simplemente no pagará nada”, de esta afirmación, se infiere que la adquisición del producto es gratis con la orden, lo cual generó confusión e indujo en error al consumidor, pues no se entiende cómo se puede “no pagar nada” por algo, por lo que ya se pagó y adicionalmente, por cuanto, ni en el anuncio, ni en los documentos de respuesta a las solicitudes de explicaciones fueron dados a conocer los requisitos ni el procedimiento para ello, ni para reclamar (fl.104).

Esto es, la oferta de tomar el tratamiento gratis, genero confusión, ya que creó la expectativa que en realidad el producto fuera gratis, pues en él no se informó que por la compra de un frasco, se entregaba un segundo frasco gratis, como lo hace ver en el escrito del recurso, todo por el contrario, se anuncio “(...) le daremos la oportunidad de **probar 30 días de este producto completamente gratis con su orden** y si no observa los resultados esperados simplemente no pagará nada”, en realidad lo anunciado correspondía que por la orden se obtendría el producto gratis, y la orden se da al momento de hacer el pedido, si la realidad de las cosas, era que el segundo producto era gratis, así lo debieron anunciar.

En cuanto a las instrucciones de uso y consumo, como la dosis, es claro con lo descrito, que el objeto de reproche fue el anuncio² por medio del cual promocionó el producto “One 2 up”, y la no comprobación de las afirmaciones realizadas del producto en dicho anuncio, y no lo descrito en la caja del producto, pues ni en el anuncio se adjuntó el frasco ni la caja donde en realidad se describe sus verdaderos componentes, por tal razón es que existen quejas de los consumidores que alcanzaron a comprar el producto, pues al recibir el mismo, se dieron cuenta que lo anunciado no correspondía con lo hallado en el producto.

² Anuncio que fue reconocido y confirmada por la investigada a través de sus escritos “rendición de explicaciones y descargos” del 13 de enero de 2012 a folios 98 y 104.

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

En cuanto al producto VITALIVE

Como se estableció muy claramente en la Resolución No. 24386 del 25 de abril de 2012, lo que se reprocha es: *"porque el anuncio ofrece un tratamiento gratis, pero al llamar solicitaron un pago adicional de \$12.000 a pesar de haber hecho ya una orden por \$157.900. Además porque en la publicidad hablan de un hongo pero lo que se recibió fueron unas gotas"*.

Se cuestiona también *"el que se indique que el producto contrarresta diferentes tipos de enfermedades como gota, artritis, hipertensión, etc. sin que se sepa cuáles son los estudios científicos a los que se hace referencia y porque el producto no se describe bien en el aviso ya que no se dice a ciencia cierta de qué se trata, ni se mencionan indicaciones de uso"*.

Lo anterior, debido a que en la publicidad objeto de investigación a folios 6, 122, 142 anunció:

"Un grupo de científicos japoneses ha logrado sintetizar, a partir de la extracción de una molécula presente en el hongo shiitake, una sustancia llama Eritadenina que al ser consumida por el ser humano, ayuda a contrarrestar enfermedades como la gota, la artritis, hipertensión, taponamiento arterial, y así mismo le permitirá eliminar toxinas que generan cansancio corporal, agotamiento, envejecimiento prematuro y la pérdida temprana de memoria.

"(...) Científicos, han encontrado en el extracto del hongo Shitake una sustancia llamada eritadenina que ayuda a limpiar el organismo desde el torrente sanguíneo purificando la sangre, fortaleciendo el sistema inmunológico, nivelando los niveles de colesterol y mejorando notablemente la calidad de vida de cualquier paciente.

(...)¿Es verdad que la Eritadenina ayuda a bajar los niveles de colesterol?

Si. Y no solo los baja sino que los mantiene en niveles normales, previniendo el taponamiento de las arterias y los efectos causados por la mala alimentación.

(...) ¿Puedo ayudar a controlar mis problemas de hipertensión?

Sí. Evitará esos trastornos son regularizados en pocos minutos, previniendo el aumento descontrolado de la presión sanguínea. Así mismo ayudará a mejorar el sueño de los pacientes, permitiendo un descanso óptimo, generando mayor concentración y ayudando a evitar la pérdida temprana de la memoria".

Vitalive ayuda a controlar:

- *Enfermedades como la artritis, gota, arterioesclerosis.*
- *Hipertensión arterial.*
- *Gripes, resfriados y virosis*
- *Altos niveles de colesterol y triglicéridos*
- *Enevejecimiento de la piel, cabello y uñas*
- *Problemas circulatorios, várices y hematomas.*
- *Sentimientos de cansancio e irritabilidad.*

¿Cómo se que no estoy arriesgando mi dinero?

Prueba 30 días de este tratamiento completamente gratis con su orden y si usted no siente una mejoría en su calidad de vida y una disminución en los síntomas de sus dolencias, simplemente NO pagará nada"

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

5.3. Valoración de las pruebas- valoración de los elementos objetivos de la publicidad

Argumenta el recurrente que la Administración tiene la obligación de demostrar el hecho o acto que se le imputa a la investigada, pues considera que de forma contraria se vulnera la presunción de inocencia.

Pues bien, con relación a la carga de la prueba en el derecho administrativo sancionatorio y la presunción de inocencia prevista como derecho fundamental, se tiene que la H. Corte Constitucional en estos temas ha señalado que³:

"(...) las garantías del debido proceso penal o los principios del derecho penal son aplicables con ciertos matices a las demás formas de actividad sancionadora del Estado, conforme a las diferencias establecidas. En efecto, "mientras en el derecho penal las garantías del debido proceso tienen su más estricta aplicación, ya que en éste no solamente se afecta el derecho fundamental a la libertad sino que, además, sus mandatos se dirigen a todas las personas, en otros ámbitos sancionatorios su aplicación es atenuada en razón de la naturaleza de la actuación, de los fines que se persiguen con ella y del hecho de que sus normas operan en ámbitos específicos, actividades o profesiones para las que se han establecido determinados deberes especiales." (Subraya fuera de texto).

"(...) 5.5. La atenuación de la presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador. La imputación subjetiva y objetiva.

