



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 34679 DE 2021

(4 de junio de 2021)

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

Radicación No. 17-424418

VERSIÓN PÚBLICA

LA DIRECTORA DE INVESTIGACIONES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las conferidas por las Leyes 1437 y 1480 de 2011 y el Decreto 4886 de 2011.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución N° 37544 del 10 de julio de 2020, impuso una sanción a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, por la suma de **MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (\$1.667'825.700)** equivalente a **MIL NOVECIENTOS (1.900)** salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición de dicha resolución, que corresponden a **46839,82643862162 UVT**, por la vulneración de lo previsto en los artículos 3 (numerales 1.1. y 1.3), 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1., 2.1.1., 2.1.1.1., 2.1.2.2. y 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, el artículo 2.2.2.33.3. y numerales 1 y 2.2. del artículo 2.2.2.33.4. del Decreto 1074 de 2015, así como por la inobservancia a las órdenes impartidas por esta Dirección.

SEGUNDO: Que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5 y la Corporación Colombiana de Padres y Madres - RED PAPAZ, se notificaron por correo electrónico de la señalada Resolución, el 16 de julio de 2020, tal como consta en la certificación expedida por la Secretaría General Ad-Hoc, identificada con el radicado No. 17-424418-96.

TERCERO: Que la sancionada **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, encontrándose dentro del término, presentó el 31 de julio de 2020, recurso de reposición y en subsidio el de apelación, en contra del acto administrativo sancionatorio, mediante escrito radicado bajo el No. 17-424418-95, manifestando lo que a continuación se transcribe:

“ (...)

1.1. LA CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA

La caducidad de la facultad sancionatoria tiene por objeto fijar un límite en el tiempo en protección de la seguridad jurídica y el interés general, pues, como lo señala la doctrina, "En aras de la seguridad jurídica el Estado tiene un límite para ejercer el ius puniendi, fuera del cual las autoridades públicas no pueden iniciarlo o proseguirlo, pues, de lo contrario, incurren en falta de competencia por razón del tiempo y violación del artículo 121 de la Carta Política al ejercer funciones que ya no le están adscritas por vencimiento de término".

En nuestro ordenamiento positivo, el proceso administrativo sancionador se rige bajo las normas estipuladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Ley 1437 de 2011, cuyo artículo 52 regula la caducidad de la facultad sancionatoria en los siguientes términos:

“Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo

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

que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.”

De acuerdo con la norma transcrita, si vencido el término antes señalado, que es de tres años contados desde la ocurrencia de los hechos, o la conducta que pudieran ocasionarla, la administración no ha notificado en debida forma el acto administrativo sancionatorio, se configura el fenómeno jurídico denominado caducidad de la facultad sancionatoria, el cual tiene como consecuencia que la respectiva autoridad administrativa, en razón del tiempo, pierde su competencia para imponer la sanción particular.

En el caso en cuestión, como se demostrará cuando se evalué las publicidades de esta imputación, se configuró frente algunas de ellas la caducidad de la facultad sancionatoria, pues transcurrieron más de tres años desde el momento en que cesó la publicidad y la fecha de notificación de la providencia objeto de recurso.

1..2. DEBIDO PROCESO

1..2.1 VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR AUSENCIA DE FORMULACIÓN DE CARGOS DE MANERA CLARA, PRECISA Y CONCRETA.

Los actos administrativos sancionatorios que expide la Superintendencia de Industria y Comercio en defensa del consumidor son actos que deben apegarse a las garantías plenas del debido proceso, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso es un derecho fundamental de aplicación forzosa en toda clase de trámites judiciales y administrativos. Como consecuencia de ello, los derechos de defensa y contradicción forman parte inseparable del debido proceso, por lo cual, si esos derechos se ven de cualquier manera disminuidos, afectados o impedidos, la actuación que se desarrolla queda viciada de nulidad absoluta, por ser una actuación que se adelanta en contravía de lo dispuesto por la Constitución Política.

En este mismo sentido la Corte Constitucional ha señalado la necesidad del respeto absoluto por las garantías constitucionales en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador.

“[e]l derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente– imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, **se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no solo una obligación exigida a los juicios criminales.**” (Subrayado fuera del texto).

“En los procesos de imputación, sean éstos de índole penal o administrativa, **la claridad y concreción de los cargos constituye un elemento fundamental de la garantía del derecho de defensa**, en cuanto demarca el ámbito para su ejercicio. **Resulta inane frente a las exigencias constitucionales de efectividad del derecho de defensa manifestarle a un imputado que tiene plena libertad para rendir descargos, cuando no se le han formulado cargos de manera precisa, particular y concreta.** No se le coloca así en posición de asumir el proceso dialéctico signado por la discusión de argumentos y contra argumentos ponderados entre sí, en el que se sopesen los aspectos inculpatórios y los exculpatórios para arribar a una decisión racional.”

Así, pues, en las actuaciones administrativas sancionatorias, debe garantizarse al investigado el derecho de conocer de manera clara y concreta los cargos, pues si el investigado no conoce los hechos concretos que se le imputan y las razones por las cuales esos hechos supuestamente vulneran las normas supuestamente infringidas, no puede ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción.

Como se explicará en detalle cuando se evalué la solicitud de explicaciones, especialmente en lo referente a la imputación fáctica 2, se demostrará que la misma no indicó de manera precisa y concreta las razones por las cuales la publicidad cuestionada

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

es violatoria de lo dispuesto en el artículo 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015, lo que implica una violación del debido proceso.

1.2.2 VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR LA AUSENCIA DE PRUEBAS EN LA ADOPCIÓN DE LA DESICIÓN.

Como se indicó en precedencia, el apego a las garantías plenas del debido proceso administrativo debe respetarse en los procedimientos administrativos sancionatorios. Así lo ha sostenido el órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al destacar la necesidad del respeto absoluto por las garantías constitucionales en el desarrollo de todas las etapas del procedimiento administrativo sancionador.

“Para la sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los hechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible la preexistencia de la falta y la sanción, pero en las no sancionatorias carece de espacio. Lo mismo aplica para el derecho de la presunción de inocencia, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido introducirlo, porque allí no se imputa nada a quienes participan en ellos.” (Negritas y subrayas fuera de texto)

La Sección Primera de esta Honorable Corporación Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ha enfatizado sobre relevancia del debido proceso al interior de los procedimientos administrativos sancionatorios al expresar:

“Se desprende de ese canon constitucional – artículo 29 de la Constitución -, que en el ejercicio de las competencias públicas es un asunto reglado por la ley que busca la realización de los cometidos estatales, la efectividad del derecho material y la protección de las garantías de quienes intervienen en los distintos procedimientos, para cuyos efectos se dota al particular involucrado en la actuación de una serie de instrumentos de defensa en aras de la protección de sus derechos y garantías fundamentales .

El debido proceso es el conjunto de reglas que los órganos correspondientes deben seguir para la elaboración del acto legislativo, administrativo y jurisdiccional, de las cuales dependen su legalidad y validez, como aspectos objetivos del debido proceso; al mismo tiempo, constituyen un medio de conservación del orden público y de la seguridad jurídica, como derechos inalienables del administrativo en el Estado liberal, en lo que constituye el aspecto sustancial del debido proceso.

Así lo ha entendido el máximo tribunal de lo constitucional, al definir el derecho fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas depende de su propio arbitrio, sino que, se encuentran sujetas a los procedimientos señalados en la ley.

Por consiguiente, el debido proceso exige de las autoridades públicas estricta y debida observancia de los procedimientos legalmente preestablecidos, ajenos a su libre albedrío y, destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley, entre las que se encuentran las siguientes, a términos del artículo 29 constitucional : a) El derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural ; b) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho a la imposición de una obligación o sanción ; c) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones ; d) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas ; e) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas ; f) a ser juzgado según la legislación preexistente a los hechos , y por supuesto , g) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra .” (Negritas y subrayas fuera de texto)

*Así las cosas, en los procedimientos administrativos sancionatorios se debe respetar el debido proceso que implica, entre otros, la observancia de las formalidades propias de cada juicio, que a su vez conlleva que la decisión se adopte basado en pruebas suficientes, pues **en virtud del principio de la presunción de inocencia, “recae sobre el órgano acusador la carga de refutar la presunción de inocencia del acusado mediante elementos probatorios suficientes”**.*

La presunción de inocencia, como lo manifestó la Corte Constitucional en la Sent- T-331 de 2007, M, P, Jorge Córdoba Triviño, expresa la garantía constitucional consistente en que aquel a quien se le acusa de una infracción administrativa deberá ser tenido por inocente mientras no se demuestre la comisión de la infracción imputable al encartado.

La Corte constitucional en sentencia No T-500 del 12 de agosto de 1992 sobre el particular indicó:

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

“Toda persona tiene derecho a que se le presuma su inocencia y a que, en caso de sindicaciones en su contra, no se deduzcan sus responsabilidades sin haberla oído y vencido en el curso de un proceso dentro del cual haya podido, cuando menos, exponer sus propias razones, dar su versión de los hechos, esgrimir las pruebas que la favorecen y controvertir aquellas que la condenen. La presunción de inocencia tiene que ser desvirtuada como requisito indispensable para que se haga posible la imposición de penas o de sanciones. Es imprescindible esa garantía en orden a preservar otros derechos fundamentales (...).”

El H. Consejo de Estado ha advertido la relación entre el debido proceso administrativo y el deber de la administración de desvirtuar la presunción de inocencia como medio de garantía sobre aquel:

“Su espacio de aplicación se expresa en el deber que asume la administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, como quiera que la presunción de que no es responsable lo protege. En esta perspectiva, la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la administración, como titular ius puniendi administrativo, y por eso requiere pruebas al interior del respectivo proceso para desvirtuar la presunción que el contratista tiene en su favor, por disposición constitucional”⁷ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por lo expuesto, en virtud del principio de la presunción de inocencia, la administración tiene la obligación de motivar en debida forma su decisión, lo cual se produce a través de las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad. La Superintendencia tiene la obligación de desvirtuar la presunción de inocencia, lo cual solo se logra a partir de un acto administrativo suficientemente motivado a partir de las pruebas.

Como se demostrará a lo largo del recurso, la SIC violó el debido proceso administrativo, por cuanto su decisión, en varios aspectos, no se basó en pruebas suficientes para arribar a la conclusión que dio lugar a la sanción, lo que conlleva que no se le garantizó a mi representada el derecho a no ser condenada sin pruebas suficientes que den fe que la publicidad es engañosa o que mi representada inobserve órdenes impartidas por la Superintendencia.

2.- RESPECTO DE LA IMPUTACIÓN FACTICA No 1

*En la providencia que mediante este escrito se recurre se afirma, para concluir el juicio de responsabilidad, que la Dirección “encuentra probada la infracción a los artículos 3º (numerales 1.1. y 1.3), 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1, 2.1.1.1., 2.1.1.2., 2.1.2.2. y 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, respecto a las campañas publicitarias realizadas por la investigada denominadas **“HIT TEMÁTICA / HIT EMOCIONAL”, “HIT MANDARINA / NVO SABOR MANDARINA AHORA”, “LITRO TETRA HIT / 1 LITRO-LANZAMIENTO2017 / HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO / NUEVO ACOMPANARALMUERZOS”, “HIT JUGOS 500 ML- HIT MARACUYÁ** conforme a lo expuesto en este acápite”, por lo que manifestaremos los motivos de inconformidad en los análisis llevados a cabo por la Dirección en el análisis de cada una de estas publicidades.*

2.1. Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA

2.1.1. Caducidad de la facultad sancionatoria

Frente a esta publicidad operó la caducidad de la facultad sancionatoria, pues transcurrieron más de tres años desde la fecha en que el comercial dejó de transmitirse y la fecha en que se notificó la resolución 37544 de 2020.

En efecto, el comercial objeto de análisis, que fue distinguido con el código “IBOPE 1789155”, conforme a la certificación que obra en el expediente expedida por “OMD COLOMBIA S.A.S”, en su calidad de agente de medios de mi representada, tuvo como fecha de finalización el día 13 de octubre de 2015, lo que implica que el día 13 de octubre de 2018 la Superintendencia perdió competencia para sancionar por esta publicidad.

Para la Superintendencia, el referido comercial, según se lee en el párrafo cinco de la página 148 de la resolución 37544 de 2020, estuvo publicado en el canal de “You Tube” de Gaseosas Postobón hasta el 8 de septiembre de 2018, lo que implicaría que no operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria.

Para llegar a la referida conclusión, la señora Directora indica en la providencia cuya legalidad se cuestiona, en la página 3, que “mediante escrito distinguido con el radicado N° 17-424418-28, la tercera interesada dio respuesta al requerimiento descrito en el

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

considerando inmediatamente anterior, en el que informó que las piezas publicitarias objeto de su denuncia fueron difundidas en “YouTube” hasta el 8 de septiembre de 2018 y aportó como prueba para acreditar su dicho la impresión de un correo electrónico emitido desde el e:mail ajdiaz@google.com”.

Revisada la comunicación del tercero interesado, se desprenden varios aspectos:

Primero, que la CORPORACION COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES- RED PAPAZ le solicita a la Superintendencia que, en ejercicio de sus competencias, consulte con IBOPE para tener precisión sobre todas las emisiones de televisión, pues es esta la que cuenta “con todos los registros correspondientes de la emisión de esta pieza publicitaria”.

Segundo, que el video contentivo del comercial estuvo al aire hasta el sábado 8 de septiembre de 2018, para lo cual acompaño “la confirmación remitida mediante correo electrónico por Google donde informan este hecho”.

Tercero, que la CORPORACION COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES-RED PAPAZ nunca afirmó, como si lo hace la Superintendencia sin prueba que lo sustente, que el video estuvo publicado en el canal “You Tube” de Gaseosas Posada Tobón S.A.

Cuarto, que el video, conforme al correo electrónico que acompaño el TERCERO INTERESADO como sustento de su dicho, hace referencia al siguiente link <https://www.youtube.com/watch?v=IN8dRyp1KR0>, que nunca ha pertenecido a GASESOSAS POSADA TOBON, como se afirma erróneamente en la providencia recurrida.

Quinto, Que el comercial a que se hace referencia en el video que estuvo publicado en You Tube no es el comercial identificado como 1789155.

Así las cosas, la Superintendencia no fundamentó su afirmación de que la pieza publicitaria estuvo publicada en el canal de “You Tube” de Gaseosas Posada Tobón hasta el 8 de septiembre de 2018 en las pruebas arrojadas al proceso. Estas pruebas lo que demuestran es que el comercial fue transmitido por televisión nacional y cable hasta el 13 de octubre de 2015 y que la difusión en You Tube a que hace referencia la señora Directora, amén de no corresponder al comercial identificado con el código *ibope1789155*,” no fue en la cuenta de Gaseosas Posada Tobón S.A, sino de un tercero. No obstante esta claridad que dan las pruebas obrantes en el proceso sobre el tema, se acompañan los correos electrónicos que demuestran la solicitud que efectuó mi poderdante a “You Tube” de bajar el contenido publicado del comercial por un tercero.

Finalmente se puntualiza, en lo referente a la caducidad de la facultad sancionatoria, que no solamente transcurrieron más de tres años desde la fecha en que finalizó la publicación del comercial por parte de mi representada, que fue el 13 de octubre de 2015, sino desde la fecha en que la Superintendencia tuvo conocimiento del comercial por la queja interpuesta el 13 de noviembre de 2015 por parte del señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, expediente No 15- 271838, hasta la fecha en que se notificó la providencia sancionatoria, 16 de julio de 2020, a las 18:15.

2.1.1. Pronunciamiento previo de la SIC.

El pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio que se produjo como consecuencia de la denuncia presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez el 13 de noviembre de 2015 fue traído a la presente actuación administrativa por mi apoderada con la comunicación con número de radicación 17-424418-10 del 8 de agosto de 2018 al dar respuesta al primer requerimiento de información que se le formuló. Ello se hizo como parte de las consideraciones que la defensa estimó pertinente esgrimir para recordar a la Entidad que ya se había pronunciado sobre el mismo asunto que en ese momento nuevamente se le requería.

Posteriormente, mediante la Resolución No. 19022 de 2019, esa Superintendencia a partir del numeral 27.1.2.1. formuló cargos específicos a mi representada por considerar que **las expresiones “Lo mejor para la lonchera de tus hijos es Jugos HIT”, “Me hace más fuerte”, “Elige hit la fruta de verdad” y “Hit es fruta de verdad”** contenidas en las piezas publicitarias **Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA’ y Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMATICO HIT** presuntamente vulneran lo dispuesto en los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1, y 2.1.1.1. literales a) y b) del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

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

Con el escrito de descargos presentado, la defensa al referirse a las expresiones **“Elige HIT la fruta de verdad”** y **“HIT es fruta de verdad”** que hacían parte de las piezas publicitarias revisadas en la presente actuación, manifestó que “(...), el hecho de ‘reactivar una investigación con una orden de archivo, debidamente motivada, ejecutoriada y en firme supone una contradicción sobre algo que ya ha hecho tránsito a cosa juzgada, generando así un desgaste innecesario e injustificado del aparato investigador actual de esa Superintendencia”.

Esa Entidad, muy en consonancia con lo expuesto por la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -REDPAPAZ, desestimó en la Resolución 37544 de 2020 el argumento, arguyendo que el archivo que se produjo con ocasión de la queja presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez con número de radicación 15-271838-0 del 13 de noviembre de 2015, fue como consecuencia de la averiguación preliminar adelantada, etapa que además de no ser obligatoria, terminó con un acto de trámite con el que se decidió no adelantar la investigación y se ordenó el consecuente archivo. Todo lo anterior, con base en lo dispuesto en el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Con base en la doctrina española señaló, además, que la etapa preliminar “no es propiamente expediente administrativo” y que esta se caracteriza por estar orientada principalmente a determinar si los hechos se han producido, las circunstancias en las que tuvieron lugar, quienes intervinieron y su relación con éstos, para concluir si hay motivos o razones suficientes que indiquen si debe iniciarse o no el procedimiento administrativo sancionador.

Señaló posteriormente la Dirección que “(...) al realizar un análisis de la actuación distinguida con el radicado 15-271838, esta Dirección encuentra los siguientes hechos relevantes:

“I. La actuación únicamente se centró en determinar si el producto denominado ‘HIT FRUTAS TROPICALES’ sabía a ‘fruta de verdad’ como motivo principal de la queja sin ahondar más allá en el contenido y mensaje integral de la publicidad aportada.

“II. En la decisión no se tuvo en cuenta el “mensaje publicitario” sino únicamente una parte de la información suministrada en la pieza publicitaria y se comparó con la contenida en las etiquetas del producto, desconociendo la diferencia entre información y publicidad.

“Conforme lo expuesto, es claro que no es preciso predicar que existe ‘cosa juzgada’ dentro del presente proceso administrativo sancionatorio en relación con las proclamas **‘Elige HIT, la fruta de verdad’** y **‘HIT es fruta de verdad’** como lo pretende la investigada, teniendo como fundamento un acto administrativo (Resolución No. 12078 del 16 de marzo de 2017), en el que la autoridad no se pronunció de fondo respecto de los hechos constitutivos de la presunta vulneración a los derechos de los consumidores y no se realizó un examen completo sobre la publicidad denunciada”.

Posteriormente, pasó la Dirección a señalar con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre el tema, que en el caso particular i) no hubo dos “juicios”, uno en firme y otro en curso, ya que la actuación con número de radicación **15-271838** no se adelantó “como un juicio de responsabilidad” pues no se alcanzó a iniciar la investigación administrativa, y ii) que el acto de trámite que decidió archivar la averiguación preliminar con número de radicación **15-271838** ni la Resolución No. 12078 de 2017 que resolvió la solicitud de revocatoria directa no se pronunciaron de fondo “sobre las proclamas objeto del presente litigio ni mucho menos sobre la publicidad que las contiene a efecto de verificar el cumplimiento o no de las normas sobre protección al consumidor especialmente los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011 sobre los cuales recae la presente investigación, razón por la cual, ninguno de los dos actos decisorios tiene la fuerza de la cosa juzgada o por lo menos de cosa juzgada material”.

Por último, la señora Directora señala que “si en gracia de discusión se quisiera predicar la configuración de la figura de “cosa juzgada” en este proceso administrativo sancionatorio”, esa garantía se hubiera configurado de haber identidad de objeto, sujetos y causa en los dos procesos o actuaciones que se comparan, manifestando que en el presente caso:

1. **No hay identidad de objeto** pues en la averiguación preliminar que se adelantó (con número **15-271838**) “(...) lo que se evaluó fue **‘el sabor a fruta’** y **‘el contenido de fruta de los refrescos ‘HIT’**, mientras que en el presente proceso lo que está en examen es la veracidad de las proclamas **‘Elige HIT la fruta de verdad’** y **‘HIT es fruta de verdad’** y su posible inducción a engaño, error o confusión, entre otros derechos de los consumidores protegidos por esta Entidad”.

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

2. **No hay identidad de causa o razón de pedir**, pues durante la actuación preliminar número **15-271838** “(...) solo se realizó un requerimiento de información a GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. el cual se limitó a indagar sobre las piezas publicitarias mediante las cuales se ofreció al público el producto ‘Jugo Hit Frutas Tropicales’, ficha técnica del mismo, su registro sanitario, empaques y peticiones, quejas y reclamos recibidas con ocasión al mismo, así como la explicación y estudios técnicos y científicos que soportan la afirmación ‘Elige Hit la Fruta de Verdad’ y solo con base en la respuesta a ese requerimiento la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor profirió la decisión de archivo de esa averiguación; mientras que para formular el pliego de cargos que dio inicio a la presente investigación se tuvieron en cuenta (sic) por lo menos la respuesta a tres requerimientos de información relacionada con todas las variedades del refresco de frutas Hit y más de 5 visitas realizadas a páginas web (...)”.

3. **Existe identidad del sujeto pasivo**, pues en los dos casos éste es GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.

Para la señora Directora, entonces, no se cumplen los tres requisitos para que se pueda hablar en el presente asunto de cosa juzgada, aspecto sobre el cual manifestamos lo siguiente:

Sea lo primero precisar el concepto de “actuación administrativa” para señalar que ésta “(...) constituye la etapa del procedimiento administrativo que antecede al acto administrativo. Posteriormente a esta etapa viene la comunicación, publicación o notificación de tal acto y luego el trámite de los recursos, llamado también vía gubernativa. Las actuaciones administrativas vinieron a ser reguladas por primera vez en el C.C.A., ante la necesidad sentida de establecer unas normas que se refirieran a la actividad de la Administración previa al acto administrativo. (...)”. (Subraya fuera del texto original).

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- señala en el artículo 2º que “Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. (...)”.

A su vez, el artículo 4º señala las formas en que una actuación administrativa puede iniciarse, bien sea por el ejercicio del derecho de petición en interés general o particular, por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal o por las autoridades oficiosamente.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las actuaciones administrativas son las adelantadas por la administración en ejercicio de funciones legal y previamente asignadas, es a éstas a las que les corresponde imprimirle el impulso necesario para llevarlas hasta su fin y cumplir así los fines del estado y, particularmente, aquellos por los cuales fueron creadas.

Ahora bien, como parte del proceso administrativo general previsto en el título III del CPACA se reguló, a partir del artículo 47, el procedimiento administrativo sancionatorio. Este procedimiento previsto legalmente, es el resultado del reconocimiento del derecho administrativo sancionador como disciplina jurídica con identidad propia.

En el marco conceptual de lo aplicable al derecho administrativo sancionador mucho se ha debatido acerca del reconocimiento de la garantía de la cosa juzgada dada la naturaleza de esta disciplina del derecho, la cual dista de la función jurisdiccional, campo en el que ha tenido toda su aplicación y desarrollo. Así, por ejemplo, el tratadista español Alejandro Nieto García¹⁰ ha señalado en relación con la cosa juzgada que en “(...) lo que se refiere al derecho administrativo sancionador (...) resulta poco menos que imposible introducir la cosa juzgada civil y muy problemática la de la cosa juzgada contencioso-administrativa, (...)”.

No obstante estas dificultades, una vez planteada la cosa juzgada respecto de la actuación con número de radicación **15-271838**, nos manifestaremos en primer lugar respecto de los dos hechos relevantes planteados por esa Superintendencia en relación con la misma:

I. En cuanto a que “La actuación únicamente se centró en determinar si el producto denominado ‘HIT FRUTAS TROPICALES’ sabía a ‘fruta de verdad’ como motivo principal de la queja sin ahondar más allá en el contenido y mensaje integral de la publicidad aportada”. (Subraya fuera del texto original).

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

Esta afirmación no está acorde con las pruebas que obran en el expediente, pues la actuación se dirigió a determinar principalmente si existió publicidad engañosa dado que de conformidad con las manifestaciones del quejoso mi representada GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. estaba divulgando en televisión publicidad en la que se afirmaba que “HIT sabe a fruta de verdad, dando a entender que el producto está elaborado directamente de fruta, que es natural y que por ende su composición mayoritariamente es de fruta de verdad”.

II. En lo referente a la afirmación que “En la decisión no se tuvo en cuenta el ‘mensaje publicitario’ sino únicamente una parte de la información suministrada en la pieza publicitaria y se comparó con la contenida en las etiquetas del producto, desconociendo la diferencia entre información y publicidad”, tampoco está en concordancia con las pruebas obrantes en el proceso, ya que en el acto administrativo por medio del cual se decidió la actuación administrativa adelantada y se ordenó su archivo, se señaló específicamente como parte de su motivación que “De conformidad con lo expuesto y tras analizar las piezas publicitarias aportadas por la denunciada en el dispositivo de almacenamiento de datos USB obrante a folio 20, (...)”, denotando efectivamente que las piezas publicitarias fueron revisadas en su integridad. Y es que no podría ser de otra manera, pues la Dirección tiene la obligación cuando evalúa si una publicidad es engañosa, verificar la totalidad de los elementos que la componen y el contexto en que son expresados. El análisis no se efectúa con base en frases literales que en ellas se incluyen.

En relación con la afirmación señalada en la providencia recurrida de que no es posible predicar la cosa juzgada “teniendo como fundamento un acto administrativo (Resolución No. 12078 del 16 de marzo de 2017), en el que la autoridad no se pronunció de fondo respecto de los hechos constitutivos de la presunta vulneración a los derechos de los consumidores y no se realizó un examen completo sobre la publicidad denunciada”, es preciso aclarar que ello no corresponde a la realidad, por las siguientes razones:

La actuación administrativa con número de radicación **15-271838** fue definida mediante el acto administrativo de fecha 17 de agosto de 2016. Teniendo en cuenta que mediante dicho acto se determinó el archivo de la actuación, el quejoso, señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, solicitó el día 7 de septiembre de 2016 la revocatoria directa del mismo, la cual fue resuelta mediante la Resolución No. 12078 de 2017 antes ya mencionada, con la que se determinó no acceder a la solicitud.

Así las cosas, si bien en la Resolución No. 12078 de 2017 la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor se centró en exponer las razones por las cuales consideró que no era procedente la revocatoria directa solicitada, en el acto administrativo con número de radicación 15-271838-9 del 17 de agosto de 2016, esa Entidad expuso de manera completa y de fondo las razones que tuvo para no abrir la investigación administrativa y, en cambio, proceder con el archivo de la actuación.

En efecto, en el citado acto administrativo, luego de poner de presente las normas posiblemente vulneradas, hizo un recuento de lo requerido a mi apoderada GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. así como del contenido de su respuesta en la que efectivamente expuso las razones por las cuales no procedía la investigación y después de manifestar que se analizaron las piezas aportadas por el denunciante, adoptó la decisión en comento. Lo anterior efectivamente corresponde al análisis de fondo que concluyó señalando “(...) **que no es posible endilgar una presunta publicidad engañosa. Por lo que se considera que se suministra una información clara, veraz, suficiente y oportuna a los consumidores frente a las propiedades y cualidades del producto**”. Esto último confirma que se pronunció respecto de la vulneración de los derechos de los consumidores.

Ahora bien, en lo referente a la afirmación de que “i) no hubo dos ‘juicios’, uno en firme y otro en curso”, se subraya que el acto que terminó con la actuación administrativa (indagación preliminar) y decidió no iniciar investigación, además de ser un acto administrativo definitivo pues decidió de fondo la actuación, cobró firmeza desde el día siguiente al de su comunicación en los términos del numeral 1 del artículo 87 de CPACA. Si el acto de archivo no hubiera decidido de fondo la actuación, la Entidad hubiera estado obligada a abrir la investigación administrativa correspondiente.

En suma, la Superintendencia cuando expidió el acto que decidió archivar la averiguación preliminar con número de radicación **15-271838**, si se pronunció de fondo ‘sobre las proclamas’ objeto de la presente actuación administrativa y sobre la publicidad que las contiene a efecto de verificar el cumplimiento o no de las normas sobre protección al consumidor. Se reitera que el acto administrativo por medio del cual se decidió no iniciar investigación administrativa expresamente señaló que fueron analizadas las piezas publicitarias aportadas por el denunciante, al menos dos de las cuales corresponden a las revisadas también en la presente actuación administrativa que terminó con la Resolución

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

37544 de 2020 que hoy se recurre y que dicen:

Comercial 1

“Lo mejor para la lonchera de tus hijos es HIT. Mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso en mi lonchera siempre hay HIT. Por que me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá. Elige HIT la fruta de verdad.”

Comercial 3

“Haber mamá, déjame explicarte. Si hay una experta en frutas esa soy yo mami...yo... y yo mamá! Lo primero que probé en mi vida fue una fruta. Es que me encanta.... Me encanta. Yo hago lo que sea por la fruta. Entonces mama, si me vas a dar algo de tomar, que sea un HIT, que sea un HIT, porque HIT sabe a fruta de verdad. En los sabores y formas que más nos gustan. No te dejes confundir mami, HIT es fruta de verdad, entiendes? Si les gusta a ellos, nos gusta a todos. Elige HIT la fruta de verdad”.

De la transcripción los comerciales transcritos se constata que la proclama “*Elige HIT la fruta de verdad*” contenida en los dos comerciales antes citados, corresponde a su vez a la revisada en la presente actuación administrativa.

Finalmente, en cuanto a la identidad de objeto y causa entre las dos actuaciones administrativas (la 15-271838 y la 17-424418), tenemos que en las dos corresponde a la verificación del engaño e inducción a error al consumidor y, por tanto, a la verificación de la existencia de publicidad engañosa con las piezas publicitarias analizadas y arriba transcritas. Claramente en la presente actuación que terminó con la Resolución 37544 de 2020 que hoy se recurre, se puede afirmar que el objeto es aún más amplio, por lo que tendríamos que decir que el requisito de identidad de objeto se cumple en lo que coinciden.

En cuanto a la causa, entendida esta como la coincidencia de hechos motivo de la pretensión, encontramos que en ambas actuaciones los hechos corresponden a la divulgación por parte de GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. de piezas publicitarias, que fueron percibidas por los denunciantes como engañosas e inductivas a error. En el caso de la actuación con número de radicación 15- 271838 el hecho de la divulgación de los comerciales 1 y 3 antes transcritos, corresponde exactamente a los mismos que también fueron analizados e investigados en la actuación con número de radicación 17-424418.

De acuerdo con lo anterior, los elementos para hablar de cosa juzgada o si se quiere de un pronunciamiento previo por parte de la Dirección se encuentran probados, por lo que contrariamente a lo apreciado por la señora Directora era dado reconocerla respecto de las piezas publicitarias mencionadas.

2.1.3 Análisis de las proclamas

Lo mejor para la lonchera de tus hijos

El cargo formulado en la solicitud de explicaciones en lo referente a esta proclama hace referencia que no se indicó en la “publicidad del producto la cualidad sobre la cual es “mejor” dentro del pleno de posibilidades que hay en el mercado para suplir la bebida de una lonchera y no existir soporte que demuestre que su valor nutricional es superior respecto a las demás opciones de mercado en la misma categoría” generándose con ello también una probable publicidad engañosa, transgrediéndose el artículo 30 del citado marco normativo, en concordancia con los numerales 2.1.1, 2.1.1.1 (lit a) y 2.1.1.2 del capítulo 2 del título II de la Circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio”.

En la providencia recurrida se sanciona porque la proclama “**Lo mejor para la lonchera de tus hijos**”, donde a pesar de utilizarse un calificativo aparentemente subjetivo (mejor), al estar unido a la frase “para la lonchera de sus hijos” le otorga al producto un atributo objetivo, en tanto que está asociado a una cualidad que lo hace más beneficioso frente a los demás productos de su misma categoría que también pueden incluirse en la lonchera de los niños y niñas ” y al no haberse acompañado prueba por parte del anunciante, le resta veracidad y suficiencia al mensaje que se transmitió a través de la publicidad.

El motivo de inconformidad con lo manifestado en la providencia sancionatoria hace referencia a que la expresión “lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos hit”, no es una publicidad de tono excluyente, pues es simplemente una alabanza genérica y, por lo tanto, no es objetivamente apta para generar engaño en los consumidores. Y no lo es, pues la publicidad no hace referencia a la supremacía de una característica específica del producto de mi representada, aspecto reconocido por la propia Superintendencia en la formulación del pliego de cargos, pues la frase cuestionada simplemente hace una ponderación valorativa genérica, de carácter exagerado, proveniente de la opinión de mi representada, y no una ventaja concreta del producto. En otras palabras, la expresión “**lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos hit**”, es un mero juicio estimativo a través del cual mi representada expresa su parecer subjetivo sobre el producto.

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

Se equivoca la señora Directora cuando afirma que cuando se utiliza el calificativo lo mejor, que es subjetivo, a la expresión “para la lonchera de tus hijos” le otorga al producto un atributo objetivo. Y decimos que se equivoca pues si la publicidad no indica ese atributo objetivo respecto del cual se predica ser el mejor, como lo reconoce la propia Superintendencia, no se puede afirmar que la proclama es de carácter objetivo y, por tanto, requiere de soporte técnico o científico que acredite su veracidad.

Finalmente se puntualiza que la circunstancia que la respuesta dada en la averiguación preliminar, que aceptamos no fue muy clara es que, aunque la publicidad no hace referencia a ningún elemento objetivo del producto, la circunstancia de que se le hubiera informado a la Superintendencia que “el refresco de frutas HIT resulta ser, nutricionalmente, una opción. -la mejor en un término laudatorio, si se quiere, para su fabricante”, no le otorga a la proclama el mensaje objetivo que se indica en la providencia recurrida.

Me hace más fuerte

En la resolución 37544 se afirma que “la proclama en cuestión fue estudiada “dentro del contexto general de la publicidad (diálogo e imágenes)”, teniendo en cuenta tanto la definición del adjetivo “fuerte” como el diálogo comercial y el contenido gráfico de la pauta publicitaria, para llegar a la conclusión preliminar, que “la afirmación ‘me hace más fuerte’ corresponde a una condición objetiva y específica del producto, que además alude a la calidad del producto, la cual puede carecer de claridad, veracidad, verificabilidad, precisión e idoneidad, al no existir en el expediente soporte alguno que la sustente”.

Respecto del mensaje que trasmite la publicidad, la señora Directora afirma, sin prueba para fundamentar su decir, que la misma alude a una de las acepciones del adjetivo fuerte en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es decir, que produce efectos positivos para la salud. Sin embargo la señora Directora no fundamenta su decisión en un análisis objetivo, como es un dictamen pericial o un dictamen técnico sobre el entendimiento del consumidor promedio a la expresión “me hace más fuerte”, prueba que no se decretó ni practicó y mucho menos se dio traslado a mi representada para controvertirla. Por ello, al haber prescindido del dictamen técnico o de la prueba pericial, la señora Directora violó el debido proceso administrativo, por cuanto su decisión no se basó en pruebas suficientes para arribar a la conclusión de que la proclama era engañosa.

Al consultar las acepciones del adjetivo ‘fuerte’, la señora Directora tomó aquella que se ajusta a su argumento, pero no necesariamente es la que aplica en el contexto de la frase. Fuerte, según la RAE, también significa que tiene fuerza, resistencia y no necesariamente ello es sinónimo de buena salud.

Ahora bien, aceptando en gracia de discusión que el mensaje que trasmite la publicidad con la proclama cuestionada es objetivo, el mismo haría referencia a que el producto tiene componentes nutricionales, lo que corresponde a la realidad, como se desprenden de las pruebas que obran en el expediente.

Elige Hit, la fruta de verdad” y “HIT es fruta de verdad”

Conforme a la resolución 37544 de 2019, las “frases **“Elige Hit, la fruta de verdad” y “Hit es fruta de verdad”** en los comerciales, en conjunto con la puesta en escena, los protagonistas y el entorno, el mensaje que transmiten y la percepción que generan en los televidentes es que el “refresco frutas hit” tiene un valor agregado y diferenciador entre los demás de su misma categoría, por ser supuestamente “fruta de verdad”, promesa esa que resulta incumplida porque en realidad este producto, además de no ser “fruta de verdad”, ni siquiera contiene una proporción elevada de fruta por lo menos lo suficiente para ser considerado como “jugo”, tal como se encuentra demostrado mediante su tabla nutricional y ficha técnica, en los que se evidencia que el mismo incluye dentro de sus ingredientes sólo entre un 8 y un 14% de pulpa de fruta, razón por la que se concluye que el mensaje transmitido, a través de dichas proclamas, es a todas luces engañoso.”

La señora Directora, nuevamente, no fundamenta su decir en las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad, sino en su parecer sobre el mensaje que trasmite la publicidad.

El mensaje que trasmite la publicidad cuestionada no es el indicado por la SIC en la providencia recurrida, sino el siguiente: **El producto contiene fruta de verdad.**

Así las cosas, el problema a resolver es cuál es el mensaje publicitario de la publicidad cuestionada. ¿El indicado por la señora Directora en la resolución 37544 de 2020 o el que indicamos en precedencia? Para resolver este interrogante es necesario tener presente que para determinar cuál es el mensaje que trasmite una publicidad no es correcto analizar afirmaciones sueltas y descontextualizadas, pues el consumidor, como lo señala la propia Superintendencia, no decodifica el mensaje en varias imágenes o afirmaciones, sino como un todo que trasmite una idea central siguiendo una misma línea de argumentación. En

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

otras palabras, el análisis debe ser realizado con base en la totalidad de los elementos que componen la publicidad y el contexto en que estos son expresados.

De acuerdo con lo expuesto, no es cierto lo señalado en la providencia recurrida que la pieza publicitaria informa a los consumidores que el producto es “un jugo a base ciento por ciento de fruta natural”. Si algunos consumidores interpretan el contenido del mensaje publicitario en forma equivocada, irracional y absurda, como lo es interpretar en el caso en cuestión que el producto HIT es “un jugo a base ciento por ciento a fruta natural”, no por ello se puede hacer responsable al anunciante de interpretaciones absurdas.

La SIC ha determinado en varias comunicaciones en procesos de protección al consumidor¹⁵ lo siguiente:

*“cuando un anunciante utiliza publicidad, busca que la información que transmite llegue a un número amplio de personas, para incentivarlos a que motivados por la misma y decidan aceptar la oferta que se les plantea. **En tal sentido es posible que alguna o algunas de las personas que reciben la información, interpreten el contenido de su mensaje en una forma equivocada, irracional o absurda, pero no por ello se puede responsabilizar de dichas interpretaciones al oferente, pues forzarlo a prever todas las interpretaciones, inclusive las más irracionales y absurdas, es obligarlo a lo imposible, lo cual es lógica y jurídicamente incorrecto.**”*

Como lo señaló la propia Superintendencia en el expediente 15-271838, “la afirmación ‘fruta de verdad’ alusiva al producto en discusión no enmarca una publicidad engañosa, habida cuenta que como se dijo en líneas precedentes, el mismo contiene fruta, información visible en los envases y soportada con la ficha técnica (fl. 20). Así entonces y teniendo en cuenta que en la publicidad no se indica a los consumidores que el producto cuenta con un porcentaje determinado de fruta o que el mismo es en su totalidad elaborado a base de fruta, no es posible endilgar una presunta publicidad engañosa. Por lo que se considera que se suministra una información clara, veraz, suficiente y oportuna a los consumidores frente a las cualidades y propiedades del producto”.

2.2. Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMATICO HIT.’

2.2.1. Caducidad de la facultad sancionatoria

Frente a esta publicidad operó igualmente la caducidad de la facultad sancionatoria, pues transcurrieron más de tres años desde la fecha en que el comercial dejó de transmitirse y la fecha en que se notificó la resolución 37544 de 2020.

En efecto, el comercial objeto de análisis, que fue distinguido con el código “IBOPE 1882684, conforme a la certificación que obra en el expediente expedida por “OMD COLOMBIA S.A.S”, en su calidad de agente de medios de mi representada, tuvo como fecha de finalización el día 27 de octubre de 2016, lo que implica que el día 27 de octubre de 2019 la Superintendencia perdió competencia para sancionar por esta publicidad.

Para la Superintendencia, el referido comercial, según se lee en el párrafo segundo de la página 149 de la resolución 37544 de 2020, estuvo publicado en el canal de “You Tube” de Gaseosas Postobón hasta el 8 de septiembre de 2018, lo que implicaría que no operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria.

Para llegar a la referida conclusión, la señora Directora indica en la providencia cuya legalidad se cuestiona, en la página 3, que “mediante escrito distinguido con el radicado N° 17-424418-28, la tercera interesada dio respuesta al requerimiento descrito en el considerando inmediatamente anterior, en el que informó que las piezas publicitarias objeto de su denuncia fueron difundidas en “YouTube” hasta el 8 de septiembre de 2018 y aportó como prueba para acreditar su dicho la impresión de un correo electrónico emitido desde el e:mail ajdiaz@google.com”.

Revisada la comunicación del tercero interesado, se desprenden varios aspectos:

Primero, que la CORPORACION COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES- RED PAPA Z le solicita a la Superintendencia que, en ejercicio de sus competencias, consulte con IBOPE para tener precisión sobre todas las emisiones de televisión, pues es esta la que cuenta “con todos los registros correspondientes de la emisión de esta pieza publicitaria”.

Segundo, que el video contentivo del comercial estuvo al aire hasta el sábado 8 de septiembre de 2018, para lo cual acompaño “la confirmación remitida mediante correo electrónico por Google donde informan este hecho”.

Tercero, que la CORPORACION COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES-RED PAPA Z nunca afirmó, como si lo hace la Superintendencia sin prueba que lo sustente, que el video estuvo publicado en el canal “You Tube” de Gaseosas Posada Tobón S.A.

Cuarto, que el video, conforme al correo electrónico que acompaño el TERCERO INTERESADO como sustento de su dicho, hace referencia al siguiente link <https://www.youtube.com/watch?v=IN8dRyp1KR0>, que nunca ha pertenecido a GASESOSAS POSSDA TOBON, como se afirma erróneamente en la providencia recurrida.

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

Así las cosas, la Superintendencia no fundamentó su afirmación de que la pieza publicitaria estuvo publicada en el canal de “You Tube” de Gaseosas Posada Tobón hasta el 8 de septiembre de 2018 en las pruebas arrimadas al proceso. Estas pruebas lo que demuestran es que el comercial fue transmitido por televisión nacional y cable hasta el 27 de octubre de 2016 y que la difusión en “You Tube” no fue en la cuenta de Gaseosas Posada Tobón S.A, sino de un tercero. No obstante esta claridad que dan las pruebas obrantes en el proceso sobre el tema, se acompañan los correos electrónicos que demuestran la solicitud que efectuó mi poderdante a “You Tube” de bajar el contenido publicado del comercial por un tercero.

Finalmente se puntualiza, en lo referente a la caducidad de la facultad sancionatoria, que no solamente transcurrieron más de tres años desde la fecha en que finalizó la publicación del comercial por parte de mi representada, que fue el 13 de octubre de 2015, sino desde la fecha en la Superintendencia tuvo conocimiento del comercial por la queja interpuesta el 13 de noviembre de 2015 por parte del señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, expediente No 15-271838, hasta la fecha en que se notificó la **providencia sancionatoria, 16 de julio de 2020, a las 18:15.**

2.2.2. Pronunciamiento previo de la SIC

Teniendo en cuenta que la SIC respecto de este comercial se pronunció previamente en el expediente 15-271838, se hacen extensivos los argumentos expuestos en el numeral 2.1.2.

2.3. Cuña Radial ‘618208 HIT NUEVO SABOR MANDARINA’

En la resolución 37544 de 2020 se afirma que esta publicidad es engañosa por contener la proclama **“contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría”**, pues el mensaje que transmite esa frase es que el producto contiene el triple y no el doble.