(...) En cuanto al principio de presunción de inocencia, ha de recordarse que el artículo 29 constitucional señala que "toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable". Es por lo tanto la culpabilidad en el ámbito del derecho penal elemento ineludible y necesario de la responsabilidad como de la imposición de la pena, por lo que la actividad punitiva del Estado tiene lugar sobre la base de la responsabilidad subjetiva. En tales términos "resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad."

En el derecho sancionador de la Administración, la presunción de inocencia y el elemento de la culpabilidad resultan aplicables como criterio general. No obstante, como se verá a continuación, pueden ser objeto de ciertos matices -ámbito de la responsabilidad subjetiva- y excepcionalmente establecerse la responsabilidad sin culpa -objetiva-.

Ya en materia de responsabilidad objetiva, el Alto Tribunal refirió⁴:

"La Corte ha avalado de manera excepcional la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva en algunos campos del derecho administrativo sancionador, evento en el cual ha considerado que al sujeto de esta acción debe rodeársele de todas las garantías procesales constitucionales. Además, ha estimado que debe examinarse con detenimiento cada caso atendiendo las particularidades de las normas legales acusadas.

(...) Esta Corporación ha señalado que la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva se ajusta a la Constitución en la medida que "(i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina⁵ llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter

³ Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010.

⁴ Sentencia C-616 de 2002.

⁵ Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo, volumen II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2001, segunda edición, pág. 397.

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)."

Para terminar con la cita jurisprudencial que compete a lo que se motiva, debe señalarse la Sentencia C-973 de 2002 que resolvió la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el artículo 26 (parcial) del decreto 3466 de 1982, en la cual se alegaba como punto esencial "restricción al debido proceso" considerando el actor que dicha disposición limitaba el derecho de defensa del productor.

Sobre esto, la H. Corte precisó que el Legislador, en la adopción de las disposiciones que rigen los procesos, siempre y cuando no ignore, ni contrarie las garantías básicas previstas por el Constituyente, cuenta con un amplio poder de configuración para señalar las formas de cada juicio, que habrán de servir además como punto de referencia indispensable para saber si en la práctica, en cada asunto particular, ha sido acatada la garantía fundamental que establece el artículo 29 superior⁶ *"aunque el mismo, como todos los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto"*.

"En efecto, una posición según la cual no fuera legítimo limitar el derecho de defensa, llevaría a extremos en los cuales se haría imposible adelantar el proceso para llegar al fin último comentado de esclarecer la verdad real, y haría nugatorio el derecho también superior a un debido proceso «sin dilaciones injustificadas» (C.P art. 29). Así por ejemplo, si al inculcado hubiera de oírsele cuantas veces quisiera, o si fuera necesario practicar todo tipo de pruebas sin consideración a su conducencia o pertinencia, el trámite se haría excesivamente dilatado y no se realizaría tampoco el principio de celeridad al que se refiere al artículo 228 superior cuando indica que los términos procesales deben ser observados con diligencia. En el mismo sentido de las consideraciones anteriores, la Corte ha dicho:

«Frente a la tensión entre el derecho de defensa y el derecho a la justicia - a reconocer la verdad de los hechos reprochables, proteger a las víctimas y sancionar a los responsables -, no existe ninguna razón constitucional para sostener que el primero tenga primacía sobre el segundo o viceversa. En efecto, si los derechos de las víctimas tuvieran preeminencia absoluta sobre cualesquiera otros, podría desprotegerse al inculcado hasta el punto de desconocer la presunción de inocencia, y privar de libertad al sujeto mientras no se demuestre su inocencia. Sin embargo, si los derechos del procesado - como el derecho de defensa - tuvieran primacía absoluta, no podría establecerse un término definitivo para acometer la defensa, ni restringirse la oportunidad para practicar o controvertir las pruebas, ni negarse la práctica de pruebas inconducentes cuando hubieren sido solicitadas por el procesado, etc. Predicar la supremacía irresistible del derecho de defensa equivaldría, en suma, a someter al proceso a las decisiones del procesado.

*«En síntesis, como la concepción «absolutista» de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados **en la mayor medida posible**, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica.»⁷*

Luego de estas anotaciones y por tratarse de asuntos del consumidor, la Corte encontró que no solamente existe una justificación constitucional para la limitación a que aludió el accionante en su demanda, sino que ésta en manera alguna puede ser considerada como un desconocimiento del núcleo esencial del derecho de defensa reconocido al productor, concluyendo que la norma demandada concilia la obligación del Estado de configurar un régimen de responsabilidad que efectivamente proteja los derechos del consumidor con la necesaria atención que debe darse a las garantías del debido proceso de quien es sometido

⁶ Ver Sentencia C- 095/01 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷ Sentencia C- 475 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

al poder sancionatorio que ejercen las autoridades administrativas, en perfecta armonía con los principios de igualdad e imparcialidad que gobiernan la función pública –artículo 209 C.P.–.

Asimismo, dentro de los apartes de la providencia se advirtió que dicha justificación no solamente se encuentra en el mandato constitucional de asegurar el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad así como la responsabilidad de quienes en su producción y comercialización atenten contra la salud, la seguridad, y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios, sino en el particular ámbito de protección que la Constitución establece para los consumidores (artículo 78 C.P.).

“...Cabe recordar en efecto que dentro del marco de las causales de exoneración a que se ha venido haciendo referencia, el productor puede ejercer eficazmente su derecho de defensa en el procedimiento que se adelanta en su contra y demostrar que su situación se encuadra en una de esas causales, presentando argumentos, solicitando pruebas e impugnando las que se presenten en su contra, y controvertiendo las decisiones que se tomen.