Para llegar a esta conclusión, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor acudió al libro “Sanchis i Marco, Manuel, Falacias, dilemas y paradojas - La economía de España: 1980-2010, 2ª Edición, 2011, Valencia España, Puv Publicaciones señalando que “la doctrina conceptúa que “Dos veces más “no consiste en el doble. Decir el doble significa multiplicar por dos la dimensión del objeto que se esté considerando; mientras que, por el contrario, el doble sólo representa una vez más (¡y no dos veces!) (...); sencillamente porque si fuese dos veces más tendríamos el triple y no el doble.”, así entonces, disgregando la frase objeto de estudio, continúa el autor argumentando: “En la lengua castellana, el sustantivo ‘vez’ hace referencia a la operación matemática de multiplicar o dividir dependiendo de lo que siga a continuación. Si lo que sigue es la voz ‘más’, entonces multiplicamos; si se trata de <<dos veces más>>, multiplicamos por dos; (...) Además de lo anterior, la voz ‘más’ hace referencia a la operación matemática de sumar, a la función aditiva de la suma. Por eso cuando ambas funciones, la multiplicación ‘vez’ y la aditiva ‘más’ se confunden en una sola en la expresión lingüística “dos veces más” objeto de nuestro análisis, en términos matemáticos estaremos multiplicando por dos, e inmediatamente después, añadiendo una unidad adicional al resultado anterior. Por lo que obtendríamos el triple y no el doble”

Por lo expuesto, señala la señora Directora “realizada la operación matemática de multiplicar por dos el porcentaje de fruta contenido en el “refresco de fruta SOKA” (8%) más una unidad adicional⁸⁰ (sic), cuyo resultado es 24%, y el contenido de fruta del refresco de fruta pasteurizado hit mandarina es 20%, la cantidad de fruta que incluye este producto no es “dos veces más” a la contenida en el refresco “SOKA”; por tanto, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor encuentra que la declaración en examen es falsa o incorrecta o imprecisa y, consecuentemente, no es verificable plenamente como lo afirmó la investigada en sus descargos y como lo exige el numeral 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia que dispone: “La comparación o confrontación no podrá referirse a extremos que no sean análogos, ni comprobables, ni utilizar indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omitir las verdaderas”.

La señora Directora nuevamente para arribar a la conclusión de cuál es el mensaje que transmite la proclama “contiene dos veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría”, no solamente lo hace sin pruebas que acrediten su dicho, lo que conlleva incumplir su obligación de expedir el **acto administrativo suficientemente motivado a partir de las pruebas**, sino que se fundamenta en la interpretación que un autor extranjero le da a la referida proclama.

Como bien lo ha manifestado la Superintendencia de Industria y Comercio”, para interpretar el mensaje que transmite una proclama, esta no se debe ser la interpretación del experto, como lo hizo la señora Directora en el análisis de la proclama, sino la de una persona o un consumidor común y corriente, que interpreta la publicidad en una forma superficial, como lo haría una persona que no tiene un conocimiento especializado del producto o servicio anunciado.

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

2.4 LAS PIEZAS PUBLICITARIAS DISTINGUIDAS COMO 1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017”, “HIT 1 LITRO - LANZAMIENTO2017-20”, “HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25”, “628738 - TETRA 1 LITRON

En relación con estas piezas publicitarias, la señora Directora en la resolución 37544 indica que la proclama “el mejor precio” carece de “verificabilidad en cuanto que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** no aportó los soportes documentales pertinentes que demostraran que el precio del producto “refresco de fruta Hit” en la presentación familiar y/o litro fuera el menor en el mercado durante la época en que se anunció tal condición objetiva, lo que conlleva a una vulneración de los derechos de los consumidores a recibir productos de conformidad con las condiciones ofrecidas y obtener información veraz, verificable, precisa e idónea sobre los productos que se ponen en el mercado”.

Sobre el particular procede indicar que efectivamente, como lo indica la Superintendencia, las tres posibilidades analizadas en la resolución 37544, no son soporte de la expresión “mejor precio”.

La comparación nunca se efectuó con esas tres posibilidades, pues los productos no son análogos, sino con el producto SOKA- BOTELLA PET 1000 FAMILIAR NO RETORNABLE, que sí es un producto análogo, que figura en el último renglón de la imagen 23 que figura en la página 97 de la providencia recurrida, que no fue analizada por la Superintendencia.

Así las cosas, efectuada la comparación entre el producto HIT y el producto SOKA, es indiscutible que en el periodo en que estuvo la publicidad, 11 de diciembre de 2017 al 28 de marzo de 2018, el producto HIT fue el producto del “mejor precio” entre los productos de su categoría. Se acompaña, para que no queda ninguna duda, la certificación de INVAMER sobre el particular, donde se desprende que el producto SOKA BOTELLA PET 1000 FAMILIAR NO RETORNABLE, tuvo un precio superior al producto objeto de la publicidad. Pero no solo ello, sino que esa característica también es predicable de varios productos que no son análogos, como los evaluados por la Superintendencia en la providencia recurrida.

Se acompaña igualmente la certificación de NIELSEN en que no solo se refiere en forma expresa al precio del producto objeto de publicidad, sino también al precio de los productos análogos durante el periodo 11 de diciembre 2017 y 28 de marzo de 2018.

Así las cosas, las pruebas que obran en el expediente junto con las que se acompañan al presente recurso, demuestran que el producto “refresco de fruta Hit” en la presentación familiar y/o litro tuvo el menor precio en el mercado. No existe en el expediente ninguna prueba que controvierta que efectivamente el producto de mi representada no tuviera el “mejor precio”

3. RESPECTO DE LA IMPUTACIÓN FACTICA 2.

3.1 Caducidad de la facultad sancionatoria.

La imputación fáctica No 2 se fundamenta en dos comerciales que, conforme a lo expresado en precedencia cuando se habló de la imputación fáctica 1, caducó la facultad sancionatoria de la Superintendencia y, por tanto, la señora Directora no tenía competencia para imponer la sanción. Estos comerciales son:

1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’,

1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’

3.2 Violación del debido proceso

En la imputación del cargo contenido en la resolución 19022 de 2019 se afirma que las publicidades allí relacionadas pueden ser engañosas o confusas y/o que pueden inducir a error a los niños y niñas y adolescentes, toda vez que pueden carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad, tal como quedo ampliamente expuesto en el desarrollo de la imputación 1, cuyos argumentos se tiene por reproducidos, “así como un consecuente incumplimiento por parte de GASEOSAS POSADA TOBON S.A a las obligaciones de evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no corresponden a la realidad del producto en lo relacionado con sus características y de no exagerar su naturaleza (artículo 2.2.2.33.4 numerales 1y 2.2 idem). Respecto de la primera consideración expuesta por la Dirección en la imputación de este cargo, lo primero que es necesario reseñar es que en la imputación 2 se señalan publicidades que no fueron señaladas ni evaluadas en la imputación 1, motivo por el cual se desconocieron, frente a estas, las razones por las cuales la Dirección consideró, para hacer la imputación del cargo, que las mismas podían ser engañosas o confusas. Esta misma consideración es aplicable en lo referente a la segunda parte de la imputación, es decir, que en la solicitud de explicaciones no se indicaron de manera precisa y concreta las razones por la cuales las publicidades referidas en esta imputación infringían lo dispuesto en el artículo 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2 del Decreto 1074 de 2015, lo que implicó una violación al debido proceso.

Es importante resaltar que la circunstancia que en la solicitud de explicaciones se haya puesto en conocimiento de mi representada la publicidad objeto de la imputación y las normas legales presuntamente vulneradas no significa, en modo alguno,, que se haya garantizado el derecho

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

de defensa y contradicción, pues, se reitera una vez más, conforme con lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia T-1023-96, era necesario indicar las razones y pruebas por las cuales la Superintendencia infería una presunta violación de las disposiciones legales referidas en este caso. No bastaba, se reitera, decir que la SIC advierte una presunta infracción a una norma, sino que era necesario indicarle al investigado en forma **clara, precisa, particular y concreta los aspectos de su publicidad que infringirían las normas y las razones de esa inferencia, para que pudiera rendir explicaciones.**

Sobre este particular el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA, en proveído de fecha 21 de agosto de 2014 dentro del expediente 2013-0014201, al resolver un caso similar al aquí expuesto en donde se cuestionaba una solicitud de explicaciones proferida por la SIC, revocó la sentencia proferida en primera instancia al considerar que de estudiar puntualmente el cargo denominado **violación del debido proceso por ausencia de formulación de cargos de manera clara, precisa y concreta**, si bien era cierto en la referida solicitud de explicaciones se le indicó a la sociedad actora que la investigación se refería a la información comercial publicada en un día específico de la cual se deducía posiblemente la violación de unas normas concretas y se estableció la sanción que podía imponerse en caso de que se comprobara la comisión de la conducta sancionada aportando para el efecto copia del aviso publicitario cuestionado **“no encuentra la Sala que dentro de la solicitud explicaciones en cuestión se haya establecido en forma clara, precisa y concreta la acusación, esto es, la conducta que se le imputaba, circunstancia ésta necesaria para el debido ejercicio del derecho de defensa toda vez que las normas invocadas consagran varias conductas y prohibición”**

(...)

4. RESPECTO DE LA IMPUTACION FACTICA 3.

La imputación fáctica No. 3 fue formulada a mi representada GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. mediante la Resolución 19022 del 31 de mayo de 2019, en la que en el numeral 27.3 se le señaló como presunta responsable de incumplir las órdenes impartidas por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor por no haber atendido de manera completa el requerimiento de información contenido en la comunicación No. 17-424418-6 del 28 de junio de 2018.

Pues bien, como consta en el expediente, el mencionado requerimiento de información fue atendido por mi representada GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. dentro del término otorgado para el efecto, el día 8 de agosto de 2018, mediante la comunicación No. 17-424418-10. Con dicha comunicación se adjuntó un dispositivo USB que contenía la información requerida.

Señaló la señora Directora en la mencionada Resolución de formulación de cargos, que al revisar el contenido del dispositivo USB aportado no se encontró la información relacionada con:

- 1. Las piezas publicitarias con las que se promocionó el refresco de frutas HIT variedad Maracuyá, a pesar de haber sido publicitado mediante la cuña radial “HIT JUGOS 500 ML- LLEGÓ NVO MARACUYÁ MUCHA-20” y el comercial denominado “HIT JUGOS -REF 30-30”, según se evidenció en el CD aportado por la tercera interesada.**
- 2. Los empaques y/o etiquetas del producto en las variedades, mandarina, naranja y maracuyá.**
- 3. Las fichas técnicas correspondientes a las mismas variedades antes citadas, pues en la carpeta titulada “5. RTA PUNTO 5 FICHAS TÉCNICAS”, solo se evidenció copia controlada de la ficha técnica del producto “Refresco de Fruta Pasteurizado” correspondiente a las variedades lulo, mango, mora, durazno, frutas tropicales y naranja-piña.**
- 4. El registro sanitario del producto objeto de investigación, pues en la carpeta denominada “6. RTA PUNTO SEIS COPIA REGISTRO SANITARIO”, se evidenció que se adjuntó copia de la Resolución No. 2017053738 del 18 de diciembre de 2017 por la cual se modificó la Resolución No. 016051095 del 6 de diciembre de 2016 mediante la cual se concedió el registro sanitario No. RSA-002557-2016 para fabricar y vender el producto “Refresco Fruta Pasteurizado” en las variedades durazno, frutas tropicales, mora, mango, lulo, naranja-piña, guanábana y mandarina marca HIT, sin que se hubiera aportado esta última.**
- 5. La información relacionada con el porcentaje de fruta contenido en el producto objeto de investigación, correspondiente a las variedades mandarina, naranja y maracuyá.**

Luego de expuestos los argumentos presentados con el escrito de descargos por mi representada, la señora Directora los desestimó por las razones expuestas en el numeral 31.5 de la Resolución 37544 de 2010 que ahora se recurre, manifestando al respecto que “(...) se probó el incumplimiento parcial al requerimiento distinguido con el número 17-424418-6, (...)”.

Sobre las razones que expuso la señora Directora para dar por “probado el incumplimiento parcial al requerimiento” antes mencionado, son procedentes los siguientes comentarios que no solo controvierten la fundamentación de la infracción, sino que demuestran que la

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

inobservancia a las instrucciones impartidas por esa Entidad no se verificó en la práctica:

- *En primer lugar GASEOSAS POSADA TOBON S.A rechaza la irrespetuosa calificación de “falaz” que hace la señora Directora respecto de las razones expuestas por la defensa en el escrito de descargos, que justificaron que no se haya adjuntado con la respuesta al primer requerimiento de información lo relacionado con las etiquetas, ficha técnica y registro sanitario del jugo de naranja 100% de fruta HIT.*

La defensa en su momento consideró que el requerimiento de información con número de radicación 17-424418-6 del 28 de junio de 2018, se refería al producto “refresco de frutas pasteurizado” comercializado en diferentes variedades y no al “jugo de naranja 100% de fruta HIT”. Ello, no sólo por el contexto de las demás solicitudes que se hicieron con dicho requerimiento en las que también se hizo alusión a expresiones en piezas publicitarias que se referían todas al “refresco de frutas pasteurizado”, sino también, por lo manifestado desde el primer momento por mi apoderada con la respuesta, cuando señaló:

“(…) Antes de proceder a dar respuesta a cada uno de los interrogantes o requerimientos que han sido expuestos por esa Delegatura a través del oficio de la referencia, es muy importante que ese Despacho sepa que bajo la marca HIT, mi representada ofrece un variado portafolio de productos, dentro de los cuales encontramos los Jugos, Néctar, refrescos y pulpa de frutas y esta es una aclaración que para el suscrito es a todas luces relevante porque de esta manera podemos entender de mejor manera (sic) el contexto de cada una de las piezas, pero sobre todo, el cómo deben ser observadas las mismas.

“Así las cosas, bajo el entendido que se ha advertido que quien ha fungido como promotora de la presente investigación -quejosa18- ha cuestionado de manera específica materia publicitario correspondiente al refresco de fruta pasteurizado variedades, específicamente comerciales que fueron emitidos durante el segundo y tercer trimestre del año 2015 y las declaraciones requeridas por el Despacho corresponden con aquellas empleadas en piezas publicitarias por lo general para la promoción de dichos productos, procuraremos centralizar nuestra respuesta en dicho sentido, advirtiendo desde ya, que si esta Delegatura requiere que se amplíe información sobre otros productos que se identifiquen con la marca HIT (jugos 100%, pulpas de fruta, néctares, etc); estaremos atentos y absolutamente dispuestos a atender lo que a bien el Despacho estime necesario”. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, efectuada la aclaración por parte de mi representada en la respuesta al requerimiento de información, no se entiende ni está acorde con las pruebas que obran en la actuación administrativa, que la Señora Directora encuentre probada la pretendida inobservancia a las instrucciones impartidas de aportar la información en comento, cuando se le explicó desde el primer momento el contexto en el que se entendía el requerimiento y se le puso de presente que si era necesario ampliar la información se encontraba totalmente dispuesta a ello. ¿No era más fácil aclarar el sentido de la solicitud y requerir lo que faltaba?

Se subraya que la Dirección requirió posteriormente a mi apoderada GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. en tres ocasiones, pero en ninguna de éstas manifestó o confirmó que era necesaria la información relacionada con el jugo 100% de naranja ni con el resto de la información que extraño, así como tampoco aclaró el sentido de su solicitud para su mejor entendimiento.

La señora Directora esperó a la formulación de cargos para señalar que no se había aportado la información, ignorando lo manifestado por mi representada sobre el particular. Por lo demás, está demostrado que la información relacionada con el jugo de naranja 100% de fruta HIT no era necesaria, pues la actuación se centró en las campañas y piezas publicitarias relacionadas con el “refresco de frutas pasteurizado” en diferentes variedades.

- *En relación con los descargos ofrecidos por no haber aportado con la respuesta al primer requerimiento de información la ficha técnica, etiquetas o empaques, registro sanitario y porcentaje de fruta de las variedades maracuyá y mandarina, en la resolución que se recurre se indica que fue claro lo solicitado y que sólo en los numerales 3, 7 y 9 del requerimiento se pidió información específica sobre algunas expresiones y su significado o sustento técnico, en tanto que los demás numerales se refirieron a información general sobre el producto denominado “Jugos HIT”, concluyendo que la defensa en su respuesta mezcló unos y otros, llegando a una conclusión diferente a lo verdaderamente requerido.*

Al respecto y como ya se señaló, teniendo en cuenta que la queja que originó la actuación fue la presentada por la Corporación Colombiana de Padres y Madres Redpapaz, con el objeto que se estudiara, principalmente, el “carácter engañoso” que en su concepto presentaban

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

algunas piezas publicitarias en las que se hacía uso de la expresión “Elige Hit, la fruta de verdad”, era lógico que la defensa llegara a la conclusión que el resto de la información requerida estuviera enmarcada o limitada a las piezas publicitarias que incluían tal expresión, así como las demás citadas en el numeral 3 del requerimiento.

No obstante, se reitera que con la respuesta al requerimiento mi representada GASEOSAS POSADA TOBON S.A. no solo indicó cual había sido su entendimiento respecto de lo solicitado, sino que manifestó expresamente estar en completa disposición de remitir cualquier otra información, lo cual no fue tenido en cuenta por esa Superintendencia en ese momento y no puede ser utilizado ahora para afirmar que se configuró el incumplimiento.

Ahora bien, al igual que en el caso de la información relacionada con el jugo de naranja 100% de fruta HIT, si el entendimiento de lo requerido no fue el acertado y esa fue la razón para no allegar en un primer momento la información relacionada con las etiquetas o empaques, ficha técnica, registro sanitario y porcentaje de fruta de las variedades maracuyá y mandarina, la señora Directora debió requerir el complemento de la información y aclarar el punto. Esperar, como ya antes se manifestó, a la formulación de los cargos, denota el querer a toda costa de la Dirección de imputar un supuesto incumplimiento de sus órdenes e instrucciones. Ese no puede ser el proceder de la Autoridad, y mucho menos de la actual administración, que ha sido muy clara que en sus actuaciones administrativas se respetara el debido proceso, pues en virtud del principio de la presunción de inocencia, “recae sobre el órgano acusador la carga de refutar la presunción de inocencia del acusado mediante elementos probatorios suficientes.

- *En la resolución 37544 se manifiesta que la imputación es procedente pues (...) “el incumplimiento de un requerimiento de información u orden emitida por esta Dirección le impide a esta ejercer sus facultades administrativas conferidas, en tanto ello implica una obstrucción a la autoridad para verificar el cumplimiento de las normas cuyo control le compete, lo que hace necesario desplegar las facultades sancionatorias pertinentes”.*

Sobre el particular se puntualiza que no se puede hablar, como se hace en la providencia cuya legalidad se cuestiona, de obstrucción, como el acto de impedir el ejercicio de las facultades de la Superintendencia, pues amén de que mi representada, como se ha explicado a lo largo de este escrito, siempre estuvo dispuesta y así lo indico expresamente a entregar toda la información que se le requiriera, la información faltante por el entendimiento de mi representada que no fue aclarado en su oportunidad por la señora Directora, fue en todo caso aportada por mi representada con el escrito de descargos de fecha 12 de julio de 2019, lo que indica que esa Entidad contó en todo caso con el material necesario para poder adelantar la investigación.

La señora Directora no puede desconocer lo manifestado por mi apoderada en la respuesta al primer requerimiento en el sentido de “estar a su disposición”, lo cual, contrariamente a lo interpretado por la Dirección, denota ánimo de colaboración.

Por las razones expuestas no se puede hablar en el presente caso, como sucede con las sanciones que ha impuesto la Superintendencia por conductas que efectivamente constituyen obstrucción al ejercicio de sus facultades, como por ejemplo la de impedir la realización de una visita administrativa, que el cargo formulado, de acuerdo a las pruebas obrantes en el proceso, estuviere llamado a prosperar pues, se reitera una vez más, mi representada nunca se negó a entregar ninguna información y la Superintendencia contó con toda la requerida. La que no fue allegada con la respuesta al primer requerimiento, por las razones explicadas, se remitió posteriormente.

- *Con la expedición de la resolución 38544, la señora Directora violó el debido proceso administrativo, por cuanto su decisión no se basó en pruebas suficientes para arribar a la conclusión de que mi representada inobservó las instrucciones y órdenes impartidas por la Dirección, lo que impidió el ejercicio de funciones de la Superintendencia. Las pruebas que obran en el proceso, como se explicó en precedencia, demuestran no solo la voluntad de mi representada de entregar toda la información que se le requiriera, sino que la Dirección contó con la totalidad de la información requerida.*

5 RESPECTO DE LA GRADUACIÓN DE LA SANCION

La ley 1480 de 2011 establece que son procedentes sanciones por infracciones al régimen de protección al consumidor, hasta por la suma de 2.000 SMLMV. Para determinar la cuantía de estas sanciones la citada Ley consagró un conjunto de criterios con base en los cuales la autoridad debe graduar las multas a imponer a las empresas halladas responsables.

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

La aplicación de estos exige que, en la decisión sancionatoria correspondiente, a partir de la evidencia que obre en el expediente, se expongan las razones para la ponderación y cuantificación de la multa de forma que resulte proporcionada con la infracción imputada y los hechos que rodearon su comisión.

Por tanto, bajo este nuevo marco regulatorio para la determinación de la multa a imponer no es suficiente acreditar la existencia de la conducta violatoria, sino que, en cada caso, se hace necesario considerar aspectos relacionados con el daño causado a los consumidores, la persistencia de la conducta, reincidencia en la comisión de infracciones, la disposición o no de buscar una solución adecuada, el beneficio obtenido por el infractor, la utilización de medios fraudulentos y el grado de prudencia y diligencia con el que se hayan atendido los deberes o aplicado la normas pertinentes.

En el presente caso, aceptando en gracia de discusión que existió infracción, que no hubo un pronunciamiento previo de la SIC y no operó la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de algunas publicidades- que no lo es- se solicita que se reduzca considerablemente la sanción impuesta, toda vez que de la evidencia que obra en el expediente se acredita que la sanción impuesta, que corresponde al 95% de la multa máxima, resulta excesiva y desproporcionada frente a la supuesta infracción cometida y las circunstancias probadas que rodearon su tipificación y, por ello, solicitamos que se revise el análisis efectuado respecto de los siguientes criterios:

El daño causado a los consumidores

La señora Directora indica en la providencia 37544 de 2020, que este criterio del daño a los consumidores debe entenderse, a pesar de la claridad de la norma, como “la potencialidad con que la conducta infractora puede perjudicar a un universo de consumidores, y que el hecho de infringir el marco jurídico de esta investigación, involucra la vulneración de intereses jurídicos tutelados desde la constitución, como lo son los derechos de los consumidores y de los niños, niñas y adolescentes a recibir productos conforme a la calidad ofrecida, así como a obtener información adecuada de los productos que se comercializan en el mercado colombiano y a ser protegidos frente a la publicidad engañosa.”

Sobre el particular proceden dos comentarios. El primero, que la norma es clara que uno de los criterios para establecer la sanción, es el daño causado a los consumidores y no, como lo afirma la señora Directora para evitar fundar su decisión en las pruebas arrojadas al proceso, el potencial daño que la conducta puede perjudicar a un universo de consumidores. El segundo, que la evaluación de este criterio debe efectuarse en cada caso particular, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar y no una evaluación general aplicable para todos los casos de vulneración de las normas de publicidad.

Reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor

Se afirma en la providencia recurrida que no se tendrá como agravante la sanción administrativa impuesta mi representada en la actuación administrativa distinguida con el radicado No 16-109447, pues la misma no se encuentra en firme. No obstante lo indicado por la señora Directora, esta situación debe ser evaluada, como se indica en la norma, como criterio para la dosificación de la sanción.

Disposición o no de colaborar con las autoridades competentes *En la resolución 37544 se afirma, en relación con este criterio, que “este Despacho también refuta lo dicho por el apoderado de la investigada, en tanto que esa “absoluta disposición” que dice haber tenido su representada durante el presente procedimiento administrativo se ve empañada con algunas contradicciones que denotan una aparente intención de inducir en error a esta autoridad, toda vez que la información suministrada durante la etapa preliminar, respecto a la difusión de dos de las piezas publicitarias objeto de investigación, fue cambiada en el transcurso de la etapa investigativa”*

Sobre el particular mi representada rechaza en forma categórica la afirmación que las denominadas contradicciones denotan una aparente intención de inducir en error a la autoridad. La política de GASESOSAS POSADA TOBON S.A siempre ha sido y lo será, la de colaborar con todas las autoridades. La señora Directora no puede afirmar, así sea en forma de interrogante y sin pruebas para ello, que existió una aparente intención de inducir en error a la autoridad.

Ahora bien, respecto de las contradicciones señaladas por la señora Directora, es pertinente indicar que la base de datos aportada por mi representada a que se hace referencia en las páginas 148 de la providencia recurrida se elaboró con fundamento en la información que nos fue entregada por IBOPE, entidad que, como consta en la certificación que se acompaña al

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

presente recurso, cometió un error al identificar las publicidades pues hacían referencia a nombres similares. No se puede argüir, entonces, como lo hizo la señora Directora en la providencia recurrida, sin soporte probatorio, que existió una aparente intención de inducir a error a esa Superintendencia

Finalmente se resalta que GASESOSAS POSADA TOBON S.A es una empresa que ha construido país y ha trabajado con y para los colombianos por más de cien años. Su tradición y sobre todo su reputación de empresa seria y responsable se ve afectada enormemente por afirmaciones, como las que efectuó la señora Directora, que no tienen asidero en pruebas. (...)

CUARTO: Que la Corporación Colombiana de Padres y Madres - RED PAPAZ, en su calidad de tercero interviniente presentó el 10 de agosto de 2020 mediante radicados No. 17-424418-97 y 17-424418-98, escrito de oposición frente al recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por **GASESAS POSADA TOBÓN S.A.** identificada con el Nit 890.903.939-5, en contra del acto administrativo sancionatorio mediante escrito radicado bajo el No. 17-424418-95, en el que señaló lo siguiente:

“(...) La decisión adoptada por este Despacho el pasado 10 de julio de 2020, constituye un hito en la protección de los derechos de los consumidores, específicamente de niñas, niños y adolescentes (NNA). RED PAPAZ defiende la determinación adoptada en el proceso de la referencia comoquiera que propende por la protección de los derechos de esta población sujeta a especial protección constitucional. Por este motivo, se opone a las razones aducidas por POSTOBÓN para pedir que se revoque la Resolución 37544 de 2020, o que en su defecto se reduzca el monto de la multa impuesta.

A. CONTINUIDAD EN LA COMISIÓN DE LAS CONDUCTAS QUE DEMUESTRAN PROBADA LAS IMPUTACIONES FÁCTICAS Nos.1 y 2.

(...)

2. Sin embargo, POSTOBÓN incurre en una grave equivocación comoquiera que las Imputaciones Fácticas Nos. 1 y 2 no se apoyan exclusivamente en la reproducción de dos (2) piezas audiovisuales, sino que por el contrario se originan en la reproducción de una sucesión de piezas que forman parte de una única conducta orientada a posicionar en el público diferentes mensajes, entre ellos, que Hit es «jugo», es «natural», es «fruta de verdad», en síntesis, que es equivalente a la fruta. Por esta razón, la SIC con sobrados motivos luego de una diligente investigación concluyó que:

«Las piezas investigadas no fueron independientes, sino que hicieron parte de robustas campañas publicitarias, es decir que, no obstante haber sido pautadas dentro de lapso determinado, existieron otros comerciales que le dieron continuidad a los mensajes principales que se emitieron a los consumidores y que influyeron en sus decisiones de consumo, tal como lo manifestó el defensor de la procesada tanto en sus descargos como alegatos de conclusión, y como se evidencia de los cuadros de los años 2017 y 2018 del archivo denominado “resumen inversión hit” que hace parte de la carpeta “Relación de Pautas”, contenida en el CD aportado por la investigada junto con la respuesta radicada con el número 17-424418-17»

3. Cabe recalcar que la conclusión a la que arriba la SIC, se apoya en lo señalado por el propio apoderado de POSTOBÓN, quien hizo énfasis acerca de la continuidad de los mensajes en las diferentes piezas que fueron difundidas durante varios años. Por esta razón, resulta errado invocar la caducidad de la facultad sancionatoria, porque la difusión de los mensajes publicitarios se ha prolongado en el tiempo, en la medida en que nuevas piezas los han reproducido. En consecuencia, debe aplicarse lo dispuesto en el inciso segundo del citado artículo 52 del Ley 1437 de 2011, que dice: «Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución»

4. Con fundamento en lo anterior, no es posible sostener que unos hechos no queden cobijados por la actuación de la SIC, mientras que otros sí, porque se trata de una misma conducta que se despliega de manera sucesiva por medio de sendas piezas comunicativas. La unidad de propósito y la inmutabilidad del mensaje subyacente impiden considerar que pueda haber operado la caducidad respecto de unas piezas y no de otras, porque con excepción de las que hacen publicidad comparativa, las demás transmiten un mismo mensaje esto es: que Hit es un producto «natural».

5. La doctrina acerca sobre (sic) la conducta continuada considera una unidad de propósito o finalidad, pluralidad de comportamientos, y afectación de un mismo bien jurídico. En el presente caso resulta palpable la concreción de cada uno de estos elementos. En primer término se

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

advierte un propósito único y continuado de posicionar entre el público la idea Hit es «jugo», es «natural», es «fruta de verdad», en síntesis, que es equivalente a la fruta. Este mensaje se ha transmitido de manera permanente a través de diferentes piezas audiovisuales, que a pesar de ser diferentes envuelven el mismo mensaje. De otra parte, se advierte una pluralidad de comportamientos en la elaboración y difusión en medios masivos de comunicaciones de múltiples piezas audiovisuales que transmiten en el mismo mensaje. De acuerdo con la información del expediente 17-424418 existe prueba acerca de la continuidad en la difusión de piezas que posicionan la idea de que Hit es un producto «natural» entre 2015 y 2018. Esta continuidad debe tener especial relevancia, como lo ha mencionado la propia SIC, en la graduación de la multa. Ciertamente, se trata de una conducta que se desplegó de manera continua en los medios masivos de comunicación y en consecuencia llegó a un inmenso número de personas. Finalmente, es preciso anotar que la difusión de estas piezas trasgredió de manera palpable tres ámbitos de la protección al consumidor, como lo ha indicado la propia SIC en el siguiente cuadro:

Cuadro 1 –RESUMÉN IMPUTACIÓN FÁCTICA Nº 1-

BIEN JURÍDICO TUTELADO → PIEZA PUBLICITARIA ↓	CALIDAD	INFORMACIÓN	PUBLICIDAD
"1789155-HIT LONCHERA"	X	X	X
"1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT"	X	X	X
"618208-HIT NVO SABOR MANDARINA AHORA"	X	X	X
"1970750-HIT MANDARINA" y "El nuevo Hit de Mandarina llegó para quedarse, con más fruta"	X	X	X
"1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017" y "HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20"		X	X
"HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25"		X	X
"628738 - TETRA 1 LITRON"		X	X
"HIT JUGOS 500 ML –LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20"	X	X	X
"HIT JUGOS-REF 30-30"	X	X	X

Específicamente las piezas que posicionaron el concepto de que Hit es «jugo», es «natural», es «fruta de verdad», que además son las mismas que apoyan la Imputación Fáctica No.2; afectan los mismos bienes jurídicos estos son: calidad, información y publicidad. En razón de lo anterior es claro que se reúnen todos los presupuestos para sostener como lo ha indicado la SIC que no se trata de piezas independientes, sino que forman parte de una misma conducta.

7. De acuerdo con lo anterior, resulta errado pretender diferenciar entre piezas difundidas hace más de tres (3) años y piezas difundidas dentro de este rango de tiempo como lo hace POSTOBÓN, porque varias de ellas constituyen una misma conducta. En esa medida, si se trata de una misma conducta de acuerdo con los criterios invocados anteriormente, corresponde aplicar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, que establece que el término de la caducidad empieza a contar a partir del día siguiente a aquel en el cual cesó la infracción. Por esta razón, y de acuerdo con lo probado en el proceso, se tiene que la última infracción de la que se tiene registro ocurrió en el último trimestre de 2018.

En consecuencia es claro que no se agotó el término de caducidad en la medida en que la decisión se profirió a menos de dos (2) años, esto es, el 16 de julio de 2020, fecha en que se notificó la Resolución 37544 de 2020.

8. Por tanto, resulta ocioso entrar (sic) controvertir si la difusión de las piezas comerciales identificadas como «Lonchera» y «Temática Hit» que se hizo a través de YouTube hasta el 8 de septiembre de 2018 fue consentida o no por POSTOBÓN.

Aunque es común que las compañías desplieguen sus contenidos en cuentas diferentes a las propias o por medio de promotores o “influenciadores”, en este caso es irrelevante entrar a revisar este punto, porque aún si la difusión hubiera cesado antes, lo cierto es que POSTOBÓN continuaba reproduciendo en 2018 la pieza identificada como “Hit Jugos Ref. 30-30» que siguió reproduciendo el mensaje de que «lo natural es un Hit». Por esta razón, no se debe atender la solicitud de POSTOBÓN para que aplique la caducidad, porque que la misma no se configura en el presente caso por las razones anteriormente señaladas.

B. AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.

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

9. POSTOBÓN manifiesta en su recurso que la SIC le ha violado el debido proceso por dos razones específicas. Por un lado, señala que no le formuló cargos de manera clara, precisa y concreta, y por otra parte, indica que no hay pruebas que soporten la adopción de la decisión. Sin embargo, ninguno de estos reparos tiene fundamento.

10. En lo que respecta a la formulación de los cargos efectuada mediante la Resolución 19022 de 31 de mayo de 2019, POSTOBÓN sostiene que la SIC no determinó con precisión las razones para formular la Imputación Fáctica No. 2, que corresponde a la violación de los derechos de NNA en su calidad de consumidores. No obstante, esto no es cierto.

11. Si se revisa el acto administrativo de formulación de cargos, se pueden verificar con facilidad cada uno de los elementos establecidos en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011. En primer término resulta claro que los hechos que originan la actuación administrativa, consisten específicamente en la difusión de las piezas comunicativas identificadas como: (i) «1789155-HIT-LONCHERA», (ii) «1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT N», (iii) «1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017», y (iv) «HIT JUGOS-REF-30-30». En segundo lugar hay absoluta claridad que la actuación administrativa se dirige contra POSTOBÓN como titular de la marca Hit y responsable de la difusión de las piezas anteriormente referidas. En lo que respecta a las normas presuntamente vulneradas, la Resolución 19022 de 31 de mayo de 2019, cita específicamente los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015 (Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo). Además marca en negrilla y subraya las disposiciones específicas de estos artículos que se han vulnerado como consecuencia de la conducta de POSTOBÓN. Específicamente, se concreta la vulneración de los derechos de NNA en la difusión de: (i) toda forma y contenido de comunicación que tenga por finalidad influir en las decisiones de consumo de los niños, niñas y adolescentes no podrá inducir a error, engaño o confusión, (ii) imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con su funcionamiento o características, y (iii) exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad y usos del producto. Finalmente, en el considerando trigésimo primero de la citada resolución se encuentran consignadas las sanciones, o medidas procedentes en caso de resultar probadas las imputaciones.

12. Por lo anterior, resulta equivocado sostener que la SIC violó el derecho al debido proceso de POSTOBÓN, comoquiera que cada uno de los elementos que debía contener el acto administrativo del pliego de cargos se verifica. Además es preciso anotar que como la Imputación Fáctica No. 1 incorporó una revisión pormenorizada de cada una de las piezas comerciales. De forma que no era necesario replicarla, sino por el contrario correspondía, como lo hizo la SIC, referir las razones por las cuales esas violaciones de los derechos de los consumidores afectaban de manera específica a NNA. En este caso la SIC indicó que la participación de NNA en las piezas y el hecho que el producto se dirija a este público obligaba imputar a POSTOBÓN el cargo correspondiente a la violación de las protecciones específicas y más elevadas que tiene esta población. En síntesis, si se concreta una violación de los derechos del público en general como consumidores, es claro que también hay una violación de los derechos de NNA, en la medida en que el producto se dirige entre otras a esta población y la normativa establece estándares de protección más altos de este público en cumplimiento de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño y en varias de las Observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño.

13. Adicionalmente, conviene anotar que fue tan clara la formulación hecha que el propio POSTOBÓN en sus alegatos de conclusión presentó una tabla en la que adujo razones por las que supuestamente no se violaban las disposiciones normativas recientemente aludidas. Por este motivo, resulta palpable que tuvo claridad sobre los cargos formulados y que pudo pronunciarse de manera específica sobre los mismos, así fuera con argumentos que no fueron aceptados por este Despacho. De ahí que no se le afectó de ninguna manera el debido proceso, y específicamente su derecho de defensa.

14. En lo que respecta a la supuesta ausencia de pruebas para soportar la decisión de encontrar probada la Imputación Fáctica No. 2, tampoco resulta cierta. Como se refirió anteriormente, la SIC ofrece suficiente evidencia de la violación de lo dispuesto en los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015. Se trata de las piezas comunicativas que se refieren a continuación:

Cuadro 2 Comerciales objeto de la imputación (elaboración propia)

NOMBRE SEGÚN LA TERCERA INTERESADA	NOMBRE SEGÚN LA INVESTIGADA	CAMPAÑA
"1-1-Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s"	1788954-HIT TEMATICO-40 / 1882684-TEMATICO HIT N	HIT TEMATICA
"1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s"	1789155-HIT CAJA – 20/ 1789155 LONCHERA	HIT EMOCIONAL
	1995147- HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017 y "HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20"	LITRO TETRA HIT
HIT JUGOS-REF 30-30	REF 30	HIT NATURALIDAD

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

15. Por razones de economía, la SIC no hace un examen nuevamente de cada pieza comoquiera que ya lo ha hecho al verificar la Imputación Fáctica No. 1. Sin embargo, las mismas razones esgrimidas para determinar que se han menoscabado los derechos de los consumidores en relación con la calidad de los productos ofrecidos, la información y la publicidad, se replican en esta oportunidad. Adicionalmente, refiere la participación de NNA en las piezas para hacer énfasis en el público codiciado de Hit.

16. Tratándose de un producto dirigido, entre otros, a NNA la formulación de este cargo resultaba necesaria. Se trata de una bebida que es ampliamente consumida por escolares y adolescentes, y cuya publicidad alcanza a buena parte de la población colombiana. Por esta razón, y considerando la especial protección que merecen los NNA, la SIC advierte que los hechos constituyen una violación de lo dispuesto en el mentado Decreto 1074 de 2015, cuyas disposiciones provienen del Decreto 975 de 2014, y que constituyen un desarrollo de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1480 de 2011. Específicamente, los engaños y alusiones de cualidades que no tiene Hit, materializan la violación de las normas, como también lo hace la exageración acerca de su naturaleza. Mientras que POSTOBÓN da a entender que el producto proviene de la fruta, la SIC con apoyo en las pruebas allegadas al proceso, advierte que se trata de una bebida azucarada con un mínimo contenido de fruta. Esta exageración afecta de manera ostensible los derechos de los NNA en su calidad de consumidores bien sea porque adquieran directamente los productos, o porque (sic).

17. Respecto de las alusiones que hace el Despacho acerca de la publicidad dirigida a NNA y sus efectos en la conducta, se trata de los fundamentos que han sido invocados por el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones formuladas sobre el particular. También han sido referidas por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en las recomendaciones formuladas por los Estados para regular la publicidad dirigida a NNA como medida sugerida para contrarrestar el rápido crecimiento del exceso de peso en la población, en particular en la infantil y adolescente. Las mismas han servido de soporte en la concreción de las normas establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano que tienden a la protección de los derechos de NNA. Por lo anterior, no deben ser probadas como lo exige la investigada, pues se trata de las razones que han motivado la expedición de las normas. En relación con la afectación de los derechos de NNA como resultado de la difusión de las piezas objeto de reproche, RED PAPAZ ahondará sobre este particular más adelante.

C. AUSENCIA DE COSA JUZGADA.

18. Además de alegar una supuesta caducidad de la facultad sancionatoria, y de invocar violaciones del debido proceso por falta de claridad en la formulación de cargos y en la demostración de la Imputación Fáctica No. 2, POSTOBÓN insiste en la configuración de una cosa juzgada. Según la investigada, la SIC ya había decidido de fondo el caso sobre la publicidad engañosa del producto Hit cuando decidió archivar el expediente 15-271838, correspondiente a la actuación administrativa iniciada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez. No obstante, este señalamiento desconoce por completo la naturaleza y el alcance de las actuaciones de uno y otro procedimiento administrativo.

19. En primer término, POSTOBÓN ignora el propósito y contenido de la averiguación preliminar como etapa previa al procedimiento administrativo sancionatorio propiamente dicho. Como lo establece el inciso segundo del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, las averiguaciones preliminares tienen como único propósito verificar la ocurrencia de hechos, y si éstos revisten mérito suficiente para formular cargos por la violación de normas. Cuando la administración decide archivar un expediente y no formular cargos, ello no implica un juicio de fondo sobre la inexistencia de una conducta sancionable. Por el contrario, se trata de una determinación de carácter formal en virtud de la cual la administración indica que a partir de cierta información específicamente no es posible formular cargos específicos contra una persona por la presunta violación de una norma jurídica. Como no se trata de una decisión de fondo no es susceptible de ser recurrida, ni de ser revocada directamente por la autoridad. Estas características la diferencian de la decisión de archivar una investigación de que trata el artículo 49 de la Ley 1437 de 2011. Esta última decisión ha estado presidida de un auténtico proceso en el que la investigada y los terceros intervinientes han podido allegar y controvertir pruebas y de pronunciarse de fondo sobre los ocurridos. Por este motivo, la SIC permite que sea recurrida comoquiera que se trata de una actuación de fondo sobre hechos que han sido investigados por la autoridad.

20. El archivo de una averiguación preliminar es una actuación de trámite que no decide sobre el fondo del asunto que se está revisando y en consecuencia no puede llegar a revestir la calidad de cosa juzgada. Sobre este particular es preciso anotar que el efecto de cosa juzgada sólo se podría producir luego de haber agotado un procedimiento con el lleno de las garantías procedimentales. La averiguación preliminar es una etapa previa a este procedimiento, por lo

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

que resulta imposible concluir la determinación que se profiera a su cierre -ya sea la de archivar o la de formular cargos- tenga el efecto de cosa juzgada. Se trata de una etapa preparatoria que además es potestativa de la administración para adelantar o no un trámite sancionatorio administrativo. Por esta razón, el archivo de un expediente, no impide que se puedan volver a presentar peticiones o que la propia administración de oficio pueda iniciar nuevas averiguaciones que concluyan con la formulación de cargos. En síntesis, si se allegan nuevas pruebas o se aducen nuevas razones de violaciones normativas es dable que la administración abra un nuevo expediente y adelante eventualmente un proceso administrativo sancionatorio. Por lo anterior, no es posible sostener que la decisión de archivo de una averiguación preliminar haga tránsito a cosa juzgada.

21. En el presente caso, la SIC además de invocar la doctrina administrativa sobre el alcance de las averiguaciones preliminares, también hace el examen definido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema para determinar si hay o no cosa juzgada. De acuerdo con este examen puede invocarse la excepción de cosa juzgada si luego de haberse producido una decisión de fondo, se inicia una nueva actuación que tenga el mismo objeto, se funde en la misma causa, e involucre a los mismos sujetos.

22. Así, al comparar la decisión de archivo proferida en 2016 por la SIC dentro del expediente 15-271838 con el trámite que se adelanta actualmente, resulta palpable que si bien ambas actuaciones se adelantan por parte de la SIC en contra de POSTOBÓN, las mismas tienen un objeto y una causa distinta. En efecto, mientras que en la primera actuación se revisaba preliminarmente el «sabor a fruta», y el «contenido de fruta de Hit», en la presente actuación se analiza específicamente la veracidad de los mensajes objetivos «Elige Hit, la fruta de verdad», y «Hit es fruta de verdad». En lo que respecta a la identidad de causa la propia SIC en su decisión estableció con claridad:

«Así, para el análisis sobre la existencia de este elemento en el caso en cuestión, es preciso tener en cuenta que durante la actuación preliminar número 15-271838, solo se realizó un requerimiento de información a GASEOSAS POSTOBÓN TOBÓN S.A., el cual se limitó a indagar sobre las piezas publicitarias mediante las cuales se ofreció al público el producto “Jugo Hit Frutas Tropicales”, ficha técnica del mismo, su registro sanitario, empaques y peticiones, quejas y reclamos recibidas con ocasión al mismo, así como la explicación y estudios técnicos y científicos que soportan la afirmación “Elige Hit, la fruta de verdad” y sólo con base en la respuesta a ese requerimiento la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor profirió la decisión de archivo de esa averiguación; mientras que para formular el pliego de cargos que dio inicio a la presente investigación, se tuvieron en cuenta por lo menos la respuesta a tres requerimientos de información relacionada con todas las variedades del refresco de frutas “hit” y más de 5 visitas realizadas a páginas web, entre otros documentos recaudados en su etapa previa, por lo que se deduce que no hubo identidad de causa entre el nombrado acto de archivo y la Resolución No 19022 de 2019, por la cual se inició la presente investigación administrativa, y tampoco entre ésta y la Resolución número 12078 de 2017, que resolvió la solicitud de revocatoria directa presentada en contra de la decisión de archivo emanada dentro del radicado No 15- 271838»

23. Con fundamento en lo anterior, no hay razón alguna para considerar si quiera la existencia de una supuesta cosa juzgada. Por una parte, no se trata de una actuación de fondo, y por otro lado tampoco concurren los elementos que de acuerdo con (sic) órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria constituyen la cosa juzgada. En consecuencia este Despacho y la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor deben desestimar el argumento esgrimido por la investigada acerca de una supuesta cosa juzgada.