Así, debe señalarse que en el caso de la aplicación de sanciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, el procedimiento que la entidad está llamada a adelantar ofrece al productor la posibilidad de refutar la denuncia formulada, antes de decidir si con base en ésta se inicia el procedimiento sancionatorio, la de contestar a las acusaciones una vez iniciado el procedimiento formalmente, momento en el cual puede solicitar las pruebas que considere necesarias, la celebración de una audiencia de conciliación –artículo 34 de la Ley 640 de 2001-, un periodo probatorio en el que se aplican las reglas del Código de Procedimiento Civil relativas a su decreto, práctica, impugnación y valoración, la posibilidad de interponer los recursos legales en contra de lo decidido y, además, la de solicitar la revocatoria directa de la decisión o, en últimas, la de acudir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo para solicitar la nulidad del acto administrativo que se haya proferido”.

Descendiendo a nuestro asunto, compete señalar primero la normatividad que corresponde, encontrándose que de conformidad con el artículo 14 del decreto 3466 de 1982 toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente, elementos que ya fueron estudiados en la providencia que se impugna y, por ende, no se hace necesario hacerlo nuevamente.

Luego, en tal sentido están prohibidas las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda con la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Por su parte, el artículo 31 del mismo Estatuto establece que todo productor o expendedor es responsable por la inobservancia del deber de información con suficiencia y veracidad, de suerte que cuando un productor o expendedor brinda información a los consumidores o emplea una determinada propaganda comercial está deberá expresar objetivamente las condiciones, sus limitaciones y restricciones, de tal manera que no tengan la potencialidad de inducir en error al consumidor o permita generar confusión, y el artículo 32 ejusdem que en todo caso que se compruebe de oficio o a petición de parte que las marcas, las leyendas y la propaganda comercial de bienes o servicios no corresponden a la realidad o inducen a error, la autoridad competente impondrá la multa de que trata la letra a) del artículo 24 de la misma obra y ordenará al productor, en ejercicio del poder de policía, la corrección de la respectiva marca, leyenda o propaganda comercial y que se tomen las medidas necesarias

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

para evitar que se incurra nuevamente en error o se cause daño o perjuicio a los consumidores⁸.

Pero téngase en cuenta que las piezas publicitarias contienen elementos tanto objetivos como subjetivos, y como los últimos lo que reflejan es la opinión del anunciante respecto del producto o servicio que se ofrece al público, se ha entendido que para determinar si la información es engañosa o no, únicamente se deben tener en cuenta los primeros, es decir, los elementos objetivos, pues sólo respecto de estos es posible transmitir información veraz y real o, por el contrario, engañosa o no coincidente con la realidad.

Es del caso anotar que en la práctica, algunos de los parámetros que se han adoptado para determinar cuándo una afirmación es subjetiva o cuándo objetiva y, por lo tanto, factible de ser comprobada, son los siguientes: i.) Las afirmaciones que se refieren a características, cualidades o atributos del producto y que cumplen una función informativa tendiente a proporcionar al consumidor argumentos que lo guíen en su decisión de compra, son calificadas como objetivas toda vez que son factibles de ser comprobadas y pueden generar engaño en el consumidor, ii.) Los slogans o juicios estimativos que se limitan a expresar la opinión del anunciante, son considerados afirmaciones subjetivas no comprobables, debido a que no se refieren a ningún hecho, iii.) El contexto de todo el anuncio es relevante en la determinación de cuándo una afirmación es objetiva o cuándo es subjetiva y, iv.) La percepción del consumidor es esencial en la calificación, pues si éste entiende que una afirmación es comprobable y no simplemente la opinión del anunciante, la calificación resultante será que se trata de afirmaciones objetivas, sujetas a ser verificadas⁹.

Con relación a la información comercial contenida en la pieza publicitaria materia del presente estudio y con fundamento en los parámetros que fueron señalados, es posible colegir que el anuncio realizado para el producto ONE 2 UP Y VITALIVE, contienen afirmaciones objetivas y por ende, verificables, comoquiera que se ofrecen bondades estéticas y funcionales para el consumidor como son *"estimula la próstata" "mejorando el desempeño sexual, manteniendo una erección más fuerte y prolongada"* en cuanto al producto "One 2 Up", y las afirmaciones *"Vitalive ayuda a controlar enfermedades como la artritis, gota, arterioesclerosis, hipertensión arterial, gripes, resfriados y virosis, altos niveles de colesterol y triglicéridos, envejecimiento de la piel, cabello y uñas, problemas circulatorios, varices y hematomas, sentimientos de cansancio e irritabilidad"*.

Entonces, analizadas las piezas publicitarias en su conjunto, para este Despacho las afirmaciones que se realizan y según la cual One 2 Up ayuda a estimular la próstata mejorando el desempeño sexual y Vitalive ayuda a controlar enfermedades como la artritis, gota, arterioesclerosis, etc..., no puede tenerse como subjetivas porque dentro del texto no se ve que sea una exageración; por el contrario, induce a error a los consumidores al hacerles creer que con el uso del producto lograrán unos efectos funcionales y de prolongamiento de la vida controlando las enfermedades antes anunciadas, que en realidad no está probado.

Igualmente se observa que para determinar la decisión de consumo y transmitir seguridad al público se anuncian conclusiones y pruebas científicas, ensayos, y estudios; también se hace referencia a que un grupo de personas presuntamente usuarias del producto que, notaron luego de usar el producto, mejor desempeño, manifestando aumento de su virilidad.

⁸ Decreto 3466 de 1982, Art. 24, literal a). (...) Multa a favor del tesoro público, en cuantía que no podrá ser inferior al valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá D.E., a la fecha de su imposición, ni superior a cien (100) veces dicho salario mínimo.

⁹ Jorge Jaekel Kovacs: Publicidad engañosa y publicidad comparativa: En revista Foro del Jurista. Derecho de los mercados.

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

De lo anotado, fácil es colegir, que el mensaje principal de la información comercial que se analiza es:

En cuanto al producto One 2 Up:

Que el uso del producto mejora el desempeño sexual, manteniendo una erección más fuerte y prolongada en cuanto al producto One 2 Up. También observa el Despacho que las afirmaciones objetivas realizadas en la publicidad utilizada para el producto " ONE 2 UP", en cuanto a lo que se le ofrece al consumidor, son las siguientes:

- "Estimular su próstata".
- "Mejorando el desempeño sexual"
- "Manteniendo una erección más fuerte y prolongada"
- "Ayuda a estimular el funcionamiento de la próstata y la considerable mejora en la potencia sexual del hombre"
- "Una formulación que estimula el punto G del hombre"

Las conclusiones de científicos, ensayos, estudios, y encuestas que se presentan en la publicidad, son las siguientes:

- "...Se le administró esta formulación a un grupo de hombres de diferentes edades, que sufrían de bajo desempeño sexual, dolores durante las relaciones y otros con erección débil. Un mes después, el 98% aumento el tiempo de duración del coito con una erección fuerte y mejorando su desempeño durante la relación, todo esto gracias a la estimulación de la próstata, considerada el punto G de los hombres".

Conforme al estudio de componentes aportado a la investigación se puede afirmar que:

- Damiana (Turnera Afrodisiaca), establece: "(...) son escasos los estudios existentes que permitan dotar de base científica su uso en la disfunción sexual", (...) "En el caso de la hoja de damiana (Turnera diffusa) **no existen ensayos clínicos**. Según los datos obtenidos en experimentación animal, es posible que la damiana actúe incrementando la actividad sexual de las ratas impotentes a través de la estimulación de las vías dopaminérgicas y noradrenérgicas".
- Raíz de ginseng: Los datos obtenidos en los ensayos clínicos realizados con pacientes afectados de disfunción eréctil tratados con raíz de ginseng (Panax ginseng) muestran que estos experimentan una mejoría significativa en relación con los del grupo placebo.

De los estudios allegados se observa que las propiedades de cada componente no es igual a las que se podrían predicar de un producto, ya al mezclar los componentes puede que se generen efectos distintos a los que tiene cada elemento de manera individual. Por otro lado no se encuentra referencia al estudio específico del producto One 2 Up, pues si bien aporó estos estudios en el mismo concluyen y afirman que no existen ensayos clínicos y que son escasos los estudios existentes que permitan dotar de base científica su uso en la disfunción sexual.

Adviértase, que la publicidad no indica en sus apartes quiénes son los científicos, cuáles son los ensayos y cómo fueron realizadas las encuestas que arrojan los resultados a los que hace referencia, y que tampoco dicha información fue suministrada a la Dirección en el transcurso de la actuación.

Para complementar lo anotado, exige destacarse, que analizadas las pruebas documentales aportadas por la investigada de manera imparcial y de acuerdo con las normas de la sana crítica, el Despacho encontró que ninguna de ellas puede ser de recibo para demostrar la

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

suficiencia y la veracidad de las afirmaciones objetivas realizadas en la publicidad tantas veces mencionada, toda vez que la solicitud de cambio o adición de marca (fl. 231), Registro Sanitario SD2008-0000622 (fl. 228), no permiten establecer la aptitud del producto One 2 Up, para producir los efectos propuestos, como tampoco permiten verificar los porcentajes presentados en la publicidad, ni las manifestaciones de satisfacción descritas en la publicidad.

En este punto se resalta que junto con el recurso de reposición se allegaron estudios referidos al producto Arginmax, producto diferente al que es objeto de análisis, por lo cual no serán tenidos en cuenta en la presente valoración.

En cuanto al producto Vitalive:

Que el uso del producto ayuda a controlar enfermedades como la artritis, gota arterioesclerosis, hipertensión arterial, Gripes, resfriados y virosis, altos niveles de colesterol y triglicéridos, envejecimiento de la piel, cabello y uñas, problemas circulatorios, várices y hematomas, sentimientos de cansancio etc. También observa el Despacho que las afirmaciones objetivas realizadas en la publicidad utilizada para el producto "VITALIVE", en cuanto a lo que se le ofrece al consumidor, son las siguientes:

- "ayuda a controlar enfermedades como la artritis, gota arterioesclerosis, hipertensión arterial, Gripes, resfriados y virosis, altos niveles de colesterol y triglicéridos, envejecimiento de la piel, cabello y uñas, problemas circulatorios, várices y hematomas, sentimientos de cansancio"

Las conclusiones de científicos, ensayos, estudios, y encuestas que se presentan en la publicidad, son las siguientes:

"...Científicos, han encontrado en el extracto del hongo Shitake una sustancia llamada Eritadenina que ayuda a limpiar el organismo desde el torrente sanguíneo purificando la sangre, fortaleciendo el sistema inmunológico, nivelando los niveles de colesterol y mejorando notablemente la calidad de vida del paciente".

Conforme al estudio de componentes aportado a la investigación denominados "Eritadenine disminuye el colesterol en plasma", "in vitro cytostatic and immunomodulatory properties of the medicinal mushroom Lentinula edodes", y que se adjuntaron en idioma inglés, sin traducción de acuerdo a lo establecido en el artículo 260 del Código de Procedimiento Civi, por tal motivo no se tendrán en cuenta como medios de prueba.

Además, no se encuentra referencia al estudio específico del producto Vitalive.

Adviértase, que la publicidad no indica en sus apartes quiénes son los científicos, cuáles son los ensayos realizados en personas y cuáles fueron los resultados a los que hace referencia, y que tampoco dicha información fue suministrada a la Dirección en el transcurso de la actuación.

Para complementar lo anotado, exige destacarse, que analizadas las pruebas documentales aportadas por la investigada de manera imparcial y de acuerdo con las normas de la sana crítica, el Despacho encontró que ninguna de ellas puede ser de recibo para demostrar la suficiencia y la veracidad de las afirmaciones objetivas realizadas en la publicidad tantas veces mencionada, toda vez que, si bien es cierto como lo afirma la investigada, en el anuncio publicitario no hay lugar para insertar los estudios científicos que respaldan las bondades que se predicán del producto, no es menos cierto que en la oportunidad para realizarlo, esto es, al responder las solicitudes de explicaciones tampoco acreditaron los estudios que comprobaran no solo de las bondades del hongo Shiitake cuyo concentrado

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

dice contener el producto corresponden a las que se especifican en el anuncio (fl. 122), sino que el producto Vitalive contiene las cantidades concentradas del hongo Shiitake requeridas para alcanzar esos resultados específicos, por lo tanto las pruebas arrojadas a la presente investigación, no permiten establecer la aptitud del producto Vitalice, para producir los efectos propuestos, como tampoco permiten verificar los porcentajes presentados en la publicidad, ni las manifestaciones de satisfacción descritas en la publicidad.