D. GRAVEDAD DE LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS DE NNA.

24. Además de menoscabar los derechos de los consumidores a recibir información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y a no recibir publicidad engañosa, POSTOBÓN también ha violado de manera particular el derecho de NNA a recibir información que sea acorde a su nivel de desarrollo. El derecho constitucional fundamental de NNA a recibir información, se encuentra consagrado en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006 «por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia» y busca asegurar la protección de la seguridad, la salud y la moral de esta población. Adicionalmente, el artículo 28 de la Ley 1480 de 2011 «por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones» estableció en el artículo 28 la obligación en cabeza del Gobierno Nacional de reglamentar en el término de un (1) año, «los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores». Aunque la regulación específica no se expidió dentro del término fijado por el legislador, ni tampoco comprende todos los aspectos que el asunto demanda, el Gobierno Nacional sí profirió el Decreto 975 de 2014, que vino a ser incorporado dentro del Decreto 1074 de 2015, y estableció algunas protecciones específicas frente a los NNA.

25. En particular la citada norma reglamentaria incorporó dos provisiones que revisten especial significación en el presente caso. Por una parte, dejó claro que «Toda información y publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes deberá ser respetuosa de sus condiciones de desarrollo

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

mental, madurez intelectual y comprensión media propias de personas de su edad». Esto implica entre otras que se debe «Evitar el uso de imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con su funcionamiento o características». Así mismo, también aparece una prohibición consistente en que no se puede «Exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad y usos del producto».

26. En el presente caso se constata una violación de ambas disposiciones normativas. Por un lado, se han difundido expresiones visuales y auditivas que no corresponden con la realidad del producto. En unas piezas se ha dicho que es «fruta», en otras que es «jugo», y en otras que es «natural». Sin volver sobre los argumentos desarrollados en los puntos anteriores, resulta manifiesto que ninguna de estas características corresponde con la realidad. Ciertamente, Hit no sólo no es un «jugo» como lo indica POSTOBÓN en su publicidad, sino que su contenido de fruta es realmente escaso como se ha podido constatar. Además, su valor nutricional, como lo indican la nutricionista Mercedes Mora Plazas, es casi nulo. Tiene, así mismo un contenido de azúcar que excede con creces los límites establecidos por la OPS. Por este motivo resulta engañoso para cualquier NNA que se le haga creer que el producto es casi equivalente a la fruta, o peor aún que es natural. Los NNA, en razón de su (sic) edad y su grado de desarrollo, están apenas comenzando a formarse conocimientos y opiniones acerca de los productos que deben consumir para llevar a cabo una alimentación adecuada y nutritiva. Por este motivo, si una empresa presenta un producto atractivo como lo es en efecto Hit y lo asimila con algo natural o equivalente a las frutas, que forman parte de los alimentos que NNA deben consumir de manera frecuente -según lo establecen las GABAS-; éstos se formarán una idea de que los productos Hit son saludables y necesarios para su buena alimentación. Lo anterior es engañoso, notoria y probadamente contrario a la realidad, porque el producto como se pudo constatar a partir de la evidencia allegada al proceso administrativo de la referencia, no solo no es natural, sino que contiene un nivel tan alto de azúcar que su consumo habitual constituye en sí misma una amenaza contra la salud de NNA.

27. Esta violación reviste especial significación porque los NNA merecen un nivel de protección más elevado debido a su especial vulnerabilidad. A este respecto vale la pena anotar que a diferencia de los adultos que también tienen derecho a recibir información y publicidad en concordancia con lo establecido en las normas, los NNA están amparados por otras normas especiales que pretenden evitar cualquier tipo de engaño o confusión. Por este motivo, además de evitar representaciones del producto que no correspondan con la realidad, los productores y anunciantes no pueden exagerar sobre la naturaleza y calidades del producto. En el caso que se examina, resulta palpable que POSTOBÓN ha comunicado imágenes y expresiones que no corresponden con la realidad del producto y que conducen a engaño y error acerca de sus calidades y sus bondades nutricionales. Sin embargo, también se corrobora un engaño en lo que atañe a la exageración sobre su naturaleza.

28. Sin negar que el producto Hit contiene una cantidad ínfima de fruta, POSTOBÓN ha utilizado sus anuncios para hacerle creer al público y de manera especial a NNA que es fruta, que es natural y que los hace fuertes. Todo lo anterior, contraría la verdad. Pero, POSTOBÓN se ha esforzado en decir que todas estas afirmaciones son hiperbólicas, y que no pueden ser entendidas como mensajes objetivos acerca del producto. Pues bien, aún si se admitiera la tesis presentada por POSTOBÓN según la cual su publicidad contiene hipérboles de toda clase, lo cierto es que esto también constituyen una infracción al deber de veracidad e imparcialidad de las informaciones en especial en las dirigidas a los NNA y una violación al bloque de derechos en cabeza de NNA que por mandato constitucional y legal son sujetos de una protección especial.

29. Debido a su grado de desarrollo, los NNA no solo no pueden ser utilizados para incitar a otros NNA a consumir un producto que se hace pasar por «natural», sino que tampoco pueden recibir información que exagera de manera elocuente las calidades de un producto. No pueden ser llevados a pensar que tomarse un Hit es equivalente a consumir una fruta, porque es falaz. Las protecciones establecidas en las normas especiales que amparan a NNA establecen unos parámetros de conducta específicos que deben observar los anunciantes. No basta con cumplir las normas generales sobre información y publicidad, sino que además deben evitar el uso de todas las representaciones y exageraciones que proscriben las reglamentaciones.

30. A pesar de la claridad de la violación de los derechos de NNA, POSTOBÓN ha sostenido que los NNA no toman decisiones de consumo pues éstas son tomadas por sus padres y en esa medida los mensajes divulgados no los afectan. Así mismo ha sostenido que los padres no caen en ningún tipo de engaño o confusión acerca de las calidades del producto, toda vez que ellos corroboran la información nutricional del producto. En relación con lo primero, conviene anotar que cada día más NNA adquieren productos en las tiendas escolares basados en la información que reciben de los productores. Por este motivo, si Hit se presenta como un producto proveniente de la fruta y «natural», es apenas lógico que los NNA lo adquirirán

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

pensando que se trata de productos que contribuirán positivamente a su alimentación. Sostener que solo los adultos toman todas las decisiones de consumo de NNA contradice un hecho notorio que incluso está siendo revisado actualmente por parte del órgano legislativo.

31. En relación con el otro argumento, según el cual lo padres corroboran la información nutricional contenida en los productos para tomar decisiones de consumo de sus hijos, es preciso anotar lo siguiente. En primer término, la información nutricional es de difícil comprensión pues se basa en el perfil de una mujer europea adulta, e implica la realización de algunas operaciones aritméticas que no son rápidas.

La mayoría de los adultos no comprende la información contenida en una tabla nutricional, por lo que resulta ilusorio pretender que lo padres van a prevenir necesariamente a sus hijos de tomar malas decisiones. Adicionalmente, las decisiones de consumo se toman en segundos, por lo que ni siquiera es posible que alcancen a hacer las referidas operaciones aritméticas para determinar si su consumo es conveniente para NNA. De manera que POSTOBÓN no puede escudarse en esta conducta de los padres, porque así como los NNA, ellos también resultan engañados por la publicidad de Hit. Si realmente comprendieran los riesgos asociados a un Hit seguramente las ventas de este producto se verían seriamente comprometidas.

32. Las anteriores violaciones han sido claramente definidas por la SIC en la Resolución 19022 de 2019 y han podido ser debidamente controvertidas por POSTOBÓN a lo largo de este proceso, por lo que no resulta válido sostener que no se haya precisado el cargo de manera clara, ni que no se encuentre debidamente demostrado. Como se indicó anteriormente, se trata de un cargo independiente en atención a la violación de los derechos de NNA en su calidad de consumidores, que resultaba indispensable comoquiera que en el presente caso no solo es ostensible la violación de los derechos del público en general, sino que además se concreta por razones análogas y complementarias una grave violación de los derechos de los NNA como uno de los públicos a quienes se dirige de manera específica el producto «Hit».

E. INOBSERVANCIA DE ÓRDENES IMPARTIDAS POR LA SIC.

33. Además de la violación a las disposiciones anteriormente referidas, POSTOBÓN también faltó al deber de responder de forma completa y oportuna a los requerimientos de información formulados por la SIC. Específicamente, existe claridad que POSTOBÓN no allegó al Despacho la totalidad de las piezas publicitarias con las que anunció el producto Hit, en la variedad de maracuyá, ni el comercial «HIT JUGOSREF 30-30». Tampoco aportó los empaques en las variedades mandarina, naranja y maracuyá del refresco de frutas “HIT”, ni sus respectivas fichas técnicas. Adicionalmente, no presentó el Registro Sanitario del refresco de frutas «Hit».

34. Como lo indicó la SIC, estas faltas impiden el adecuado ejercicio de las competencias a cargo de esta entidad. De otra parte, RED PAPAZ agrega que también menoscaban el principio de prevalencia de los derechos de NNA, de acuerdo con el cual los asuntos que involucren a esta población deben ser decididos de manera prevalente. En este punto es relevante mencionar que a pesar de que POSTOBÓN solicitó una ampliación del término para responder el requerimiento formulado el 28 de junio de 2018, y del que vino a ser notificada el 9 de julio del mismo año, y esta solicitud fue autorizada por la SIC, no presentó la totalidad de los documentos solicitados. Algunos de éstos vinieron a ser allegados con el escrito de descargos lo que afectó de manera evidente el ejercicio de las funciones a cargo del Despacho.

35. Por este motivo, resulta indispensable que la SIC confirme la Imputación Fáctica No. 3 la cual ha quedado demostrada y que además esta conducta debe ser tomada en cuenta en la graduación de la sanción, debido a que constituye en sí misma una «resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión».

F. NECESIDAD DE CONFIRMAR LA MULTA IMPUESTA.

36. La decisión adoptada por la SIC de imponer a POSTOBÓN una multa por valor de mil novecientos (1.900) salarios mínimos legales mensuales vigentes cumple una importante finalidad, cual es la de prevenir que la investigada continúe difundiendo mensajes análogos o equivalentes sobre las calidades de una de las bebidas azucaradas más consumidas por NNA en Colombia. Así mismo, previene a otros agentes del mercado a formular engaños que induzcan a error a los consumidores sobre las calidades de los productos ofrecidos, particularmente cuando estos se dirigen entre otras a NNA.

37. Considerando que en Colombia, a diferencia de otros países de la región no existen protecciones en favor de los NNA en su calidad de consumidores, distintas a las establecidas en el Decreto 1074 de 2015 -que incorpora el Decreto 975 de 2014-, las decisiones de las autoridades orientadas a proteger a esta población tienen una relevancia significativa.

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

38. Por lo anterior, RED PAPAZ le solicita de manera respetuosa a este Despacho y a la Superintendente Delegada para la Protección de la Competencia (sic), que no acceda a la petición de POSTOBÓN de reducir el valor de la sanción por cuanto está plenamente demostrado en el expediente que POSTOBÓN desplegó durante al menos tres años mensajes que vulneran los derechos de los consumidores, es particular de los NNA. Que sus sucesivas campañas publicitarias alcanzaron a buena parte de la población colombiana y posicionaron la idea de que «Hit» es un jugo proveniente de la fruta, cuando en realidad es una bebida azucarada con una cantidad ínfima de fruta. Por este motivo el daño o peligro de los intereses jurídicos tutelados es inmenso, comoquiera que se trata de una de la (sic) bebidas más consumidas por NNA. Adicionalmente, hay evidencia acerca de las cuantiosas utilidades percibidas por POSTOBÓN por la venta de uno de sus productos más recordados por los colombianos. De igual manera y como se indicó anteriormente, POSTOBÓN inobservó órdenes impartidas por la SIC lo que dificultó y obstaculizó la acción investigativa de esta entidad. Esta conducta reviste una mayor gravedad cuando el procedimiento debe ser resuelto de manera prevalente de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1098 de 2006”.

QUINTO: Que la Corporación Colombiana de Padres y Madres - RED PAPAZ, el 01 de octubre de 2020 mediante radicado No. 17-424418-100, remitió copia de la solicitud de las medidas cautelares presentadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca bajo la acción popular adelantada con radicado 2500023410002019-01063-00.

SEXTO: Que la Personería Delegada para la Vigilancia del Patrimonio Público y Protección del Medio Ambiente de Bucaramanga, a través de radicado No. 17-424418-101 del 23 de octubre de 2020 remitió por competencia el escrito de oposición presentado por el apoderado de la Corporación Colombiana de Padres y Madres - RED PAPAZ al recurso de reposición y en subsidio el de apelación presentado por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** identificada con el Nit 890.903.939 – 5 en contra del acto administrativo sancionatorio.

SÉPTIMO: CONSIDERACIONES DE LA DIRECCIÓN.

7.1. Sumario.

7.1.1. Que en cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, asignadas por el Decreto 4886 de 2011, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor conoció de queja presentada por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-**, radicada con el número 17-424418, en contra de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** identificada con el Nit 890.903.939 - 5, por presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor.

7.1.2. Que esta Dirección requirió a la sociedad **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** identificada con el Nit 890.903.939 - 5, por medio de oficios radicados con los números 17-424418-6 y 17-424418-7 del 28 de junio de 2018, para que allegara lo siguiente:

“(…)

“1. Informar desde qué fecha está comercializando el producto denominado ‘jugos Hit’. (En adelante el producto).

2. Remitir la totalidad de piezas publicitarias (indistinto del medio de divulgación, televisión, redes sociales, etc) emitidas durante los dos últimos años en relación con el producto. Discriminando los medios y frecuencia con la cual se emitieron.

3. Aportar los estudios técnicos, científicos y/o académicos en idioma español en los cuales se sustenten las siguientes afirmaciones:

a) ‘Elige Hit la fruta de verdad’

b) ‘Porque Hit es fruta de verdad’

c) ‘Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugo Hit’

d) Mi mamá sabe que me encanta la fruta. Por eso en mi lonchera siempre hay Hit. Porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá’

4. Anexar los empaques y/o etiquetas de las diferentes presentaciones del producto.

5. Allegar la ficha técnica del producto.

6. Aportar copia del Registro Sanitario del producto, expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA.

7. Explicar los motivos por los cuales se puede catalogar al producto ‘jugos Hit’ como ‘Lo mejor para la lonchera de tus hijos’ (Aportar las pruebas que sustenten su respuesta).

8. Informar cuál es el contenido de fruta que contiene el referido producto.

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

9. *Explicar de manera clara y concisa a que hace alusión la afirmación ‘fruta de verdad’.*
10. *Remitir las relaciones de peticiones, quejas y reclamos recibidas durante el año 2017 y lo corrido del 2018 relacionadas con el citado producto, en la que se indique, como mínimo, la siguiente información: i) fecha de presentación, ii) nombre del quejoso, iii) motivo de la queja y, iv) trámite dado a la misma.”*
(...)”.

7.1.3. Que en atención a estos requerimientos la sociedad **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** identificada con el Nit 890.903.939 – 5, presentó respuesta mediante escrito radicado con el número N° 17-424418-10 del 8 de agosto de 2018 y anexó material probatorio.

7.1.4. Que a través de los oficios distinguidos con los radicados números 17-424418-13 y 17-424418-14 del 25 de septiembre de 2019, este Despacho reconoció como tercera interesada a la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPÁZ-** para intervenir en el presente asunto en los términos del artículo 38 de la Ley 1437 de 2011.

7.1.5. Que dentro de la etapa preliminar, se requirió nuevamente a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** identificada con el Nit 890.903.939 – 5, por medio de oficios radicados con los números 17-424418-15 y 17-424418-16 del 27 de septiembre de 2018, para que allegara lo siguiente:

- (...)
1. *Informar cuántas campañas publicitarias del producto ‘Jugos Hit’ ha realizado para los años 2017 y 2018, identificado e individualizando cada una de ellas.*
 2. *Describir cada una de las campañas publicitarias efectuadas en los años 2017 y 2018 para el producto ‘Jugos Hit’.*
 3. *Indicar con precisión y claridad todas y cada una de las fechas de inicio y terminación de las campañas publicitarias y a su vez, las fechas de publicación de las pautas utilizadas con ocasión al producto ‘Jugos Hit’.*
 4. *Precisar cuáles son los medios utilizados -v.gr. radio, televisión, redes sociales, etc.- para las campañas publicitarias del producto ‘Jugos Hit’ realizadas en los años 2017 y 2018.*
 5. *Remitir copia de todas y cada una de las piezas que componen las campañas publicitarias objeto del presente requerimiento, incluyendo las piezas digitales.*
- (...)”.

7.1.6. Que en respuesta al requerimiento anterior, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** identificada con el Nit 890.903.939-5, mediante el radicado N° 17-424418-17 del 12 de octubre de 2018, manifestó que: *“bajo la denominación ‘HIT’ ofrece un diverso portafolio de productos, dentro de los cuales encontramos: Jugo, Néctar, refrescos de fruta y bebidas con jugo, entre otros y esta es una aclaración que para el suscrito resulta a todas luces relevante porque de esta manera podemos entender de mejor manera el contexto de cada una de las piezas, pero sobre todo, el cómo deben ser observadas las mismas.”* e incorporó cada una de las piezas publicitarias en el DVD-RW que adjuntó con su respuesta.

7.1.7. Que por otro lado, la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPAZ,** allegó escrito radicado con el número 17-424418-20, mediante el cual informó las actuaciones adelantadas por el **INVIMA** respecto al mismo producto denunciado en la presente investigación *“hit”* y adjuntó, en medio magnético –CD-, el *“Acta de Aplicación de Medida Sanitaria de Seguridad”* expedida por el INVIMA junto con *“Muestras del material denominado HIT REF 30 seg y de la Cuña Maracuyá”*, sobre el cual se impuso esa medida.

7.1.8. Que esta Dirección, a través del Grupo de Trabajo de Supervisión Empresarial y Seguridad de Producto, practicó visita de inspección administrativa en los sitios web que a continuación se relacionan:

- [“https://mail.google.com/mail/u/2/?tab=wm#inbox/FMfcgxvzLDxhfFSwMDmQZWCKvJjKpbbV?proiector=1](https://mail.google.com/mail/u/2/?tab=wm#inbox/FMfcgxvzLDxhfFSwMDmQZWCKvJjKpbbV?proiector=1)
- <http://exmamagazine.com/wp-content/uploads/2018/10/ComunicadoHit.pdf>
- <https://es.surveymonkey.com/r/3P75BR6>
- <http://www.estoesunhit.com/>
- <https://www.facebook.com/search/top/?q=%23hits%C3%ADtienefruta>
- <https://www.instagram.com/explore/tags/hits%C3%ADtienefruta/>
- [https://twitter.com/search?q=%23hits%C3%ADtienefruta&src=typd&lang=es”](https://twitter.com/search?q=%23hits%C3%ADtienefruta&src=typd&lang=es)

7.1.9. Que esta Dirección requirió a la investigada, a través de los oficios números 17-424418-23 y 17-424418-24, solicitándole la siguiente información:

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

“1. Proporcionar los datos de contacto de la agencia de publicidad, o agencia central de medios, responsable de todas las piezas publicitarias de los productos de la marca HIT, desde 2015 hasta la fecha.

2. Detallar por cada pieza publicitaria de los productos marca HIT, el día, la frecuencia de emisión y el medio utilizado por la sociedad para promocionar los productos marca HIT, en todas sus presentaciones y sabores, desde el año 2015 hasta la fecha.”

7.1.10. Que este Despacho también requirió a la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPA-**, para que indicara las fechas y medios en los cuales conoció las pautas comerciales del producto marca HIT, que remitió junto con la denuncia presentada en esta Entidad el 12 de diciembre de 2017.

7.1.11. Que mediante escrito radicado con el N° 17-424418-28, la tercera interesada atendió el anterior requerimiento, en el que informó que las piezas publicitarias objeto de su denuncia fueron difundidas en “YouTube” hasta el 8 de septiembre de 2018 y aportó como prueba para acreditar su dicho la impresión de un correo electrónico emitido desde el e:mail ajdiaz@google.com.

7.1.12 Que para contestar el requerimiento efectuado por este Despacho por medio de los oficios números 17-424418-23 y 17-424418-24, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** identificada con el Nit 890.903.939-5, mediante el escrito 17-424418-30, informó los datos requeridos respecto a lo relacionado con el proceso creativo, desarrollo y difusión del material publicitario concerniente a la marca “HIT” y adjuntó un CD contentivo de la relación de las piezas publicitarias difundidas entre el año 2015 a 2018, en la que se indica “*refereid, referencia, marca, producto, medio, vehículo, soporte, aviso, cadena - editorial, hora - página, franja, año, mes, día – semana, fecha, total - duración y total – inserción*” de 18.721 emisiones en 2015 y 2016; así como de 69.410 difusiones en los años 2017 y 2018.

7.1.13. Que en consideración a la información recaudada en la etapa de averiguación preliminar, esta Dirección, mediante la Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019, inició la presente investigación administrativa mediante formulación de cargos en contra de la sociedad **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** identificada con el Nit 890.903.939-5; las imputaciones fácticas endilgadas fueron las siguientes:

“(…) “27.1. Imputación fáctica N° 1: Presunta vulneración a los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3 y a los artículos 6°, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1, 2.1.1.1, 2.1.1.2, 2.1.2.2. y 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

(…)

27.1.2. Esta imputación se fundamenta en los hechos que a continuación se relacionan:

27.1.2.1. Que del análisis preliminar de las dos piezas publicitarias aportadas por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ –**, denominadas, en el CD (Fl. 42) contentivo de las mismas, como ‘1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’ y ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’, cuyos comerciales coinciden con los allegados por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** a través de la memoria USB anexa a la respuesta al requerimiento (fl. 77) tituladas como ‘1789155-HIT LONCHERA’ y ‘1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT’, se evidenció lo siguiente:

27.1.2.1.1. ‘1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA’

‘-locutor: lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit

Niña: mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso en mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá.

locutor: Elige Hit, la fruta de verdad’

En la parte inferior de la pantalla aparece la leyenda ‘Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida’.

De este comercial se extraen para su correspondiente análisis, las afirmaciones que a continuación se relacionan:

27.1.2.1.1.1. ‘Lo mejor para la lonchera de tus hijos es JUGOS HIT’ (00:02)

Al indagar a la investigada sobre los estudios técnicos, científicos y/o académicos que soportan esa expresión, ella manifestó, de manera general respecto a todas las proclamas indagadas, que se trataban de ‘afirmaciones pura e indiscutiblemente subjetivas, las mismas, no requieren de soporte técnico o científico alguno que acredite su veracidad’; no obstante, al

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

cuestionarle sobre los motivos por los cuales se puede catalogar al producto ‘jugos Hit’ como ‘lo mejor para la lonchera de tus hijos’, entre otras cosas, indicó lo siguiente:

‘(...) Téngase en cuenta que no se está manifestando que el refresco de frutas es mejor que las frutas en sí mismos o que está hecho con 100% este ingrediente, sino que dentro del plexo de posibilidades que hay en el mercado para suplir la bebida de una lonchera, el refresco de frutas HIT resulta ser, nutricionalmente, una opción -la mejor en un término laudatorio si se quiere, para su fabricante-, sin contar con los demás factores que inciden en la adquisición de los productos por parte de los consumidores, tales como precio, calidad, fidelidad a una marca, entre otros’. (original sin subrayas).

Así las cosas, al revisar detenidamente la frase, se encuentra que en la primera parte se usa el adjetivo ‘MEJOR’, del cual, teniendo en cuenta su definición¹ y su precepción en la mente del ser humano, se puede inferir que está resaltando una cualidad sobre el ‘jugo HIT’ que lo hace más beneficioso frente a los demás productos de su misma categoría que también pueden incluirse en la lonchera de los niños y niñas y, según lo manifestado por el apoderado de la investigada, la característica que el fabricante pretendió resaltar y respecto de la cual predicó el calificativo ‘mejor’ fue la nutrición, pero esa información no se evidenció en la pieza publicitaria objeto de estudio.

En atención a lo anterior, al no indicarse en la publicidad del producto la cualidad sobre la cual es ‘mejor’ dentro ‘del plexo de posibilidades que hay en el mercado para suplir la bebida de una lonchera’, y no existir un soporte que demuestre que su valor nutricional es superior respecto a las demás opciones del mercado en la misma categoría, tal como se infiere del adjetivo usado en la publicidad para destacar el producto, en consonancia con la respuesta brindada por la investigada, podría catalogarse como una vulneración a los artículos 6º, 23 y 29 de la Ley 1480 de 2011, en la medida que la información suministrada respecto a la condición de ser ‘lo mejor para la lonchera de tus hijos’ carecería de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad y, en consecuencia, el mensaje de calidad transmitido podría inducir en error a los consumidores, generándose con ello también una probable publicidad engañosa, transgrediéndose el artículo 30 del citado marco normativo, en concordancia con los numerales 2.1.1., 2.1.1.1. (lit. a.) y 2.1.1.2. del capítulo 2 del título II de la Circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Igualmente, al final de la proclama, se encuentra que el producto se anuncia como ‘JUGOS HIT’, denominación esa –JUGO- que, conforme al artículo 3 de la Resolución N° 3929 de 2013, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, ‘por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que deben cumplir las frutas y las bebidas con adición de jugo (zumo) o pulpa de fruta o concentrados de fruta, clarificados o no, o la mezcla de estos que se procesen, empaquen, transporten, importen y comercialicen en el territorio nacional’, se define como:

‘Jugo o zumo de fruta: Son los líquidos obtenidos por procedimientos de extracción mecánica a partir de frutas frescas, sanas y limpias, clarificados o no por procedimientos mecánicos o enzimáticos, con color, aroma y sabor típicos del fruto que procedan. Se podrán obtener jugos de una o más frutas.

En el caso de algunos jugos (zumos), podrán elaborarse junto con semillas y pieles que normalmente no se incorporan al zumo (jugo), aunque serán aceptables algunas partes o componentes de las mismas que no puedan eliminarse mediante la implementación de Buenas Prácticas de Manufactura (BPM).

También se consideran jugos los productos obtenidos a partir de jugos concentrados, clarificados o deshidratados a los cuales se les ha agregado solamente agua en cantidad tal que restituya la eliminada en su proceso’.² (Subrayas fuera de texto).

De esta manera, conforme a la información suministrada por la investigada en las diferentes respuestas a requerimientos, en especial a la contenida en las fichas técnicas y en las etiquetas del producto objeto de estudio, se evidencia que dentro de sus ingredientes incluye ‘agua’ y ‘pulpa de fruta’ y su porcentaje de fruta en las diferentes referencias del producto ‘hit’ varía, dependiendo el sabor, entre el ocho (8) hasta el catorce por ciento (14%), tal como lo muestra el cuadro reproducido en el 14.8. de esta resolución, significando con ello que dicho producto sujeto a análisis no se ajusta a la definición de jugo en los términos del citado artículo 3 de la Resolución N° 2339 de 2013, toda vez que no se trata de una extracción de frutas; sino que, por el contrario, se enmarca en el concepto de ‘refresco de fruta’ definido en el mismo artículo 3, que en su tenor literal reza:

¹ dle.rae.es “**mejor**. 1. adj. Superior a otra cosa y que la excede en una cualidad natural o moral.”

² Artículo 3 de la Resolución 3929 de 2013

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

‘Refresco de fruta: Es el producto elaborado a partir de jugo o pulpa de frutas concentrados o no, clarificado o no o la mezcla de estos, con un contenido mínimo de fruta del 8%, adicionado con agua y aditivos permitidos, sometidos a un tratamiento de conservación’.

Planteado lo anterior, evidencia esta Dirección que la denominación de ‘jugos hit’ atribuida al producto anunciado en el comercial analizado, carecería de veracidad, en tanto que tal producto es ‘refresco de fruta’, conforme no sólo a lo ya esgrimido, sino también, de acuerdo con el correspondiente Registro Sanitario N° RSIAL12M03497 expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA- y concedido para fabricar y vender el producto **‘Refresco de Fruta Pasteurizado (variedades) marca HIT’**, reclasificado y actualmente distinguido con el número RSA-002557-2016, modificado por la Resolución N° 2017053738 del 18 de diciembre de 2017, lo cual podría constituir una infracción a los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con en el artículo 2.1.1. y el literal a) del numeral 2.1.1.1. del capítulo 2 del título II de la Circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que la información contenida en el mensaje dirigido a los consumidores no correspondería a la realidad ni a la calidad ofrecida, así como tampoco cumpliría con la condición objetiva anunciada (jugo); sin contar el hecho de que existe prohibición expresa para los fabricantes y comercializadores de refrescos de anunciar éstos como jugo en la publicidad, en virtud de lo establecido en el numeral 2 del parágrafo del artículo 11 de la Resolución 3929 de 2013³.

27.1.2.1.1.2. ‘mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso en mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá’ (00:10)

Para el análisis de esta frase ha de tenerse en cuenta que la investigada se pronunció particularmente a ella, manifestando:

‘Frente a la expresión ‘...Porque me gusta, me hace más fuerte...’ Debe tenerse en cuenta que la población promedio de Colombia pertenece a los estratos 2 y 3, situación social que disminuye la accesibilidad al consumo de frutas. Este contexto se soporta con los datos de la ENSIN 2010 (Encuesta Nacional sobre la situación nutricional en Colombia), que presenta en sus resultados que 1 de cada 3 colombianos entre los 5 y 64 años no consume frutas diariamente, razón por la cual se transmite un mensaje a la población infantil sobre la importancia de consumir este grupo de alimentos, que como fue indicado en numerales anteriores, es uno de los ingredientes de los productos de la marca Hit.’

Ahora bien, al realizar el estudio preliminar de la frase ‘me hace más fuerte’, esta Dirección considera que ella, dentro del contexto general de la publicidad (diálogo e imágenes), transmite a los consumidores un mensaje relacionado con la salud, -especialmente de los niños, toda vez que es uno de ellos quien la pronuncia-, en el entendido que una de las acepciones del adjetivo ‘fuerte’ es ‘que goza de buena salud’⁴, sumado a que en el diálogo del comercial, como en su contenido gráfico (niños sanos y activos en un salón de clases y frutas en la lonchera), se refleja que ‘Hit’ es similar a las frutas y por tanto sus propiedades fortalecen a los niños; aunado a ello, también se evidencia que durante la transmisión del comercial en la parte inferior de la pantalla se lee la frase ‘Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida’, dando a entender que el producto anunciado produce efectos positivos en la salud.

Por lo antedicho, estima este Despacho que la afirmación ‘me hace más fuerte’ corresponde a una condición objetiva y específica del producto, que además alude a la calidad del producto, la cual puede carecer de claridad, veracidad, verificabilidad, precisión e idoneidad, al no existir en el expediente soporte alguno que la sustente, generándose con ello una posible vulneración a los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con en el artículo 2.1.1. y el literal a) del numeral 2.1.1.1. del capítulo 2 del título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

27.1.2.1.1.3. ‘Elige Hit, la fruta de verdad’ (00:18)

Respecto a esta afirmación, la investigada se pronunció en su respuesta señalando, entre otras cosas, que:

‘(...) se busca exaltar las bondades del jugo o pulpa de las frutas como ingrediente que se emplea en todo el portafolio de la marca Hit. En ningún momento se indica que el producto es 100% fruta, (...) Las declaraciones objeto de revisión, parten de un ingrediente aprobado en el Registro Sanitario y que contiene el producto’.

³ “Artículo 11. Rotulado y Publicidad. (...) Parágrafo: (...) 2. Los refrescos de fruta y las bebidas con jugo (zumo) o pulpa de fruta o concentrados de fruta, clarificados o no o la mezcla de estos no deben ser comercializados y publicitados bajo la denominación de jugo (zumo).” (Subrayado fuera de texto).

⁴ dle.rae.es “fuerte. 5. adj. Que goza de buena salud.”

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

‘Se trata de una manifestación que, en el contexto de una pieza publicitaria, juega un doble papel, por un lado, se emite como una invitación al consumo del producto en particular y al mismo tiempo, cumple con una función relevante como promesa de idoneidad del producto. (...)

A diferencia de productos de otros agentes del mercado, el REFRESCO DE FRUTA HIT (Variedades), se caracteriza por garantizar a sus consumidores que dentro de su formulación se encuentra en justas proporciones, pulpa de fruta natural, lo que le permite garantizar que el producto terminado, cuente con una proporción de fruta equivalente por lo menos al 8% de su contenido ofrecido al consumidor, garantizando así, que se cuente con un sabor más cercano al natural y en todo caso, aprovechar de mejor manera los beneficios de las frutas, como aporte nutricional, sin necesidad de acudir a otros aditivos en exceso, inclusive’.

En ese orden de ideas, es preciso aclarar previo a fundamentar la imputación, que la misma no está orientada a comprobar la existencia o no de fruta dentro del contenido del producto ‘Refresco de Fruta Hit’, toda vez que tal como lo afirma la investigada y como aparece acreditado con el registro sanitario del producto, expedido por la autoridad competente, no hay duda para esta Dirección que el mismo efectivamente contiene, en los porcentajes indicados en sus etiquetas, fruta de verdad.

Aclarado lo anterior, compete a la Dirección de investigaciones de Protección al Consumidor analizar la premisa ‘Elige hit, la fruta de verdad’, para ello es pertinente traer a colación la definición de fruta fijada en la Resolución 3929 de 2013, así como el concepto de ‘verdad’ definido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, así:

‘ARTÍCULO 3º.⁵ DEFINICIONES. Para efectos de la aplicación del presente reglamento técnico, se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

Fruta: Órgano comestible de la planta vegetal, constituido por el ovario fecundado y maduro de la flor, que por lo general contiene una o más semillas y cualquier parte de la flor que tenga íntima asociación con dicho ovario.

(...)

‘VERDAD

(...)

4. f. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente.

5. f. Cualidad de veraz.

7. f. realidad (|| existencia real de algo).

(...)

de verdad

1. loc. adj. Auténtico, verdadero. (...)

2. loc. adv.⁶ De manera cierta, realmente. (...)

(...)⁷

De esa manera, encuentra este Despacho que al anunciarse el producto ‘HIT’ como ‘la fruta de verdad’, se estaría, en el sentido literal de la frase, homologando el refresco a una fruta, toda vez que al utilizar la locución adverbial ‘de verdad’ es como si se estuviera afirmando que ‘hit’ realmente es una fruta, declaración que carecería de veracidad en el entendido que ésta es un ‘órgano comestible de la planta vegetal’ sin haber sido sometido a ningún proceso de extracción y el refresco de frutas hit (variedades), a pesar de contener fruta, sólo la posee en un pequeño porcentaje y en la presentación de pulpa adicionado con agua y aditivos. No obstante, es preciso aclarar que, si bien es cierto un consumidor racional no creería que se trata de la fruta envasada en la caja del refresco, si genera la expectativa de que fuera un ‘jugo’ a base ciento por ciento de fruta natural, más aún si se tiene en cuenta el escenario en que está recreado el comercial, así como las afirmaciones realizadas y emociones que reflejan los protagonistas del mismo (niños, niñas y adolescentes).

Conforme a lo expuesto en el presente sub-numeral, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor habrá de verificar si la proclama ‘Elige Hit, la fruta de verdad’ anunciada por la investigada en su publicidad infringe lo dispuesto en los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con en el artículo 2.1.1. y el literal a) del numeral 2.1.1.1. del capítulo 2 del título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

27.1.2.1.2. ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT’:

‘- Niño1: Haber mamá déjame explicarte ...

⁵ Resolución 3929 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social

⁶ Locución adverbial

⁷ dle.rae.es

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

- Niña1: si hay un experto en frutas, esa soy yo mami
- 2 niños más: yo, y yo mamá.
- Niña2: lo primero que probé en mi vida fue una fruta.
- 2 niñas: es que me encanta, me encanta
- niño 2: yo hago lo que sea por la fruta
- Entonces mamá, si me vas a dar algo de tomar...
- Niña 3 y Niño 2: que sea Hit
- Niño 3: porque Hit sabe a fruta de verdad
- Niño 2: en los sabores y formas que más nos gustan
- Niña 1: no te dejen confundir mami
- Niño 1: **Hit es fruta de verdad**, ¿entiendes?
- locutor: Si les gusta a ellos nos gusta a todos, **elige Hit, la fruta de verdad**

Las dos afirmaciones que se destacan de esta pieza publicitaria corresponden a aquellas que podrían estar anunciando condiciones objetivas del producto, respecto de las cuales el apoderado de la investigada manifestó:

‘(...) el producto fabricado por mi representada, sabe a fruta de verdad y su contenido, garantiza indiscutiblemente que cada porción de las presentaciones comerciales, contiene por lo menos un 9% de fruta en su contenido. (...)’

Es por esto que dentro de las declaraciones ‘... porque Hit es fruta de verdad...’, ‘... elige Hit la fruta de verdad...’, ‘... ‘mi mamá sabe que me encanta la fruta por eso en mi lonchera siempre hay Hit Porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá. ‘lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugo Hit’, se busca exaltar las bondades del jugo o pulpa de las frutas como ingrediente que se emplea en todo el portafolio de la marca Hit’.

En este punto, es preciso tener presente que la afirmación ‘Elige Hit, la fruta de verdad’ fue objeto de estudio en el sub-numeral inmediatamente anterior, por lo que esta Dirección se releva de efectuar su análisis dentro de este comercial.

Pasando a la siguiente premisa, ‘Hit es fruta de verdad’ (00:30), además de tenerse en cuenta la definición de ‘fruta’ y de ‘verdad’, transcritas líneas atrás, es necesario también definir el verbo ‘ser’, en la medida que al afirmarse que ‘hit es la fruta de verdad’, se está utilizando este verbo conjugado en tercera persona singular, que según el Diccionario de la Lengua Española significa:

- ‘Ser. 1. copulat⁸. U. para afirmar del sujeto lo que significa el atributo’.*
- ‘Ser. 2. m. Esencia o naturaleza’.⁹*

De las anteriores acepciones se infiere que al declarar la investigada que ‘hit es fruta de verdad’, estaría reiterando su afirmación que hit realmente es una fruta, condición esa que carecería de veracidad tal como se dijo en el sub-numeral anterior, y en el entendido de un consumidor promedio se podría creer que se trata de una bebida natural, en su totalidad a base de fruta y sin ningún aditivo artificial. Por tanto, esta proclama también podría estar infringiendo los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el artículo 2.1.1. y el literal a) del numeral 2.1.1.1. del capítulo 2 del título II de la Circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

27.1.2.2. *Que sometidas a examen las piezas publicitarias aportadas por la investigada en su respuesta a requerimiento, distinguida con el radicado número 17-424418-10 y contenidas en la memoria USB obrante a folio 77 del expediente, dentro de la carpeta denominada ‘2. RTA. PUNTO 2 PIEZAS PUBLICITARIAS’, este Despacho encontró posibles hallazgos sujetos de imputación en las publicidades que a continuación se relacionan.*

27.1.2.2.1. *Cuña radial distinguida como ‘618208-HIT NVO SABOR MANDARINA AHORA’, que dice:*

‘más mandarina en cada botella. Pídelo en botella retornable por \$1200. Precio sugerido al público. Hit sabor a mandarina contiene 20% de fruta’

Previo a describir el posible hallazgo, es preciso destacar que en la citada respuesta suministrada por la investigada no se evidenció etiqueta alguna del refresco de frutas hit en la variedad mandarina, así como tampoco la ficha técnica del mismo, a pesar de habersele requerido la totalidad de esa documentación.

De lo anunciado en esta pauta publicitaria, considera este Despacho que se estaría realizando una afirmación objetiva sobre las características del producto, en tanto que al informar que

⁸ Verbo copulativo

⁹ dle.rae.es

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

*‘contiene 20% de fruta’ se le estaría atribuyendo una condición susceptible de comprobación y como quiera que no obra en el expediente prueba alguna que permita verificar la misma, compete a la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, en el curso de la presente investigación, verificar si el refresco de fruta hit sabor a mandarina fabricado por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** cumple o no con la calidad informada en la publicidad, en los términos de los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011.*

27.1.2.2.2. Igualmente, los comerciales de televisión denominados ‘1970750-HIT MANDARINA’ y ‘El nuevo Hit de Mandarina llega para quedarse, con más fruta’, pregonan:

‘Nuevo Hit sabor a mandarina, ahora es mucho más fácil disfrutar el delicioso sabor a mandarina, porque ahora la mandarina está en Hit, el producto con mayor contenido de Fruta de la categoría, prueba el nuevo y delicioso sabor a mandarina que contiene 2 veces más fruta que otros productos.

A todos nos gusta dar lo mejor, como Hit que te da mucha más mandarina en cada botella’. (Original sin subrayas).

En la parte inferior de la pantalla, durante la transmisión de los comerciales se lee: ‘contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría: Refrescos de fruta’ (Subraya fuera de texto)

Una vez realizado el correspondiente análisis a las declaraciones anunciadas en estos comerciales, evidencia este Despacho que en los mismos se le atribuye al refresco de fruta hit, variedad Mandarina, la condición ser el producto con mayor contenido de fruta de su categoría, además de contener dos veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría; afirmaciones estas que se enmarcan dentro de la denominada propaganda comercial comparativa definida en el artículo 2.1.2.6. del Capítulo 2 del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.¹⁰

En ese orden de ideas, evidencia esta Dirección que, si bien es cierto la investigada es clara en afirmar que la característica que se compara es la cantidad de fruta que contiene el refresco que se publicita, no es menos cierto que en los comerciales no se observa indicación alguna sobre la cantidad de fruta que contienen los productos de la misma categoría de sus competidores, que permitiera a los consumidores verificar la información suministrada, generándose así una posible información no veraz, o no verificable o imprecisa que podría inducir en error a los consumidores y que a la luz de la Ley 1480 de 2011 constituiría una infracción a los artículos 6º, 23, 29 y 30 de ese Estatuto, en concordancia con los artículos 2.1.1., 2.1.1.1. (literal a), 2.1.1.2. (lit. a.) y los literales b) y c) del numeral 2.1.2.6. del Capítulo 2 del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

27.1.2.2.3. Por otro lado, los comerciales titulados ‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’ y ‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’, anuncian lo siguiente:

‘Llegó HIT LITRO para acompañar el almuerzo en familia y al mejor precio. La caja de siempre ahora más grande, con un sabor para cada día de la semana. Hit es delicioso porque tiene fruta y les encanta a todos y ahora por la mitad de precio. A sólo \$2500. Si, hit litro por sólo \$2.500’.

En el mismo sentido, la cuña radial llamada ‘HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25’, divulga:

‘Llegó HIT UN LITRO para acompañar el almuerzo y al mejor precio. La caja de siempre ahora maaaás grande, con un sabor diferente para cada día de la semana. Hit es delicioso porque tiene fruta y es para compartir con toda la familia; además solo cuesta \$2500. Si, nuevo hit 1 litro ahora por sólo \$2.500’.

En estas piezas publicitarias evidencia el Despacho que la anunciante destaca el precio del producto anteponiéndole el adjetivo ‘mejor’, significando con ello implícitamente una publicidad comparativa, que podría inducir a los consumidores a creer que se trata del producto más económico de su categoría en el mercado o del precio más beneficioso.

*Partiendo de esa premisa resulta necesario para esta Dirección verificar si la proclama ‘al mejor precio’ anunciada por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** cuenta con los soportes documentales que lo demuestren, tal como lo exige los numerales 2.1.2.2. y 2.1.2.6. de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio; situación que habrá de ser objeto de investigación a efecto de comprobar si la procesada se encuentra incurso en la vulneración de los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los*

¹⁰ Artículo transcrito en el numeral 27.1.1.10. de esta Resolución.

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

numerales 2.1.1. y 2.1.1.1. literal b) de la mentada Circular Única.

27.1.2.3. Que también fueron sometidas a estudio las piezas publicitarias aportadas por la investigada en su respuesta a requerimiento, distinguida con el radicado número 17-424418-17 y contenidas en el DVD-RW obrante a folio 99 del expediente, entre las cuales esta Dirección evidenció lo siguiente:

27.1.2.3.1. Dentro de la sub-carpeta denominada ‘LANZAMIENTO DE HIT MANDARINA’ que hace parte de la carpeta titulada ‘REFRESCOS’, que a su vez se halla en la titulada ‘PAUTAS PUBLICITARIAS’, se encontró en la siguiente cuña radial:

‘618208 - LANZAMIENTO DE HIT MANDARINA’: ‘Nuevo Hit sabor a mandarina, ahora es mucho más fácil disfrutar el delicioso sabor a mandarina, porque ahora la mandarina está en Hit, el producto con mayor contenido de Fruta de la categoría para este sabor, prueba el nuevo y delicioso sabor a mandarina que contiene 2 veces más fruta que otros productos. A todos nos gusta dar lo mejor, como Hit que te da mucha más mandarina en cada botella. Pídelo en botella retornable por \$1200. Precio sugerido al público. Hit sabor a mandarina contiene 20% de fruta’.

Como quiera que en los numerales 27.1.2.2.1. y 27.1.2.2.2. se realizó el estudio preliminar de la cuña radial y los comerciales de televisión denominados ‘618208-HIT NVO SABOR MANDARINA AHORA’, ‘1970750-HIT MANDARINA’ y ‘El nuevo Hit de Mandarina llegó para quedarse, con más fruta’, respectivamente, con contenido similar, en cuanto a posibles afirmaciones objetivas a las subrayadas en la presente comercial de radio, es decir, contentivo del lanzamiento del refresco hit en la variedad mandarina, esta Dirección se releva en este punto de efectuar su análisis.

27.1.2.3.2. Así mismo, como quiera que en el numeral 27.1.2.2.3. del presente acto administrativo se realizó el estudio preliminar de la proclama ‘al mejor precio’, esta Dirección se exime de efectuar el análisis de la cuña radial incluida en la sub-carpeta denominada ‘LITRO TETRA HIT’ que hace parte de la carpeta titulada ‘REFRESCOS’, que a su vez se halla en la titulada ‘PAUTAS PUBLICITARIAS’, que anuncia:

‘628738 - TETRA 1 LITRON’: ‘llegó HIT UN LITRO para acompañar el almuerzo y al mejor precio. La caja de siempre ahora maaaás grande, con un sabor diferente para cada día de la semana. Hit es delicioso porque tiene fruta y es para compartir con toda la familia; además solo cuesta \$2500. Si, nuevo hit 1 litro ahora por sólo \$2.500’.

27.1.2.4. Que diferentes a las piezas publicitarias aportadas por la investigada, la tercera interesada **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-**, mediante escrito distinguido con el número 17-424418-20, allegó el CD obrante a folio 116, contentivo, entre otras cosas, de las siguientes pautas publicitarias:

27.1.2.4.1. ‘HIT JUGOS 500 ML –LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20’ (Sonido en Formato MP3):

‘Llegó el nuevo hit maracuyá con mucha más fruta, para que disfrutes todo el sabor del maracuyá en una sola botella, Pruébalo en su presentación pet 500 ml por solo \$1800. Nuevo hit maracuyá, con mucha más fruta y todo el sabor del maracuyá. Pruébalo ya. Precio sugerido. Hit maracuyá contiene 50% más fruta comparado con otro producto de la misma categoría’.

Siguiendo la mecánica de estudio de las anteriores publicidades, es preciso traer a colación la definición dispuesta en el Diccionario de la Lengua Española para la palabra ‘muchá’ utilizada por la anunciante y antepuesta a la frase ‘más fruta’, que establece:

‘mucho, cha.

1. Adj. Indef. Numeroso, abundante o intenso.

(...)

3. Adj. Indef. Ante sintagmas nominales comparativos, expresa diferencia elevada entre las cantidades que se comparan. (...)’

De esta manera, al anunciar la investigada en la transcrita cuña radial ‘con mucha más fruta’ y más adelante proclamar ‘Hit maracuyá contiene 50% más fruta comparado con otro producto de la misma categoría’, es evidente que además de ser una afirmación objetiva, se está frente a una publicidad comparativa, en la que se afirma que hay una diferencia elevada a favor de ‘hit maracuyá’ sobre el contenido de fruta respecto de otro producto de su misma categoría, pero sin indicarse en la publicidad el producto específico sobre el cual se realiza la comparación, ni siquiera el porcentaje de fruta de uno u otro, a efectos de no inducir a los

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

consumidores en error y/o confusión; aunado al hecho que no obra en el expediente documental alguna mediante la cual se acredite la veracidad de esa declaración.

De lo anterior se colige que, con la información suministrada en la citada publicidad, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** podría estar vulnerando lo estipulado en los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los artículos 2.1.1., 2.1.1.1. (literal a), 2.1.1.2. (lit. a.) y los literales b) y c) del numeral 2.1.2.6. del Capítulo 2 del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

27.1.2.4.2. ‘HIT JUGOS-REF 30-30’ (Clip de película):

‘¿sabes por qué es natural que te guste hit? Porque hit está hecho con frutas deliciosas; es que antes de poder disfrutar su sabor en cualquier momento o con la mejor compañía pasaron cosas naturalmente increíbles: Ellas viajaron por las montañas, cambiaron de forma, recorrieron los cultivos, fueron cosechadas y crecieron en el campo. Entonces ya sabes porque es natural que te guste hit. Exacto, porque hit tiene fruta y es delicioso. Lo natural es un hit’.

Ahora bien, consultado el concepto de ‘natural’ en el Diccionario de la Lengua Española, se encontró:

‘natural

1. adj. Perteneciente o relativo a la naturaleza o conforme a la cualidad o propiedad de las cosas.

(...)

3. adj. Dicho de una cosa: Que está tal como se halla en la naturaleza, o que no tiene mezcla o elaboración.

(...)

Partiendo de esta definición y teniendo en cuenta el lenguaje verbal y no verbal usado en el citado comercial, donde se muestran imágenes de cultivos de frutas y el proceso natural de las mismas desde la siembra de la semilla hasta el recogimiento del fruto cosechado, sumado a las manifestaciones tales como ‘Porque hit está hecho con frutas deliciosas’ y ‘Ellas viajaron por las montañas, cambiaron de forma, recorrieron los cultivos, fueron cosechadas y crecieron en el campo’, finalizando con ‘Entonces ya sabes porque es natural que te guste hit. Exacto, porque hit tiene fruta y es delicioso. Lo natural es un hit’, se evidencia un silogismo realizado por la anunciante en el que se concluye que el producto hit maracuyá es natural.

No obstante, tratándose de un refresco de frutas, conforme a la definición del mismo establecido en el artículo 3 de la Resolución N° 3929 de 2013, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, no es propio afirmar que es ‘natural’, toda vez que la cantidad de fruta que contiene el refresco es equivalente a un 8 o máximo un 14 por ciento, adicionada con acidulantes, sabores artificiales, estabilizantes, colorantes, entre otros aditivos y conservantes que le restan naturalidad al producto objeto de estudio, porque si bien es cierto contiene un ingrediente natural (pulpa de fruta), este por sí sólo no convierte al refresco en natural, en la medida que la fruta es sometida a procesamiento y, como ya se dijo, es adicionada con otros componentes artificiales.

Conforme a lo expuesto, esta Dirección evidencia que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** aparentemente ha suministrado a los consumidores información no veraz, confusa e imprecisa al anunciar el refresco hit maracuyá como un producto ‘natural’ y/o al transmitir un mensaje verbal y no verbal a los consumidores donde ellos podrían inferir que se trata de un producto de origen natural, constituyéndose con ello una presunta infracción a los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en tanto que el mensaje anunciado en la pieza publicitaria puede no corresponder a la realidad o ser insuficiente, teniendo la potencialidad de inducir en error, engaño o confusión a los consumidores al no coincidir el producto con las condiciones objetivas y específicas que se suministraron de él en la publicidad. Todo esto en concordancia con lo señalado en los numerales 2.1.1., 2.1.1.1. (lit. a) y el literal a) del numeral 2.1.1.2. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

En resumen, para concluir todo lo expuesto a través de este numeral 27.1, considera esta Dirección que la información entregada por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. – POSTOBÓN S.A.-** a los consumidores a través [de] su publicidad, aparentemente carece de claridad, veracidad, verificabilidad, precisión, suficiencia e idoneidad en relación con las características atribuidas a su producto refresco de frutas ‘HIT’ (variedades), en la medida que, no hay prueba en el expediente que demuestre el cumplimiento de las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, configurándose con ello además de la imputación endilgada una presunta vulneración de los derechos de los consumidores a recibir productos de conformidad con las condiciones ofrecidas y a obtener una información completa, veraz, transparente oportuna, verificables, comprensible, precisa e idónea respecto del producto

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

refresco de frutas ‘HIT’ (variedades), tal como lo dispone los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3 de la Ley 1480 de 2011.

Por las razones anteriores se considera que la investigada podría estar transgrediendo lo establecido en los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3 y en los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1, 2.1.1.1, 2.1.1.2, 2.1.2.2. y 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

27.2. Imputación fáctica N° 2: Posible violación a los artículos 2.2.2.33.3. y 2.2.2.33.4. numerales 1 y 2.2. del Decreto 1074 de 2015:

(...).

27.2.2. Que partiendo del hecho que en la publicidad anunciada por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, aportada tanto por la tercera interesada (fls. 42 y 116) como por la investigada (fl. 99), esta Dirección encontró en las piezas publicitarias que más abajo se relacionan, que las mismas son protagonizadas por niños, niñas y/o adolescentes, buscando influir en sus decisiones de consumo respecto de una bebida refrescante en los diversos escenarios donde ellos se mueven, resultando necesario para este Despacho realizar un análisis de las mismas a efecto de verificar el cumplimiento de las normas específicas de protección a dichos sujetos.

1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s
1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s
HIT JUGOS-REF 30-30
608587-HIT ENTREVISTA ESCUCH JUANITA
1789155-HIT LONCHERA
1856472-HIT TIENDA RETORNABLE V2
1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N
1909824-HIT LONCHERA V2
1947551-HIT TEMATICA PERRO
1947568-HIT CAFETERIA
1952801-HIT LONCHERA 10
1952990-HIT PERRO 25
1953099-HIT 1 LITRO-SERVIDA
1956257-HIT JUGOS-CAFETERIA 10
1956259-HIT 1 LITRO-SERVIDA 10
1959358-HIT HIT CAFETERA 10
1959362-HIT HIT CAFETERIA 5
1960039-HIT 1 LITRO-HIT SERVIDA 5
1959363-HIT JUGOS-HIT LONCHERA 5
1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017
Acompaña las loncheras de tus hijos con Hit
HIT 1 LITRO-FALLA FAMILIA 10-10
HIT 1 LITRO-FAMILIA 5-5
HIT 1 LITRO-FAMILIA 10-10
HIT 1 LITRO-HIT SERVIDA 5-5
HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20
HIT CAFETERIA 5-5
HIT LONCHERA 5-5
HIT MEJOR SABOR A FRUTA-20

Así las cosas, del estudio de las anteriores piezas publicitarias, este Despachó evidenció que en los comerciales titulados ‘1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’, ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’, ‘1789155-HIT LONCHERA’, ‘1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N’, ‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’, ‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’ y ‘HIT JUGOS-REF 30-30’, se declaran características y/o condiciones objetivas de los productos ‘HIT’ que pueden ser engañosas o confusas y/o que pueden inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que pueden carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad tal como quedó ampliamente expuesto en el desarrollo de la imputación anterior, cuyos argumentos se tienen por reproducidos en este cargo, configurándose con ello una aparente vulneración al derecho de los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de recibir una información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos ofrecidos (artículo 2.2.2.2.33.3. del Decreto 1074 de 2015); así como un consecuente incumplimiento por parte [de] **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** a las obligaciones de evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con sus características y de no exagerar su naturaleza (artículo 2.2.2.33.4. numerales 1 y 2.2. ídem).

27.3. Imputación fáctica N° 3: Aparente inobservancia a las órdenes impartidas por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor:

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

(...)

27.3.2 Que mediante el oficio número 17-424418 -6, de fecha 28 de junio de 2018, está Dirección le ordenó a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. –POSTOBÓN-** que allegara, entre otra información y documentación, la siguiente:

‘2. Remitir la totalidad de piezas publicitarias (indistinto del medio de divulgación, televisión, redes sociales, etc) emitidas durante los dos últimos años en relación con el producto. Discriminando los medios y frecuencia con la cual se emitieron.,

(...)

4. *Anexar los empaques y/o etiquetas de las diferentes presentaciones del producto.*
5. *Allegar la ficha técnica del producto.*
6. *Aportar copia del Registro Sanitario del producto, expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA.*
8. *Informar cuál es el contenido de fruta que contiene el referido producto’.*

No obstante, revisado minuciosamente el escrito presentado por el apoderado de la investigada y radicado con el número 16-436387- 10 (fls. 56 - 78), mediante el cual se dio respuesta al citado requerimiento, respecto a los numerales transcritos esta Dirección observó que:

27.3.2.1. *En cuanto a las piezas publicitarias que anunciaron el producto ‘HIT’ requeridas, aparentemente no se aportaron en su ‘totalidad’, toda vez que no se encontraron aquellas mediante las cuales se promocionó el refresco de fruta Hit en la variedad de maracuyá, a pesar que el mismo fue publicitado mediante la cuña radial denominada ‘HIT JUGOS 500 ML – LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20’ y el comercial titulado ‘HIT JUGOS-REF 30-30’, tal como se evidencia en el CD obrante a folio 116 y aportado por la tercera interesada a través del escrito distinguido con el número 17-424418-20.*

27.3.2.2. *Igualmente, respecto a la solicitud de anexar lo empaques y/o etiquetas del producto en las diferentes presentaciones, dentro de los anexos allegados por la investigada y que se encuentran incorporados en la memoria USB obrante a folio 77, no se hallaron las etiquetas correspondientes a las variedades mandarina, naranja y maracuyá del refresco de frutas ‘hit’.*

27.3.2.3. *La misma situación ocurrió frente a la ficha técnica pedida, por cuanto que en la carpeta titulada ‘5. RTA PUNTO 5 FICHAS TECNICAS’, sólo se evidenció copia controlada de la ficha técnica del producto ‘refresco de fruta pasteurizado’ en las variedades de lulo (Ficha N° 100), mango (Ficha N° 99), mora (Ficha N° 98), durazno (Ficha N° 95), frutas tropicales (Ficha N° 96) y naranja-piña (Ficha N° 97), sin que se adjuntaran las correspondientes a los sabores de mandarina, naranja y maracuyá, variedades que también pertenecen a la marca ‘HIT’ de la investigada.*

27.3.2.4. *En respuesta a la solicitud de allegar el registro sanitario del producto objeto de investigación, en la carpeta denominada ‘6. RTA PUNTO 6 COPIA REGISTRO SANITARIO’ de la USB en mención, la investigada incorporó copia de la Resolución N° 2017053738 del 18 de diciembre de 2017 por la cual se modificó la Resolución N° 016051095 del 6 de diciembre de 2016 que concedió el Registro Sanitario distinguido con el número RSA-002557-2016 para fabricar y vender el producto Refresco Fruta Pasteurizado, variedades: Durazno, Frutas Tropicales, Mora, Mango, Lulo, Naranja-Piña, Guanábana y Mandarina marca HIT, sin que dicha resolución corresponda al registro sanitario requerido.*

27.3.2.5. *Del contenido del cuadro aportado por la investigada para dar respuesta al interrogante sobre al porcentaje de fruta incluido en los productos ‘HIT’, este Despacho echó de menos la información correspondiente a las variedades mandarina, naranja y maracuyá del refresco de frutas ‘hit’.*

De lo expuesto en los sub-numerales que anteceden, podría inferirse que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. –POSTOBÓN-** ha incumplido las órdenes impartidas por esta Dirección en ejercicio de las facultades otorgadas en la Ley 1480 de 2011 y del Decreto 4886 de 2011(...).”

7.1.18. Una vez agotada la etapa de descargos, la probatoria y de los alegatos de conclusión, la presente actuación se decidió mediante la Resolución N° 37544 del 10 de julio de 2020, acto administrativo por medio del cual se impuso una multa a la sociedad **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, por la suma de **MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (\$1.667’825.700)** equivalente a **MIL NOVECIENTOS (1900)** salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la expedición de la resolución, que corresponden a **46839,82643862162 UVT**, por la vulneración de lo

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

previsto en los artículos 3 (numerales 1.1. y 1.3), 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1., 2.1.1, 2.1.1.1., 2.1.2.2. y 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia; así como por la inobservancia a las órdenes impartidas por esta Dirección.

7.2. De los fundamentos del recurso:

Como consideraciones preliminares, esta Dirección estima pertinente aclarar que el poder sancionatorio de la administración ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como *“un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye a la realización de sus cometidos”*¹¹.

En ese sentido, los actos administrativos que se dicten en virtud de la facultad sancionatoria de la administración, y que tienen como fin la autoprotección del ordenamiento jurídico respecto de las normas de orden público que integran el Estatuto del Consumidor, gozan de la presunción de verdad y acierto¹². Por lo tanto, al tratar la impugnadora de establecer desaciertos cometidos por este operador jurídico en la valoración de los elementos de juicio allegados o en la aplicación de la norma sustancial que funda la imputación fáctica y jurídica, su tarea necesariamente debe estar dirigida a demostrar que el equívoco alegado es notorio y relevante.

En otras palabras, la labor argumentativa de la recurrente debe ser exhaustiva frente al fundamento de la sanción impuesta, no solamente encaminada a endilgar opiniones contrarias o posibilidades de interpretación frente a la apreciación de pruebas o aplicación de las normas, sino, principalmente, su tarea debe estar encaminada a convencer a la administración de que la falla imputada es inexistente, o que el incumplimiento a los deberes que derivan del Estatuto del Consumidor, se encuentra excusado en una de las causales de exoneración que trata el parágrafo del artículo 24¹³.

Conforme a lo anterior, y continuando con el análisis de los argumentos de la sociedad recurrente, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción de la persona jurídica sancionada, esta Dirección estudiará lo planteado por la recurrente y las pruebas obrantes en el diligenciamiento, teniendo en cuenta lo dispuesto al respecto por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, concretamente en sentencia T-1117 de 2008 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, así:

“(…)

En el artículo 29 superior se ha consagrado que el debido proceso debe aplicarse tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas, garantía dentro de la cual se encuentra, no sólo en el ámbito del ius puniendi, como materialización de los derechos de defensa y contradicción, la potestad de toda persona de presentar pruebas y controvertir aquéllas que se alleguen en su contra.

Tal facultad o potestad de la persona interesada dentro de un proceso judicial o una actuación administrativa, además de permitirle presentar las pruebas que considere necesarias para demostrar los supuestos fácticos de las normas que desea sean aplicadas o no a una situación en particular, también envuelve la garantía de que el funcionario judicial o administrativo, según el caso, les brinde el valor probatorio correspondiente, pues como se indica en los instrumentos internacionales previamente señalados, dentro de las denominadas garantías judiciales se cuenta con el derecho a ser oído por el juez o tribunal competente, en igualdad y total imparcialidad.

(…)

Resultan así aplicables en materia de necesidad de la prueba, entre otros, el artículo 174 CPC, según el cual toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, pudiéndose rechazar in límine, sólo las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas (art. 178).

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-875 del 22 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² En similar sentido: Sentencia del 6 de abril 2011, Sección Segunda, Exp. 11001-03-25-000-2008-00079-00(2431-08). Magistrado Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Acción de Nulidad.

¹³ Ley 1480 de 2011, Artículo 24, Parágrafo: *“El productor o el proveedor solo podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación”.*

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

Tratándose de la valoración de las pruebas (art.187 ib.) se estipula que aquéllas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades contenidas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, imponiéndosele además al juez la obligación de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba (...). (Destacado fuera de texto).

Por lo tanto y considerando que en sede de investigación administrativa y su posterior vía gubernativa, lo que se pretende encontrar es la verdad de los hechos sin que se trate de una simple verdad formal o una verdad legal, son de vital importancia los medios probatorios que obren dentro del proceso, y que deben ser apreciados o valorados en conjunto con base en las reglas de la sana crítica, ya que es con base en ellos que el fallador resuelve de fondo.

7.3. Consideraciones acerca de los documentos allegados junto con el recurso interpuesto.

De la revisión del escrito contentivo del recurso, se encuentra que el sancionado aportó los siguientes documentos:

- 1) Certificado de existencia y representación legal de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**
- 2) Certificación de IBOPE en la que se indicó lo siguiente: *“Se reportó incorrectamente la versión LONCHERA de 20” cod IBOPE 1789155 del producto HIT para el año 2017 en el mes de mayo, siendo lo correcto haber reportado la versión LONCHERA V4 de 20”cod IBOPE 1926611.”*
- 3) Certificación de INVAMER, con el precio del producto SOKA - BOTELLA PET 1000 FAMILIAR NO RETORNABLE, para los meses de diciembre de 2017, enero, febrero y marzo de 2018.
- 4) Certificación de NIELSEN, en la que allegó un anexo con una tabla en la que relaciona el precio promedio por litro para los meses de diciembre 2017 y enero a marzo 2018 del mercado de Jugos y Néctares, para el segmento de refrescos en las presentaciones de un litro en el mercado Total Colombia.
- 5) Correos electrónicos de la solicitud que se efectuó a “You Tube” para bajar el contenido publicado del comercial por un tercero.

Para lo anterior, debe tenerse en cuenta que la **conducencia** de la prueba *“(...) es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, sí el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio”*¹⁴.

De otra parte, la **pertinencia**, consiste en *“(...) la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso (...)*”¹⁵.

En igual sentido, mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia se indicó que:

“(...) el legislador adoptó un concepto único y complejo, en el sentido de que la conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del proceso, pero ninguna será conducente si no es apta para llevarnos a la verdad sobre los hechos objeto del procesamiento, que a su vez son los únicos pertinentes. Son dos caracteres inseparables, porque si la prueba nos guía a establecer hechos completamente ajenos al proceso, no solo es impertinente, sino que también resulta inconducente, pues se ha separado drásticamente del único objeto señalado en el proceso como plan de acción. La conducencia solo puede apreciarse a través de una relación de la prueba con los hechos (...)”¹⁶.

Frente a la **utilidad**, se deduce que las pruebas allegadas al proceso deben prestar algún servicio en el mismo que conduzca a la convicción del juez o al correspondiente operador jurídico, de tal manera que, si una prueba que se pretende aducir no tiene ese propósito, debe ser rechazada de plano por aquél.

Según la doctrina *“(...) [e]n términos generales, se puede decir que la prueba es inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, ya que éste sólo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo. Si nos valiéramos de una metáfora, podríamos decir que el proceso debe consumir las pruebas que le sean absolutamente necesarias para pronunciar el fallo y que no puede darse el lujo de recaudar pruebas*

¹⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décima Quinta Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 153. Bogotá. 2006.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Sentencia del 30 de junio de 1998, la Sala Casación Penal.

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

que sobren, superfluas, redundantes o corroborantes, cuando esto no sea absolutamente necesario.”¹⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, y luego de estudiar la conducencia, pertinencia y utilidad de los documentos aportados, se advierte que los mismos pueden resultar útiles, conducentes y pertinentes para el análisis del caso objeto de estudio, y en consecuencia se incorporan al expediente, otorgándoles el valor probatorio que corresponda, en la medida en que pueden prestar algún servicio dentro del presente trámite.

7.3.1. Análisis probatorio sobre la certificación de IBOPE y la certificación de NIELSEN.

Frente a la certificación de IBOPE allegada por la recurrente en la que se indicó lo siguiente: “Se reportó incorrectamente la versión LONCHERA de 20” cod IBOPE 1789155 del producto HIT para el año 2017 en el mes de mayo, siendo lo correcto haber reportado la versión LONCHERA V4 de 20”cod IBOPE 1926611”, este Despacho debe precisar que la prueba que pretende desvirtuar, esto es la certificación que en su momento valoró la Dirección, en la que se relacionan los datos principales como el código de identificación de la pauta publicitaria, su nombre, la campaña a la cual perteneció, el medio de difusión, las fechas y cantidad de emisiones, que hace parte de la carpeta “Relación de Pautas”, contenida en el CD radicado con el número 17-424418-17, fue presentada por la propia sancionada en ejercicio de su derecho de defensa y contradicción, por lo que mal podría en esta instancia refutar el contenido de la misma y alegar que allega una nueva prueba pues la emitida en un primer momento contiene información errónea.

En este sentido no es posible que la hoy sancionada invoque un error a su favor, cuando lo pudo advertir en el mismo momento que la obtuvo y posteriormente cuando la presentó y de esta manera informarlo a la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor.

Por ello es inaceptable que la sociedad recurrente en esta instancia presente este tipo de cuestionamientos sobre la veracidad de las pruebas por ella misma aportadas, cuando dicha estrategia argumentativa es producto de la omisión por parte de la sancionada de verificar la información obrante en las pruebas que presentó ante esta Dirección, por lo que se considera pertinente invocar el principio general del derecho en virtud del cual “nadie puede invocar a su favor su propia culpa” – principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁸ para beneficiarse, en la posibilidad de dársele una interpretación favorable a su conducta omisiva en el sentido de acceder a su argumento de cuestionar la información de las pruebas que aportó por sí misma dentro de la investigación.

Para este efecto, es menester señalar que, en atención a este principio ninguna persona puede alegar a su favor su propia culpa, pues sus actos y consecuencias son su responsabilidad, por lo que en este caso la sancionada no desestimó dicha prueba antes de que se emitiera la sanción y era su responsabilidad si eventualmente encontraba en la prueba aportada información errada hacerlo saber a esta Entidad, circunstancia que no acaeció en el caso concreto. Al respecto, la Corte Constitucional¹⁹ ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia que nadie puede beneficiarse, ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable, así:

“(…)

La Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial respecto del aforismo “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, a través de la cual sostiene que el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está *prima facie* en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso.
(…)”.

¹⁷ Ídem. Pág. 157.

¹⁸ En sentencia del 3 de abril de 2014, M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, Radicación número: 25000-23-27-000-2010-00197-01(19137), manifestó frente este aforismo lo siguiente: “El aforismo “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”- nadie puede alegar su propia culpa en su favor-, hace parte de nuestro sistema normativo como expresión del principio de la buena fe y se desprende de varias disposiciones que sin decirlo de manera explícita, la consagran como regla de derecho. Entre otras está, el artículo 1744 del Código Civil, que prohíbe a quien haya empleado dolo en la celebración de un contrato, pedir la nulidad del negocio jurídico así realizado”.

¹⁹ Sentencia del 27 de febrero de 2017, Corte Constitucional.

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

Aunado a lo anterior, se debe destacar también que la recurrente no indicó en su escrito de recurso a qué se debió el reporte erróneo que alega en su escrito, por lo que, la prueba allegada en un primer momento por la hoy sancionada se considera auténtica pues la allegó la misma sancionada y conforme a la buena fe se presume auténtica.

Por último, en relación con la certificación de NIELSEN, en la que allegó un anexo con una tabla en la que relaciona el precio promedio por litro para los meses de diciembre 2017 y enero a marzo 2018 del mercado de Jugos y Néctares, para el segmento de refrescos en las presentaciones de un litro en el mercado Total Colombia, tal como se señaló en la decisión recurrida, esta instancia debe señalar que para poder verificar si el producto era el de *mejor precio* en el mercado, la comparación debe versar sobre productos análogos, es decir, mismo tamaño, mismo sabor, mismo porcentaje de frutas, misma calidad, que contengan la misma cantidad de líquido y la misma presentación; por lo tanto, se tendrán como criterios para su valoración, la identidad entre los extremos comparables. En el anexo allegado en el recurso se observa lo siguiente:

Tabla 1. Precio promedio de la segmento-fabricante-marca-presentación-tamaño.
Periodo Diciembre 2017- Marzo 2018⁶

SEGMENTO-FABRICANTE-MARCA- PRESENTACIÓN- TAMAÑO	PRECIO PROMEDIO			
	DICIEMBRE 2017	ENERO 2018	FEBRERO 2018	MARZO 2018
REFRESCOS POSTOBON HIT CTE MINI CAJA ASEPTICA 1000 CC	\$ 2.627,3	\$ 2.580,7	\$ 2.558,9	\$ 2.574,7
REFRESCOS ALPINA S.A SOKA CTE MINI (1000-1999 CC) BOTELLA PLASTICA 1000 CC	\$ 3.891,6	\$ 3.894,4	\$ 3.914,8	\$ 3.901,7
REFRESCOS COLOMBINA COSECHA PURA TODAS MINI (1000-1999 CC) CAJA ASEPTICA 1000 CC	\$ 3.419,8	\$ 3.450,9	\$ 3.333,6	\$ 3.349,1
REFRESCOS POSTOBON TUTTI FRUTTI CTE MINI CAJA ASEPTICA 1000 CC	\$ 2.884,9	\$ 2.912,5	\$ 2.908,4	\$ 2.781,0
REFRESCOS ALPINA S.A SOKA BAJOS EN AZUCAR MINI (1000-1999 CC) BOTELLA PLASTICA 1000 CC	\$ 4.199,1	\$ 3.080,0	\$ 3.120,0	\$ 3.040,0

Así las cosas, la hoy sancionada con la citada prueba reconoce intrínsecamente que del acervo probatorio recaudado hasta antes de la decisión de primera instancia no logró demostrar que su producto tuviera el mejor precio, por eso aporta con el recurso nuevas pruebas. No obstante, la certificación allegada, a pesar de demostrar que todos los productos son refrescos y que el contenido es de 1000 CC, no permite realizar la comparación en los términos señalados anteriormente pues la presentación de dichos productos no es idéntica, ya que algunos son en botella y otros en caja.

Por lo tanto, la certificación no permite a este Despacho concluir que se trata de extremos análogos y así poder efectuar la comparación pertinente, por lo que la información contenida en aquella, resulta insuficiente para de demostrar la veracidad de la afirmación *el mejor precio* del mercado.

7.4. Consideraciones acerca de los argumentos de la recurrente y de la tercera interviniente.

Sea lo primero señalar que esta Dirección encuentra que la sanción impuesta está plenamente justificada y debidamente adelantada conforme las diferentes etapas del procedimiento previsto en esta clase de actuaciones administrativas.

7.4.1. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos esgrimidos por la sancionada y la tercera interesada, relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria.

Adujo la recurrente que, el comercial objeto de análisis, que fue distinguido con el código “IBOPE 1789155”, conforme a la certificación que obra en el expediente expedida por “OMD COLOMBIA S.A.S”, en su calidad de agente de medios de la sancionada, tuvo como fecha de finalización el día 13 de octubre de 2015, lo que implica que el día 13 de octubre de 2018 la Superintendencia perdió competencia para sancionar por esta publicidad.

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

Asimismo, indicó que el comercial también objeto de análisis, que fue distinguido con el código “IBOPE 1882684”, conforme a la certificación que obra en el expediente expedida por “OMD COLOMBIA S.A.S”, en su calidad de agente de medios de la sancionada, tuvo como fecha de finalización el día 27 de octubre de 2016, lo que implica que el día 27 de octubre de 2019 la Superintendencia perdió competencia para sancionar por esta publicidad.

Por su parte, en términos generales la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES - RED PAPAZ**, señala que *“POSTOBÓN incurre en una grave equivocación comoquiera que las Imputaciones Fácticas Nos. 1 y 2 no se apoyan exclusivamente en la reproducción de dos (2) piezas audiovisuales, sino que por el contrario se originan en la reproducción de una sucesión de piezas que forman parte de una única conducta orientada a posicionar en el público diferentes mensajes, entre ellos, que Hit es «jugo», es «natural», es «fruta de verdad», en síntesis, que es equivalente a la fruta”*. Agregó que la conclusión a la que llegó esta Entidad, se apoya en lo señalado por el propio apoderado de POSTOBÓN, quien hizo énfasis acerca de la continuidad de los mensajes en las diferentes piezas que fueron difundidas durante varios años y que por lo tanto, resulta errado invocar la caducidad de la facultad como lo pretende la sancionada, porque la difusión de los mensajes publicitarios se ha prolongado en el tiempo, en la medida en que nuevas piezas los han reproducido, por lo que no es posible sostener que unos hechos no queden cobijados por la actuación de la SIC, mientras que otros sí, porque se trata de una misma conducta que se despliega de manera sucesiva por medio de sendas piezas comunicativas.

De cara a las manifestaciones que anteceden, vale la pena aclarar que la caducidad de la facultad sancionatoria está expresamente regulada en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, que establece:

“ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.*

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria”. (Énfasis fuera del texto).

Del argumento expuesto por la recurrente y, en consideración a lo dispuesto en la citada norma, esta Dirección debe señalar que respecto de la contabilización de la caducidad de la facultad sancionatoria si bien es cierto que dicha disposición prevé que la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlos, la misma disposición agrega en su inciso segundo que cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel que cesó la infracción y/o la ejecución.

Por lo anterior, resulta oportuno mencionar que para determinar el momento en el cual se inicia el conteo del término de los tres años de que trata el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, se hace necesario calificar la conducta atendiendo al factor de tiempo, es decir, si la misma se consumó en un sólo instante-conducta instantánea-, o si la consumación de la misma se prolongó en el tiempo-conducta continuada-; por lo que, en el primer caso los tres años se contabilizarán a partir del día en que se desplegó la conducta; y en el segundo evento, cuando la conducta infractora cesa. El término para contabilizar la caducidad, así como el momento a partir del cual se contabiliza, está dispuesto en la ley y el mismo no puede ser modificado bajo la potestad de la administración, pues la caducidad le impone límites a la administración de pronunciarse en cualquier tiempo y de forma indefinida frente a asuntos de su competencia.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia proferida por la Consejera Ponente: Doctora MARÍA Elizabeth García González, dentro del expediente número 2013-00254-01, señaló que:

“El Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión núm. 5, mediante la sentencia impugnada denegó las súplicas de la demanda; condenó en costas a la parte actora y fijó agencias en derecho para la ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RÍO LTDA., en la suma

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

de \$6'748.560.00; para el señor ORLANDO BARRERA BECERRA en la suma de \$1'012.284.00; y para la señora NORA ELISA VELANDIA en la suma de \$1'012.284.00, que corresponde al dos por ciento (2%) de la estimación de la cuantía indicada en la demanda. En resumen, consideró el a-quo: Que según lo apreciado en el expediente, el acuerdo de precios se mantuvo y se ejecutó por las distribuidoras de combustible sancionadas hasta el mes de diciembre del año 2009, situación que permite catalogar la conducta como de ejecución permanente o continuada, pues su ejercicio se mantuvo en el tiempo por un período de casi tres (3) años, no siendo de recibo el argumento de defensa expuesto por el apoderado de los demandantes en el escrito de alegatos al indicar que no se puede hablar de actos de ejecución continuada, pues en su sentir, al existir variaciones en los precios frente a las otras estaciones de servicio en algunos meses, se interrumpió la permanencia o continuidad de la conducta.

Precisa que, a pesar de los intervalos que se observan en ciertos meses, como mayo y junio de 2009 para la ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RÍO, en la fijación del precio, la variación es leve, sólo es de dos (2) centavos respecto de las otras estaciones expendedoras de combustible, sin embargo, en la mayor parte del tiempo investigado esa conducta se mantuvo, fue permanente, situación que conlleva a calificarla como de ejecución continuada, en lo que la caducidad comienza a correr a partir de la realización del último acto de ejecución de la misma.

(...) De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el acuerdo de precios se produjo y se conservó por las distribuidoras de combustibles relacionadas en las Resoluciones acusadas hasta el mes de diciembre de 2009, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos de las Tablas núm. 6, 7, 8, 9 y 10, así como en la Gráfica núm. 5, visibles en el anverso y reverso de los folios 146 y 147 del cuaderno de Anexos de la demanda, lo que le permite concluir a la Sala que la conducta cometida por los demandantes catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada.

Ahora bien, siendo la conducta continuada por parte de los demandantes (aspecto este que se analizará más ampliamente en el último punto), para la Sala no existe el menor asomo de duda de que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico (...). Subraya fuera del texto.

Para efectos de verificar si se configuró el fenómeno de la caducidad frente a la facultad sancionatoria de esta Dirección, en primer lugar se debe establecer la naturaleza de la conducta que fue objeto de la sanción, como quiera que existen las conductas instantáneas, las cuales se generan en un sólo momento y las conductas de ejecución sucesiva cuyos efectos se prolongan en el tiempo; así la facultad sancionatoria de la administración debe computarse a partir de la comisión de la conducta instantánea o a partir del último acto de ejecución, por lo que se procederá a verificar cada imputación, para efecto de dar luz a la recurrente acerca de la contabilización de la caducidad de la facultad sancionatoria contemplada en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 en el *sub examine*.

Ahora bien, es impertinente aclarar que esta Dirección abarcará en este mismo acápite los argumentos esbozados por la sociedad recurrente frente a la caducidad de la facultad sancionatoria tanto de la imputación No. 1 como de la imputación No. 2, pues se trata de los mismos comerciales sobre los cuales se hizo el juicio de reproche.

Así las cosas, se tiene que los comerciales son los siguientes: **“1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA”** y **“1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT”**. El comercial distinguido con el código **“IBOPE 1789155”**, fue transmitido por la televisión nacional hasta el **31 de mayo de 2017**, lo cual fue respaldado con la certificación contenida en el CD allegado por la sancionada junto con el radicado 17-424418-17, expedida por Caracol Televisión S.A., quien adjuntó el plano de pauta emitida en su programación. De igual forma, respecto del comercial con el código **“1882684”**, este fue transmitido hasta el **22 de mayo de 2017**, lo cual fue respaldado con la certificación expedida por Caracol Televisión S.A. que obra en el mismo CD allegado junto con el citado radicado, hechos estos que contradicen lo afirmado por la anunciante respecto al tiempo durante el cual se emitió el comercial objeto de reproche.

Así mismo, en la **“Base de datos”** del archivo denominado **“resumen inversión hit”** que hace parte de la carpeta **“Relación de Pautas”**, contenida en el CD aportado por la sancionada mediante el radicado N° 17-424418-17, así como del archivo titulado **“relación de piezas en alta 2015 al 2018”** obrante en el CD también allegado por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** con el radicado N° 17-424418-30, cuyos archivos fueron resumidos en la Resolución N° 37544 del 10 de julio de 2020, en los cuales señaló los datos principales de estas pautas publicitarias como el código de identificación de la pauta publicitaria,

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

su nombre, la campaña a la cual perteneció, el medio de difusión, las fechas y cantidad de emisiones, se señalaron las fechas de emisión de las pautas publicitarias objeto del reproche, cuyos datos se extraen a continuación para mayor ilustración:

Resumen emisión de publicidad (elaboración propia)

PAUTA	NOMBRE	CAMPAÑA	MEDIO	FECHAS
1789155	Lonchera	Hit Emocional	TV Nacional	Del 9 de septiembre de 2015 al 31 de mayo de 2017
1882684	Comercial Temático Hit N	Hit Temática	TV Nacional y TV Suscripción	Del 19 de julio de 2016 al 22 de mayo de 2017

Asimismo, esta Dirección reitera lo manifestado en la resolución que hoy se recurre, en el sentido de señalar que para entender la magnitud de la amplia difusión de la publicidad engañosa anunciada por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, se debe de poner de presente que, las piezas publicitarias objeto del reproche no fueron independientes, sino que hicieron parte de robustas campañas publicitarias, por lo que a pesar de haber sido pautadas dentro de un lapso determinado, existieron otros comerciales que le dieron continuidad a los mensajes principales que se emitieron a los consumidores, tal como lo soporta en lo argumentado por el defensor de la sancionada, tanto en sus descargos como alegatos de conclusión, y como se evidencia de los cuadros de los años 2017 y 2018 del archivo denominado “*resumen inversión hit*” que hace parte de la carpeta “*Relación de Pautas*”, contenida en el CD aportado por la sancionada con el radicado con número 17-424418-17, en el que se informa sobre la reproducción parcial de pautas comerciales emitidas por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, en las que se evidencian las piezas publicitarias cuestionadas, esto es, la “**1882684-TEMATICO HIT N**” y la “**1789155 LONCHERA**”:

“Imagen 98 Extracto “resumen inversión hit” (CD FI 99)”

SEGMENTO	NOMBRE DE LA CAMPAÑA	DESCRIPCIÓN	REFERENCIA IBOPE	MEDIO	FORMATO	DURACIÓN	FECHA DE PAUTA	REFERENCIA IBOPE	CODIGO IBOPE
REFresco	HIT + HAMBURGUESAS EL CORRAL	Campaña en radio, en la cual Hit y Hamburguesas El Corral invitaban a los consumidores a disfrutar de la película Power Rangers	CLIENTES ESPECIALES	RADIO	CUÑA	15	Marzo 2017	INVITAN DISFRUTAR CULTURA	599865
	HIT LITRO RETORNABLE	Cuña para apoyar el lanzamiento de Hit 1 litro retornable en Cucuta	LITRO TETRA HIT	RADIO	CUÑA	20	Febrero 2017 a Junio 2017	PRUEBA RETORNABLE FAMILIA	595674
	HIT EMOCIONAL	Campaña temática de HIT para el año 2017, compuesta por 4 referencias: - Comercial de 40": Historia de una familia y su mascota, donde se muestra como Hit tiene diferentes presentaciones y sabores para diferentes consumidores - Comercial de 20" referencia 1: Narra la historia de un niño y su mamá en una tienda de barrio, donde disfrutan de Hit y un producto de panadería - Comercial de 20" referencia 2: Narra la historia de una mamá que lleva a su hija al colegio, y la recuerda una vez llega a su trabajo - Comercial de 20": Comunica el tamaño 1 litro retornable e invita a acompañar el almuerzo con Hit	HIT EMOCIONAL	RADIO	CUÑA	30	Junio 2017 a Noviembre 2017	ENTREVISTA ESCUCH JUANITA	608587
				TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	20	Mayo 2017	CAFETERIA	1947568
					COMERCIAL	10	Junio 2017	CAFETERIA 10	1956257
					COMERCIAL	10	Julio 2017	HIT CAFETERA 10	1959358
					COMERCIAL	5	Julio 2017	HIT CAFETERIA 5	1959362
					COMERCIAL	5	Julio 2017	HIT LONCHERA 5	1959363
					COMERCIAL	5	Julio 2017	HIT SERVIDA 5	1960039
					COMERCIAL	20	Mayo 2017	LONCHERA	1789155
					COMERCIAL	10	Junio 2017 a Julio 2017	LONCHERA 10	1952801
					COMERCIAL	25	Junio 2017	PERRO 25	1952990
					COMERCIAL	20	Junio 2017	SERVIDA	1953099
					COMERCIAL	10	Julio 2017	SERVIDA 10	1956259
					COMERCIAL	40	Mayo 2017	TEMATICA PERRO	1947551
				TV SUSCRIPCION	COMERCIAL	10	Junio 2017	CAFETERIA 10	1956257
					COMERCIAL	10	Junio 2017	LONCHERA 10	1952801
					COMERCIAL	10	Junio 2017	SERVIDA 10	1956259
	LANZAMIENTO DE HIT GUANABANA	Cuña de 20" en la cual se comunicaba el nuevo sabor a guanábana en la botella retornable 350 ml	HIT GUANABANA	RADIO	CUÑA	20	Noviembre 2017 a diciembre 2017	NVO SABOR GUANABANA	624321
	LANZAMIENTO DE HIT MANDARINA	Campaña compuesta por un comercial de 20" y una cuña de 25", para lanzar el nuevo sabor a mandarina de Hit	HIT MANDARINA	RADIO	CUÑA	25	Septiembre 2017 a Noviembre 2017	NVO SABOR MANDARINA AHORA	618208
				TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	20	Agosto 2017 a Octubre 2017	MANDARINA	1970750
	LITRO TETRA HIT	Campaña compuesta por un comercial de 20", cuña de 25" y menciones en radio, en la cual se comunicaba el nuevo precio de Hit Tetra 1 litro, y los sabores en los cuales estaba	LITRO TETRA HIT	RADIO	MENCIÓN	10	Diciembre 2017	ACOMPANAR ALMUERZOS COMP	629669
					MENCIÓN	15	Diciembre 2017	NUEVO ACOMPANAR ALMUERZO	630278
					CUÑA	25	Diciembre 2017	NUEVO ACOMPANAR ALMUERZOS	628738
				TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	20	Diciembre 2017	LANZAMIENTO2017	1995147

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

“Imagen 99 Extracto “resumen inversión hit” (CD fl. 99)”.

SEGMENTO	NOMBRE DE LA CAMPAÑA	DESCRIPCIÓN	REFERENCIA IBOPE	MEDIO	FORMATO	DURACIÓN	FECHA DE PAUTA	REFERENCIA IBOPE	CODIGO IBOPE
REFRESCOS	CAMPANA TEMATICA DE HIT 2017	Campaña temática de HIT para el año 2017. Durante el 2018 se pautaron tres referencias: o Hit cafetería 20" y 5": Narra la historia de un niño y su mamá en una tienda de barrio, donde disfrutan de Hit y un producto de panadería o Hit lonchera 5" referencia 2: Narra la historia de mamá que lleva a su hija al colegio, y la recuerda una vez llega a su trabajo o Hit servida 5": Comunica el tamaño 1 litro retornable e invita a acompañar el almuerzo con Hit	HIT EMOCIONAL	TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	5"	Marzo 2018	HIT CAFETERIA 5	1959362
				TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	5"	Marzo 2018	HIT LONCHERA 5	1959363
			LITRO TETRA HIT	TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	5"	Marzo 2018	HIT SERVIDA 5	1960039
				TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	20"	Marzo 2018	MEJOR SABOR A FRUTA (CAFETERIA)	2011348
	LANZAMIENTO DE HIT GUANABANA	Cuña de 20" en la cual se comunicaba el nuevo sabor a guanábana en la botella retornable 350 ml	HIT GUANABANA	RADIO	CUÑA	20"	Enero 2018	NVO SABOR GUANABANA	70200134
	LANZAMIENTO DE HIT MARACUYA	Cuña de 20" en la cual se comunicaba el nuevo sabor a maracuyá de Hit	HIT MARACUYA	RADIO	CUÑA	20"	Abril 2018 a Mayo 2018 Agosto a Septiembre 2018	LLEGO NVO MARACUYA MUCHA	642610
	CAMPANA TEMATICA DE HIT 2018	Campaña compuesta por dos referencias para TV de 30" y 20", dos cuñas de 30" y 20", y publicaciones en redes sociales y medios digitales	HIT NATURALIDAD	RADIO	CUÑA	30"	Septiembre 2018	SABES NATURAL GUSTA FRUTA	658937
					CUÑA	25"	Septiembre 2018	SABES NATURAL GUSTE FRUTA	656549
					CUÑA	20"	Septiembre 2018	SABES NATURAL GUSTE LONCH	656602
			TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	20"	Septiembre 2018	20SEGV1	2058004	
					20"	Agosto 2018	REF 20	2054354	
					30"	Agosto 2018	REF 30	2054355	
			TV SUSCRIPCION	COMERCIAL	20"	Septiembre 2018	REF 20	2054354	
					30"	Agosto 2018	REF 30	2054355	
	LITRO TETRA HIT	Reducciones de 10 y 5 segundos del comercial de lanzamiento de Hit Tetra 1 litro pautados en 2017. En radio también se activo la cuña de 25 y una mención de 10 segundos	LITRO TETRA HIT	RADIO	CUÑA	25"	Febrero 2018 a Marzo 2018	LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO	633662
					MENTION	10"	Enero 2018	NUEVO ACOMPAÑAR ALMUERZO	630278
					CUÑA	25"	Enero 2018 a Marzo 2018	NUEVO ACOMPAÑAR ALMUERZOS	628738
			TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	10"	Abril 2018 a mayo 2018	FALLA FAMILIA 10	2019837	
					10"	Abril 2018 a mayo 2018	FAMILIA 10	2017252	
					5"	Marzo 2018 a mayo 2018	FAMILIA 5	2011341	
					20"	Marzo 2018	LANZAMIENTO2017	1995147	
CITRUS	HIT BEBIDA CON JUGO PET 1.5 LITROS	Cuña de lanzamiento de la nueva presentación Pet 1,5 litros de Hit Bebida con Jugo, cuyo	HIT TEMATICA	RADIO	CUÑA	25"	Enero 2018	PAGAR MENOS MEJOR DELIC	619811
					CUÑA	25"	Enero 2018	PAGAR MENOS MEJOR SABOR	619810

Aunado a lo anterior, resulta importante indicarle a la recurrente que el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución N° 385 de 2020 declaró la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y adoptó medidas para hacer frente al virus, dicha emergencia fue prorrogada mediante la Resolución N° 844 de 26 de mayo de 2020 hasta el 31 de agosto de 2020. A su vez, mediante la Resolución N° 1462 de 25 de agosto de 2020, se prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 30 de noviembre de 2020. Posteriormente, a través de la Resolución N° 2230 de 27 de noviembre de 2020 se prorrogó hasta el 28 de febrero de 2021. Luego, según lo señalado en la Resolución No. 222 del 25 de febrero de 2021, se prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 31 de mayo de 2021 y, actualmente se encuentra declarada hasta el 31 de agosto de 2021, conforme a lo señalado en la Resolución No. 738 del 26 de mayo de 2021.