Así las cosas, se obliga concluir que las pruebas obrantes en el expediente en realidad no permiten demostrar de forma inequívoca que el producto VITALIVE cumple con lo ofrecido al consumidor y, como no existen otras, debe considerarse que la información comercial suministrada no es veraz ni suficiente. Del mismo modo, como el estado probatorio del proceso continúa igual, la investigación administrativa sigue mereciendo idéntica decisión sancionatoria.

Recuérdese, que las afirmaciones objetivas están sujetas a ser verificadas y comprobadas tal como se anotó en primeras líneas, resultando razonado que dicha prueba la tenga es quien realiza los ofrecimientos, pues, de no ser así, de no conocer el anunciante las características y los verdaderos atributos del producto que exhibe al público, inclusive, desde antes de entrar a comercializarlo, la confianza del consumidor en la veracidad del mensaje resultaría defraudada tal como se concluyó en este caso, ante la imposibilidad de la investigada de probar que las afirmaciones objetivas contenidas en la información comercial son ciertas.

Y la anterior no es una postura que resulte excesiva pues, a manera de ejemplo y sin que constituya fundamento de la sanción impuesta, existen pronunciamientos por parte del sector publicitario quienes también consideran que cuando se trate de afirmaciones o frases objetivas susceptibles de ser comprobadas *"el anunciante debe poseer las pruebas con anterioridad a la difusión"* haciendo referencia a elementos de convicción técnicos y de laboratorio, y advirtiendo que *"Los anuncios sólo podrán utilizar información científica claramente identificada, comprobable y necesaria para la demostración de calidades objetivas del producto. El anuncio no contendrá, así sea en forma implícita, promesa científica ficticia o distorsionada"*¹⁰.

Esto, con el único propósito de motivar aún más la postura de esta Dirección en lo que considera hace parte integral del concepto de "publicidad engañosa" y recalcar que su tesis no resulta para nada contraria a la presunción de inocencia prevista en nuestra Carta Política, por el contrario, viene muy acorde con las disposiciones legales que sobre información se consideran infringidas.

Es que, si se tiene en cuenta tanto la jurisprudencia constitucional que ha sido citada, como los mandatos normativos referidos y, adicionalmente, las valoraciones realizadas para el caso concreto, resulta totalmente fundado concluir que es a la investigada a quien le corresponde asumir la carga de la prueba respecto a la efectividad del producto que decidió publicitar en la forma como lo hizo, y no como lo expone el censor, quien opina que es a la autoridad a quien *"le corresponde demostrar la comisión de la infracción"* *"demostrar el hecho o el acto que se le imputa a mi representado"* y no formular la acusación *"sin ningún elemento diferente a la propia publicidad"*.

Pretender que la Superintendencia proceda a demostrar que el producto no cumple con lo ofrecido al consumidor no se compadece de ninguna manera con la protección de sus derechos, máxime, cuando es al anunciante a quien le corresponde demostrar lo cierto de sus afirmaciones, enfoque del que no se desprende vulneración alguna a la presunción de inocencia que le asiste a la investigada, como quiera que siempre será obligación del

¹⁰ Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, artículos sexto y décimo octavo.

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

anunciante suministrar información veraz y suficiente antes de entrar a comercializar un producto, lo que a todas luces no ocurre cuando no cuenta con los soportes científicos que avalen el mensaje objetivo que transmite -bondades en salud-, y menos, cuando se hace referencia a ensayos realizados en un "grupo muestra" que tampoco exhibe o hace referencia a "estudios científicos" sin identificarlos debidamente ante la autoridad, como en este caso.

En cambio, de ser aceptada la tesis del recurrente, ninguna garantía tendría el ciudadano quien estaría a merced de lo que a bien tenga informarle y ofrecerle el anunciante así, sus afirmaciones no coincidan con la realidad de las cosas y sin saber siquiera que es lo que realmente está comprando para su consumo, pues el comerciante no tendría obligación de primero conocer, para después anunciar, las verdaderas características y bondades del producto que le interesa vender.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la vinculación de la investigada a esta actuación, empiécese por decir que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor- libró la solicitud de explicaciones radicada bajo el consecutivo No. 11-147738-06-0 del 12 de diciembre de 2011, y claro, por la manera en que encontró la pieza publicitaria objeto de este asunto y dentro de una interpretación legítima de sus funciones, demandó a la investigada la ficha técnica y los estudios científicos que demostraran que el producto OPEN 2 UP Y VITALIVE cumple con lo ofrecido al consumidor, esto es, que rindiera explicaciones de las afirmaciones dadas en los anuncios reprochados, aportando los elementos de juicio y pruebas que pretenda hacer valer, requerimiento de información que finalmente no fue atendido en forma idónea.

Ahora bien, el hecho que en la misma comunicación se advirtiera sobre una presunta vulneración a las normas sobre información, ello no quiere decir de ninguna manera que exista la más mínima transgresión a la presunción de inocencia y la buena fe dentro del debido proceso que se ha surtido en cumplimiento de la ley¹¹ -obsérvense las etapas del trámite, en especial la oportunidad de contradicción y defensa-, pues dicha premisa se mantuvo durante toda la actuación y se mantendrá hasta que el acto sancionatorio quede en firme. En todo caso, la decisión no podía ser diferente porque, se repite, la veracidad de la información suministrada en los anuncios reprochados, no fue probada.

Es que la misma solicitud de explicaciones obliga comprender, que la "**investigación de carácter administrativo**" tiene génesis en una "**presunta violación**" a las normas de protección, fundada en la forma como fue transmitida la información comercial según información de la misma investigada en el diario Q' hubo, supuesto que se notificó a la endilgada y fue acompañado de la pieza publicitaria correspondiente así como de un requerimiento de información, luego, NO es que se haya tenido a la sociedad Health & Care Colombia S.A.S. como infractora desde el mismo inicio de la actuación y sin surtirse el proceso que corresponde -hipótesis en la que sí resultaría vulnerada la presunción de inocencia- porque la investigada sólo lo será cuando quede en firme el acto administrativo sancionatorio que se discute, como antes se dijo.