, y actualmente se encuentra declarada hasta el 31 de mayo de 2021, conforme a lo señalado en la Resolución No. 222 del 25 de febrero de 2021.

En el marco de la emergencia sanitaria, esta Superintendencia mediante la Resolución N° 11927 de 16 de marzo de 2020 “por la cual se modifica la Resolución N° 11792 de 16 de marzo de 2020”, resolvió, entre otras cosas, modificar el artículo primero de la Resolución N° 11792 de 2020 y en consecuencia determinó lo siguiente:

“(…) **ARTÍCULO 1. SUSPENDER** los términos procesales de las actuaciones administrativas que se surten ante las dependencias de esta Superintendencia, **desde el 17 al 31 de marzo de 2020 (inclusive)**, fechas en que no correrán los términos para todos los efectos de ley, ni los servicios de la plataforma tecnológica en relación con dichos trámites.

Parágrafo. Se exceptúan del presente artículo aquellas actuaciones administrativas que deban adelantar de manera extraordinaria en cumplimiento de la Ley 1480 de 2011, las

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

Delegaturas de Protección al Consumidor y de Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, relacionadas con la defensa del consumidor, inclusive en situaciones de emergencia, calamidad, infortunio o peligro común (...). (Destacado fuera del texto original).

Posteriormente, esta Entidad expidió la Resolución N° 12169 de 31 de marzo de 2020 *“Por la cual se dictan medidas para garantizar el debido proceso administrativo y la efectiva prestación del servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional”*, mediante la cual se determinó, entre otras, lo siguiente:

*“(...) **ARTÍCULO 1o. SUSPENDER** los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias en curso, que se surten ante las dependencias de esta Superintendencia, desde el 1° de abril del 2020 y hasta la vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada por el Presidente de la República, fechas en que no correrán los términos legales, incluidos los de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración prevista de manera general en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en las normas especiales aplicables a las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (...).”*

Luego, esta Entidad expidió la Resolución N° 16978 de 15 de abril de 2020 *“Por la cual se modifica la Resolución 12169 del 31 de marzo de 2020”*, mediante la cual, modificó el artículo primero de la Resolución N° 12169 de 31 de marzo de 2020 e indicó que el mismo quedaría así:

*“(...) **ARTÍCULO 1o. SUSPENDER** los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias en curso, que se surten ante las dependencias de esta Superintendencia, desde el 17 de abril del 2020 y hasta la vigencia del aislamiento preventivo obligatorio decretado por el Presidente de la República a través del Decreto 531 de 2020 o norma que lo modifique o adicione, fechas en que no correrán los términos legales, incluidos los de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración prevista de manera general en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en las normas especiales aplicables a las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (...).*

Así las cosas y posterior a la expedición de los actos administrativos en mención, esta Superintendencia profirió la Resolución N° 28182 de 12 de junio de 2020 *“por medio de la cual se reanudan los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias y se dictan otras disposiciones”*, a través de la cual resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

*“(...) **ARTÍCULO 1º. REANUDAR** a partir del 16 de junio de 2020, los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias que se surten ante las dependencias de esta Superintendencia, así como los trámites de solicitud de renovación de signos distintivos y pago de las tasas de mantenimiento de Nuevas Creaciones (...).”*

En ese sentido y una vez se reanudaron los términos de las actuaciones administrativas, esta Dirección dio continuidad a la presente actuación administrativa y por ello, expidió la Resolución N° 37544 del 10 de julio de 2020, mediante la cual decidió la presente actuación administrativa, por lo que, para efectos de contabilizar los términos de la caducidad en el *sub examine*, es menester, tener presente las anteriores disposiciones que decretaron la suspensión de términos de las actuaciones administrativas sancionatorias.

Así las cosas, para el momento en que inició la suspensión de términos decretada mediante la Resolución N° 11927 de 16 de marzo de 2020, respecto del comercial “1882684”, el cual fue transmitido hasta el **22 de mayo de 2017**, faltaban dos (2) meses y 5 (cinco) días para que la facultad sancionatoria caducara. No obstante, la referida suspensión inició el 17 de marzo de 2020 y se prolongó hasta el 15 de junio del mismo año. Por lo tanto, una vez fueron reanudados los términos, es esto es, a partir del 16 de junio de 2020, la caducidad de la facultad sancionatoria se prolongó hasta el **22 de agosto de 2020**.

Así pues, y teniendo en cuenta que la pauta publicitaria identificada “1882684” por medio de la cual se emitió el mensaje que fue objeto de reproche fue difundida hasta el **22 de mayo de 2017**, y que el acto administrativo por medio del cual se decidió la actuación administrativa, esto es la Resolución No. N° 37544 del 10 de julio de 2020, **fue notificada el 16 de julio de 2020**, conforme lo certificó la Secretaría Ad-Hoc de esta Entidad mediante el radicado 17-424418-96, encuentra esta Dirección que a la fecha de notificación del acto administrativa aún no había caducado la facultad sancionatoria, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 y en atención a la suspensión de términos

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

decretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como consecuencia de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID-19

Por su parte, para el momento en que inició la suspensión de términos decretada mediante la Resolución N° 11927 de 16 de marzo de 2020, respecto del comercial “1789155”, el cual fue transmitido hasta el **31 de mayo de 2017**, faltaban dos (2) meses y 14 (catorce) días para que la facultad sancionatoria caducara. Sin embargo, la suspensión inició el 17 de marzo de 2020 y se extendió hasta el 15 de junio de 2020, por lo tanto, una vez fueron reanudados los términos, es esto es, a partir del 16 de junio de 2020, la caducidad de la facultad sancionatoria se prolongó hasta el **30 de agosto de 2020**.

Por lo tanto, la pauta publicitaria identificada “1789155” por medio de la cual se emitió el mensaje que fue objeto de reproche fue difundida hasta el **31 de mayo de 2017**, y que el acto administrativo por medio del cual se decidió la actuación administrativa, esto es la Resolución No. N° 37544 del 10 de julio de 2020, **fue notificada el 16 de julio de 2020**, conforme lo certificó la Secretaría Ad-Hoc de esta Entidad mediante el radicado 17-424418-96, encuentra esta Dirección que a la fecha de notificación del acto administrativa aún no había caducado la facultad sancionatoria, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 y en atención a la suspensión de términos decretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como consecuencia de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID-19

En consecuencia, no es posible afirmar, como lo pretende la recurrente que el término tres (3) de años de la facultad sancionatoria ya se encontraba caducado al proferir la sanción, por lo que, no operó el fenómeno de la caducidad para investigar las conductas que culminaron con la expedición del acto administrativo que ahora se recurre y por ello, se confirmará la decisión apelada en este sentido.

Finalmente, frente al argumento consistente en que *“la Superintendencia no fundamentó su afirmación de que la pieza publicitaria estuvo publicada en el canal de “You Tube” de Gaseosas Posada Tobón hasta el 8 de septiembre de 2018”*, se debe señalar que esta Entidad en la decisión recurrida al momento de analizar el criterio del daño causado a los consumidores a efectos de dosificar la multa impuesta, determinó entre otras cosas, lo siguiente:

“Aunado a lo antedicho, para entender la magnitud de la amplia difusión de la publicidad engañosa anunciada por GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., también habrá de tenerse en cuenta que las piezas investigadas no fueron independientes, sino que hicieron parte de robustas campañas publicitarias, es decir que, no obstante haber sido pautadas dentro de lapso determinado, existieron otros comerciales que le dieron continuidad a los mensajes principales que se emitieron a los consumidores y que influyeron en sus decisiones de consumo, tal como lo manifestó el defensor de la procesada tanto en sus descargos como alegatos de conclusión, y como se evidencia de los cuadros de los años 2017 y 2018 del archivo denominado “resumen inversión hit” que hace parte de la carpeta “Relación de Pautas”, contenida en el CD aportado por la investigada junto con la respuesta radicada con el número 17-424418-17, de los cuales se extraen los apartes que a continuación se reproducen:

(...)

Las anteriores imágenes (98 y 99) corresponden a la reproducción parcial de la relación de pautas comerciales emitidas por la investigada, en las que se destacan las piezas publicitarias investigadas y las campañas a las que pertenecieron; en tal sentido, la difusión de varios anuncios del mismo producto o promoción, en un espacio geográfico y temporal determinado de manera reiterada, además de ser una gran campaña publicitaria, tuvieron la capacidad de persuadir a los consumidores a la adquisición directa o indirecta del producto, pues es claro que la investigada decidió modular sus estrategias de mercado para darlos a conocer a los consumidores al recurrir a diversos medios de comunicación, inclusive la red social “You Tube” donde, según la tercera interesada –CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPAZ-, hasta el 8 de septiembre de 2018 estuvieron publicadas, en el canal perteneciente a la investigada, las piezas publicitarias objeto de su denuncia, vale decir, “1882684-TEMATICO HIT N” y “1789155 LONCHERA.

(...)

Respecto a “La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes” este Despacho también refuta lo dicho por el apoderado de la investigada, en tanto que esa “absoluta disposición” que dice haber tenido su representada durante el presente procedimiento administrativo se ve empañada con algunas contradicciones que denotan una

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

aparente intención de inducir en error a esta autoridad, toda vez que la información suministrada durante la etapa preliminar, respecto a las difusión de dos de las piezas publicitarias objeto de investigación, fue cambiada en el transcurso de la etapa investigativa, así:

Según la base de datos aportada por la investigada con el radicado 17-424418-24, el comercial distinguido con el código “IBOPE 1789155” fue transmitido por la televisión nacional hasta el 31 de mayo de 2017 (Véase cuadro 4 e imagen 98), lo cual fue respaldado con la certificación, contenida en el mismo CD allegado junto con el citado radicado, expedida por Caracol Televisión S.A., quien adjuntó el plano de pauta emitida en su programación, y según lo manifestado por la tercera investigada dicha pieza publicitaria estuvo publicada en el canal de “You Tube” de Gaseosa Posada Tobón S.A. hasta el 8 de septiembre de 2018; sin embargo, dentro de los anexos allegados con los descargos, así como con documentos contenidos en el CD aportado en la etapa probatoria, el apoderado incluyó certificaciones expedidas por “OMD COLOMBIA S.A.S.”, en su calidad de “agente de medios” de la investigada, en las que se indica que el mismo comercial tuvo como fecha de finalización el 13 de octubre de 2015, fecha esta que fue tenida en cuenta por la investigada en su defensa, quien a través de su apoderado, en reiteradas oportunidades dentro de sus descargos y alegatos de conclusión argumentó que el comercial denominado “lonchera” estuvo al aire únicamente durante el año 2015; empero según lo afirmado esta publicidad estuvo a disposición de los consumidores hasta el 8 de septiembre de 2018.

Igualmente, conforme a la misma base de datos aportada por la investigada con el radicado N° 17-424418-24, el comercial distinguido con el código “IBOPE 1882684” fue transmitido por la televisión nacional hasta el 22 de marzo de 2017 (Véase cuadro 4) lo cual fue respaldado con la certificación expedida por Caracol Televisión S.A. que obra en el mismo CD allegado junto con el citado radicado y quien adjuntó el plano de pauta emitida en su programación, y según lo manifestado por la tercera investigada dicha pieza publicitaria estuvo publicada en el canal de “You Tube” de GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. hasta el 8 de septiembre de 2018; aun cuando, dentro de los anexos allegados con los descargos, así como con documentos contenidos en el CD aportado en la etapa probatoria, el apoderado incluyó certificaciones expedidas por “OMD COLOMBIA S.A.S.”, en su calidad de “agente de medios” de la investigada, en las que se indicó que el mismo comercial (Temático Hit N) tuvo como fecha de finalización el 27 de octubre de 2016; cuando se afirma que esta estuvo a disposición de los consumidores hasta el 8 de septiembre de 2018”.

Por lo tanto, es claro que las consideraciones de esta Dirección respecto a que las piezas publicitarias objeto de reproche estuvieron publicadas en el Canal de YouTube hasta el 8 de septiembre de 2018, se realizaron al momento de analizar los criterios del daño causado a los consumidores y de la disposición o no de colaborar con las autoridades competentes, con ocasión a la prueba remitida por la tercera interesada mediante el escrito radicado bajo el No. 17-424418-28.

En esa medida, los argumentos de la sancionada no son procedentes.

7.4.2. Consideraciones frente a los argumentos esgrimidos por la sancionada, relacionados con la violación al debido proceso y la falta de pruebas para soportar cada una de las imputaciones.

7.4.2.1. Sobre la violación al debido proceso por ausencia de formulación de cargos de manera clara, precisa y concreta.

La recurrente manifiesta que existe una vulneración al debido proceso por ausencia de formulación de cargos de manera clara, precisa y concreta, pues a su juicio, en la imputación fáctica No. 2, la Superintendencia de Industria y Comercio, no indicó de manera precisa y concreta las razones por las cuales la publicidad cuestionada es violatoria de lo dispuesto en el artículo 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015, lo que implica una violación del debido proceso.

Sostuvo la sociedad recurrente que existe una violación al debido proceso por la ausencia de pruebas en la adopción de la decisión, debido a que en virtud del principio de la presunción de inocencia, la administración tiene la obligación de motivar en debida forma su decisión, lo cual se produce a través de las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad, principio que fue vulnerado por esta Superintendencia, pues la decisión, en varios aspectos, no se basó en pruebas suficientes para arribar a la conclusión que dio lugar a la sanción.

A su vez, la tercera interesada **-CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPAZ-** sostuvo en términos generales que *“En lo que respecta a la formulación de los cargos efectuada mediante la Resolución 19022 de 31 de mayo de 2019, POSTOBÓN sostiene que la SIC no*

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

determinó con precisión las razones para formular la Imputación Fáctica No. 2, que corresponde a la violación de los derechos de NNA en su calidad de consumidores. No obstante, esto no es cierto”.

Señaló que si se revisa el acto administrativo de formulación de cargos, se pueden verificar cada uno de los elementos establecidos en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011. Indicó que *“En primer término resulta claro que los hechos que originan la actuación administrativa, consisten específicamente en la difusión de las piezas comunicativas identificadas como: (i) «1789155-HIT-LONCHERA», (ii) «1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT N», (iii) «1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017», y (iv) «HIT JUGOS-REF-30-30». En segundo lugar hay absoluta claridad que la actuación administrativa se dirige contra POSTOBÓN como titular de la marca Hit y responsable de la difusión de las piezas anteriormente referidas. En lo que respecta a las normas presuntamente vulneradas, la Resolución 19022 de 31 de mayo de 2019, cita específicamente los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015 (Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo). Además marca en negrilla y subraya las disposiciones específicas de estos artículos que se han vulnerado como consecuencia de la conducta de POSTOBÓN. Específicamente, se concreta la vulneración de los derechos de NNA en la difusión de: (i) toda forma y contenido de comunicación que tenga por finalidad influir en las decisiones de consumo de los niños, niñas y adolescentes no podrá inducir a error, engaño o confusión, (ii) imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con su funcionamiento o características, y (iii) exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad y usos del producto. Finalmente, en el considerando trigésimo primero de la citada resolución se encuentran consignadas las sanciones, o medidas procedentes en caso de resultar probadas las imputaciones”.* Adujo que fue tan clara la formulación hecha que la propia sancionada en sus alegatos de conclusión presentó una tabla en la que adujo las razones por las que supuestamente no se violaban las disposiciones endilgadas, por lo que a su juicio, tuvo claridad sobre los cargos formulados y por ello, la sancionada pudo pronunciarse de manera específica sobre los mismos. De ahí que no se le afectó de ninguna manera el debido proceso, y específicamente su derecho de defensa.

Asimismo, la tercera interviniente presentó argumentos tendientes a señalar la ausencia de cosa juzgada en el presente caso, así como la afectación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por parte de la sancionada con la conducta reprochada en la imputación No. 2.

De cara a las anteriores consideraciones, este Despacho considera importante señalar, que la *“presunción de inocencia”* está consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y es contentiva del derecho al debido proceso que debe regir para todos los trámites, tanto judiciales como administrativos, éste último bajo el cual se desarrolla la presente investigación.

“ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

(...)

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (...)

Máxima de derecho que, ha sido objeto de jurisprudencia por la Corte Constitucional, al igual que por el Consejo de Estado. Ahora, en lo que tiene que ver con la potestad administrativa sancionatoria el Consejo de Estado²⁰, ha señalado:

“En virtud del inciso primero del artículo 29 de la CP, el derecho al debido proceso ‘se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas’. Así pues, la jurisprudencia constitucional ha considerado que este derecho consiste en términos generales en:

‘(...) el conjunto de garantías que buscan la protección del individuo que se encuentre incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante el trámite procesal se respeten las formalidades propias de cada juicio y se logre la aplicación correcta de la justicia.’

De esta forma, el derecho al debido proceso se erige como una garantía a todas las personas según la cual su intervención en una actuación administrativa o judicial está regida por reglas previamente establecidas por el legislador, que a su vez le permiten defenderse y solicitar las pruebas tendientes a demostrar lo que afirma, sin que la voluntad del funcionario público pueda tener alguna injerencia en

²⁰ En sentencia del veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014), con radicado número: 68001-23-33-000-2014-00413-01(AC), proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

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

las distintas etapas del proceso.

La Corte Constitucional ha enlistado los elementos particulares que integran este derecho en sede administrativa así:

‘(...) hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.” (Subraya fuera de texto).

A su vez, la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- preceptuó en su artículo tercero:

“ARTÍCULO 3. PRINCIPIOS. *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem. (...)” (Subraya fuera de texto).

Así las cosas, el derecho al debido proceso y el principio de presunción de inocencia, se encuentran estrechamente ligados y éste último se erige como uno de los principios fundamentales del derecho administrativo sancionatorio, por lo que este Despacho centrará su atención en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, que como se lee de su transcripción, el mismo fija expresamente los principios adicionales aplicables en materia administrativa sancionatoria, como lo es el proceso que nos ocupa, por lo que esta Dirección realizará un análisis sobre la **presunción de inocencia** aplicables a esta actuación.

En tal entendido, estima pertinente este Despacho traer de presente lo dicho por la jurisprudencia al respecto, la cual en gran parte fue recogida por la Corte Constitucional en Sentencia C-699 de 2015²¹ en la que, con base en las sentencias C-242 de 2010²², C-343 de 2006²³, C-1011 de 2008²⁴, entre otras, se determinaron “*elementos estructurales de los tipos sancionatorios en materia administrativa*”, así:

“El derecho administrativo sancionatorio es una regulación específica concerniente a un género más amplio que abarca una multiplicidad de disciplinas jurídicas -el derecho sancionatorio-. Esta rama especializada del derecho público, debido a su genética normativa dual: punitiva y, a la vez, administrativa, ha desarrollado su propia dogmática a través de la construcción de fundamentos, categorías y concepciones propias de esa especial técnica de juzgamiento, encargada de determinar el régimen de responsabilidad ante la comisión de conductas antijurídicas en diversas actividades públicas y privadas.

Al igual que las normas en materia penal, las disposiciones administrativas que establecen conductas sancionables, deben satisfacer el principio de legalidad y, en consecuencia, el principio de tipicidad que le es inmanente. Esto es, que la norma administrativa sancionatoria debe prescribir la conducta objeto de sanción con la previsión de todos sus elementos estructurales.

El principio de legalidad alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-699 del 18 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente Dr. ALBERTO ROJAS RIOS

²² Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2010, Magistrado Ponente Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-343 de 2006, Magistrado Ponente Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1011 de 2008, Magistrado Ponente Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

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

ser impuestas. En materia sancionatoria, este principio también se materializa en la tipicidad, pero con una aplicación distinta a la que opera en materia penal, por no versar sobre conductas que impliquen una incursión tan significativa en el núcleo duro de los derechos fundamentales. Es decir, que sus implicaciones más gravosas no se extienden a la restricción de derechos como la libertad. Al respecto, en Sentencia C-242 de 2010, por la cual se declaró exequible el inciso tercero del Artículo 175 de la Ley 734 de 2002, esta Corporación sostuvo:

*‘En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas. Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular. Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, **se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) «los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada»; (ii) «las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta»; (iii) «la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad».***

De allí que en esta disciplina sancionatoria, por razones de especialidad sea posible asignar a los actos administrativos la descripción detallada de las conductas, cuyos elementos estructurales han sido previamente fijados por el legislador, sin que en ningún caso las normas de carácter reglamentario puedan modificar, suprimir o contrariar los postulados legales y, menos aún, desconocer las garantías constitucionales de legalidad y debido proceso.

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación -lex previa-. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del Artículo 29 de la Constitución Política que consagra el principio de legalidad, al disponer que ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)’, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación.

Por su parte, el principio de tipicidad implícito en el de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión. Sobre el alcance de este principio, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-343 de 2006, se pronunció en los siguientes términos:

‘Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la «exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras».

De esta manera para satisfacer el principio de tipicidad, deben concurrir los siguientes elementos: (i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley; (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción. (Subrayas propias)

En este orden de consideraciones, son elementos esenciales del tipo sancionatorio administrativo: (i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la sanción, incluyendo el término o la cuantía de la misma, (iii) la autoridad competente para aplicarla y (iv) el procedimiento que debe seguirse para su imposición.

Todo lo cual, apunta a la garantía de que es la ley, y no el operador jurídico, quien determina cuáles conductas son sancionables y, para lo cual, los tipos sancionatorios deben ser redactados con la mayor claridad posible, de tal manera, que tanto su contenido como sus límites se deduzcan del tenor de sus prescripciones. Sobre este tópico en Sentencia C-1011 de 2008 la Corte Sostuvo lo siguiente:

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

‘El régimen sancionatorio previsto en la Ley de hábeas data respeta los principios de reserva legal, legalidad y tipicidad, en el grado de rigurosidad exigible en el derecho administrativo sancionador. Los preceptos examinados, con las remisiones y concordancias señaladas, (i) definen los elementos básicos de las infracciones que generan sanción y los criterios para su determinación; (ii) establecen el contenido material de la sanción; (iii) permiten establecer una correlación entre el contenido de la norma de conducta y la norma de sanción; (iv) establecen – vía remisión – un procedimiento establecido en normas con fuerza material de ley; y (v) determina los órganos encargados del ejercicio de la potestad sancionatoria.’ (...)” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

De la lectura de los anteriores elementos y de una interpretación integral de los mismos frente al caso *sub-examen*, este Despacho debe señalar que los actos administrativos por medio de los cuales se inició la investigación administrativa mediante la formulación de cargos y mediante el cual se decidió la presente actuación, así como durante todo el curso de la presente investigación administrativa, se ha respetado de manera íntegra el principio de presunción de inocencia y por ende, el derecho al debido proceso, ya que dichos actos administrativos cumplen con los requisitos exigidos para ese tipo de actuaciones, toda vez que desde el inicio de la presente investigación se informó las conductas que daban lugar a la formulación de cargos, la sanción a imponer y la relación existente entre estas, por lo que están acordes con los principios del derecho administrativo sancionatorio, tanto así que la sancionada en sus escritos de defensa, realizó pronunciamientos explícitos frente a cada una de las imputaciones fácticas endilgadas, los cuales fueron controvertidos en el acto sancionatorio y conforme al análisis del acervo probatorio obrante en la presente investigación se determinó que la sancionada incumplió con las normas endilgadas, como se verá más adelante.

Así las cosas, se tiene que en la Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019 se formularon unos cargos con el fin de determinar en el transcurso del procedimiento administrativo sancionatorio si **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, cumplió o no las normas infringidas²⁵, por eso en esta etapa, se habló de normas presuntamente vulneradas y todas las conclusiones preliminares fueron señaladas como posibles, presuntas y/o aparentes. De manera tal, que siempre se ha garantizado durante el curso del proceso la presunción de inocencia a la citada sociedad y el ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción.

En concreto y de cara a las alegaciones de la sancionada relacionadas con la indebida formulación del cargo No. 2, vale la pena traer a colación lo señalado en Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019, respecto a la citada imputación fáctica, 2, así:

“27.2. Imputación fáctica N° 2: Posible violación a los artículos 2.2.2.33.3. y 2.2.2.33.4. numerales 1 y 2.2. del Decreto 1074 de 2015:

27.2.1. Antes de entrar a desarrollar el sustento fáctico del presente car, a continuación, se reproducen los artículos presuntamente infringidos.

(...).

27.2.2. Que partiendo del hecho que en la publicidad anunciada por GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., aportada tanto por la tercera interesada (fls. 42 y 116) como por la investigada (fl. 99), esta Dirección encontró en las piezas publicitarias que más abajo se relacionan, que las mismas son protagonizadas por niños, niñas y/o adolescentes, buscando influir en sus decisiones de consumo respecto de una bebida refrescante en los diversos escenarios donde ellos se mueven, resultando necesario para este Despacho realizar un análisis de las mismas a efecto de verificar el cumplimiento de las normas específicas de protección a dichos sujetos.

1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s

1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s

HIT JUGOS-REF 30-30

608587-HIT ENTREVISTA ESCUCH JUANITA

1789155-HIT LONCHERA

1856472-HIT TIENDA RETORNABLE V2

1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N

1909824-HIT LONCHERA V2

1947551-HIT TEMATICA PERRO

1947568-HIT CAFETERIA

²⁵ “Ha de indicarse que el Auto de Pliego de Cargos es, por un lado, aquella relación de faltas o infracciones que concretan la imputación jurídico fáctica reprochada al funcionario público o particular que cumple funciones públicas sometido a investigación, y de otro, la pieza que delimita el debate probatorio y plantea el marco de imputación para su defensa y al investigador para proferir congruentemente y conforme al debido proceso el fallo correspondiente. (Sentencia 2012-00067/0285-12 de febrero 19 de 2018 - CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B - Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés)

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

1952801-HIT LONCHERA 10
1952990-HIT PERRO 25
1953099-HIT 1 LITRO-SERVIDA
1956257-HIT JUGOS-CAFETERIA 10
1956259-HIT 1 LITRO-SERVIDA 10
1959358-HIT HIT CAFETERA 10
1959362-HIT HIT CAFETERIA 5
1960039-HIT 1 LITRO-HIT SERVIDA 5
1959363-HIT JUGOS-HIT LONCHERA 5
1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017
Acompaña las loncheras de tus hijos con Hit
HIT 1 LITRO-FALLA FAMILIA 10-10
HIT 1 LITRO-FAMILIA 5-5
HIT 1 LITRO-FAMILIA 10-10
HIT 1 LITRO-HIT SERVIDA 5-5
HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20
HIT CAFETERIA 5-5
HIT LONCHERA 5-5
HIT MEJOR SABOR A FRUTA-20

Así las cosas, del estudio de las anteriores piezas publicitarias, este Despachó evidenció que en los comerciales titulados ‘1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’, ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’, ‘1789155-HIT LONCHERA’, ‘1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N’, ‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’, ‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’ y ‘HIT JUGOS-REF 30-30’, se declaran características y/o condiciones objetivas de los productos ‘HIT’ que pueden ser engañosas o confusas y/o que pueden inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que pueden carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad tal como quedó ampliamente expuesto en el desarrollo de la imputación anterior, cuyos argumentos se tienen por reproducidos en este cargo, configurándose con ello una aparente vulneración al derecho de los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de recibir una información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos ofrecidos (artículo 2.2.2.2.33.3. del Decreto 1074 de 2015); así como un consecuente incumplimiento por parte [de] GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. a las obligaciones de evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con sus características y de no exagerar su naturaleza (artículo 2.2.2.33.4. numerales 1 y 2.2. ídem).

(...)

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que de encontrarse probada la vulneración de las normas de protección al consumidor, por parte de GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A y de no estar en curso de una causal de exoneración de responsabilidad, se le impondrán por cada una de las imputaciones que resulten demostradas en el desarrollo de la presente investigación las sanciones previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 (...). (Destacado fuera del texto original).

De lo anterior, es claro que en el acto de formulación de cargos se imputó una presunta responsabilidad a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** por considerar que en los comerciales titulados ‘1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’, ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’, ‘1789155-HIT LONCHERA’, ‘1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N’, ‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’, ‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’ y ‘HIT JUGOS-REF 30-30’ protagonizados por niños, niñas y adolescentes, que buscaban influir en su decisión de consumo y en los que se promocionó el “refresco de frutas HIT”, declaran características y/o condiciones objetivas de los productos ‘HIT’ que pueden ser engañosas o confusas y/o que pueden inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que pueden carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad tal como quedó ampliamente expuesto en el desarrollo de la imputación fáctica No. 1, cuyos argumentos se tienen por reproducidos en este cargo, por lo que aparentemente se i) vulneró el derecho de los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de recibir una información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos ofrecidos según lo dispuesto en el artículo 2.2.2.2.33.3. del Decreto 1074 de 2015 e, ii) incumplió las obligaciones de evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondían a la realidad del producto en lo relacionado con sus características y de no exagerar su naturaleza (artículo 2.2.2.33.4. numerales 1 y 2.2. ídem).

En los términos planteados, es evidente que en el pliego de cargos frente a la imputación fáctica No. 2, sí se estableció con precisión y claridad los supuestos fácticos objeto de reproche, las normas

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

infringidas y la sanción a imponer, lo cual fue corroborado en el acto sancionatorio, por lo que en ningún momento se vulneró el derecho al debido proceso de la sancionada.

En esa medida, mal puede pretender alegar la recurrente que no se indicó de manera precisa y concreta las razones por las cuales la publicidad cuestionada es violatoria de lo dispuesto en el artículo 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015, por cuanto se reitera, en la citada imputación fáctica se señaló de manera clara que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** posiblemente incumplió las obligaciones de evitar el uso de imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con sus características y la prohibición de exagerar la verdadera naturaleza del mismo, conforme a los comerciales titulados ‘1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’, ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’, ‘1789155-HIT LONCHERA’, ‘1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N’, ‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’, ‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’ y ‘HIT JUGOS-REF 30-30’ protagonizados por niños, niñas y adolescentes, que buscaban influir en su decisión de consumo y en los que se promocionó el “refresco de frutas HIT”, por cuanto los citados comerciales declaran características y/o condiciones objetivas de los productos ‘HIT’ que pueden ser engañosas o confusas y/o que pueden inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que pueden carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad tal como quedó ampliamente expuesto en el desarrollo de la imputación fáctica No. 1, cuyos argumentos se tienen por reproducidos en este cargo.

Ahora bien, con el fin de abordar los argumentos tendientes a señalar que existe una vulneración al debido proceso por la ausencia de pruebas en la adopción de la decisión, esta Dirección considera pertinente también traer a colación el pronunciamiento de la jurisprudencia respecto al debido proceso dentro de las actuaciones administrativas, que en sentencia T-1731448, de fecha 28 de febrero de 2008, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, la misma H. Corte Constitucional, concluyó:

“3. Debido proceso dentro de las actuaciones administrativas.

La Constitución Política, en el artículo 29, prescribe que ‘el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas’. Como lo ha reconocido esta Corporación, el debido proceso es un derecho fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 85), que en relación con el desarrollo de las actuaciones administrativas, pretende regular el ejercicio de las potestades de la Administración, cuando en virtud del inicio de las mismas puedan llegar a comprometerse los derechos de los administrados²⁶

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación, ha definido el debido proceso administrativo como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley²⁷. Al respecto, la Corte ha determinado que:

‘El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación.

El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia ‘de la plenitud de las formas propias de cada juicio’, lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso²⁸

De acuerdo a lo expuesto, se ha entendido que el debido proceso administrativo consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, se convierte en una

²⁶ De conformidad con el artículo 4° del Código Contencioso Administrativo, las actuaciones administrativas se inician: (i) Por virtud del ejercicio del derecho de petición; (ii) de oficio por las autoridades competentes; (iii) o por la necesidad de cumplir un deber legal.

²⁷ Véase, entre otras, las sentencias T-467 de 1995, T-238 de 1996 y T-982 de 2004.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-196 de 2003. MP. Jaime Córdoba Triviño.

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

manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente establecida en la ley, como también las funciones que les corresponden cumplir y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4° y 122). En esta medida, las autoridades administrativas únicamente pueden actuar dentro de los límites señalados por el ordenamiento jurídico.”
(Subrayas fuera de texto).

En consonancia con lo transcrito, este Despacho considera necesario precisar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1480 de 2011²⁹, las actuaciones administrativas sancionatorias llevadas a cabo por este Despacho se tramitan de acuerdo con lo establecido en la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, que en sus artículos 47 y siguientes señalan los lineamientos procedimentales correspondientes, así:

“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes[.] Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

Parágrafo. *Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.*

ARTÍCULO 48. PERÍODO PROBATORIO. *Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días. Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos.*

ARTÍCULO 49. CONTENIDO DE LA DECISIÓN. *El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos.*

El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener:

- 1. La individualización de la persona natural ó jurídica a sancionar.*
- 2. El análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción.*
- 3. Las normas infringidas con los hechos probados.*
- 4. La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación”.*

En virtud de lo anterior, puede puntualizarse entonces que las facultades administrativas de esta Dirección son de carácter sancionatorio y el procedimiento por el cual se llevan las mismas es el denominado “Procedimiento administrativo sancionatorio” dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En otras palabras, esta Dirección con el fin de proteger los derechos de los consumidores se encuentra facultada para sancionar cualquier incumplimiento o vulneración de lo dispuesto en la normatividad de

²⁹ **ARTÍCULO 40. CARÁCTER DE LAS NORMAS.** *Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley.*

(...)

Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor.

*(...) **En materia procesal, en lo no previsto en esta ley para las actuaciones administrativas se le aplicarán las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo** y para las actuaciones jurisdiccionales se le aplicarán las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en particular las del proceso verbal sumario.”* *(Subrayas y negrilla fuera de texto).*

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

protección al consumidor, previo cumplimiento del procedimiento dispuesto en la ley, de tal suerte que dicho proceso tiene por objeto única y exclusivamente la consecución de la verdad respecto de una presunta infracción de alguno de los vigilados de esta Superintendencia de las normas de protección al consumidor, y en tal sentido, se propende por la protección del interés general de los consumidores, no así el reconocimiento de derechos individuales o para dirimir conflictos privados, toda vez que es la conducta del vigilado frente a sus potenciales consumidores la que debe ser verificada, y no los conflictos suscitados en situaciones particulares entre consumidores y vigilados.

En tal sentido, cierto es que esta Dirección no vulneró el principio de presunción de inocencia, el derecho al debido proceso ni obstruyó el derecho de defensa de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, toda vez que en desarrollo de la presente actuación administrativa se ha respetado el procedimiento señalado para adelantarla, y se le han otorgado las oportunidades procesales a la hoy sancionada que por ley le corresponden, dando cumplimiento al principio del Debido Proceso, el cual se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia³⁰, desarrollado en jurisprudencia y doctrina que señalan que toda actuación debe apegarse a las normas que fueron establecidas para guiarla, y que, al incumplirse las normas que rigen cada proceso, bien sea judicial o administrativo, se genera una violación y un desconocimiento al mismo, fundándose entonces dicho derecho en el conjunto de garantías que buscan una decisión estricta y apegada a la ley respecto de sus solicitudes frente a las autoridades.

Es así como esta Dirección valoró los documentos que hacían parte dentro acervo probatorio del expediente, por lo tanto, en la decisión se observa un análisis íntegro del expediente y de los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios de la investigación, por lo que, la Dirección siguió el procedimiento administrativo sancionatorio conforme a sus reglas especiales y generales señaladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, trámite que ha seguido rigurosamente este Despacho, en especial en materia probatoria.

Así las cosas, una vez revisada la resolución recurrida se observa con claridad que la misma se soportó en la totalidad de los documentos que fueron recaudados en el transcurso de la investigación, a saber:

1. Queja presentada por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-**, radicada con el número 17-424418-0, con sus respectivos anexos.
2. Copia del oficio distinguido con el radicado N° 17-424418-1, mediante el cual la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor procedió a remitir copia íntegra de la queja descrita en el considerando anterior al **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA-**.
3. Requerimiento de información dirigido a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, e identificado con el consecutivo 6 del radicado de la referencia.
4. Respuesta de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, al requerimiento efectuado por esta Dirección radicada con el número 17-424418-10 (folios 56 a 77) y con la cual adjuntó los siguientes anexos:
 - Poder otorgado por GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. – POSTOBÓN S.A. al Dr. LUIS JORGE SÁNCHEZ GARCÍA.
 - Certificado de existencia y representación legal de GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. - POSTOBÓN S.A.
 - USB que contiene, en medio magnético, los siguientes documentos:
 - “PIEZAS PUBLICITARIAS”:
 - “595674-HIT 1 LITRO-PRUEBA RETORNABLE FAMILIA
 - 608587-HIT ENTREVISTA ESCUCH JUANITA
 - 618208-HIT NVO SABOR MANDARINA AHORA
 - 622709-HIT 15 LITROS- DÍAS FAMILIA NVO 2000 PES
 - 624321-HIT NVO SABOR GUANÁBANA
 - 1789155- HIT LONCHERA
 - 1856472- HIT TIENDA RETORNABLE V2
 - 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT N
 - 1909824-HIT LONCHERA V2
 - 1947551-HIT TEMÁTICA PERRO

³⁰ **Constitución Política de Colombia – Artículo 29:** “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”.

- 1947568-HIT CAFETERÍA
- 1952801 –HIT LONCHERA 10
- 1952990–HIT PERRO 25
- 1956257–HIT JUGOS-CAFETERÍA 10
- 1956259–HIT 1 LITRO- SERVIDA 10
- 1959358–HIT HIT CAFETERÍA 10
- 1959362–HIT HIT CAFETERÍA 5
- 1959363–HIT JUGOS-HIT LONCHERA
- 51960039–HIT 1 LITRO-HIT SERVIDA 5
- 1970750–HIT MANDARINA
- 1995147–HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017
- Acompaña las loncheras de tus hijos con hit
- El nuevo hit de mandarina llegó para quedarse, con más fruta
- HIT 1 LITRO-FALLE FAMILIA 10-10
- HIT 1 LITRO-FAMILIA 5-5
- HIT 1 LITRO-FAMILIA 10-10
- HIT1 LITRO-HIT SERVIDA 5-5
- HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20
- HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25
- HIT CAFETERÍA 5-5
- HIT LONCHERA 5-5
- HIT MEJOR SABOR A FRUTA”.
- “Relación de Piezas publicitarias”: “Resumen Pautas publicitarias REFresco DE FRUTA HIT”

- “COPIA REGISTRO SANITARIO”: “RSA-002557-2016 RefrescoFrutaPasteurizadoHitAddIntensificadorSabor”.
- “PORCENTAJE DE FRUTA”: “Porcentaje de fruta productos Hit”.
- “PQR”: “PQR PRODUCTOS HIT”.
- “DOCUMENTOS INVESTIGACIÓN ANTERIOR ARCHIVADA 15-271838”:
- “REQUERIMIENTO EFECTUADO POR LA SIC
- OFICIO DE ARCHIVO
- RES No. 12078 RESUELVE REVOCATORIA CONFIRMA ARCHIVO”.

Oficios distinguidos con los consecutivos 13 y 14 del radicado de la referencia, contentivos del reconocimiento como tercero interesado de la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPÁZ-**.

Nuevo requerimiento de información a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, mediante los consecutivos 15 y 16 del radicado número 17-424418.

Respuesta al requerimiento anterior, con sus respectivos anexos, presentada por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, con el radicado 17-424418-17 (fls. 88-99), a través de la cual allegó el CD contentivo de los siguientes documentos:

- CERTIFICACIONES MEDIOS DE COMUNICACIÓN:
- “Cert hit y citrus
- CERTIFICACIÓN CRC RADIO NÉCTAR HIT
- CERTIFICACIÓN CRC TV HIT
- CERTIFICACIÓN CRC TV NÉCTAR HIT
- CERTIFICACIÓN FOX HIT
- CERTIFICACIÓN HIT MEDIWISE – DISCOVERY_
- CERTIFICACIÓN J&M NÉCTAR HIT
- CERTIFICACIÓN OLÍMPICA HIT
- CERTIFICACIÓN OLÍMPICA ST NÉCTAR HIT
- CERTIFICACIÓN OLÍMPICA ST NÉCTAR, HIT, CITRIN
- CERTIFICACIÓN POSTOBÓN – NÉCTAR J&M COMUNICACIONES
- CERTIFICACIÓN POSTOBÓN – NÉCTAR UTPDB
- CERTIFICACIÓN POSTOBÓN – NÉCTAR UTPPC

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

- CERTIFICACIÓN RCN TV HIT
- CERTIFICACIÓN RCN TV NÉCTAR HIT
- CERTIFICACIÓN UTPBD NÉCTAR HIT
- CERTIFICACIÓN UTPPC Néctar HIT
- Certificaciones hit
- CERTIFICACIONES OMD FINAL ”
- “PAUTAS PUBLICITARIAS”: Cuatro (4) carpetas denominadas: Citrus, Digital, Néctar y Refrescos:

CITRUS: “Radio”:

“619810 - CITRUS PET LITRO Y MEDIO

619811 - CITRUS PET LITRO Y MEDIO

622709 - CITRUS PET LITRO Y MEDIO

NO ESTA EN LA RELACION IBOPE - CITRUS PET 2,5 LITROS”

DIGITAL: “Piezas con pauta digital Enero 2017 a Septiembre 2018”

NÉCTAR:

“PUBLICIDAD EXTERIOR”: “70200134 - CARNAVAL DE BARRANQUILLA” (3 Archivos denominados igual)

“RADIO”: “597026 - CARNAVAL DE BARRANQUILLA”

“TV”: “1940713 - NECTAR HIT TETRA 200ML ”

REFRESCOS:

HIT EMOCIONAL:

“RADIO”: “608587 - HIT EMOCIONAL ENTREVISTA”

“TV NACIONAL”:

“1947551 - HIT EMOCIONAL PERRO 40

1947568 - HIT EMOCIONAL CAFETERIA 20

1952801 - HIT EMOCIONAL TETRA 200 ML 10

1952990 - HIT EMOCIONAL PERRO 25

1953099 - HIT EMOCIONAL LITRO RETORNABLE 20

1956257 - HIT EMOCIONAL CAFETERIA 10

1956259 - HIT EMOCIONAL LITRO RETORNABLE 10

1959358 - HIT EMOCIONAL CAFETERIA 10

1959362 - HIT EMOCIONAL CAFETERIA 5

1959363 - HIT EMOCIONAL TETRA 200 ML 5

1960039 - HIT EMOCIONAL LITRO RETORNABLE 5”

“TV SUSCRIPCIÓN”:

“1952801 - HIT EMOCIONAL TETRA 200 ML 10

1956257 - HIT EMOCIONAL CAFETERIA 10

1956259 - HIT EMOCIONAL LITRO RETORNABLE 10”

“HIT LITRO RETORNABLE”:

“RADIO”: “595674 - HIT LITRO RETORNABLE”

“HIT Y HAMBURGUESAS EL CORRAL ”:

“RADIO”: “599865 - HIT Y HAMBURGUESAS EL CORRAL ”

“LANZAMIENTO DE HIT GUANABANA”:

“RADIO”: “624321 - LANZAMIENTO DE HIT GUANABANA”

“LANZAMIENTO DE HIT MANDARINA”:

“RADIO”: “618208 - LANZAMIENTO DE HIT MANDARINA”

“TV NACIONAL”: “1970750 - LANZAMIENTO DE HIT MANDARINA”

“LITRO TETRA HIT”:

“RADIO”:

“628738 - LETRA 1 LITRON

629669 - LITRO TETRA HIT MENCION

630278 - LITRO TETRA HIT MENCION”

“TV NACIONAL”: “1995147 - LITRO TETRA HIT”

29.7.3. “RELACIÓN PAUTAS”: “RESUMEN INVERSION HIT”.