¹¹ Sentencia C-214/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell. "Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normatiza, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales, encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias".

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

Es menester anotar que la solicitud de explicaciones NO puede asimilarse a la imposición de la sanción como al parecer lo considera el recurrente, pues ella es una fuente formal de notificación para que el presunto contraventor ejerza su derecho de defensa y contradicción ante la autoridad que lo investiga, y siendo así, no es de recibo el cargo del censor según el cual en este asunto fue vulnerado el debido proceso por infracción del principio de presunción de inocencia.

Por otra parte, es importante precisar y recalcar que el estudio materia de reproche no son la publicidad contenida en los frascos suministrados a los usuarios, sino la información que se hace de los productos ofrecidos "One 2 Up" y "Vitalive" en los anuncios del periódico Q'Hubo y de los cuales confirma la misma investigadas de su publicación, pues lo que se estudió aquí fue si lo informado en los anuncios publicitarios de los productos "One 2 Up" y "Vitalive" fue veraz y suficiente.

Finalmente, cierto es que dentro del expediente no se probó la existencia de alguna causal de exoneración de responsabilidad a favor de la sociedad investigada. Sobre esto, destáquese que la presente actuación es de carácter netamente administrativo para determinar si un obligado a cumplir con una normatividad de carácter general, cumplió o no, y que en este tipo de procedimientos no hay valoración de elementos subjetivos, sino que se verifica el cumplimiento o no de una obligación legal y ese fue el enfoque que se le dio a este caso en el acto administrativo atacado vía recurso de reposición.

Por todo lo que viene de verse, concluye este Despacho, que no le asiste razón al impugnante en cuanto al supuesto desconocimiento del principio de presunción de inocencia y considerando que el acto sancionatorio guarda plena consonancia con la insuficiencia probatoria a la cual se ha hecho referencia insistentemente, se mantendrá incólume la decisión que se discute ante lo infundado de los argumentos.

5.4. En cuanto a las pruebas aportadas en idioma extranjero.

Es preciso indicar que frente a los documentos allegados por las investigadas a folios 29, 31, 32 del presente acervo probatorio, es oportuno señalar que para que sean tenidos como prueba, deben cumplir con las disposiciones que señala el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil que a su letra reza:

"Artículo modificado por el artículo 1, numeral 119 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente".

Por lo anterior, y no obrando en el expediente traducción de los documentos que reposana folios 29, 31, 32, no podrá otorgárseles el valor probatorio que pretende la investigada.

5.5. Artículos Científicos y carga de la prueba

Trae a colación el recurrente unos documentos "Revista de Fitoterapia", "Eritadenine disminuye el Cholesterol en plasma", y "in vitro cytostatic and immunomodulatory properties of the medicinal mushroom Lentinula edodes". Sin embargo los productos se llaman "One 2 Up" y "Vitalive", y de ellos no se aportó estudios científicos o ensayos sobre los productos antes de lanzarlos al mercado. Nótese, que es a la investigada a quien le corresponde probar el acierto de las afirmaciones realizadas en la información comercial publicada en el diario Q'Hubo de los productos One 2 Up" y "Vitalive", sin que para el presente caso hubiese

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

allegado la prueba correspondiente a pesar, que en la solicitud de explicaciones se le requirió información referente a las quejas presentadas de estos productos, a fin de verificar si lo anunciado cumple con lo ofrecido al consumidor.

No se olvide que la investigada contó con todas las oportunidades dentro de la actuación administrativa para aportar las pruebas y los elementos de juicio que estimara como necesarios a fin de demostrar que los productos "One 2 Up" y "Vitalive" cumplen con lo ofrecido al consumidor, es decir, que toda la información comercial que decidió transmitir en el diario El Tiempo y Q'Hubo es real, veraz y suficiente.

De lo que viene de verse, el cargo estudiado se considera infundado para reponer la actuación que se pretende.

Finalmente en cuanto a la carga de la prueba, es necesario precisar que éste principio, en materia de protección del consumidor se invierte. Así lo ha reiterado la Jurisprudencia Constitucional, tal como se aprecia en los siguientes apartes:

"(...)El empresario profesional, en este caso, es el sujeto que debe enfrentar y soportar un juicio de imputación de responsabilidad, no por tratarse propiamente de un riesgo de empresa, sino fundamentalmente por el hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso. El defecto cuya prueba compete al perjudicado, no es el error de diseño o intrínseco del producto, cuyo conocimiento difícilmente puede dominar o poseer el consumidor; lo es la inseguridad que se manifiesta con ocasión del uso al cual está destinado. Probado el defecto resulta razonable suponer que la responsabilidad corresponde al empresario que controla la esfera de la producción, la organiza, dirige y efectúa el control de los productos que hace ingresar al mercado y, por ende, para liberarse debe éste a su turno demostrar el hecho que interrumpe el nexo causal.

"(...) La posición del consumidor no le permite conocer en detalle el proceso de producción, más aún si éste se desarrolla en condiciones técnicas que solamente son del dominio del empresario industrial. La ley, por lo tanto, desconoce las circunstancias de inferioridad del consumidor cuando, en estos supuestos, exige a la persona perjudicada con un producto defectuoso, puesto en circulación por un empresario profesional, cargas adicionales a la prueba del daño, del defecto y del nexo causal entre este último y el primero, puesto que acreditado este extremo, corresponderá al empresario demostrar los hechos y circunstancias que lo eximan de responsabilidad y que, en su caso, conforme a las reglas legales y a las pautas jurisprudenciales, le permitan excluir la imputabilidad causal del hecho dañoso sufrido por aquélla."¹²

En este orden, así como en lo establecido en el artículo 23 del Decreto 3466 de 1982, es evidente que en materia de protección al consumidor, quien tiene la carga de la prueba respecto de las causales eximentes de responsabilidad es el prestador del bien o servicio.

Es así como en el presente caso le corresponde a la investigada probar la información entregada en los anuncios publicitarios estudiados, estén acorde con la realidad, información que resulta vital para adoptar la decisión de comprar un producto y así mismo le corresponde probar que en su publicidad informan de la existencia de un término, procedimiento o trámite para la devolución del dinero ante la insatisfacción.

5.7. De la proporcionalidad de la sanción

En el presente numeral, entrará el Despacho a desatar los argumentos de la investigada dirigidos a cuestionar la sanción impuesta con base en lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 3466 de 1982, que remite al literal a del artículo 24 del referido Decreto.

¹² Sentencia de la Corte Constitucional número C-1141 del 30 de agosto de 2000, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

Así las cosas, es del caso precisar que esta Superintendencia ha venido aplicando, para efectos de la graduación de las sanciones administrativas, lo dispuesto en el literal a) del artículo 24 del Decreto 3466 de 1982. De este modo, se establecieron unos rangos máximos y mínimos en atención a la naturaleza de la infracción, que sirven de parámetro a esta autoridad administrativa para la determinación de la correspondiente sanción. Así bien, el rango previsto en el artículo 24, permite la imposición de multas hasta por el equivalente a 100 salarios mínimos, esto es para la época de la sanción, existía un rango que iba desde quinientos sesenta y seis mil setecientos pesos (\$566.700) hasta cincuenta y seis millones seiscientos setenta mil pesos (\$56.670.000)¹³.

Ahora, lo que concierne a la graduación de la sanción que esta Superintendencia realiza en virtud de la facultad sancionatoria legalmente atribuida, obedece principalmente a una facultad discrecional que no es absoluta, es decir, no depende de la aplicación de criterios subjetivos de acuerdo con el funcionario de turno.

Por lo tanto, en relación con la gravedad de la conducta que se reprocha a la investigada, cabe precisar que el Despacho efectuó su valoración de conformidad con los rangos fijados por la norma teniendo en cuenta los criterios de la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia y la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Así, la valoración de los criterios arriba enlistados, es realizada por el ente de control atendiendo la necesidad de la sanción administrativa concebida en el ordenamiento jurídico, una vez demostrada la infracción de la norma. En consecuencia, si dentro de la investigación administrativa se ha determinado que la investigada no informó de manera suficiente y veraz acerca de su producto, induciendo con ello a error a los consumidores se debe producir una sanción proporcional a ello.

Del mismo modo, es pertinente anotar que dentro de un Estado Social de Derecho como el nuestro, la vulneración de un derecho colectivo como lo es el derecho de los consumidores afecta el interés general y, en consecuencia, se hace necesaria la actuación inmediata y oportuna del Estado para que se adopten las medidas correctivas y de restablecimiento necesarias en pro de su defensa, así como para que se declaren e impongan las consecuencias negativas previstas legalmente para quien lo vulneró.

De esta manera, una vez determinado el daño causado y su gravedad, atendiendo los lineamientos de razonabilidad y ponderación de las circunstancias particulares de cada caso concreto, esto es, la proporcionalidad¹⁴, el Despacho haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo¹⁵, impone la sanción

¹³ Con base en el salario mínimo legal mensual vigente para el momento de la imposición de la sanción.

¹⁴ Teniendo en cuenta lo expuesto sobre el particular por el Consejo de Estado, en Sentencia del 18 de agosto de 2005:

"... 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 a los parámetros señalados en el artículo 36 del CCA, esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos."

¹⁵ Consejo de Estado, Sala consulta. Concepto Oct. 22 de 1975.

"(...) De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley (sic). En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. En síntesis: todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando. Todo está reglado en la norma y el órgano simplemente pone en acto la facultad atribuida. Esta forma detallada y completa de regulación es la

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

pecuniaria a cargo de la investigada. Es pertinente resaltar que la valoración de los criterios expuestos no comporta la existencia de un procedimiento cuantitativo en el que se indique, a manera de ejemplo, el valor con que será sancionada una determinada falta, pues lo que el Despacho analiza es que una vez determinada la existencia de la infracción y valoradas las circunstancias particulares de cada caso, con apego a los criterios legales expuestos, hay lugar a la imposición de la sanción pecuniaria dentro de los rangos indicados en la norma.

Así, para el caso que ocupa la atención del Despacho fueron valorados los hechos particulares de la investigación administrativa, considerando que en el asunto, la investigada promocionó el producto "ONE 2 UP Y VITALIVE", informando unas características frente a las cuales carece de sustento científico, con lo cual se concluye que suministró información no veraz, conducta que configura una violación al Estatuto del Consumidor y es digna de reproche.

En consecuencia, no es procedente el argumento dirigido a cuestionar la dosimetría sancionatoria aplicada al presente caso, pues como bien se indicó, la graduación de la sanción impuesta fue el resultado de la valoración de los criterios normativos atendiendo las circunstancias particulares de la investigación que nos ocupa. Al respecto, se hace necesario traer a colación lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 12 de noviembre de 2009, CP: Rafael Ostau de Lafont Pianeta, que en relación con la dosimetría sancionatoria aplicada a casos como el que ahora ocupa la atención del Despacho, precisó:

"(...)Con relación a la proporcionalidad de la sanción y de la dosimetría punitiva, la Sala la encuentra ajustada a la magnitud o alcance de los hechos (...). La motivación consignada en el acto sancionatorio y los que lo confirmaron en vía gubernativa sirve de sustentación suficiente de dicha sanción, al permitir apreciar la magnitud de los hechos, en especial del grado de desatención de las peticiones y reclamos de los usuarios, y es en comparación con tales circunstancias que se ha de examinar la proporcionalidad de la sanción, y en ese orden la Sala encuentra que ésta no excede el mérito que encierran tales hechos.

Además, en los actos que resolvieron los recursos de reposición y apelación se hace reseña de los motivos de inconformidad en que se sustentan y se les responde con consideraciones de hecho y de derecho, de modo que se cumple el requisito de la motivación previsto en el artículo 59 del C.C.A., luego carecen de asidero las imputaciones relativas a la falta de motivación de dichos actos, que como sustento de su alegada ausencia de proporcionalidad aduce el memorialista.