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

8. Requerimiento dirigido a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, a través de los oficios número 17-424418-18 / 19.
9. Escrito radicado con el consecutivo 20 del número de la referencia presentado por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPAZ-** mediante el cual anexó CD con los siguientes archivos:
“HIT JUGOS 500 ML-LLEGO NVO MARACUYA MUCHA-20”
“HIT JUGOS-REF 30-30”
“Invima”
10. Informe de visitas administrativas de inspecciones a sitios web utilizados por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**
11. Respuesta a requerimiento efectuado por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, mediante radicado número 17-424418-22, a través del cual aportó CD contentivo de los archivos que a continuación se relacionan y que hacen parte de la carpeta denominada “**MECÁNICA HOLA HIT**”:
 - “Estrategía talkers HIT 17102018
 - FB SCREENSHOT POST 1
 - FB SCREENSHOT POST 2
 - FB SCREENSHOT POST 3
 - FB SCREENSHOT TALK PROFILE
 - IG SCREENSHOT 3
 - IG SCREENSHOT POST 1
 - IG SCREENSHOT POST 2
 - IG TALK PROFILE
 - INFORMACION PARA VALIDADORES
 - Reporte talkers Hit - Oct 16”
12. Requerimiento a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, a través de los oficios 17-424418-23 y 17-424418-24.
13. Requerimiento identificado con el número 17-424418-25 dirigido a la tercera interesada.
14. Contestación a requerimiento presentado por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPAZ-**, distinguida con el radicado N° 17-424418-28, a través de la cual aportó como la impresión de un correo electrónico emitido desde el e:mail ajdiaz@google.com.
15. Respuesta radicada por la **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, con el número 17-424418-30, mediante la cual anexó CD con el archivo denominado “**RELACIÓN DE PIEZAS EN ALTA 2015 al 2018**”.
16. Certificación de fecha 2 de julio de 2019 expedida por AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA., que contiene los precios de los productos refrescos de fruta comercializados por diferentes empresarios durante el año 2017.
17. Certificación de fecha 28 de junio de 2019, contentiva de la investigación de mercados cualitativa practicada en mayo de 2019, expedida por SL RESEARCH COLOMBIA S.A.S.
18. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “**TEMÁTICA VERSIÓN 1**” y reportada con el código IBOPE 1789977.
19. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “**TEMÁTICA REDUCCIÓN V1**” y reportada con el código IBOPE 1841774.
20. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “**TEMÁTICA REDICCIÓN**” y reportada con el código IBOPE.
21. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “**TEMÁTICA**” y reportada con el código IBOPE 1788954.
22. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “**TEMÁTICA 1**” y reportada con el código IBOPE 1806020.
23. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “**REF 30**” y reportada con el código IBOPE 2054355.
24. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “**REF 20**” y reportada con el código IBOPE 2054354.
25. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “**MANDARINA**” y reportada con el código IBOPE 1970750.

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

26. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“LONCHERA V3”* y reportada con el código IBOPE 1928977.
27. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“LONCHERA V2”* y reportada con el código IBOPE 1909824.
28. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“LONCHE”* y reportada con el código IBOPE 1789155.
29. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“LANZAMIENTO2017”* y reportada con el código IBOPE 1995147.
30. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“HIT TEMÁTICA + PULPAS”* y reportada con el código IBOPE 1907766.
31. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“FAMILIA 5”* y reportada con el código IBOPE 2011341.
32. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“FAMILIA 10”* y reportada con el código IBOPE 2017252.
33. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“FALLA FAMILIA 10”* y reportada con el código IBOPE 2019837.
34. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“COMERCIAL TEMÁTICA HIT N”* y reportada con el código IBOPE 1882684.
35. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“20SEGV1”* y reportada con el código IBOPE 2058004.
36. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“TETRA V2”* y reportada con el código IBOPE 2092573.
37. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“TETRA”* y reportada con el código IBOPE 2094370.
38. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“TETRA”* y reportada con el código IBOPE 2091133.
39. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“CAFETERÍA 10”* y reportada con el código IBOPE 1956257.
40. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“SERVIDA 10”* y reportada con el código IBOPE 1956259.
41. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“CAFETERÍA”* y reportada con el código IBOPE 1947568.
42. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“CAFETERÍA 10”* y reportada con el código IBOPE 1959358.
43. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“LANZAMIENTO2017”* y reportada con el código IBOPE 1995147.
44. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“TIENDA RETORNABLE V2”* y reportada con el código IBOPE 1856472.
45. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“LONCHERA 10”* y reportada con el código IBOPE 1952801.
46. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“PERRO 25”* y reportada con el código IBOPE 1952990.
47. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar que no ordenó

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

ninguna pauta publicitaria para POSTOBÓN S.A. con su marca HIT en canales infantiles durante los años 2017, 2018 y enero a mayo de 2019.

48. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“MEJOR SABOR A FRUTA”* y reportada con el código IBOPE 2011348.
49. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“HIT LONCHERA 5”* y reportada con el código IBOPE 1959363.
50. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar que no ordenó ninguna pauta publicitaria para POSTOBÓN S.A. con su marca HIT en televisión nacional y cable de la referencia HIT MARACUYÁ.
51. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“HIT CAFETERÍA 5”* y reportada con el código IBOPE 1959362.
52. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“TEMÁTICA PERRO”* y reportada con el código IBOPE 1947551.
53. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“SERVIDA”* y reportada con el código IBOPE 1953099.
54. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“HIT SERVIDA 5”* y reportada con el código IBOPE 1960039.
55. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar que POSTOBÓN S.A. no tiene participación publicitaria en la franja familiar del fin de semana (6:00 a 11: 59 am.) en los canales nacionales, ni en los locales ni regionales, así como en el total de la programación de todos los canales infantiles de televisión por suscripción.
56. Certificación de fecha julio de 2019, expedida por Postobón S.A., mediante la cual describe el programa Hit social.
57. Certificación expedida por la Asociación de Productores de Mora del Municipio de Belén de Umbria Risaralda _Asmobel, mediante la cual hace constar que es proveedora de Nutrium S.A.S. desde el año 2007 dentro del marco del programa HIT social.
58. Certificación expedida por la Asociación de Moreros de Santa Rosa de Cabal, mediante la cual hace constar que es proveedora de Nutrium S.A.S. y Postobón.
59. Certificación expedida por la Asociación de Productores Orgánicos de Tolda Vieja Ronces Valles - Tolima –Asotolda-, mediante la cual hace constar que es proveedora de Nutrium S.A.S. desde el año 2015 dentro del marco del programa HIT social.
60. Certificación expedida por la Asociación de Productores de Lulo del Municipio de Belén de Umbría, mediante la cual hace constar que es proveedora de Nutrium S.A.S. desde el año 2015 dentro del marco del programa HIT social.
61. Constancia expedida por el Director Nacional de Producción de **POSTOBÓN S.A.**, donde certifica que desde el año 2015 no se fabrica el producto *“HIT REFRESCO DE NARANJA”*.
62. Constancia expedida por la Coordinación de Investigación y Desarrollo de **POSTOBÓN S.A.**, donde certifica que no existe en la base de datos de la sociedad referencia de la etiqueta Hit refresco de naranja.
63. Constancia expedida por la Coordinación de Investigación y Desarrollo de **POSTOBÓN S.A.**, donde certifica el porcentaje de fruta contenido en los refrescos de fruta HIT.
64. Certificación expedida por la sociedad MARKET TEAM S.A., a través de la cual acredita la realización de un estudio de percepción de *“HIT”*.
65. USB que contiene los siguientes archivos digitales:
 - *“Certificación de fecha 5 de julio de 2019, expedida por la Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia (ANDA), mediante la cual hace constar la afiliación de Postobón S. A., a la citada Asociación. Copia del Acta de visita de inspección sanitaria realizada por el INVIMA a la planta de Gaseosas LUX Bogotá (centro productos de HIT, por medio de la cual se certifica que la planta cumple con Buenas Prácticas de Manufactura (BPM)).*
 - *Copia del Acta de visita de inspección sanitaria realizada por el INVIMA a la planta de Postobón Malambo (centro productos de HIT, por medio de la cual se certifica que la planta cumple con Buenas Prácticas de Manufactura (BPM)).*
 - *Copia del Acta de visita de inspección sanitaria realizada por el INVIMA a la planta de Postobón Medellín (centro productos de HIT, por medio de la cual se certifica que la planta cumple con Buenas Prácticas de Manufactura (BPM)).*
 - *Copia del Acta de visita de inspección sanitaria realizada por el INVIMA a la planta de Postobón Pereira (centro productos de HIT, por medio de la cual se certifica que la planta cumple con Buenas Prácticas de Manufactura (BPM)).*

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

- Copia del Acta de visita de inspección sanitaria realizada por el INVIMA a la planta de Postobón Yumbo (centro productos de HIT, por medio de la cual se certifica que la planta cumple con Buenas Prácticas de Manufactura (BPM).
- Certificados de Estabilidad Microbiológica efectuada por la Dirección de Investigación y Desarrollo de Postobón S. A., para el producto refresco de fruta HIT en sus variedades Naranja Piña, Mora, Lulo, frutas tropicales, Mango, Durazno, y Maracuyá, en el año 2017.
- Certificación de fecha 3 de julio de 2019 expedida por Nutrium S.A.S., proveedora de la pulpa de fruta que sirve de materia prima para la fabricación del producto refresco de fruta HIT, mediante la cual se describe el proceso de las pulpas antes señaladas.
- Certificación de fecha 27 de junio de 2019 expedida por Nutrium SAS, proveedora de la pulpa de fruta que sirve de materia prima para la fabricación del producto refresco de fruta HIT, mediante la cual certifica el valor de las ventas de pulpa de fruta (mora, Guayaba, Mango, Lulo, Banano, Fresa, Uva y Maracuyá), para los años 2015 a 2019.
- Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO 9001:2015 para la producción y venta de pulpas de fruta.
- Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO 14001:2015 para la producción y venta de pulpas de fruta.
- Copia de la Certificación expedida por Kosher Parve a Nutrium SAS en la cual hace constar que las pulpas de fruta comercializadas por la citada sociedad cumplen con las leyes religiosas judías.
- Copia de la Certificación expedida por BCS ÖKO _GARANTIE COLOMBIS S.A. a Nutrium SAS en la cual hace constar que las pulpas de fruta comercializadas por la citada sociedad cumplen con la norma NTC-ISO/IEC 17067.
- Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO ISO 22000:2005, ISO/TS 22002-1:2009 Y FSSC 22000 para la producción y venta de pulpas de fruta.
- Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO 22000:2005 para la producción y venta de pulpas de fruta.
- Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO ISO/TS 22002-1 para la producción y venta de pulpas de fruta.
- Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO NTC 5830:2010 para la producción y venta de pulpas de fruta.
- Copia del Certificado N° 33206 de abril 11 de 2019 expedido por SGF International E.V., a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de las condiciones requeridas para la producción y venta de pulpas de fruta.
- Certificación expedida por OMD Colombia SAS, mediante la cual hace constar la orden de publicación de las pautas publicitarias de productos identificados con la marca HIT, indicando la fecha de emisión de la respectiva Pauta y el código IBOPE de cada uno de los comerciales relacionados a continuación, mismos que el [D]espacho indic[ó] en la imputación fáctica N° 2 como vulneradores de los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015.

1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s

1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s

HIT JUGOS-REF 30-30

608587-HIT ENTREVISTA ESCUCH JUANITA

1789155-HIT LONCHERA

1856472-HIT TIENDA RETORNABLE V2

1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT N

1909824-HIT LONCHERA V2

1947551-HIT TEMÁTICA PERRO

1947568-HIT CAFETERÍA

1952801-HITLONCHERA 10

1952990-HIT PERRO 25

1953099-HIT 1 LITRO-SERVIDA

1956257-HIT JUGOS-CAFETERIA 10

1956259-HIT 1 LITRO-SERVIDA 10

1959358-HIT HT CAFETERA 10

1959362-HIT HT CAFETERIA 5

1960039-HIT 1 LITRO-HIT SERVIDA 5

1959363-HIT JUGOS-HIT LONCHERA 5

1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO02017

Acompaña las loncheras de tus hijos con Hit

HIT 1 LITRO-FALLA FAMILIA 10-10

HIT 1 LITRO-FAMILIA 5-5

HIT 1 LITRO-FAMLIA 10-10

HIT 1 LITRO-HT SERVIDA 5-5

HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO02017-20

HIT CAFETERA 5-5

HIT LONCHERA 5-5

HIT MEJOR SABOR A FRUTA-20

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

- Copia del análisis publicitario (Benchmark) efectuado por la sociedad SANCHO BBDO WORLDWIDE S.A., en junio de 2019, relacionado con el uso de niños en las pautas publicitarias de diferentes productos, entre ellos los identificados con las marcas Frutiño, Pony Malta, Milo, Klim, Bonice, Kinder, Maggi, Popetas, Ariel, Fab, entre muchas otras pertenecientes a diferentes sectores de la economía. Certificado de fecha 4 de julio de 2019 efectuado por Marketteam respecto de la percepción de la palabra HIT, indicando las respuestas obtenidas en una encuesta realizada a nivel nacional durante los días 26 y 27 de junio de 2019.
- Certificación de fecha 2 de julio de 2019 expedida por AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA., que contiene los precios de los productos refrescos de fruta comercializados por diferentes empresarios durante el año 2017.
- Certificación Expedida por Invamer mediante la cual hace constar que desde el año 2017 hace estudios del precio promedio de los productos de la categoría "refrescos de fruta" para Postobón S. A.
- Certificación mediante la cual se hace constar el contenido de fruta de los refrescos de fruta pasteurizada HIT en sus diferentes variedades.
- Certificación expedida por Kantar Millward Brown Colombia SAS, de fecha junio 28 de 2019 mediante la cual se hace constar que desde el año 2016 realiza estudios en la categoría de jugos en el cual se indaga por el atributo 'ideales para los niños' para cada marca.
- Certificación expedida por Kantar Millward Brown Colombia SAS, de fecha junio 28 de 2019 mediante la cual se hace constar que desde el año 2016 realiza estudios en la categoría de jugos en el cual se indaga por el atributo 'son bebidas saludables' y 'son bebidas naturales' para cada marca.
- Certificación expedida por La Asociación de Productores de Orgánicos el Tolda Vieja RoncesValles—Tolima Asotoldol, mediante la cual certifica que dicha asociación es proveedor de Nutrium SAS desde el año 2015 dentro del marco del programa HIT social.
- Certificación expedida por La Asociación de productores de Mora del Municipio de Belén de Umbria Risaralda -Asmobel, mediante la cual certifica que dicha asociación es proveedor de Nutrium SAS desde el año 2007 dentro del marco del programa HIT social.
- Certificación de fecha julio de 2019 expedida por Postobón S. A., mediante la cual se hace constar en qué consiste el programa Hit social.
- Certificación expedida por la Asociaci[ó]n de Mioreros de Santa Rosa de Cabal, mediante la cual certifica que dicha asociación es proveedor de Nutrium SAS desde hace 20 años dentro del marco del programa HIT social.
- Dos (2) Folletos que explican el Programa HIT Social.
- Copia de los videos de las pautas publicitarias emitidas durante los años 2015 a 2019, relacionadas a continuación, con la respectiva certificación expedida por OMD Colombia SAS, mediante la cual hace constar su orden de publicación, indicando la fecha de emisión y el código IBOPE, Pautas publicitarias que el [D]espacho indic[ó] en la imputación fáctica No. 2 como vulneradores de los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015.

1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s

1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s

HIT JUGOS-REF 30-30

608587-HIT ENTREVISTA ESCUCH JUANITA

1789155-HIT LONCHERA

1856472-HIT TIENDA RETORNABLE V2

1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT N

1909824-HIT LONCHERA V2

1947551-HIT TEMÁTICA PERRO

1947568-HIT CAFETERÍA

1952801-HITLONCHERA 10

1952990-HIT PERRO 25

1953099-HIT 1 LITRO-SERVIDA

1956257-HIT JUGOS-CAFETERIA 10

1956259-HIT 1 LITRO-SERVIDA 10

1959358-HIT HT CAFETERA 10

1959362-HIT HT CAFETERIA 5

1960039-HIT 1 LITRO-HIT SERVIDA 5

1959363-HIT JUGOS-HIT LONCHERA 5

1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017

Acompaña las loncheras de tus hijos con Hit

HIT 1 LITRO-FALLA FAMILIA 10-10

HIT 1 LITRO-FAMILIA 5-5

HIT 1 LITRO-FAMLIA 10-10

HIT 1 LITRO-HT SERVIDA 5-5

HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20

HIT CAFETERA 5-5

HIT LONCHERA 5-5

HIT MEJOR SABOR A FRUTA-20

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

- Soporte de las denuncias de los videos relacionados a continuación, mediante las cuales Postobón S.A., solcito a Youtube retirar de la citada plataforma por haber sido publicados sin su autorización, videos que contienen pautas publicitarias de los productos identificados con la marca HIT.

<https://www.youtube.com/watch?v=KHpkhzvHalJw>
<https://www.youtube.com/watch?v=TWbK9TNYOvA>
<https://www.youtube.com/watch?v=lcFBL52Bms4>
<https://www.youtube.com/watch?v=k6vTFUSf03Y>
<https://www.youtube.com/watch?v=M5vxGIYc6DI>
<https://www.youtube.com/watch?v=IJJwsW-DCI0>
<https://www.youtube.com/watch?v=TekTOZsaSUK>
<https://www.youtube.com/watch?v=UYuiw07Y0bQ>
<https://www.youtube.com/watch?v=H2RRKuaW5DI>
<https://www.youtube.com/watch?v=UD8sQJ3kX3U>
<https://www.youtube.com/watch?v=PjBa-wvYc8U>
<https://www.youtube.com/watch?v=5LEBUrJKTAw>
<https://www.youtube.com/watch?v=MDS0uX0rrE>
<https://www.youtube.com/watch?v=S20g2PJCwig>
<https://www.youtube.com/watch?v=8nrXtSmpL0>
https://www.youtube.com/watch?v=9P_qaljZAc
<https://www.youtube.com/watch?v=RWvsC6Z6QQA>
<https://www.youtube.com/watch?v=ZCX14eOi4vY>
<https://www.youtube.com/watch?v=FVllnyhveMw>

- Fotografías en las cuales se puede apreciar el producto SOKA MANDARINA, en las cuales se puede apreciar su tabla nutricional.
- Fotografías en las cuales se puede apreciar el producto SOKA MARACUYA, en las cuales se puede apreciar su tabla nutricional.
- Copia de las etiquetas, fichas técnicas, certificación del porcentaje de contenido de fruta y registros sanitarios para los productos refresco de frutas pasteurizada HIT en sus variedades Mandarina y Maracuyá.
- Copia de las etiquetas, fichas técnicas, certificación del porcentaje de contenido de fruta y registros sanitarios para el producto jugo Hit de naranja.
- Copia de las publicaciones efectuadas por Red Papaz mediante las cuales se puede apreciar la presión que dicha entidad ha realizado para entorpecer la comercialización de los productos fabricados por la investigada.
- Copia de doce (12) Cartas de restaurantes mediante las cuales se ofrece al público consumidor las bebidas jugos naturales.
- Copia oficio de fecha 17 de agosto de 2016 expedido al interior del expediente No. 15-271838 mediante la cual dicha entidad archiva la investigación preliminar iniciada contra Postobón S. A., por las mismas piezas publicitarias ahora objetadas.
- Copia de la Resolución No. 12078 de marzo 16 de 2017 expedida al interior del expediente No. 15-271838 mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio confirma el oficio de fecha 17 de agosto de 2016, mediante la cual dicha entidad archiva la investigación preliminar iniciada contra Postobón S. A., por las mismas piezas publicitarias ahora objetadas.
- Video elaborado y cargado a la plataforma Youtube por Julieth Marcela Cubides Arias el 9 de noviembre de 2017, mediante el cual su autora realiza un estudio en el colegio New Castle British School (desconocemos de qué ciudad) para conocer la percepción que tienen los usuarios con respecto al refresco de fruta pasteurizada HIT, video que puede ser consultado en el siguiente link: <https://www.youtube.com/watch?v=iCdTlaaxrxs>. Se aclara que Postobón S. A., no solicitó el estudio antes señalado, no conoce a su autora y tuvo conocimiento del video en desarrollo de un ejercicio de monitoreo que permanente mente(sic) se realiza para denunciar eventuales infracciones sobre derechos de propiedad industrial o emisión de material publicitario no autorizado por la compañía.”

- 66.** Desglose del expediente distinguido con el radicado **15-271838**, en fotocopia, de los folios 1, 2, 10, 13, 15-19 y 24-47 y, en original, de las pruebas obrantes a folios **3** -CD, contentivo del comercial de televisión-; **4** –envase refresco de fruta HIT Frutas Tropicales de 500 ml.-; **20** –2 etiquetas de los refrescos de frutas del valle de los sabores lulo y naranja y 1 etiqueta del refresco HIT en la variedad mora-; **21** –empaquete refresco del valle sabor a mora y empaque de refresco HIT en la variedad frutas tropicales-; **22** –USB, contentiva de 3 archivos en formato Excel, uno en Word, dos en PDF y 3 carpetas que contienen “*piezas publicitarias*”, “*presentaciones comerciales otros productos*” y “*presentaciones comerciales HIT*” y en el folio **23** -2 botellas del producto HIT Frutas Tropicales en presentación de 300 y 500 ml.
- 67.** Respuesta suministrada por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA-, mediante el oficio 17-424418-70 de fecha 7 de noviembre de 2019 (fls. 450-452), con el cual allegó a esta Dirección los documentos que a continuación se relacionan:

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

- **“TITULAR: COCA-COLA PRODUCTO: DEL VALLE REFRESCOS** Número de folios: Veintidós (22)
 - Resolución N° 2012022874 de 10 de agosto de 2012 ‘Por la cual se concede un Registro Sanitario’.
 - *Ficha técnica producto refresco de mango, fresa-banano, granada-berries. Marca: Minute Maid Smoothies, de 02 de junio de 2012.*
 - Resolución N° 2018055089 ‘Por la cual se concede un Registro Sanitario de Alimentos (Alto Riesgo)’
 - *Información de ingredientes y aditivos. Producto: Refresco de mango y fresa. Marca: Del Valle Frutal (SL-036-18).*
 - *Resolución 2018021175 del 18 de mayo de 2018, por la cual se concede un Registro Sanitario.*
 - *Resolución 2018052407 Por la cual se modifica una resolución (modificación de Registro Sanitario).*
 - *Ficha técnica Refresco de Guayaba*
 - *Ficha técnica Refresco de mango*
 - *Ficha técnica Refresco de piña y mandarina*
 - *Ficha técnica Refresco de mango*
 - *Resolución 2018013895 del 06 de abril de 2018, por la cual se concede un Registro Sanitario.*
 - *Ficha técnica Refresco de naranja*
 - *Ficha técnica Refresco de naranja, uva, mora, mango y frutas mixtas*
 - *Resolución 2010014371 del 20 de mayo de 2010, por la cual se concede un Registro Sanitario.*
 - *Resolución 2018018131 Por la cual se modifica una resolución (modificación de Registro Sanitario)*
 - *Ficha técnica refresco de Naranja.”*
- **“TITULAR: COLANTA PRODUCTO: PULPY REFRESCOS** Número de folios: Sesenta y tres (63)
 - Resolución 2011016209 del 16 de mayo de 2011 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario.
 - *Ficha técnica Refresco de mora pasterizado.*
 - *Ficha técnica Refresco de mora pasterizado, con fibra prebiótica*
 - *Ficha técnica Refresco de maracuyá pasterizado*
 - *Ficha técnica Refresco de maracuyá con fibra*
 - Resolución 20110162008 de 16 de mayo de 2011 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario
 - *Ficha técnica Refresco de maracuyá con fibra.*
 - Resolución 2012002087 de 01 de febrero de 2012 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario
 - *Formulario de expedición de Registro Sanitario Nuevo y Renovación*
 - *Formato ficha técnica Registro Sanitario*
 - *Poder especial*
 - Resolución 2012002087 de 01 de febrero de 2012 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario
 - *Información técnica. Descripción del proceso de elaboración*
 - Resolución 2011016207 de 16 de mayo de 2011 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario
 - *Ficha técnica Refresco de mango pasteurizado*
 - *Ficha técnica Refresco de mango pasteurizado con fibra prebiótica*
 - *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de mango*
 - *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de maracuyá*
 - *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de mora*
 - *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de mango*
 - *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de maracuyá*
 - *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de mora*
 - *Ficha técnica Refresco de maracuyá pasteurizado*
 - *Ficha técnica Refresco de maracuyá con fibra*
 - Resolución 2019003750 del 8 de febrero de 2019 por la cual se modifica una resolución (Cambio de nombre de producto por adición de variedad)
 - Resolución 2018056451 de 24 de diciembre de 2018 por la cual se modifica una resolución (Adición de fabricante)”
- **“TITULAR: ALPINA PRODUCTO: SOKA** -Número de folios: Sesenta y seis (66)-
 - Resolución 2010023127 de 29 de julio de 2010 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario
 - *Ficha técnica refresco de limón tipo limonada*
 - Resolución 2013003472 de 12 de febrero de 2012 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario

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

- *Ficha técnica de Refresco de maracuyá, refresco de mandarina, refresco de mora, refresco de fresa, refresco de limón, refresco de naranja, refresco de mango y refresco de lulo*
- *Respuesta al auto No. 2013000121 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario*
- *Ficha técnica refresco de mandarina, mango, mora, maracuyá, fresa, frutas tropicales, lulo, guanábana, limonada, naranja, reducido en azúcar.*
- *Resolución 2010034596 de 25 de octubre de 2010 por la cual se concede la renovación de un Registro Sanitario*
- *Resolución 2016055178 de 30 de diciembre de 2016 por la cual se revoca una resolución.*
- *Ficha técnica refresco de fresa, mora y mango*
- *Resolución 2017005964 de 15 de febrero de 2017 por el cual se modifica una resolución*
- *Ficha técnica producto terminado Soka regular refresco de fruta sabor a mora, refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de mora con sabor a mango.*
- *Ficha técnica producto terminado Soka Zero: Refresco de fruta con sabor a mora, Refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de fruta con sabor a mango*
- *Resolución 2016044103 de 25 de julio de 2016 por le cual se concede Registro Sanitario.*
- *Ficha técnica producto terminado Soka regular refresco de fruta sabor a mora, refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de mora con sabor a mango*
- *Ficha técnica producto terminado Soka Zero: Refresco de fruta con sabor a mora, Refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de fruta con sabor a mango*
- *Resolución 2017005964 de 15 de febrero de 2017 por el cual se modifica una resolución (modificación por cambio de vida útil)*
- *Ficha técnica producto terminado Soka regular refresco de fruta sabor a mora, refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de mora con sabor a mango*
- *Ficha técnica producto terminado Soka Zero: Refresco de fruta con sabor a mora, Refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de fruta con sabor a mango*
- *Resolución 2017053740 de 18 de diciembre de 2017 por el cual se modifica una resolución (cambio de composición del producto)*
- *Resolución 2016044105 de 25 de octubre de 2016 por el cual se concede un Registro Sanitario*
- *Ficha técnica de producto terminado Frúper: Refresco de fruta sabor a fresa adicionado con vitamina C, zinc, vitamina B12 y ácido fólico. Mezcla de jugo de fresa y pupa de manzana concentrada. Refresco de fruta con sabor a mora adicionado con vitamina C, zinc, vitamina B12 y ácido fólico. Mezcla de jugo de mora y pupa de manzana concentrada. Refresco de fruta con sabor a mango adicionado con vitamina C, zinc, vitamina B12 y ácido fólico.”*
- **“TITULAR: POSTOBÓN PRODUCTO: HIT -Número de folios: Ciento setenta (170).**
- *Resolución No. 2015033629 de 26 de agosto de 2015 por la cual se concede un Registro Sanitario*
- *Información rotulado Refresco de fruta carbonatado variedad manzana verde*
- *Ficha técnica Refresco de fruta carbonatado variedad manzana verde*
- *Información técnica Refresco de fruta carbonatado variedad manzana verde*
- *Resolución N° 2017042173 de 9 de octubre de 2017 por la cual se modifica una resolución (Cambio en la razón social del titular, cambio en la razón fabricante, adición de composición del producto)*
- *Ficha técnica de producto terminado. Refresco de fruta con gas*
- *Información técnica Refresco de fruta carbonatado variedad manzana verde*
- *Ficha técnica Refresco de fruta carbonatado variedad manzana verdad*
- *Resolución No. 2016051095 de 6 de diciembre de 2016 por la cual se concede un Registro Sanitario.*
- *Información técnica Refresco de fruta pasterizado variedad durazno.*
- *Ficha técnica refresco de fruta durazno.*
- *Ficha técnica Refresco de frutas tropicales.*
- *Ficha técnica Refresco de fruta mora.*
- *Ficha técnica Refresco de fruta mango.*
- *Ficha técnica Refresco de fruta lulo.*
- *Ficha técnica Refresco de fruta naranja piña.*
- *Resolución No. 2016044802 de 28 de octubre de 2016 por la cual se concede un Registro Sanitario*
- *Información técnica Bebida a base de refresco de fruta con extracto de té sabor a naranja.*
- *Ficha técnica de Bebida a base de refresco de fruta con extracto de té sabor a naranja.*
- *Ficha técnica de Bebida a base de refresco de fruta con extracto de té sabor a durazno*
- *Ficha técnica de Bebida a base de refresco de fruta con extracto de té sabor a limón*
- *Resolución No. 2016004281 de 10 de febrero de 2016 por la cual se concede un Registro Sanitario*
- *Ficha técnica de producto terminado Refresco concentrado de frutas tropicales*
- *Ficha técnica de producto terminado Refresco concentrado de lulo*
- *Ficha técnica de producto terminado Refresco concentrado de mango*
- *Ficha técnica de producto terminado Refresco concentrado de mora*

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

- *Ficha técnica de producto terminado Refresco concentrado de naranja piña*
- *Información técnica Refresco concentrado de frutas tropicales, refresco concentrado de mora, Refresco concentrado de mango, Refresco concentrado de naranja piña, Refresco concentrado de lulo*
- *Resolución No. 2019000760 de 14 de enero de 2019 por la cual se modifica una resolución (modificación en la denominación del producto, en la composición de la variedad y en la presentación comercial*
- *Información técnica de Refresco concentrado de naranja piña}.*
- *Resolución No. 2019014221 de 17 de abril de 2019 por la cual se modifica una resolución (cambio de nombre del producto).*
- *Ficha técnica de producto terminado Hit express frutas tropicales.*
- *Ficha técnica de producto terminado Hit express mango.*
- *Ficha técnica de producto terminado Hit express mora.*
- *Ficha técnica de producto terminado Hit express naranja piña.*
- *Resolución No. 2017013904 de 06 de abril de 2017 por la cual se modifica una resolución (modificación del nombre del producto).*
- *Información técnica Refresco de fruta pasterizado variedad guanábana.*
- *Ficha técnica de producto terminado refresco de fruta guanábana.*
- *Resolución No. 2018036014 de 22 de agosto de 2018 por la cual se modifica una resolución (cambio de nombre del producto por adición de variedad).*
- *Información técnica Refresco de fruta pasterizado variedad naranja.*
- *Resolución N° 20189015919 de 02 de mayo de 2019 por la cual se modifica una resolución (cambio de denominación del producto).*
- *Información técnica Refresco de fruta pasterizado variedad lulo – pera.*
- *Ficha técnica de producto terminado refresco de fruta pasterizado Lulo pera.*
- *Resolución No. 2019022026 de 31 de mayo de 2019 por la cual se modifica una resolución (adición de nombre de fantasía).*
- *Resolución No. 2017029061 de 18 de julio de 2017 por la cual se modifica una resolución (Adición de variedad y adición de composición).*
- *Información técnica Refresco de fruta pasterizado variedad mandarina.*
- *Resolución No. 2017053738 de 18 de diciembre de 2017 por la cual se modifica una resolución (cambio de composición).*
- *Información técnica Refresco de fruta pasterizado variedad mora, mango, frutas tropicales, naranja piña, durazno y lulo.*
- *Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta mora.*
- *Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta mango.*
- *Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta frutas tropicales*
- *Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta naranja piña.*
- *Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta lulo.*
- *Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta durazno.*
- *Resolución No. 2017028263 de 13 de julio de 2017 por la cual se concede un Registro Sanitario.*
- *Información técnica Refresco de fruta pasterizado variedad guanábana.*
- *Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta guanábana.*
- *Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta maracuyá.”*

68. CDs aportados por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, mediante los oficios números 17-424418-68/72 (fls. 444 – 447 / 812-814), y contentivo de los siguientes documentos:

- *Copia del balance general correspondientes a los años 2017 y 2018, debidamente firmado por el revisor fiscal.*
- *Estados de resultado correspondientes a los años 2017 y 2018, debidamente firmado por el revisor fiscal.*
- *Relación de ventas en medio magnético formato Excel del producto denominado ‘refresco HIT’, incluyendo todas las presentaciones y sabores, comercializados desde el 1 de agosto al 31 de diciembre de 2017.*
- *Relación de peticiones, quejas y reclamos recibidas desde el 1 de agosto al 31 de diciembre de 2017, cuyo motivo esté relacionado con el producto denominado ‘refresco Hit’.*
- *Relación de los medios a través de los cuales se emitieron las piezas publicitarias objeto de investigación, donde se mencione el canal (radio, prensa, tv, entre otros, frecuencia, fecha y ámbito (regional o nacional).*
- *Ficha técnica del producto ‘refresco HIT’, incluyendo todos los sabores y modificaciones.*
- *Copia digital de certificaciones mediante las cuales se da cuenta de los medios a través de los cuales se emitieron las piezas publicitarias objeto de investigación”.*

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

Visto lo anterior, se evidencia que absolutamente todos los documentos e información que fueron aportados en su oportunidad por la hoy sancionada y que le fueron requeridos por esta Dirección, fueron tenidos en cuenta al momento de proferir la decisión recurrida, así se observa puntualmente en la valoración que se efectuó sobre cada cargo, por lo que la sanción impuesta se encuentra debidamente fundamentada conforme al acervo probatorio obrante en la presente investigación, como se verá en el siguiente considerando.

En esa medida, frente a la aplicación del principio de presunción de inocencia, es importante reiterar que el citado principio es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocido en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual *“toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*, principio que fue garantizado en el desarrollo de esta investigación administrativa.

Conforme a lo expuesto, no encuentra procedente este Despacho el argumento impugnado por la sociedad recurrente, comoquiera que la sancionada: i) conoció el inicio de la actuación, ya que se formularon cargos a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** de forma clara con base en los supuestos fácticos allegados y jurídicos de las presuntas infracciones, dándole la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción; ii) presentó sus descargos y alegatos de conclusión durante el trámite; iii) fue notificada en debida forma; iv) gozó de la presunción de inocencia, pues no se trató como responsable, al habersele considerado en todo el procedimiento administrativo adelantado como inocente hasta tanto no se demostró lo contrario; v) ejerció los derechos de defensa y contradicción; vi) presentó pruebas y controvertió las que se allegaron en su contra; vii) tuvo la oportunidad de impugnar la decisión que se adoptó, por cuanto, se le otorgaron los recursos de ley, por lo que se evidencia que se agotaron todas las etapas descritas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para que la sancionada preparara la defensa de los cargos adelantados en su contra y contara con la totalidad de las garantías inherentes al debido proceso.

7.4.3. Sobre la imputación fáctica No. 1.

Como se indicó líneas atrás, analizado el acervo probatorio, esta Dirección evidenció que para endilgar la imputación jurídica No. 1 se tuvo en cuenta la totalidad de los argumentos de defensa presentados por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, tanto en los descargos como en los alegatos de conclusión, por lo que en la decisión recurrida se hizo un pronunciamiento de cada uno de ellos, además se analizó lo expuesto por la tercera interesada en sus intervenciones presentadas, posteriormente, se hizo un minucioso estudio de los supuestos fácticos y probatorios a la luz de las normas endilgadas como vulneradas.

7.4.3.1. Frente al primer hecho imputado.

Para el efecto, sobre el primer hecho imputado y que fue identificado con el numeral 27.1.2.1. en la Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019, se le endilgó responsabilidad a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** en el acto sancionatorio pues se suministró información no veraz, confusa, imprecisa, insuficiente, inverificable e inidónea respecto a la afirmaciones “lo mejor para la lonchera de tus hijos”, “jugos hit”, “me hace más fuerte”, “Elige Hit, la fruta de verdad” y “Hit es fruta de verdad” anunciadas en los comerciales denominados “1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA” y “1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT”, emitidos a través de diferentes medios masivos de comunicación para anunciar y promocionar el producto refresco de frutas “hit”, pues esta Dirección consideró que el producto no cumplió con los atributos informados y con las condiciones objetivas ofrecidas; además, que los mensajes transmitidos no correspondieron con la realidad y fueron insuficientes, teniendo la potencialidad de inducir en error, engaño o confusión a los consumidores, lo cual constituye una vulneración a lo dispuesto en los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3º, artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1., 2.1.1.1. (literal a), 2.1.1.2. (lit. a.) del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

De ahí que la Dirección efectuó el estudio y pronunciamiento individual sobre cada una de las proclamas de las afirmaciones que fueron catalogadas como objetivas e infractoras de las normas de protección al consumidor, a saber, “Lo mejor para la lonchera de tus hijos”, “Jugos HIT”, “me hace más fuerte”, “Elige Hit, la fruta de verdad” y “Hit es fruta de verdad”.

Fue así como esta Dirección, desde la metodología semiótica, revisó el contenido de las 2 piezas publicitarias referidas en el pliego de cargos en contra de la hoy sancionada, el comercial identificado **“1789155-HIT LONCHERA”** y el comercial identificado **“1882684-HIT TEMÁTICO HIT”**, los cuales

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

hacen parte de la campaña denominada **“HIT TEMÁTICA”**, para lo cual la Dirección abordó el **“Lenguaje visual”**, el **“Contenido Lingüístico y texto”** y, la **“Comprobación de la oferta con la adquisición del producto” de estas piezas**” de cada uno de estos comerciales.

De igual forma, la Dirección en la decisión recurrida aclaró que las falencias respecto de la calidad e idoneidad no solo se presentan ante un desempeño defectuoso o deficiente de un producto, sino en aquellos casos en los que, las expectativas del consumidor se defraudan por la falta de conformidad entre lo que se promete y lo que realmente se entrega o suministra o porque no cumplen con ellas. En efecto, en el acto sancionatorio se estableció que tal postura ha sido reconocida por la doctrina pues *“de conformidad con la definición de calidad que trae la Ley 1480 de 2011, esta se extiende a la información proporcionada al consumidor por el productor o proveedor. De esta forma, la calidad de un producto también estará integrada por las condiciones y características que hubieran sido atribuidas al bien o servicio, y que hubieran sido informadas al consumidor (...) En conclusión, la calidad del producto está determinada, en adición a los demás parámetros que establece la ley, por la información suministrada por el productor o proveedor sobre el bien o servicio, incluidas todas las afirmaciones de carácter objetivo que se encuentren en los anuncios publicitarios sobre el producto”*³¹. (Destacado fuera del texto original).

7.4.3.1.1. Sobre la proclama “me hace más fuerte”.

En virtud de lo anterior, del análisis de las referidas piezas publicitarias, la Dirección concluyó que la proclama “me hace más fuerte”, transmite a los consumidores un mensaje relacionado con la salud, que le da a entender que este producto produce efectos positivos en la salud, lo que fue cuestionable, como quiera que, la hoy sancionada no probó su veracidad, ni aportó soporte alguno que lo demostrara; adicionalmente afirmar que el producto contiene una cantidad mínima de fruta es improcedente puesto que el producto no es equiparable con las frutas, por lo tanto los beneficios en la salud que el consumidor del producto pueda tener no se asemejan al del consumo de frutas, lo que distorsiona la expectativa del producto en los consumidores, sumado al hecho que los ambientes en que fueron grabados los comerciales evocan bienestar, ambientes saludables y sana alimentación, pues los escenarios donde se desarrollan los comerciales son como el colegio, el comedor, la cocina, el campo, entre otros; añadido a la ambientación implicada en la puesta en escena, como, por ejemplo, las frutas y la lonchera, sin contar los personajes, quienes en su porcentaje mayoritario son niños, con lo cual se incrementa la convicción en los consumidores que el producto ofrecido en realidad sí es comparable con las frutas y por ello genera efectos positivos en la salud (“me hace más fuerte”). Sin embargo, se reitera, la sancionada no aportó ninguna prueba que respalde tal aseveración, distorsionando de esa manera la percepción sobre los reales beneficios del producto.

Frente a la citada proclama, la recurrente afirma que, la Dirección sin prueba alguna, ni análisis objetivo señala que, el entendimiento del consumidor promedio a la expresión “me hace más fuerte” hace referencia a saludable, sin decretar o practicar una prueba pericial, por lo que, su decisión no se basó en pruebas suficientes para arribar a la conclusión de que la proclama era engañosa, pues tal afirmación hace referencia a que el producto tiene componentes nutricionales.

Señala que *“Por ello, al haber prescindido del dictamen técnico o de la prueba pericial, la señora Directora violó el debido proceso administrativo, por cuanto su decisión no se basó en pruebas suficientes para arribar a la conclusión de que la proclama era engañosa. Al consultar las acepciones del adjetivo ‘fuerte’, la señora Directora tomó aquella que se ajusta a su argumento, pero no necesariamente es la que aplica en el contexto de la frase. Fuerte, según la RAE, también significa que tiene fuerza, resistencia y no necesariamente ello es sinónimo de buena salud. Ahora bien, aceptando en gracia de discusión que el mensaje que trasmite la publicidad con la proclama cuestionada es objetivo, el mismo haría referencia a que el producto tiene componentes nutricionales, lo que corresponde a la realidad, como se desprenden de las pruebas que obran en el expediente”*.

Al respecto, esta Dirección debe señalar en primer lugar que si bien dentro del proceso administrativo la hoy sancionada solicitó una inspección judicial a las instalaciones de la planta de producción de NUTRIUM SAS, ubicadas en la calle 48 No. 21 - 100 del municipio de Tuluá Valle y a la planta de producción de GASEOSAS LUX ubicada en la Av. Calle 9 No. 50 - 85 Zona Industrial Puente Aranda, de la ciudad de Bogotá D.C., plantas en las cuales se fabrican los refrescos de frutas HIT, con el objeto de verificar el proceso productivo de los citados productos desde el recibo de las materias primas hasta el producto terminado listo para ser distribuido y por ende, se puede verificar que el producto

³¹ Carmen Ligia Valderrama (2013), De las garantías: una obligación del productor y el proveedor. Valderrama Rojas Carmen Ligia, (Ed). (2015). Perspectivas del derecho de consumo. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Págs. 236 - 239.

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

cumple con la calidad e idoneidad requerida y guarda estricta relación con la información brindada en las pautas publicitarias difundidas; lo cierto es que este Despacho mediante la Resolución No. 51018 del 30 de septiembre de 2019, motivó claramente las razones de rechazo de las citadas pruebas, pues las consideró innecesarias en razón a que los hechos que pretenden probar, se pueden verificar a través de las fichas técnicas de las diferentes variedades del refresco de frutas "HIT", de su registro sanitario, de las piezas publicitarias mediante las cuales se anunció el producto -donde se encuentran las proclamas objeto de comprobación, de las etiquetas del mismo y de la totalidad de pruebas que obran en el expediente.

De igual forma, en la citada resolución se indicó que lo que se pretende probar con las citadas inspecciones ni siquiera estaría sujeto a verificación a través del proceso de producción, toda vez que los términos en que fue imputada una presunta falta de calidad de los refrescos "HIT", no están relacionados con la cadena de fabricación, sino con la calidad vista desde los atributos que le fueron otorgados al producto a través de la información y la publicidad que se suministró a los consumidores.

Aclarado lo anterior, y frente al argumento de la sancionada consistente en que *“al haber prescindido del dictamen técnico o de la prueba pericial, la señora Directora violó el debido proceso administrativo, por cuanto su decisión no se basó en pruebas suficientes para arribar a la conclusión de que la proclama era engañosa”*, es necesario indicarle que el parámetro universal utilizado para evaluar si un mensaje en la publicidad es engañoso o no, es el de consumidor medio o racional³², quien interpreta la publicidad de forma natural y obvia, como se indica a continuación:

“(…) Para establecer si una pieza publicitaria es susceptible de inducir a error, es importante tener en cuenta el entendimiento racional que el consumidor común o medio le da a los mensajes publicitarios. Lo anterior se explica en razón a que si el error es generalizado, el origen del mismo se encuentra en la información; pero por el contrario, si el error es aislado, la falla en el entendimiento de la información no se encuentra en ésta, sino en los pocos individuos o casos aislados que interpretaron equivocadamente la información, por lo cual el error puede ser atribuible a ellos y no a la comunicación ni al anunciante. (...) Así las cosas, el parámetro que universalmente se utiliza para evaluar si un mensaje es o no engañoso, es el del consumidor medio o racional. Este parámetro se fundamenta en la realidad de la forma cómo los consumidores entienden la publicidad, pues parte de la base de reconocer que las personas que reciben los anuncios, realizan un examen superficial de ellos y no uno profundo y detallado. (...)

Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor.” Una interpretación adecuada es aquella que busca entender el contenido y las afirmaciones que se hacen en los anuncios en la forma natural y obvia en la que la mayoría del público objetivo al que se dirige la publicidad lo haría. En este orden de ideas, las normas sobre publicidad engañosa buscan que los consumidores a los cuales se dirigen los anuncios, adopten una posición razonable frente a los mismos, dándole a la información que les es transmitida una interpretación natural y obvia, que sin llegar a ser profunda, científica y técnica, les permita separar los elementos puramente creativos, de aquellos objetivamente comprobables y creíbles. (...)

Con base en lo anterior, se concluye que para saber si una pieza publicitaria es o no engañosa, se debe partir por establecer si los elementos objetivos del mensaje concuerdan con la realidad del producto y si dicha información es suficiente para que un consumidor racional se forme una idea correcta del bien o servicio que se anuncia. (...)”. (Destacado fuera del texto original).

De ahí que, frente a lo que entiende un consumidor con la proclama objeto de análisis, debe tenerse en cuenta que el consumidor medio o racional, *“interpreta la publicidad en forma natural en la que le es transmitida sin darle a las palabras e imágenes un alcance distinto del que naturalmente tienen e interpretándolas en una forma superficial, sin realizar un análisis profundo o detallado, tal como lo haría una persona que no tiene un conocimiento especializado del producto o servicio anunciado. Así como ha sido explicado por la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de*

³² Cfr. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 16- 155160- -00001-0000. Radicación: 16- 155160- -00001-0000 del 26 de 07 de 2016.

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

varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor.”³³

Por lo tanto, esta Dirección debe señalar que la superficialidad en el análisis que debe hacer el consumidor no debe entenderse como una observación hecha de manera descuidada e irresponsable, sino como el hecho de que, aunque éste no realiza un exhaustivo y profundo análisis del anuncio, el mismo se enmarca en el sentido común, lo que determina que entre varias interpretaciones posibles, la racionalidad se inclina por la que surge de un modo más natural.

Lo anterior implica que, los anuncios deben ser juzgados atendiendo al contenido y al significado que el consumidor racional les atribuiría, prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor.

Así las cosas, de cara al argumento de la sancionada, es preciso anotar que esta Dirección evidenció que la proclama “me hace más fuerte”, dentro del contexto general de la publicidad (diálogo e imágenes) transmite a los consumidores un mensaje relacionado con la salud, no solo bajo el entendido que una de las acepciones del adjetivo “fuerte” es “que goza de buena salud” conforme a la definición de la Real Academia Española, sino sumado a que en el diálogo del comercial como en su contenido gráfico (niños sanos y activos en un salón de clases y frutas de lonchera), se refleja que “Hit” es similar a las frutas y por tanto sus propiedades fortalecen a los consumidores, entre ellos los niños. Adicionalmente, también se evidencia que durante la transmisión del comercial en la parte inferior de la pantalla se lee la frase “Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida” dando a entender que el producto anunciado produce efectos positivos en la salud, lo que carece de claridad, veracidad, verificabilidad, precisión e idoneidad y, por ende, no corresponde a la realidad, teniendo la potencialidad de inducir a error a los consumidores, pues se reitera, la sancionada no aportó ninguna prueba que respalde dicha proclama, distorsionando de esa manera la percepción sobre los reales beneficios del producto, debido a que genera la expectativa de que el producto objeto de estudio puede aportar los mismos beneficios de la fruta para la salud de quienes lo consumen.

Así las cosas, se tiene que, de la lectura de la proclama, el consumidor medio entendería en primera medida que el producto produce beneficios en la salud de quien los consume, por lo que, los argumentos del recurrente no están llamados a prosperar.

7.4.3.1.2. Sobre la proclama “Lo mejor para la lonchera de tus hijos”.

En relación con la proclama “lo mejor para la lonchera de tus hijos”, la Dirección encontró conforme al análisis de los citados comerciales que la hoy sancionada no aportó estudios técnicos, científicos y/o académicos que prueben que el “*Refresco de Frutas Hit*” era o es “*lo mejor para la lonchera de tus hijos*”, lo que la configura como una afirmación no veraz, no verificable y/o improbable. De igual forma, se determinó que la citada proclama carece de veracidad y suficiencia “*en tanto que un consumidor promedio difícilmente podría diferenciar el elemento subjetivo (mejor) del objetivo – nutrición-, el cual está intrínsecamente expresado tanto en el complemento de la afirmación (para la lonchera de tus hijos) como reflejado en las escenas y entornos en donde se desarrolla el comercial, sin contar con las demás declaraciones que en él se anuncian, como por ejemplo “Elige Hit, la fruta de verdad” y “Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida”, todo lo cual claramente influye en la decisión de compra de los potenciales consumidores, en la medida que resalta un elemento diferenciador entre sus competidores*”. Así se pudo destacar que, se resalta una cualidad del producto promocionado que va más allá de sus alcances reales, toda vez que, se le otorgó un valor que elevaba las expectativas a los consumidores, pero que no fue demostrado por la hoy sancionada en el proceso que siguió esta Dirección en su contra.

Al respecto, la recurrente alega que la expresión “lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos hit”, no es una publicidad de tono excluyente, ya que la misma es simplemente una alabanza genérica y, por lo tanto, no es objetivamente apta para generar engaño en los consumidores. En otras palabras, adujo que tal proclama, es un mero juicio estimativo a través del cual se expresa un parecer subjetivo sobre el producto. Añade que “*se equivoca la señora Directora cuando afirma que cuando se utiliza el calificativo lo mejor, que es subjetivo, a la expresión “para la lonchera de tus hijos” le otorga al producto un atributo objetivo. Y decimos que se equivoca pues si la publicidad no indica ese atributo objetivo respecto del cual se predica ser el mejor, como lo reconoce la propia Superintendencia, no se puede afirmar que la proclama es de carácter objetivo y, por tanto, requiere de soporte técnico o científico que acredite su veracidad*”. Finalmente, adujo que “*la circunstancia que la respuesta dada en la averiguación preliminar, que aceptamos no fue muy clara es que, aunque la publicidad no hace*

³³ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para la Protección del Consumidor. Resolución N°. 21882 de 25 de abril de 2013.

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

referencia a ningún elemento objetivo del producto, la circunstancia de que se le hubiera informado a la Superintendencia que “el refresco de frutas HIT resulta ser, nutricionalmente, una opción. -la mejor en un término laudatorio, si se quiere, para su fabricante”, no le otorga a la proclama el mensaje objetivo que se indica en la providencia recurrida”.

Sobre tales alegaciones, se debe tener en cuenta en primer lugar, la diferencia que existe entre los mensajes subjetivos y objetivos. Así, tal y como se indicó en el acto sancionatorio, las afirmaciones y/o mensajes de carácter objetivo son los que requieren de comprobación o “medición”, mientras que los subjetivos no.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que puede existir una objetivización de los elementos subjetivos, esto es que se utilicen dichos elementos (subjetivos) en función de factores objetivos del producto que se pretende promocionar, caso en el cual tales mensajes serían sujeto de comprobación; como ocurre en la proclama objeto de estudio, por cuanto la sancionada al utilizar el calificativo aparentemente subjetivo mejor y unirlo a la frase “para la lonchera de sus hijos” le otorga al producto un atributo objetivo, en tanto que está asociado a una cualidad que lo hace más beneficioso frente a los demás productos de su misma categoría que también pueden incluirse en la lonchera de los niños y niñas.

En otras palabras, la sancionada al señalar que el producto era el mejor en función de factores objetivos del producto esto es, “para la lonchera de sus hijos”, lo que genera es que esos mensajes sean sujeto de comprobación, pues de la lectura integral de la proclama se advierte que se le concedió al producto un atributo objetivo, pues se relaciona con una cualidad que lo hace más beneficioso frente a los demás productos de su misma categoría, por lo tanto, mal haría esta Dirección en interpretar de manera sesgada las proclamas, pues las frases se unen en un todo, esto es el mensaje que se pretende transmitir a los consumidores, que sin duda tal como se explicó de manera detallada en la resolución recurrida, tiene un componente objetivo.

Por lo tanto, los argumentos consistentes en que la proclama analizada es un mero juicio estimativo a través del cual se expresa un parecer subjetivo sobre el producto, no son procedentes como quiera que en el presente caso, es clara la objetivización de elementos subjetivos, pues se reitera, el calificativo aparentemente subjetivo mejor al estar unido a la frase “para la lonchera de sus hijos” le otorga al producto un atributo objetivo, en tanto que está asociado a una cualidad que lo hace más beneficioso frente a los demás productos de su misma categoría que también pueden incluirse en la lonchera de los niños y niñas. Asimismo y frente a lo alegado por la sancionada, es preciso señalar que desde la etapa preliminar de la presente actuación, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** reveló que la cualidad y/o condición que se pretendió resaltar en la proclama “Lo mejor para la lonchera de tus hijos” fue la nutrición, pues indicó que *“dentro del plexo de posibilidades que hay en el mercado para suplir la bebida de una lonchera, el refresco de frutas HIT resulta ser, nutricionalmente, una opción -la mejor en un término laudatorio si se quiere, para su fabricante-”,* por lo que mal puede pretender desconocer ahora tales afirmaciones.

7.4.3.1.3. Sobre las proclamas “Elige Hit, la fruta de verdad” y “HIT es fruta de verdad”.

Frente a estas proclamas, en el acto sancionatorio se indicó que:

“En cuanto a la “lecturabilidad y legibilidad” dentro del plano de contenido lingüístico y texto, especialmente enfocada esta categoría a la información explícita del mensaje transmitido en el comercial “1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT”, evidencia este Despacho que en la escena que se desarrolla en el comedor, donde la “niña (1)” le está dando fruta a un bebé y simultáneamente está afirmando “lo primero que probé en mi vida fue una fruta”, al mismo tiempo en la pantalla aparece el enunciado: “De acuerdo con la OMS, después de la leche materna, el primer alimento en la alimentación complementaria son las frutas”, texto este que puede tener dos connotaciones, una dirigida a aclarar la afirmación verbal que proclama la niña en simultánea, es decir, para dar a entender que lo primero que comen los niños después de la leche materna es fruta; y la otra, es la intención de acentuar lo pregonado en su “slogan” “Elige Hit, la fruta de verdad”, más aún si se tiene en cuenta que al momento de visualizarse esta información también se observa en la escena una taza de frutas al lado de un refresco “hit”, tal como se ve en la imagen N° 5 de este acto administrativo, demostrando aún más la equiparación que pretende arraigar GASEOSA POSADA TOBÓN S.A. en la mente de los consumidores entre su refresco de frutas “hit” y las frutas, lo cual es a todas luces engañoso, en la medida que no son productos comparables, como se explicó anteriormente”.

Asimismo, esta Dirección conforme al análisis de los citados comerciales determinó que las referidas proclamas transmiten a los consumidores el mensaje de que el refresco hit contiene una promesa de

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

beneficio intangible, debido a que con dichas afirmaciones la sancionada declara que su producto en su esencia es una fruta real, debido a que tales pregones equiparan esta bebida a la fruta, lo cual influye en la decisión de compra, ya que se crea la expectativa en la mente de los consumidores que el “refresco de frutas hit” es la bebida procesada más cercana a una natural a base de frutas de verdad, sin ningún aditivo adicional y da a entender que aporta los mismos beneficios que ellas.

De ahí que, las proclamas “Elige Hit, la fruta de verdad” y “Hit es fruta de verdad” anunciadas en los comerciales objeto de estudio, en conjunto con la puesta en escena, los protagonistas y el entorno, transmiten como mensaje y generan como percepción en los consumidores que el “refresco de frutas hit” tiene un valor agregado y diferenciador entre los demás de su misma categoría, por ser supuestamente “fruta de verdad”, promesa que resulta incumplida pues en realidad dicho producto, además de no ser “fruta de verdad”, ni siquiera contiene una proporción elevada de fruta o por lo menos lo suficiente para ser considerado como “jugo”, como se evidencia en su tabla nutricional y ficha técnica, ya que dentro de sus ingredientes incluye sólo entre un 8 y un 14% de pulpa de fruta, razón por la que se concluye que el mensaje transmitido, a través de dichas proclamas, es a todas luces engañoso.

En esa medida, los argumentos relacionados con que *“no es cierto lo señalado en la providencia recurrida que la pieza publicitaria informa a los consumidores que el producto es “un jugo a base ciento por ciento de fruta natural”. Si algunos consumidores interpretan el contenido del mensaje publicitario en forma equivocada, irracional y absurda, como lo es interpretar en el caso en cuestión que el producto HIT es “un jugo a base ciento por ciento a fruta natural”, no por ello se puede hacer responsable al anunciante de interpretaciones absurdas”,* no son procedentes por cuanto se reitera, las referidas proclamas transmiten a los consumidores el mensaje de que el refresco hit contiene una promesa de beneficio intangible, debido a que con dichas afirmaciones la sancionada declara que su producto en su esencia es una fruta real, debido a que tales pregones equiparan esta bebida a la fruta, razón por la cual, conforme a lo señalado en las normas endilgadas, la recurrente debe asumir la responsabilidad sobre la información de las características, cualidades, atributos específicos y las condiciones objetivas que anuncia a los consumidores sobre sus productos en la publicidad, por lo tanto, contrario a lo afirmado por la recurrente, sí es responsable de la información que le brinda al público y por ende, de la interpretación que eventualmente llegaren a tener los consumidores.

Asimismo, frente a las alegaciones relacionadas con que la afirmación ‘fruta de verdad’ no se enmarca en una publicidad engañosa, pues el producto anunciado contiene fruta, y el hecho de no informar el porcentaje determinado tampoco lo constituye; se reitera que dicha promesa resulta incumplida pues en realidad el “refresco de frutas hit”, además de no ser “fruta de verdad”, ni siquiera contiene una proporción elevada de fruta o por lo menos lo suficiente para ser considerado como “jugo”, como se evidencia en su tabla nutricional y ficha técnica, ya que dentro de sus ingredientes incluye sólo entre un 8 y un 14% de pulpa de fruta, razón por la que se concluye que el mensaje transmitido, a través de dichas proclamas, es a todas luces engañoso, pues las proclamas “Elige Hit, la fruta de verdad” y “Hit es fruta de verdad” anunciadas en los comerciales objeto de estudio, en conjunto con la puesta en escena, los protagonistas y el entorno, transmiten como mensaje y generan como percepción en los consumidores que el “refresco de frutas hit” tiene un valor agregado y diferenciador entre los demás de su misma categoría, por ser supuestamente “fruta de verdad”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la recurrente no alegó nada frente a la proclama “Jugos HIT”, esta Dirección se atiene a las consideraciones expuestas en el acto sancionatorio.

7.4.3.2. Sobre el segundo hecho.

En relación con el segundo hecho contentivo de la imputación fáctica número 1 de la Resolución N° 19022 de 2019, identificado en la misma con el numeral 27.1.2.2., se le endilgó responsabilidad a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** en el acto sancionatorio ante el incumplimiento de lo previsto en los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3° y los artículos 6°, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1., 2.1.1.1. (literal a), 2.1.1.2. (lit. a.) y los literales b) y c) del numeral 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, con ocasión a lo informado y los mensajes suministrados a los consumidores en las piezas publicitarias, “1970750-HIT MANDARINA” y “El nuevo Hit de Mandarina llegó para quedarse con más fruta”, a través de los cuales se promocionó el refresco de fruta “HIT MANDARINA”, y se proclamó sobre dicho producto que “contiene 2 veces más fruta que otros productos de la categoría: Refrescos de fruta”.

Así las cosas, en relación con la proclama *“contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría: Refrescos de fruta”,* después de un análisis exhaustivo de los elementos materiales probatorios, entre ellos las fotografías aportadas en el escrito de descargos y la ficha técnica

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

del INVIMA, se evidenció que la cantidad de fruta que incluye este producto no es “dos veces más” a la contenida en el refresco “SOKA” sabor mandarina de la marca ALPINA S.A., respecto del cual, según la sancionada, es que su producto “contiene 2 veces más fruta”.

Por lo tanto, la información suministrada en la propaganda comercial comparativa es imprecisa, ya que el objeto de dicha publicidad no se plasmó de manera clara en el mensaje presentado por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** debido a que la confrontación realizada acerca de características objetivas y comprobables del contenido del producto objeto de la publicidad en estudio, frente al comercializado por sus competidores, en lo relativo al porcentaje de fruta, no se comprobó, toda vez que la información suministrada apunta a señalar que el refresco de fruta HIT Mandarina contiene dos veces más de fruta que otros productos de su categoría, sin tener en cuenta que “dos veces más” significa el triple y que el contenido de fruta de su refresco no alcanza a ser el triple de “8%”, que es la cantidad de fruta declarada por su competidor en el refresco “soka”, por lo que la información brindada es engañosa, toda vez que induce a error, engaño o confusión a los consumidores, asimismo, no se cumplió con la calidad ofrecida a los consumidores respecto del producto “refresco de fruta Hit Mandarina” en tanto que no guardan correspondencia las características atribuidas a él en la información suministrada en la publicidad y las que realmente posee el producto. En consecuencia, es clara la violación a lo establecido en las normas imputadas.

En esa medida, los argumentos consistentes en que *“La señora Directora nuevamente para arribar a la conclusión de cuál es el mensaje que trasmite la proclama “contiene dos veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría”, no solamente lo hace sin pruebas que acrediten su dicho, lo que conlleva incumplir su obligación de expedir el acto administrativo suficientemente motivado a partir de las pruebas, sino que se fundamenta en la interpretación que un autor extranjero le da a la referida proclama”* por lo que *“para interpretar el mensaje que trasmite una proclama, esta no se debe ser la interpretación del experto, (...) sino la de una persona o un consumidor común y corriente”*, no son procedentes debido a que de las pruebas remitidas por la sancionada en su escrito de descargos, esto es las fotografías del producto “Soka”, variedad Mandarina, producido por ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. –ALPINA S.A. y la ficha técnica del INVIMA, es que se pudo determinar que el refresco de fruta “HIT MANDARINA” no contiene “dos veces más” fruta que la contenida en el refresco “SOKA”. Ahora bien, es preciso señalar que la cita doctrinal hecha por esta Dirección, se hizo con la finalidad de traer a colación el significado de la frase “dos veces más” en el contexto de una propaganda comercial comparativa, es decir, con el fin de tomar el concepto allí contenido como base conceptual y luego realizar un estudio de la proclama conforme al acervo probatorio obrante en la investigación, sin que ello contraría que el parámetro universal utilizado para evaluar si un mensaje en la publicidad es engañoso o no, es el de consumidor medio o racional.

Por lo tanto, los argumentos de la sancionada no son procedentes.

7.4.3.3. Sobre el tercer hecho.

En relación con el tercer hecho contentivo de la imputación fáctica número 1 de la Resolución N° 19022 de 2019, identificado en la misma con el numeral 27.1.2.3., se le endilgó responsabilidad a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** en el acto sancionatorio ante el incumplimiento de lo previsto en los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3º y los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1., 2.1.1.1. (literal a), 2.1.1.2. (lit. a.) y los literales b) y c) del numeral 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, ya que este Despacho al verificar si la declaración “al mejor precio”, anunciada en las piezas publicitarias distinguidas como “1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017”, “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20”, “HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25”, “628738 - TETRA 1 LITRON”, mediante las cuales se promocionó el tamaño familiar del refresco de fruta “hit”, en sus diferentes sabores, encontró que no cuenta con los soportes documentales que demuestren su veracidad, tal como lo exigen las normas imputadas.

Así las cosas, respecto de la citada proclama, la Dirección procedió a efectuar un análisis minucioso de la certificación de la encuesta realizada por INVAMER S.A.S, para lo cual tuvo en cuenta: i) los meses durante los cuales estuvieron vigentes las pautas publicitarias cuestionadas en este caso, es decir, de diciembre de 2017 a marzo de 2018, así como, ii) que se trataran de productos análogos, que contuvieran la misma cantidad de líquido y la misma presentación, con el fin de realizar la comparación de precios y de la que se pudo advertir que la proclama “el mejor precio” utilizada en las publicidades denominadas “1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017”, “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20”, “HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25” y “628738 - TETRA 1 LITRON”, no es verificable y careció de precisión e idoneidad, como quiera que, no se logró demostrar que el precio del producto “refresco de fruta hit” en la presentación familiar y/o litro, fuera el menor en el mercado colombiano

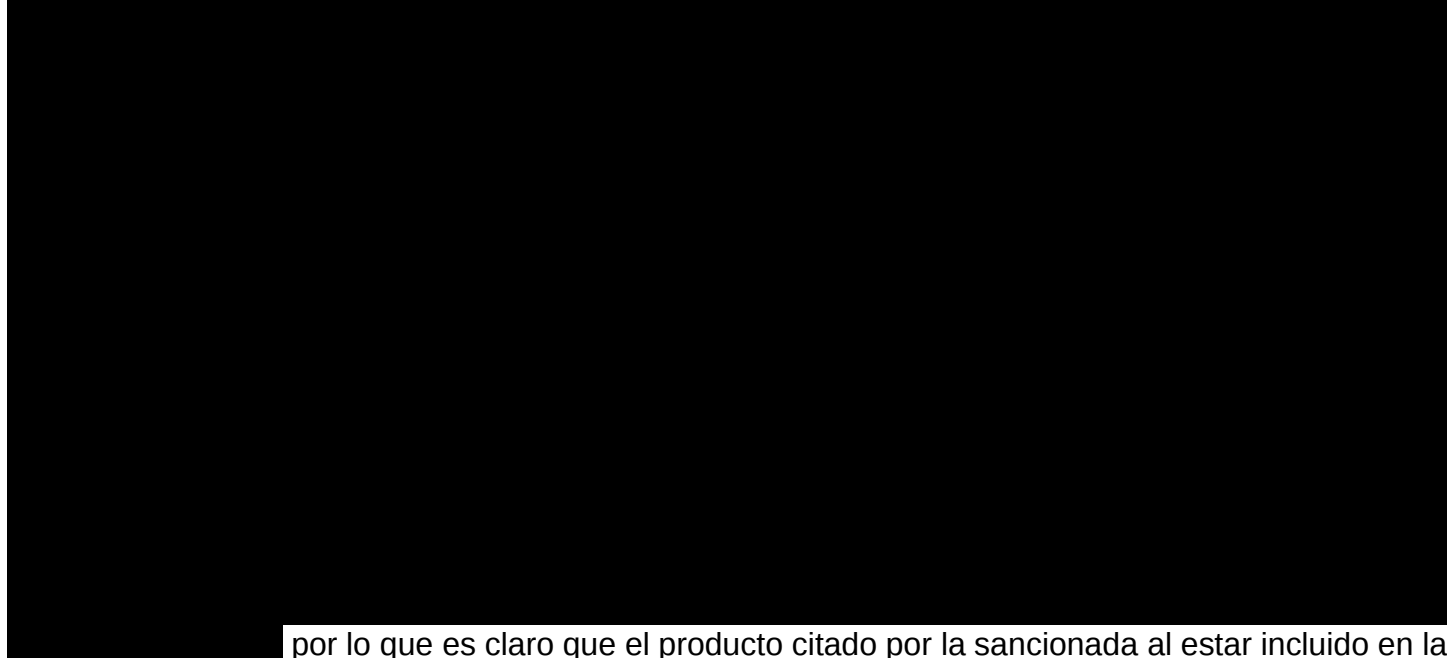
“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación.”

durante la época en que se anunció tal condición objetiva, lo que conlleva a una vulneración de los derechos de los consumidores a recibir productos de conformidad con las condiciones ofrecidas y a obtener información veraz, verificable, precisa e idónea sobre los productos que se ponen en el mercado.

De igual forma, se evidenció una transgresión a las normas imputadas por cuanto *“la información suministrada a los consumidores en la publicidad sobre el precio del producto ofrecido, sin duda alguna incide directamente en el comportamiento económico de los mismos, en tanto que el mensaje transmitido fue que el refresco de fruta hit era el más económico del mercado y al no probarse ese hecho por parte de la investigada, le resta veracidad, precisión, idoneidad y suficiencia a la condición objetiva anunciada “el mejor precio”, toda vez que del documento aportado por la investigada (encuesta realizada por INVAMER S.A.S.) con el fin de demostrar la veracidad de tal declaración, no fue posible establecer siquiera una comparación respecto del precio entre el refresco de fruta “hit” y otro producto de su misma categoría, en razón a que la información allí contenida resultó ser insuficiente e imprecisa para realizar el parangón y así poder comprobar el mensaje anunciado”,* como se indicó en el acto sancionatorio.

Ahora bien, la sociedad recurrente alega que efectuada la comparación entre el producto HIT y el producto SOKA, es indiscutible que en el periodo en que estuvo la publicidad, 11 de diciembre de 2017 al 28 de marzo de 2018, el producto HIT fue el producto del “mejor precio” entre los productos de su categoría, como lo demuestran, a su juicio, la certificación de INVAMER, donde se desprende que el producto SOKA BOTELLA PET 1000 FAMILIAR NO RETORNABLE, tuvo un precio superior al producto objeto de la publicidad y la certificación de NIELSEN en que no solo se refiere en forma expresa al precio del producto objeto de publicidad, sino también al precio de los productos análogos durante el periodo 11 de diciembre 2017 y 28 de marzo de 2018.

Al respecto, es preciso señalar que esta Dirección al evaluar la encuesta realizada por INVAMER S.A.S., encontró que sólo podrían existir tres posibles comparaciones, esto es:



por lo que es claro que el producto citado por la sancionada al estar incluido en la citada encuesta, fue descartado del análisis efectuado por esta Entidad, por no cumplir con los criterios de valoración, esto es, que se traten de productos análogos, que contengan la misma cantidad de líquido y la misma presentación, razón por la cual, la certificación de INVAMER allegada no permite desvirtuar la conducta objeto de reproche.

Ahora bien, tal y como se indicó anteriormente en el considerando 7.3.1. del presente acto administrativo en relación con la certificación de NIELSEN, se debe tener en cuenta que la misma a pesar de demostrar que todos los productos son refrescos y que el contenido es de 1000 CC, no permite realizar la comparación en los términos señalados anteriormente pues la presentación de dichos productos no es idéntica, ya que algunos son en botella y otros en caja. Por lo tanto, la certificación no permite a este Despacho concluir que se trata de extremos análogos y así poder efectuar la comparación pertinente, por lo que la información contenida en aquella, resulta insuficiente para demostrar la veracidad de la afirmación *el mejor precio* del mercado. En consecuencia, los argumentos de la sancionada no son procedentes.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la recurrente no alegó nada frente al cuarto hecho de la imputación fáctica No. 1, esta Dirección se atiene a las consideraciones expuestas en el acto sancionatorio.

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

7.4.3.4. Sobre la Cosa Juzgada.

A lo largo de su recurso, en términos generales la sociedad recurrente cuestionó los argumentos señalados por esta Dirección sobre la no existencia de cosa juzgada, pues en su sentir, los elementos propios de la cosa juzgada respecto de la actuación distinguida con el radicado número 15-271838 se presentaron en la presente investigación. Sostuvo frente a la afirmación *“En cuanto a que ‘La actuación únicamente se centró en determinar si el producto denominado ‘HIT FRUTAS TROPICALES’ sabía a ‘fruta de verdad’ como motivo principal de la queja sin ahondar más allá en el contenido y mensaje integral de la publicidad aportada’, que ‘Esta afirmación no está acorde con las pruebas que obran en el expediente, pues la actuación se dirigió a determinar principalmente si existió publicidad engañosa dado que de conformidad con las manifestaciones del quejoso mi representada GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. estaba divulgando en televisión publicidad en la que se afirmaba que ‘HIT sabe a fruta de verdad, dando a entender que el producto está elaborado directamente de fruta, que es natural y que por ende su composición mayoritariamente es de fruta de verdad’.”*

Adujo que *“en el acto administrativo con número de radicación 15-271838-9 del 17 de agosto de 2016, esa Entidad expuso de manera completa y de fondo las razones que tuvo para no abrir la investigación administrativa y, en cambio, proceder con el archivo de la actuación”*. Indicó que *“Ahora bien, en lo referente a la afirmación de que ‘i) no hubo dos ‘juicios’, uno en firme y otro en curso’, se subraya que el acto que terminó con la actuación administrativa (indagación preliminar) y decidió no iniciar investigación, además de ser un acto administrativo definitivo pues decidió de fondo la actuación, cobró firmeza desde el día siguiente al de su comunicación en los términos del numeral 1 del artículo 87 de CPACA. Si el acto de archivo no hubiera decidido de fondo la actuación, la Entidad hubiera estado obligada a abrir la investigación administrativa correspondiente”*.

Sostuvo que *“En suma, la Superintendencia cuando expidió el acto que decidió archivar la averiguación preliminar con número de radicación 15-271838, si se pronunció de fondo ‘sobre las proclamas’ objeto de la presente actuación administrativa y sobre la publicidad que las contiene a efecto de verificar el cumplimiento o no de las normas sobre protección al consumidor. Se reitera que el acto administrativo por medio del cual se decidió no iniciar investigación administrativa expresamente señaló que fueron analizadas las piezas publicitarias aportadas por el denunciante, al menos dos de las cuales corresponden a las revisadas también en la presente actuación administrativa que terminó con la Resolución 37544 de 2020 que hoy se recurre”* para lo cual se refirió a los comerciales 1 y 3, haciendo alusión a la proclama *“Elige HIT la fruta de verdad”*.

Alegó que *“en cuanto a la identidad de objeto y causa entre las dos actuaciones administrativas (la 15-271838 y la 17-424418), tenemos que en las dos corresponde a la verificación del engaño e inducción a error al consumidor y, por tanto, a la verificación de la existencia de publicidad engañosa con las piezas publicitarias analizadas y arriba transcritas. Claramente en la presente actuación que terminó con la Resolución 37544 de 2020 que hoy se recurre, se puede afirmar que el objeto es aún más amplio, por lo que tendríamos que decir que el requisito de identidad de objeto se cumple en lo que coinciden. En cuanto a la causa, entendida esta como la coincidencia de hechos motivo de la pretensión, encontramos que en ambas actuaciones los hechos corresponden a la divulgación por parte de GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. de piezas publicitarias, que fueron percibidas por los denunciantes como engañosas e inductivas a error. En el caso de la actuación con número de radicación 15- 271838 el hecho de la divulgación de los comerciales 1 y 3 antes transcritos, corresponde exactamente a los mismos que también fueron analizados e investigados en la actuación con número de radicación 17-424418”*.

Por su parte, la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPA-**, en términos generales señaló que las alegaciones de la sancionada desconocen por completo la naturaleza y el alcance de las actuaciones de uno y otro procedimiento administrativo. Indicó que *“En primer término, POSTOBÓN ignora el propósito y contenido de la averiguación preliminar como etapa previa al procedimiento administrativo sancionatorio propiamente dicho. Como lo establece el inciso segundo del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, las averiguaciones preliminares tienen como único propósito verificar la ocurrencia de hechos, y si éstos revisten mérito suficiente para formular cargos por la violación de normas. Cuando la administración decide archivar un expediente y no formular cargos, ello no implica un juicio de fondo sobre la inexistencia de una conducta sancionable. Por el contrario, se trata de una determinación de carácter formal en virtud de la cual la administración indica que a partir de cierta información específicamente no es posible formular cargos específicos contra una persona por la presunta violación de una norma jurídica. Como no se trata de una decisión de fondo no es susceptible de ser recurrida, ni de ser revocada directamente por la autoridad. Estas características la diferencian de la decisión de archivar una investigación de que trata el artículo 49 de*

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

la Ley 1437 de 2011”.

Afirmó que *“El archivo de una averiguación preliminar es una actuación de trámite que no decide sobre el fondo del asunto que se está revisando y en consecuencia no puede llegar a revestir la calidad de cosa juzgada. Sobre este particular es preciso anotar que el efecto de cosa juzgada sólo se podría producir luego de haber agotado un procedimiento con el lleno de las garantías procedimentales (...) En el presente caso, la SIC además de invocar la doctrina administrativa sobre el alcance de las averiguaciones preliminares, también hace el examen definido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema para determinar si hay o no cosa juzgada. De acuerdo con este examen puede invocarse la excepción de cosa juzgada si luego de haberse producido una decisión de fondo, se inicia una nueva actuación que tenga el mismo objeto, se funde en la misma causa, e involucre a los mismos sujetos”*. Manifestó que *“Así, al comparar la decisión de archivo proferida en 2016 por la SIC dentro del expediente 15-271838 con el trámite que se adelanta actualmente, resulta palpable que si bien ambas actuaciones se adelantan por parte de la SIC en contra de POSTOBÓN, las mismas tienen un objeto y una causa distinta”* y concluye que no hay razón alguna para considerar si quiera la existencia de una supuesta cosa juzgada.

Sobre tales alegaciones, se debe tener en cuenta que frente a la cosa juzgada existen decisiones de las diferentes jurisdicciones que han permitido configurar su concepto, características y procedencia. Así por ejemplo, de las interpretaciones del Consejo de Estado se citan las siguientes conclusiones³⁴:

“Esta Sala ha expresado que el objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser debatidos nuevamente en un proceso posterior. Lo anterior por cuanto lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante, obligatorio y, por lo tanto, de inmutable. De acuerdo con lo anterior, según lo prevé el artículo 303 del Código General del Proceso, los elementos constitutivos de la cosa juzgada, son: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa e, (iii) identidad jurídica de partes”.

En el mismo sentido, ha señalado la Corte Constitucional³⁵:

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

La Corte Suprema de Justicia por su parte, en la Sentencia número CS-10200 de 2016 define y reitera los elementos para determinar la existencia y efectos de la cosa juzgada, así:

“Cuando una controversia ha sido objeto de un juicio lógico por parte de los órganos jurisdiccionales —explicaba Ugo Rocco— dentro del cual fue resuelta, se produce el fenómeno de la cosa juzgada, del cual deriva ‘la fuerza o la eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida’ en el fallo que ‘está destinada a tutelar el quid decismum de la sentencia en un proceso futuro’, en la medida en que impide ‘la reproducción del proceso de cognición’.

De ahí que también se presente como una obligación del Estado a través de las autoridades judiciales, y un derecho subjetivo de las partes, pues las primeras tienen ‘la obligación jurídica de no juzgar una cuestión que ya ha sido objeto de un juicio anterior entre los mismos sujetos’. Y, por otro lado, las partes, actor y demandado, no sólo tienen la obligación jurídica de no pretender, de parte de los órganos jurisdiccionales del Estado, la prestación de la actividad jurisdiccional de cognición una vez que la hayan obtenido mediante la emisión de la sentencia final de mérito pasada en cosa juzgada, sino que tienen también el derecho a que los órganos jurisdiccionales del Estado no emitan nuevamente otra sentencia de fondo, es decir, no juzquen nuevamente las relaciones jurídicas ya declaradas ciertas mediante sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada”.

En sentido material, la institución de res iudicata pretende evitar que dentro de un nuevo

³⁴ Consejo de Estado, sentencia del 25 de febrero de 2015, expediente 2014-00219 (ACU).

³⁵ Corte Constitucional, sentencia del 25 de julio 2001, expediente D. 3271.

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

proceso, se profiera una decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esa clase de autoridad, como respuesta a ‘la exigencia social de que no sean perpetuos los pleitos, como igualmente de que los derechos sean ciertos y estables, una vez obtenida la tutela del Estado’.

«La eficacia de ciertos derechos fundamentales, entre los cuales se deben destacar el debido proceso —y como expresión del mismo, que nadie puede ‘ser juzgado dos veces por el mismo hecho’— (C.P., art. 29), la seguridad jurídica y el acceso a la administración de justicia (C.P., art. 229) —ha sostenido esta Corporación— exige que las sentencias constituyan el fin de los litigios que con ellas se resuelven, de forma que, luego de que adquieran firmeza, ninguno de los interesados, mucho menos aquél a quien no favoreció el respectivo fallo o que albergue inconformidad con algunas de las determinaciones adoptadas, pueda proponer nuevamente el mismo conflicto, buscando con tal proceder una decisión contraria, en todo o en parte, a la inicialmente emitida».

(...)

El artículo 332 del estatuto adjetivo reconoce a la cosa juzgada una función positiva al establecer que:

La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. Se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro y al secuestro en los demás casos.

Dicho precepto se identifica con una tesis muy extendida en la doctrina procesal sobre las tres identidades de la cosa juzgada, conforme a la cual -anota Guasp- para que un fallo goce de la autoridad de ese instituto en un proceso posterior «es preciso que entre el primer pronunciamiento y el nuevo litigio se dé perfecta concurrencia de tres elementos comunes: los sujetos (eadem personae), el objeto (eadem res) y la causa o razón de pedir (eadem causa petendi), existiendo en consecuencia tres clases de límites de la cosa juzgada: límites subjetivos, límites objetivos y límites causales».

«Solamente cuando el proceso futuro es idéntico, en razón de estos tres elementos —ha expresado la Sala- la sentencia dictada en el anterior produce cosa juzgada material» (CSJ SC, 24 Abr. 1984, reiterada en CSJ SC280, 24 Jul. 2001, rad. 6448), contrario sensu, si falta uno de ellos, esa providencia no genera el comentado efecto jurídico procesal en la nueva causa judicial, y por lo tanto, en la última podrá dirimirse la litis de forma diferente a la consignada en el pronunciamiento dictado en el otro juicio”. (Destacado fuera del texto original).

En este orden de ideas, la fuerza de cosa juzgada se adquiere cuando se profiere un acto administrativo o sentencia ejecutoriada, que decide previamente sobre el mismo objeto, la misma causa y con identidad de las partes.

En ese sentido, es claro para esta Dirección que el fenómeno de cosa juzgada no se configuró en este caso pues el trámite referido por la sancionada, esto es, la actuación adelantada bajo el radicado No. 15-271838, además de culminar con un archivo de la actuación preliminar y, por ende, ser un acto de trámite que no fue proferido dentro de un proceso administrativo sancionatorio, debido a que no se hizo un juicio de responsabilidad propiamente dicho con las etapas procesales que el mismo conlleva, no estudió de fondo las proclamas objeto de reproche de la presente investigación, ni mucho menos de la publicidad que la contienen a efecto de verificar el cumplimiento o no de las normas de protección al consumidor que fueron imputadas en el presente caso.

Aunado a lo anterior, si bien es cierto tanto en el trámite adelantado bajo el radicado No. 15-271838 como en el presente caso se presenta una identidad de las partes, ya que la sociedad requerida en el marco de la averiguación preliminar, y sancionada en la presente actuación, es la sociedad **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, lo cierto es que no existe: i) identidad de objeto comoquiera que en la actuación preliminar (15-271838), lo que fue objeto de análisis fue el “sabor a fruta” y el “contenido de fruta” de los refrescos “hit”, mientras que en el presente proceso lo que se examinó fue la veracidad de las proclamas “Elige Hit, la fruta de verdad” y “HIT es fruta de verdad” y por lo tanto, su posible inducción a engaño, error o confusión, entre otros derechos de los consumidores protegidos por esta Entidad ni, ii) identidad de causa debido a que “durante la actuación preliminar número 15-271838, sólo se realizó un requerimiento de información a GASEOSAS POSTOBÓN TOBÓN S.A., el cual se limitó a indagar sobre las piezas publicitarias mediante las cuales se ofreció al público el producto “Jugo Hit Frutas Tropicales”, ficha técnica del mismo, su registro sanitario, empaques y peticiones, quejas y reclamos recibidas con ocasión al mismo, así como la explicación y estudios técnicos y

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

científicos que soportan la afirmación “Elige Hit, la fruta de verdad” y sólo con base en la respuesta a ese requerimiento la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor profirió la decisión de archivo de esa averiguación; mientras que para formular el pliego de cargos que dio inicio a la presente investigación, se tuvieron en cuenta por lo menos la respuesta a tres requerimientos de información relacionada con todas las variedades del refresco de frutas “hit” y más de 5 visitas realizadas a páginas web, entre otros documentos recaudados en su etapa previa, por lo que se deduce que no hubo identidad de causa entre el nombrado acto de archivo y la Resolución N° 19022 de 2019, por la cual se inició la presente investigación administrativa, y tampoco entre ésta y la Resolución número 12078 de 2017, que resolvió la solicitud de revocatoria directa presentada en contra de la decisión de archivo emanada dentro del radicado N° 15-271838”, tal y como se señaló en el acto sancionatorio, por lo que no son procedentes los argumentos de la sancionada referidos a indicar que sí hay identidad de objeto y causa entre las dos actuaciones administrativas (15-271838 y 17-424418).

Asimismo, los argumentos de la recurrente tendientes a señalar que no comparte la afirmación de la Dirección consistente en que “La actuación únicamente se centró en determinar si el producto denominado ‘HIT FRUTAS TROPICALES’ sabía a ‘fruta de verdad’ como motivo principal de la queja sin ahondar más allá en el contenido y mensaje integral de la publicidad aportada”, por cuanto “Esta afirmación no está acorde con las pruebas que obran en el expediente, pues la actuación se dirigió a determinar principalmente si existió publicidad engañosa dado que de conformidad con las manifestaciones del quejoso mi representada GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. estaba divulgando en televisión publicidad en la que se afirmaba que “HIT sabe a fruta de verdad, dando a entender que el producto está elaborado directamente de fruta, que es natural y que por ende su composición mayoritariamente es de fruta de verdad”; no son procedentes debido a que del estudio de la documentación recaudada dentro del radicado No. 15-271838, esta Dirección decidió archivar la actuación preliminar por considerar que la afirmación ‘fruta de verdad’ alusiva al producto “HIT FRUTAS TROPICALES” no enmarca una publicidad engañosa, toda vez que el mismo contiene fruta, información visible en los envases y soportada con la ficha técnica, por lo que teniendo en cuenta que en la publicidad no se indica a los consumidores que el producto cuenta con un porcentaje determinado de fruta o que el mismo es en su totalidad elaborado a base de fruta, no es posible endilgar una presunta publicidad engañosa. En ese sentido, contrario a lo aducido por la recurrente, la citada actuación sí se centró únicamente en determinar si el producto “HIT FRUTAS TROPICALES” sabía a fruta sin ahondar más allá en el contenido y mensaje integral de la publicidad, esto es, en analizar el “sabor a fruta” y el “contenido de fruta” del citado producto.

De igual forma, los argumentos tendientes a señalar que “la Superintendencia cuando expidió el acto que decidió archivar la averiguación preliminar con número de radicación 15-271838, si se pronunció de fondo ‘sobre las proclamas’ objeto de la presente actuación administrativa y sobre la publicidad que las contiene a efecto de verificar el cumplimiento o no de las normas sobre protección al consumidor”, no son de recibo para esta Dirección por cuanto, se reitera, el archivo de la actuación No. 15-271838 se centró únicamente en determinar si el producto “HIT FRUTAS TROPICALES” sabía a fruta sin ahondar más allá en el contenido y mensaje integral de la publicidad, mientras que en el presente caso uno de los fundamentos de la sanción consistió en que las proclamas “Elige Hit, la fruta de verdad” y “Hit es fruta de verdad” anunciadas en los comerciales objeto de estudio, en conjunto con la puesta en escena, los protagonistas y el entorno, transmiten a los consumidores el mensaje de que el refresco hit contiene una promesa de beneficio intangible, debido a que con dichas afirmaciones la sancionada declara que su producto en su esencia es una fruta real, debido a que tales pregones equiparan esta bebida a la fruta, lo cual influye en la decisión de compra, ya que se crea la expectativa en la mente de los consumidores que el “refresco de frutas hit” es la bebida procesada más cercana a una natural a base de frutas de verdad, sin ningún aditivo adicional y da a entender que aporta los mismos beneficios que ellas, por lo que es claro que el análisis efectuado en cada uno de los casos es completamente diferente y no se equiparan como lo pretende hacer ver la sancionada, por lo tanto, mal haría en hablarse de cosa juzgada cuando lo estudiado y analizado en el trámite No. 15-271838 no se equipara con las imputaciones realizadas en el presente proceso contra la sancionada, basta con comparar las imputaciones acá formuladas y el contenido de las actuaciones surtidas en el otro proceso para vislumbrar que no tienen unidad de materia, que permitan llevar a una cosa juzgada.

Finalmente, los argumentos consistentes en que “el acto que terminó con la actuación administrativa (indagación preliminar) y decidió no iniciar investigación, además de ser un acto administrativo definitivo pues decidió de fondo la actuación, cobró firmeza desde el día siguiente al de su comunicación en los términos del numeral 1 del artículo 87 de CPACA. Si el acto de archivo no hubiera decidido de fondo la actuación, la Entidad hubiera estado obligada a abrir la investigación administrativa correspondiente”, no son procedentes como quiera que el archivo de la actuación No. 15-271838, corresponde a un acto de trámite por cuanto su único objetivo fue darle un correcto proceder a la queja presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, y por lo tanto, no se profirió

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

dentro de un proceso administrativo sancionatorio, el cual sólo inicia con la resolución de formulación de pliego de cargos. Además, contrario a lo aducido por la sancionada, si un acto de archivo no se profiere dentro de actuación preliminar, no necesariamente esta Entidad está obligada a abrir una investigación administrativa mediante formulación de cargos, pues de conformidad con las facultades otorgadas mediante el Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1480 de 2011, puede emitir otro tipo de actos de trámite como una instrucción administrativa o efectuar un requerimiento de información.