Por lo demás, la Sala encuentra que las cuestiones alusivas a la afectación del deber funcional con los hechos sancionados, inexistencia de perjuicios y de culpabilidad, y falta de estudio de la legalidad de las peticiones a fin de establecer si ameritaban o no ser atendidas, no responden a elementos o supuestos normativos que la Superintendencia debiera considerar para decidir la investigación administrativa a que dieron lugar las quejas en mención.(...)"

ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevenga todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.(...)"

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

En el mismo sentido, se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia del 19 de agosto de 2010, CP: María Claudia Rojas Lasso, en la que se desataron, entre otros, aspectos relacionados con la dosimetría sancionatoria y los parámetros para determinar el monto de las sanciones administrativas:

"(...)la cuantía de la multa impuesta no es desproporcionada dado que se probó que la empresa investigada incumplió su obligación de prestar un servicio eficiente mediante la atención oportuna y eficaz de peticiones, quejas y reclamos de los usuarios, lo que ocasiona su insatisfacción. Sumado a esto, la empresa no expuso argumentos que demuestren lo desproporcionado e irrazonable de la multa que se le impuso y aunque analizó otras decisiones por violación del derecho de petición, ellas no son equivalentes; además, el valor de la multa está comprendido entre los márgenes permitidos por el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994.(...)

A juicio de la Sala los actos acusados cumplieron los parámetros expuestos para dosificar la sanción, aunque no los señaló por su nombre. Para demostrarlos basta con examinar las resoluciones demandadas donde se describió de manera amplia y detallada la naturaleza de las infracciones en que incurrió la empresa demandante, la afectación del derecho de petición de los denunciantes amparado por el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 y la existencia del factor de reincidencia de la empresa que ésta no negó durante el procedimiento administrativo ni en el curso de este proceso judicial."

Sin embargo, teniendo en cuenta la petición del recurrente, este Despacho a través de Resolución No. 51902 del 30 de agosto de 2012, decidió ordenar a la Sociedad Health & Care S.A.S., que allegara en el termino de 10 días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, los estados financieros del 1 de enero al 31 de Diciembre de 2011, en los cuales se evidenciara: 1) El concepto de ingresos obtenidos con ocasión de la venta de los productos ONE 2 UP y VITALIVE y 2) el Concepto de gastos ocasionados por la publicidad de los productos ONE 2 UP y VITALIVE. Los estados financieros debían estar certificados por un contador que este identificado con tarjeta profesional. Pese habersele entregado el comunicado el 3 de septiembre de 2012 y no existir correo devuelto, tal como consta en planilla de adpostal No. 12 13996, la investigada hizo caso omiso a la Resolución No. 51902, y en ese sentido se mantendrá incólume el monto de la sanción.

Ante dicho panorama, no son de recibo los argumentos de la investigada dirigidos a cuestionar el monto de la sanción que le fue impuesta en el asunto que ahora ocupa la atención del Despacho, pues como quedó demostrado a lo largo del presente numeral, el uso de la facultad discrecional desplegada por el Despacho para efectos de la graduación, estuvo enmarcada en las circunstancias específicas del caso.

Que tomando en consideración que los argumentos expuestos por el recurrente no desvirtuaron los incumplimientos encontrados ni probaron causal alguna eximente de responsabilidad, este Despacho confirmará íntegramente la Resolución No. 24386 del 25 de abril de 2012 acusada, la cual se recuerda goza de la presunción de legalidad y ésta debe ser desvirtuada de una forma razonable y con pruebas suficientes.

Por las consideraciones precedentes, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No. 24386 del 25 de abril de 2012.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONCEDER el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 24386 de 25 de abril de 2012, ante la Superintendente Delegada para la Protección al Consumidor.

Por la cual se resuelven un recurso de reposición y se concede el de apelación

ARTÍCULO TERCERO: TRASLADAR el expediente al despacho de la Superintendente Delegada para la Protección al Consumidor, para que se surta el recurso de apelación.

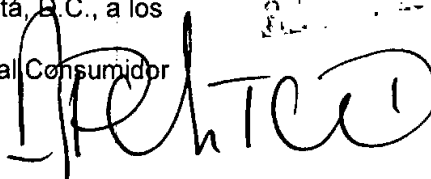
ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución al señor Manuel Felipe Pinilla Monroy, en calidad de representante legal de la sociedad Health & Care S.A.S., con Nit. No. 900.425.318 - 6, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a los señores Alexander Rojas Jiménez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.512.258, y al señor Hernando Ramírez Mora, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.148.752, Carlos Antonio Gómez Sánchez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.665.585, Natalia Rivera Prada identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.267.028, Fredy Olaya identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.874.439 o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, B.C., a los

La Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor



ADRIANA DEL PILAR TAPIERO CÁCERES

NOTIFICACIÓN:

Investigada

Sociedad: Health & Care S.A.S.
 Identificación: Nit. No. 900.425.318 - 6
 Representante Legal: Manuel Felipe Pinilla Monroy
 Dirección: Carrera
 Ciudad: Bogotá D.C.
 Correo Electrónico:

Reclamantes:

Nombre: Alexander Rojas Jiménez
 Identificación: C.C. 79.512.258
 Dirección: Calle 127 No. 9 - 33
 Ciudad: Bogotá D.C.

Nombre: Hernando Ramírez Mora
 Identificación: C.C. 93.148.752
 Dirección: Carrera 123 No 16 F - 35
 Ciudad: Bogotá D.C.

Nombre: Carlos Antonio Gómez Sánchez
 Identificación: C.C. 94.665.585
 Dirección: Calle 85 A No. 102 B - 45
 Ciudad: Bogotá D.C.

Nombre: Natalia Rivera Prada
 Identificación: C.C. 51.267.028
 Dirección: Carrera 52 No. 22 - 39
 Ciudad: Bogotá D.C.

Nombre: Fredy Olaya
 Identificación: C.C. 79.874.439
 Dirección: Carrera 6 No. 11 - 54 oficina 303.