Por lo tanto, los argumentos de la sancionada no son procedentes.

7.4.4. Sobre la imputación fáctica No. 2.

Alega la recurrente que “Respecto de la primera consideración expuesta por la Dirección en la imputación de este cargo, lo primero que es necesario reseñar es que en la imputación 2 se señalan publicidades que no fueron señaladas ni evaluadas en la imputación 1, motivo por el cual se desconocieron, frente a estas, las razones por las cuales la Dirección consideró, para hacer la imputación del cargo, que las mismas podían ser engañosas o confusas. Esta misma consideración es aplicable en lo referente a la segunda parte de la imputación, es decir, que en la solicitud de explicaciones no se indicaron de manera precisa y concreta las razones por las cuales las publicidades referidas en esta imputación infringían lo dispuesto en el artículo 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2 del Decreto 1074 de 2015, lo que implicó una violación al debido proceso”.

Por su parte, la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPA-**, en términos generales señaló que *“Además de menoscabar los derechos de los consumidores a recibir información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y a no recibir publicidad engañosa, POSTOBÓN también ha violado de manera particular el derecho de NNA a recibir información que sea acorde a su nivel de desarrollo. El derecho constitucional fundamental de NNA a recibir información, se encuentra consagrado en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006 «por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia» y busca asegurar la protección de la seguridad, la salud y la moral de esta población. Adicionalmente, el artículo 28 de la Ley 1480 de 2011 «por medio de la cual de expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones» estableció en el artículo 28 la obligación en cabeza del Gobierno Nacional de reglamentar en el término de un (1) año, «los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores». Aunque la regulación específica no se expidió dentro del término fijado por el legislador, ni tampoco comprende todos los aspectos que el asunto demanda, el Gobierno Nacional sí profirió el Decreto 975 de 2014, que vino a ser incorporado dentro del Decreto 1074 de 2015, y estableció algunas protecciones específicas frente a los NNA”.*

Así, luego explicar la gravedad de la afectación de los niños, niñas y adolescentes, afirmó que *“Las anteriores violaciones han sido claramente definidas por la SIC en la Resolución 19022 de 2019 y han podido ser debidamente controvertidas por POSTOBÓN a lo largo de este proceso, por lo que no resulta válido sostener que no se haya precisado el cargo de manera clara, ni que no se encuentre debidamente demostrado. Como se indicó anteriormente, se trata de un cargo independiente en atención a la violación de los derechos de NNA en su calidad de consumidores, que resultaba indispensable comoquiera que en el presente caso no solo es ostensible la violación de los derechos del público en general, sino que además se concreta por razones análogas y complementarias una grave violación de los derechos de los NNA como uno de los públicos a quienes se dirige de manera específica el producto «Hit»”.*

De cara a los anteriores argumentos, esta Dirección reitera que en la Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019, se imputó una presunta responsabilidad a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** por considerar que en los comerciales titulados ‘1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’, ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’, ‘1789155-HIT LONCHERA’, ‘1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N’, ‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’, ‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’ y ‘HIT JUGOS-REF 30-30’ protagonizados por niños, niñas y adolescentes, que buscaban influir en su decisión de consumo y en los que se promocionó el “refresco de frutas HIT”, declaran características y/o condiciones objetivas de los productos ‘HIT’ que pueden ser engañosas o confusas y/o que pueden inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que pueden carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad tal como quedó ampliamente expuesto en el desarrollo de la imputación fáctica No. 1, cuyos argumentos se tienen por reproducidos en este cargo, por lo que aparentemente se i) vulneró el derecho de los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de recibir una información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos ofrecidos según lo dispuesto en el artículo 2.2.2.2.33.3. del Decreto 1074 de 2015 y se, ii) incumplió las obligaciones de evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondían a la realidad del producto en lo

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

relacionado con sus características y de no exagerar su naturaleza (artículo 2.2.2.33.4. numerales 1 y 2.2. ídem).

Por lo tanto, es evidente que en el pliego de cargos frente a la imputación fáctica No. 2, sí se estableció con precisión y claridad los supuestos fácticos objeto de reproche, las normas infringidas y la sanción a imponer, lo cual fue corroborado en el acto sancionatorio, por lo que en ningún momento se vulneró el derecho al debido proceso de la sancionada.

Ahora bien, el argumento consiste en que *“Respecto de la primera consideración expuesta por la Dirección en la imputación de este cargo, lo primero que es necesario reseñar es que en la imputación 2 se señalan publicidades que no fueron señaladas ni evaluadas en la imputación 1, motivo por el cual se desconocieron, frente a estas, las razones por las cuales la Dirección consideró, para hacer la imputación del cargo, que las mismas podían ser engañosas o confusas”*, no es procedente comoquiera que las piezas publicitarias sobre las cuales se fundamentó el cargo bajo estudio correspondieron a los comerciales titulados ‘1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’, ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’, ‘1789155-HIT LONCHERA’, ‘1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N’, ‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’, ‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’ y ‘HIT JUGOS-REF 30-30’, los cuales también sirvieron de fundamento frente a los diversos supuestos fácticos o hechos que fueron endilgados en la imputación fáctica No. 1, como se observa a continuación:

Cuadro 1 –RESUMEN PIEZAS PUBLICITARIAS IMPUTACIÓN FÁCTICA Nº 1 Y Nº2 (Elaboración propia).

Imputación fáctica No. 1	Imputación fáctica No. 2
Primer supuesto fáctico o hecho 1. “1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA”. 2. “1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT”	1. “1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s” – “1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT” – “N’- 1882684-TEMATICO HIT N”. 2. “1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s” – “1789155-HIT CAJA – 20/ 1789155 LONCHERA”
Segundo supuesto fáctico o hecho 1. “1970750-HIT MANDARINA” y “El nuevo Hit de Mandarina llegó para quedarse con más fruta”. (No se imputó en el segundo cargo).	3. “1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017” – “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20” 4. “HIT JUGOS-REF 30-30”.
Tercer supuesto fáctico o hecho 1. “1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017”, “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20”. 2. “HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25”, “628738 - TETRA 1 LITRON”. (No se imputó en el segundo cargo).	
Cuarto supuesto fáctico o hecho 1. “HIT JUGOS 500 ML –LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20”. (No se imputó en el segundo cargo). 2. “HIT JUGOS-REF 30-30”.	

Así las cosas, es evidente que todas las piezas publicitarias sobre las cuales se fundamentó el cargo No. 2, también fueron señaladas y evaluadas en la imputación No. 1.

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

Ahora bien, frente al argumento consistente en que *“Esta misma consideración es aplicable en lo referente a la segunda parte de la imputación, es decir, que en la solicitud de explicaciones no se indicaron de manera precisa y concreta las razones por la cuales las publicidades referidas en esta imputación infringían lo dispuesto en el artículo 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2 del Decreto 1074 de 2015, lo que implicó una violación al debido proceso”*, es preciso reiterar que en la citada imputación fáctica se señaló de manera clara que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** posiblemente incumplió las obligaciones de evitar el uso de imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con sus características y la prohibición de exagerar la verdadera naturaleza del mismo, conforme a los comerciales titulados ‘1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’, ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’, ‘1789155-HIT LONCHERA’, ‘1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N’, ‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’, ‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’ y ‘HIT JUGOS-REF 30-30’ protagonizados por niños, niñas y adolescentes, que buscaban influir en su decisión de consumo y en los que se promocionó el “refresco de frutas HIT”, por cuanto los citados comerciales declaran características y/o condiciones objetivas de los productos ‘HIT’ que pueden ser engañosas o confusas y/o que pueden inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que pueden carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad tal como quedó ampliamente expuesto en el desarrollo de la imputación fáctica No. 1, cuyos argumentos se tienen por reproducidos en este cargo.

Conforme a lo expuesto, no existe vulneración alguna al debido proceso de la sancionada como quiera que el cargo No. 2 fue claro y preciso en señalar las conductas presuntamente reprochadas, las normas aparentemente vulneradas y la sanción a imponerse en caso de encontrarse probado dicho incumplimiento.

7.4.5. Sobre la imputación fáctica No. 3.

Afirma la recurrente que el requerimiento de información fue atendido por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** dentro del término otorgado para el efecto, el día 8 de agosto de 2018, mediante la comunicación No. 17-424418-10, con la cual se adjuntó un dispositivo USB que contenía la información requerida. Sostuvo que se vulneró el derecho al debido proceso, por cuanto la decisión de esta Entidad no se basó en pruebas suficientes para arribar a la conclusión y manifestó que *“(…) rechaza la irrespetuosa calificación de “falaz” que hace la señora Directora respecto de las razones expuestas por la defensa en el escrito de descargos, que justificaron que no se haya adjuntado con la respuesta al primer requerimiento de información lo relacionado con las etiquetas, ficha técnica y registro sanitario del jugo de naranja 100% de fruta HIT.*

La defensa en su momento consideró que el requerimiento de información con número de radicación 17-424418-6 del 28 de junio de 2018, se refería al producto “refresco de frutas pasteurizado” comercializado en diferentes variedades y no al “jugo de naranja 100% de fruta HIT”. Ello, no sólo por el contexto de las demás solicitudes que se hicieron con dicho requerimiento en las que también se hizo alusión a expresiones en piezas publicitarias que se referían todas al “refresco de frutas pasteurizado”, sino también, por lo manifestado desde el primer momento por mi apoderada con la respuesta, cuando señaló (...)

Por su parte, la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPAZ-**, en términos generales señaló que *“Además de la violación a las disposiciones anteriormente referidas, POSTOBÓN también faltó al deber de responder de forma completa y oportuna a los requerimientos de información formulados por la SIC. Específicamente, existe claridad que POSTOBÓN no allegó al Despacho la totalidad de las piezas publicitarias con las que anunció el producto Hit, en la variedad de maracuyá, ni el comercial «HIT JUGOSREF 30-30». Tampoco aportó los empaques en las variedades mandarina, naranja y maracuyá del refresco de frutas “HIT”, ni sus respectivas fichas técnicas. Adicionalmente, no presentó el Registro Sanitario del refresco de frutas «Hit”.*

Agregó que *“estas faltas impiden el adecuado ejercicio de las competencias a cargo de esta entidad. De otra parte, RED PAPAZ agrega que también menoscaban el principio de prevalencia de los derechos de NNA, de acuerdo con el cual los asuntos que involucren a esta población deben ser decididos de manera prevalente. En este punto es relevante mencionar que a pesar de que POSTOBÓN solicitó una ampliación del término para responder el requerimiento formulado el 28 de junio de 2018, y del que vino a ser notificada el 9 de julio del mismo año, y esta solicitud fue autorizada por la SIC, no presentó la totalidad de los documentos solicitados. Algunos de éstos vinieron a ser allegados con el escrito de descargos lo que afectó de manera evidente el ejercicio de las funciones a cargo del Despacho. Por este motivo, resulta indispensable que la SIC confirme la Imputación Fáctica No. 3 la cual ha quedado demostrada y que además esta conducta debe ser tenida en cuenta en la*

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

graduación de la sanción, debido a que constituye en sí misma una «resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión”.

De cara a los argumentos de la sancionada, es preciso anotar que, no es cierto que el requerimiento impartido por este Despacho haya estado circunscrito y/o delimitado a una campaña promocional específica, en tanto que el numeral 1 de la citada orden no distingue una campaña específica como tal, sino que simplemente hace alusión a la bebida “jugos hit”, a la cual dentro del resto del documento la denomina como “el producto”, sobre el cual hace una serie de requerimientos de información y documentación de manera general, indistintamente a las solicitudes específicas sobre afirmaciones anunciadas en algunas piezas publicitarias, por lo que no se puede predicar que las fichas técnicas, registro sanitario, etiquetas y porcentaje de fruta de las variedades Maracuyá y Mandarina no fueron requeridas por este Despacho. En efecto, el requerimiento se efectuó en los siguientes términos:

“(…)

“1. Informar desde qué fecha está comercializando el producto denominado ‘jugos Hit’. (En adelante el producto).

11. Remitir la totalidad de piezas publicitarias (indistinto del medio de divulgación, televisión, redes sociales, etc) emitidas durante los dos últimos años en relación con el producto. Discriminando los medios y frecuencia con la cual se emitieron.

12. Aportar los estudios técnicos, científicos y/o académicos en idioma español en los cuales se sustenten las siguientes afirmaciones:

e) ‘Elige Hit la fruta de verdad’

f) ‘Porque Hit es fruta de verdad’

g) ‘Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugo Hit’

h) Mi mamá sabe que me encanta la fruta. Por eso en mi lonchera siempre hay Hit. Porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá’

13. Anexar los empaques y/o etiquetas de las diferentes presentaciones del producto.

14. Allegar la ficha técnica del producto.

15. Aportar copia del Registro Sanitario del producto, expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA.

16. Explicar los motivos por los cuales se puede catalogar al producto ‘jugos Hit’ como ‘Lo mejor para la lonchera de tus hijos’ (Aportar las pruebas que sustenten su respuesta).

17. Informar cuál es el contenido de fruta que contiene el referido producto.

18. Explicar de manera clara y concisa a que hace alusión la afirmación ‘fruta de verdad’.

19. Remitir las relaciones de peticiones, quejas y reclamos recibidas durante el año 2017 y lo corrido del 2018 relacionadas con el citado producto, en la que se indique, como mínimo, la siguiente información: i) fecha de presentación, ii) nombre del quejoso, iii) motivo de la queja y, iv) trámite dado a la misma.

(…)”.

Así las cosas, tal y como se indicó líneas atrás, del análisis del acervo probatorio se encontró que la hoy sancionada con la respuesta dada al requerimiento efectuado por esta Dirección, no aportó los empaques y/o etiquetas del producto en las variedades mandarina, naranja y maracuyá del refresco de frutas “HIT”, ni sus respectivas fichas técnicas, como tampoco fue allegado el Registro Sanitario del refresco de frutas “hit”, ni los datos correspondientes a las mencionadas variedades, situación que a todas luces configura la conducta objeto de reproche.

Aunado a lo anterior, si bien este Despacho no puede pasar por alto el hecho que **GASESOSAS POSADA TOBÓN S.A.** junto con sus descargos aportó a través de dispositivo USB, copia del registro sanitario, ficha técnica, etiqueta y porcentaje del contenido de fruta del producto refresco de fruta pasteurizado Hit variedades maracuyá y mandarina, así como del jugo 100% de naranja, lo cierto es que la sancionada mantuvo su conducta omisiva hasta el 12 de julio de 2019, fecha en la cual radicó el escrito distinguido con el consecutivo 50 del expediente de la referencia, contentivo de los mencionados descargos.

Al respecto, es pertinente insistir a la sancionada que las órdenes impartidas por esta Autoridad son de obligatorio cumplimiento y, por tanto, los vigilados deben obedecer las instrucciones, en los términos **y dentro de la oportunidad concedida por la administración**, toda vez que no se trata de una mera potestad del agente del mercado de atenderlas, sino que se erige como una orden que tiene como finalidad evitar que se siga causando un perjuicio de los consumidores.

De otra parte, cabe resaltar, que las erradas interpretaciones de la sancionada de ninguna manera la eximen de responsabilidad, pues **GASESOSAS POSADA TOBÓN S.A.** como agente del mercado

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

debe cumplir fielmente sus deberes pues de lo contrario, se impacta el orden social³⁶. En tal sentido, compete a la persona jurídica a través de su representante legal, el cumplimiento del giro ordinario de sus negocios, por lo que éste es el principal responsable de las actuaciones que despliegue o llegue a desplegar la empresa.

En esa medida, en relación a lo manifestado por la recurrente sobre los requerimientos que le hizo esta Dirección en 3 ocasiones y en los que, a su juicio, en ninguno de ellos se manifestó o confirmó que era necesaria la información relacionada con el jugo 100% de naranja ni con el resto de la información que se extrañó, así como tampoco la SIC aclaró el sentido de su solicitud para su mejor entendimiento, por lo que en su criterio, sólo se esperó a la formulación de cargos para señalar que no se había aportado la información, que además no era necesaria, pues la actuación se centró en las campañas y piezas publicitarias relacionadas con el “refresco de frutas pasteurizado” en diferentes variedades, por lo que se ha debido insistir y volver a requerir en lo que se necesitaba puntualmente por parte de esta Dirección; se debe decir que, la orden contenida en el oficio No. 17-424418-6 del 28 de junio de 2018 constaba de dos partes, a saber: **a)** allegar la siguiente información: 1. informar desde qué fecha está comercializando el producto denominado ‘jugos Hit’. (En adelante el producto), 2. Remitir la totalidad de piezas publicitarias (indistinto del medio de divulgación, televisión, redes sociales, etc) emitidas durante los dos últimos años en relación con el producto. Discriminando los medios y frecuencia con la cual se emitieron, 3. Aportar los estudios técnicos, científicos y/o académicos en idioma español en los cuales se sustenten las siguientes afirmaciones: a) ‘Elige Hit la fruta de verdad’, b) ‘Porque Hit es fruta de verdad’, c) ‘Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugo Hit’, d) Mi mamá sabe que me encanta la fruta. Por eso en mi lonchera siempre hay Hit. Porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá’, 4. Anexar los empaques y/o etiquetas de las diferentes presentaciones del producto, 5. Allegar la ficha técnica del producto, 6. Aportar copia del Registro Sanitario del producto, expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, 7. Explicar los motivos por los cuales se puede catalogar al producto ‘jugos Hit’ como ‘Lo mejor para la lonchera de tus hijos’ (Aportar las pruebas que sustenten su respuesta), 8. Informar cuál es el contenido de fruta que contiene el referido producto, 9. Explicar de manera clara y concisa a que hace alusión la afirmación ‘fruta de verdad’, 10. Remitir las relaciones de peticiones, quejas y reclamos recibidas durante el año 2017 y lo corrido del 2018 relacionadas con el citado producto, en la que se indique, como mínimo, la siguiente información: i) fecha de presentación, ii) nombre del quejoso, iii) motivo de la queja y, iv) trámite dado a la misma y, **b)** Acreditar dicho cumplimiento, obligación que, expresó el antedicho oficio al señalar *“esta Dirección le advierte que de no suministrar respuesta clara, completa, precisa y en español de cada uno de los literales de la presente orden, se impondrán las sanciones previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 y el numeral 1 del artículo 12 del Decreto 4886 de 2011, para ello cuenta con un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del recibo de la presente comunicación”*.

Es decir que, por un lado, se exigió a **GASEOSAS POSADA TOBON S.A.** que allegara la información atrás referida y, por otro lado, se le exigió suministrar respuesta clara, completa, precisa y en español dentro de un determinado plazo, siendo esta última exigencia, una orden administrativa tendiente a garantizar el efectivo ejercicio por parte de esta Autoridad de sus funciones de inspección, vigilancia y control, lo cual no acaeció en el presente caso, pues mediante el oficio radicado con el No. 17-424418-10, mediante el cual se atendió el requerimiento de información efectuado por esta Dirección, se evidenció que la sancionada omitió allegar la totalidad de las piezas publicitarias con las que se anunció el producto “HIT”, en tanto que no aportó aquellas mediante las cuales se promocionó el refresco de fruta Hit en la variedad de maracuyá, a pesar que el mismo fue publicitado mediante la cuña radial denominada “HIT JUGOS 500 ML –LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20” y el comercial titulado “HIT JUGOS-REF 30-30”; no aportó los empaques y/o etiquetas del producto en las variedades mandarina, naranja y maracuyá del refresco de frutas “HIT”, ni sus respectivas fichas técnicas, como tampoco fue allegado el Registro Sanitario del refresco de frutas “hit”, ni los datos correspondientes a las mencionadas variedades.

Así las cosas, no puede olvidar la sancionada que las ordenes que expide esta Dirección son de obligatorio cumplimiento y, por tanto, los vigilados deben atender los requerimientos, en los términos y dentro de la oportunidad concedida por la administración, toda vez que, se reitera, no se trata de una mera potestad del agente del mercado de atenderlas, sino que se erige como una orden que tiene como finalidad la cesación de las conductas que violan las normas de protección al consumidor para evitar que se causen daños o perjuicios a los consumidores, por lo que no son procedentes las alegaciones de la sancionada.

³⁶ En Sentencia C-123 de 22 de febrero de 2006, M. P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

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

Así mismo cabe reiterar como bien se indicó en el acto recurrido que, fueron varios los aspectos que no fueron atendidos por la hoy sancionada, pues si bien allegó cierta de la información solicitada mediante el radicado No. 17-424418-6 del 28 de junio de 2018, lo cierto es que no aportó la totalidad de la misma, por lo que la inobservancia de las órdenes emitidas por esta Dirección, impiden el ejercicio de las facultades administrativas asignadas, como son la protección de los derechos constitucionales del consumidor en forma oportuna y eficaz, razones por las cuales, cumplir en forma incompleta lo ordenado no sólo es una afrenta a las funciones de este Despacho, sino que además, retardan la labor asignada en la toma de decisiones.

En consideración a lo anterior, quedó plenamente demostrado en el acto administrativo recurrido que, la sancionada no allegó de forma completa la información requerida en los términos solicitados por la administración. Por lo tanto, como bien se señaló en el acto impugnado, incumplió las órdenes impartidas en ejercicio de las funciones, y facultades previstas en el numeral 1° del artículo 12 del Decreto 4886 de 2011, los numerales 1° y 9° del artículo 59 y el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

7.4.6. Conclusión.

Por lo tanto, como se puede observar en el transcurso de la investigación, cada una de las imputaciones efectuadas por esta Dirección contó con su respectivo respaldo probatorio, por lo que, esta instancia debe señalar que en la actuación administrativa se advierte de manera clara, concreta y precisa unas situaciones fácticas, que después del juicio de reproche con fundamento en el acervo probatorio, concluyó en la imposición de una sanción pecuniaria por el incumplimiento de lo previsto en los artículos 3 (numerales 1.1. y 1.3), 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1., 2.1.1, 2.1.1.1., 2.1.2.2. y 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, el artículo 2.2.2.33.3. y numerales 1 y 2.2. del artículo 2.2.2.33.4. del Decreto 1074 de 2015, así como por la inobservancia a las órdenes impartidas por esta Dirección.

Así pues, y contrario a lo que considera la sancionada, se tiene que los supuestos de hecho esgrimidos en el acto administrativo recurrido de ninguna manera se endilgaron sin soporte, pues todo lo anotado cuenta con el soporte documental probatorio allegado tanto por la sociedad sancionada como por la tercera interesada, de igual manera cada una de las pruebas ya referidas como valoradas por esta Dirección, fueron válidamente recaudadas por esta Autoridad, que en cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, asignadas por el Decreto 4886 de 2011, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor las requirió a la hoy sancionada, por lo tanto, los mismos son válidos a la luz de ordenamiento jurídico.

De igual modo, no se advierte que esta Dirección le hubiere dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen, pues de la lectura del acto administrativo recurrido, se encuentra que las consideraciones expuestas se circunscriben a los cargos endilgados y se reitera, no son producto de un proceder absurdo o subjetivo, pues se encuentra soportado en motivaciones suficientes y coherentes con la normatividad aplicable al caso y de cara al material probatorio regular y oportunamente recaudado.

Por último, se encuentra que los motivos que fueron fundamento del acto administrativo, justifican y son consecuentes plenamente con la decisión, por lo tanto, no son de recibo los argumentos de la recurrente sobre el tema probatorio en el transcurso de la investigación.

7.4.7. Consideraciones frente a los argumentos esgrimidos por la sancionada relacionados con la graduación de la sanción.

Finalmente, la sancionada manifestó que, la sanción impuesta debe reducirse considerablemente, pues esta corresponde al 95% de la multa máxima, la cual es excesiva y desproporcionada frente a la supuesta infracción cometida y las circunstancias probadas que rodearon su tipificación, por lo que se hace necesario la revisión de cada uno de los criterios para fijarla.

Por su parte, la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPA-**, en términos generales señaló que *“La decisión adoptada por la SIC de imponer a POSTOBÓN una multa por valor de mil novecientos (1.900) salarios mínimos legales mensuales vigentes cumple una importante finalidad, cual es la de prevenir que la investigada continúe difundiendo mensajes análogos o equivalentes sobre las calidades de una de las bebidas azucaradas más consumidas por NNA en Colombia. Así mismo, previene a otros agentes del mercado a formular engaños que induzcan a error a los consumidores sobre las calidades de los productos ofrecidos, particularmente cuando estos se dirigen entre otras a NNA.*

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

37. Considerando que en Colombia, a diferencia de otros países de la región no existen protecciones en favor de los NNA en su calidad de consumidores, distintas a las establecidas en el Decreto 1074 de 2015 -que incorpora el Decreto 975 de 2014-, las decisiones de las autoridades orientadas a proteger a esta población tienen una relevancia significativa.

38. Por lo anterior, RED PAPAZ le solicita de manera respetuosa a este Despacho y a la Superintendente Delegada para la Protección de la Competencia (sic), que no acceda a la petición de POSTOBÓN de reducir el valor de la sanción por cuanto está plenamente demostrado en el expediente que POSTOBÓN desplegó durante al menos tres años mensajes que vulneran los derechos de los consumidores, es particular de los NNA. Que sus sucesivas campañas publicitarias alcanzaron a buena parte de la población colombiana y posicionaron la idea de que «Hit» es un jugo proveniente de la fruta, cuando en realidad es una bebida azucarada con una cantidad ínfima de fruta. Por este motivo el daño o peligro de los intereses jurídicos tutelados es inmenso, comoquiera que se trata de una de la (sic) bebidas más consumidas por NNA. Adicionalmente, hay evidencia acerca de las cuantiosas utilidades percibidas por POSTOBÓN por la venta de uno de sus productos más recordados por los colombianos. De igual manera y como se indicó anteriormente, POSTOBÓN inobservó órdenes impartidas por la SIC lo que dificultó y obstaculizó la acción investigativa de esta entidad. Esta conducta reviste una mayor gravedad cuando el procedimiento debe ser resuelto de manera prevalente de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1098 de 2006”.

Antes de abordar los criterios de graduación contemplados en el párrafo primero del artículo 61 del Estatuto del Consumidor, es pertinente hacer una breve mención a algunos apartes jurisprudenciales relativos a la potestad sancionatoria, así:

En cuanto a la potestad sancionatoria del Estado, la Corte Constitucional ha señalado que: “(...) a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe, sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades³⁷”.

Asimismo, el misma Corte Constitucional, ha indicado que: “(...) normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas³⁸”.

Así las cosas, la potestad sancionatoria se encuentra limitada por los principios de legalidad y proporcionalidad, éste último es lo que: “(...) hace es sentar la interdicción de arbitrariedad (...) En materia de sanciones administrativas la administración tiene un campo más o menos amplio para regular y graduar la pena concreta a la persona o entidad que cometió la infracción³⁹”.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que “[d]e suerte que atendiendo esas circunstancias y la relevancia de los derechos e intereses colectivos que se buscan proteger con las normas vulneradas por la actora, la Sala estima que la sanción impuesta es proporcional a los hechos sancionados, siendo conveniente advertir que 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 C.C.A., esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos. Es, entonces, ante todo un problema de relación axiológica entre la situación fáctica del caso y la sanción impuesta, que en principio se presume ajustada a la normativa pertinente, dada la presunción de legalidad del acto administrativo, y que por lo mismo el afectado debe desvirtuar cuando la controvierta, debiéndose decir que por las razones antes expuestas no ha sido desvirtuada en este caso.”⁴⁰.

³⁷ Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005. Corte Constitucional. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁸ Sentencia C- 597 de 6 de noviembre de 1996. Corte Constitucional. M. P. Alejandro Martínez Caballero., en donde reiteró la Sentencia C-214/94 MP Antonio Barrera Carbonell.

³⁹ OSSA ARBELÁEZ, JAIME. Derecho Administrativo Sancionador Una aproximación dogmática. LEGIS. Medellín. 2009. Pg. 419.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00524-01, Sentencia del 18 de agosto de 2005, Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Reiterada en la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación número: 25000-23-24-000-2007-00489-01 del 26 de septiembre de 2013. Consejera ponente: María Elizabeth García González.

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

En este orden de ideas, el principio de legalidad de la sanción, en materia de protección al consumidor se encuentra previsto en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, previo juicio de responsabilidad efectuado por la autoridad administrativa, el cual en el evento de imponer una sanción pecuniaria tiene como límite máximo 2000 SMLMV.

Con el fin de aplicar el principio de proporcionalidad mencionado líneas atrás, la citada Ley estableció los criterios para graduar la sanción en su parágrafo 1° del artículo 61, que a su turno son:

“Parágrafo 1. Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- 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.”.*

De este modo, de la lectura de la norma, esto es, el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, este Despacho advierte que el fallador al momento de fundamentar la sanción a imponer debe observar las circunstancias de cada caso, las conductas reprochadas y la valoración de los elementos probatorios allegados.

Asimismo, es adecuado señalar que no existe asignada una escala de valor por cada criterio previsto en la Ley, por lo que dicho análisis le corresponde al fallador de instancia que debe ponderar la demostración de la conducta reprochable con las circunstancias particulares de cada caso, siempre con observancia del monto máximo autorizado por la Ley y conforme a los criterios previstos para su dosificación.

Por tanto, la sanción a imponer debe encontrarse motivada de acuerdo a las circunstancias propias del caso, prevista en una norma legal, dosificada y graduada dentro de los parámetros de ley que la hagan proporcional a su propio entorno.

Por ello, en el caso en estudio, la Dirección determinó imponer una sanción a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, por la suma **MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (\$1.667'825.700)** equivalente a MIL NOVECIENTOS (1900) salarios mínimos legales vigentes, a la fecha de expedición de la citada resolución, por encontrarse demostrado por este Despacho los cargos endilgados. Para lo anterior, la Dirección en la decisión recurrida le indicó a la entonces investigada que también alegó en su momento la aplicación de los criterios que reitera hoy en el recurso, que se tendrían en cuenta los criterios que le sean aplicables según las circunstancias específicas probadas y propias del caso.

Para el efecto, la Dirección aplicó el criterio del **daño causado a los consumidores** y el **criterio de beneficio económico obtenido**, como criterios agravantes de la sanción a imponer; lo que lleva a concluir que la sanción impuesta se encuentra justificada en la evaluación de los criterios citados y en el rango que delimita el numeral 1° del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, lo que a su vez demuestra que la sanción es proporcional, quedando desvirtuado el argumento de la sancionada.

Ahora bien, antes de entrar al estudio de los criterios alegados por la recurrente y de los que se tuvieron en cuenta en el acto sancionatorio, se debe precisar que los criterios definidos en el parágrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, esta Superintendencia los ha clasificado en: (i) atenuantes, que son aquellos que permiten disminuir la severidad de la sanción y en donde se encuentra el criterio descrito en el numeral 8, (ii) agravantes, en virtud de los cuales se aplicará una sanción más fuerte, en donde se encuentran los criterios descritos en los numerales 1, 2, 3, 6 y 7 y, (iii) mixtos, que pueden ser aplicados como atenuantes o agravantes, en donde se encuentran los criterios descritos en los numerales 4 y 5, de tal suerte que su aplicación o no dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas de la conducta sancionada.

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

Así, en relación con **el criterio del daño**, debe señalarse que la decisión de manera alguna es de carácter particular, indemnizatorio ni resarcitorio, pues se reitera que las competencias de la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, están enfocadas en adelantar investigaciones administrativas de protección al consumidor en relación al interés general, en donde su objeto primordial es la tutela de los derechos que les asisten a los consumidores dentro de un escenario amplio y comunal.

Justamente, respecto del daño, la Corte Constitucional en sentencia T-466 del 2003, ha señalado que:

“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.”

Con fundamento en la citada jurisprudencia, se tiene entonces que lo que se protege son los derechos de los consumidores, entre los cuales se encuentra el cumplimiento de las normas de protección al consumidor, razones por las cuales, la demostración de un daño real y efectivo no aplica en estos casos, por cuanto se reitera, se protege un derecho colectivo.

Así las cosas, en el acto administrativo sancionatorio se indicaron de manera clara los fundamentos sobre los cuales se basó el análisis del citado criterio a efectos de dosificar la sanción a imponer, así:

“se tendrá en cuenta que la afectación a que hace referencia este criterio difiere del daño cierto y resarcible, y más bien obedece a la potencialidad con que la conducta infractora puede perjudicar a un universo de consumidores, y que el hecho de infringir el marco jurídico de esta investigación, involucra la vulneración de intereses jurídicos tutelados desde la constitución, como lo son los derechos de los consumidores y de los niños, niñas y adolescentes a recibir productos conforme a la calidad ofrecida, así como a obtener información adecuada de los productos que se comercializan en el mercado colombiano y a ser protegidos frente a la publicidad engañosa.

Así las cosas, se tendrá en cuenta que mediante el uso de información no veraz, imprecisa y no verificable, así como de publicidad engañosa, el incumplimiento a las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad y de los requisitos de la propaganda comercial comparativa, al igual que la comercialización de productos que no cumplen con la calidad atribuida en la publicidad, sin perjuicio de las demás conductas que fueron demostradas en el presente proceso, la investigada afectó el derecho de los consumidores a recibir información completa, transparente, oportuna, comprensible, precisa e idónea, y transgredió el derecho de los consumidores a elegir libremente los bienes y servicios que se ofrecieron, lo anterior teniendo en cuenta que mediante las conductas infractoras se incidió en la decisión de compra de los consumidores, a partir de medios que resultaban contrarios a la normativa de protección al consumidor.

Sumado a lo anterior, también habrá de tenerse en cuenta que la conducta desplegada por la investigada al inducir a engaño, error o confusión los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, así como de exagerar la verdadera naturaleza del producto con el fin de influir en sus decisiones de consumo, afectó los derechos de este nicho poblacional, en tanto que el impacto que en él causa la publicidad es mayor que el que se pudiera causar al resto del conglomerado, debido a su inmadurez mental y lo fácilmente influenciable. Razón por la que el grado de cuidado por parte del anunciante de la publicidad debía ser mayor para no afectarlos negativamente.

En ese orden de ideas, es claro que las conductas objeto de reproche no solo tuvieron la potencialidad de afectar la legítima confianza de un consumidor racional que adquiere un producto con la convicción que lo ofrecido corresponde con la realidad, sino que trasgrede, a su vez, las normas que le imponen a los anunciantes/productores la obligación de cumplir con los anuncios objetivos introducidos en su publicidad y que tales anuncios objetivos efectivamente correspondan con la realidad y sean suficientes para evitar cualquier tipo de distorsión en la mente de los consumidores, que genere error o confusión; circunstancias estas que se duplican si se tiene en cuenta que la conducta desplegada por la investigada no sólo

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

afectó al consumidor medio en general, sino que también contrarió las expectativas de los niños, niñas y adolescentes.

Por lo anterior, el incumplimiento de lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor, así como lo establecido en el Capítulo 33 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, con ocasión de la publicidad emitida por la Investigada, la cual genera una percepción falsa y equivocada en los consumidores sobre los atributos y naturaleza del producto ofertado y que tiene la virtud de influenciar la decisión de consumo de sus destinatarios, basada en elementos objetivos que no se adecuaron con la realidad, de suyo implica una afectación directa a los derechos de los consumidores y de los niños, niñas y adolescentes, debe tener como consecuencia la imposición de una sanción que se armonice con la gravedad de la conducta, en tanto que para la realización de la misma empleó medios de difusión masiva que permitieron llevar la publicidad de los productos cuestionados a un número indefinido de consumidores a nivel nacional.

De hecho al examinar las pautas publicitarias objeto de sanción, se encontró que en efecto, se dio una amplia difusión a las mismas, tanto por la televisión nacional, como por suscripción y radio nacional, tal como se desprende de la “Base de datos” del archivo denominado “resumen inversión hit” que hace parte de la carpeta “Relación de Pautas”, contenida en el CD aportado por la investigada, mediante el radicado N° 17-424418-17, así como del archivo titulado “relación de piezas en alta 2015 al 2018” obrante en el CD también allegado por GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. con el radicado N° 17- 424418-30, cuyos archivos se resumen a continuación en el cuadro 4 de este acto administrativo, donde se relacionan los datos principales como el código de identificación de la pauta publicitaria, su nombre, la campaña a la cual perteneció, el medio de difusión, las fechas y cantidad de emisiones.

(...)

Aunado a lo antedicho, para entender la magnitud de la amplia difusión de la publicidad engañosa anunciada por GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., también habrá de tenerse en cuenta que las piezas investigadas no fueron independientes, sino que hicieron parte de robustas campañas publicitarias, es decir que, no obstante haber sido pautadas dentro de lapso determinado, existieron otros comerciales que le dieron continuidad a los mensajes principales que se emitieron a los consumidores y que influyeron en sus decisiones de consumo, tal como lo manifestó el defensor de la procesada tanto en sus descargos como alegatos de conclusión, y como se evidencia de los cuadros de los años 2017 y 2018 del archivo denominado “resumen inversión hit” que hace parte de la carpeta “Relación de Pautas”, contenida en el CD aportado por la investigada junto con la respuesta radicada con el número 17-424418-17, de los cuales se extraen los apartes que a continuación se reproducen:

(...)

Las anteriores imágenes (98 y 99) corresponden a la reproducción parcial de la relación de pautas comerciales emitidas por la investigada, en las que se destacan las piezas publicitarias investigadas y las campañas a las que pertenecieron; en tal sentido, la difusión de varios anuncios del mismo producto o promoción, en un espacio geográfico y temporal determinado de manera reiterada, además de ser una gran campaña publicitaria, tuvieron la capacidad de persuadir a los consumidores a la adquisición directa o indirecta del producto, pues es claro que la investigada decidió modular sus estrategias de mercado para darlos a conocer a los consumidores al recurrir a diversos medios de comunicación, inclusive la red social “You Tube” donde, según la tercera interesada –CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPAZ-, hasta el 8 de septiembre de 2018 estuvieron publicadas, en el canal perteneciente a la investigada, las piezas publicitarias objeto de su denuncia, vale decir, “1882684-TEMATICO HIT N” y “1789155 LONCHERA”.

Aunado a lo anterior, 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 (...)”⁴¹, por lo que dentro de la tasación de la sanción no hay lugar a considerar la existencia de un daño efectivamente irrogado a los consumidores, pues basta con que exista la potencialidad de la conducta para causar un perjuicio, para que proceda la imposición

⁴¹ 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 reposición y se concede el recurso de apelación.”

de la multa.

En cuanto al criterio del **beneficio económico que hubiera obtenido para el infractor**, consagrado en el numeral sexto del párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, es preciso hacer alusión a lo que la doctrina ha manifestado respecto a este criterio, a saber:

“El beneficio ilícito, resulta pertinente precisarlo, no es utilidad ni ganancia en sentido contable o financiero, sino que en términos económicos se entiende que el infractor se encuentra en una mejor situación (se ha procurado un beneficio) infringiendo el ordenamiento jurídico”¹⁴

Ahora, frente a este asunto se tiene que, en el acto administrativo recurrido, se hizo alusión a la información allegada por la sancionada en la actuación administrativa, de la cual se evidenció que la entonces investigada durante el período en el cual se difundieron las piezas publicitarias reprochadas obtuvo un beneficio económico con ocasión a la comercialización de los productos involucrados en las campañas publicitarias objeto de sanción, tal como se evidencia a folio 447 del expediente (cuaderno reservado).

Ahora bien, en cuanto a **la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor**, es preciso reiterar que aquel se tiene en cuenta como agravante, por lo que al no configurarse en la presente actuación, no se aplicó a efectos de graduar la multa impuesta. En efecto, se verificó por parte de la Dirección que la investigación administrativa sancionatoria distinguida con el radicado N.º 16-109447 iniciada en contra de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** por infracciones al régimen de protección al consumidor, en la que se profirió fallo sancionatorio en primera instancia, no se encontraba en firme, por lo tanto, no fue tomada en cuenta como criterio agravante.

Asimismo, en relación con el criterio de la **disposición o no de colaborar con las autoridades competentes**, la Dirección encontró algunas contradicciones las cuales fueron señaladas de manera expresa en la decisión recurrida que demuestran una aparente intención de inducir en error a este Despacho, como quiera que, la información suministrada durante la etapa preliminar, respecto a las difusión de las piezas publicitarias *“IBOPE 1789155”* y *“IBOPE 1882684”* objeto de investigación, fue cambiada en el transcurso de la etapa investigativa.

Al respecto, el recurrente afirma que rechaza en forma categórica la afirmación de la Dirección consistente en que las denominadas contradicciones denotan una aparente intención de inducir en error a la autoridad, pues su política siempre ha sido la de colaborar con todas las autoridades. Agrega que la base de datos aportada y a la que se hace referencia en las páginas 148 de la providencia recurrida se elaboró con fundamento en la información que le fue entregada por IBOPE, entidad que, como consta en la certificación que se acompaña al presente recurso, cometió un error al identificar las publicidades pues hacía referencia a nombres similares.

Sobre el particular se destaca que, en efecto en el transcurso de la investigación se presentaron contradicciones sobre la difusión de las piezas publicitarias objeto del reproche, pues esta información fue cambiada, tanto así que, en esta instancia también se pretende cambiar aportando una nueva prueba para contradecir la aportada en su momento aduciendo que la información contenida en la misma es errada. Es así como inicialmente la sancionada señaló que, el comercial con el código *“IBOPE 1789155”* fue transmitido por televisión nacional hasta el 31 de mayo de 2017 para lo cual allegó una certificación expedida por Caracol Televisión S.A., con el plano de pauta emitida en su programación. Sin embargo, dentro de los anexos allegados con los descargos y los documentos contenidos en el CD aportado en la etapa probatoria, la sancionada incluyó certificaciones expedidas por *“OMD COLOMBIA S.A.S.”* en su calidad de agente de medios de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, en las que se indica que el mismo comercial tuvo como fecha de finalización el 3 de octubre de 2015.

Lo mismo sucede respecto del comercial distinguido con el código *“IBOPE 1882684”*, pues la sancionada aportó una base de datos, en la que consta que el citado comercial fue transmitido por la televisión nacional hasta el 22 de marzo de 2017, lo cual se encuentra también soportado en la certificación expedida por Caracol Televisión S.A. (CD). Sin embargo, en los anexos allegados con los descargos, así como en los documentos contenidos en el CD aportado en la etapa probatoria, la sancionada incluyó certificaciones expedidas por *“OMD COLOMBIA S.A.S.”*, en su calidad de agente de medios de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, en las que se indica que el mismo comercial tuvo como fecha de finalización el 27 de octubre de 2016.

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

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que según la tercera interviniente, las citadas piezas publicitarias estuvieron publicadas en el canal de “You Tube” de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** hasta el 8 de septiembre de 2018.

Por lo tanto, la referida trazabilidad permite advertir que en efecto se presentaron inconsistencias en la información allegada por la misma sancionada y que ahora en esta instancia pretende refutar con una nueva prueba, por lo que los argumentos efectuados por la Dirección sobre este punto en la decisión recurrida, encuentran respaldo en las distintas informaciones que brindó la sancionada dentro del proceso sobre la difusión de las piezas publicitarias distinguidas con los códigos “**IBOPE 1789155**” y “**IBOPE 1882684**”, razón por la cual, los argumentos de la recurrente no están llamados a prosperar.

De conformidad con las consideraciones que anteceden, y que el acto administrativo recurrido no es contrario al ordenamiento jurídico, ni es producto de un proceder absurdo o subjetivo, pues se encuentra soportado en motivaciones suficientes y coherentes con la normatividad aplicable al caso y de cara al material probatorio regular y oportunamente recaudado, esta Dirección procederá confirmar la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020.

En mérito de lo expuesto esta Dirección,

RESUELVE

ARTÍCULO 1: INCORPORAR al expediente los documentos allegados, teniendo en cuenta las consideraciones anotadas en el acápite 7.3 del presente acto administrativo.

ARTÍCULO 2: RECONOCER personería al señor **JAIRO RUBIO ESCOBAR**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 79'108.890 y T.P. 35306 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado especial de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ARTÍCULO 3: CONFIRMAR la Resolución N° 37544 del 10 de julio de 2020, conforme a la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO 4: CONCEDER el recurso de apelación interpuesto por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, en contra de la mencionada resolución, ante la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor.

ARTÍCULO 5: TRASLADAR al Despacho de la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor el expediente de la referencia, para que se surta el recurso de apelación

ARTÍCULO 6: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5 a través de su apoderado y a la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-** a través de su apoderado, entregándoles copia de la misma e informándole que contra ella no procede recurso alguno.

ARTÍCULO 7: COMUNICAR el contenido de la presente resolución al **Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos- INVIMA** a través del Director de Alimentos y Bebidas.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., 4 de junio de 2021

La Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor,



PAOLA ANDREA PÉREZ BANGUERA

NOTIFICACIÓN:

SANCIONADA:

Identificación:

GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.

Nit. 890.903.939-5

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

Representante Legal:	MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS
Identificación:	C.C. N° 70'566.823
Correo Electrónico:	gaseosaspostobon@postobon.com.co
Dirección:	Calle 52 47 42 Piso 25
Ciudad:	Medellín, Antioquia

Apoderado Especial:	JAIRO RUBIO ESCOBAR
Identificación:	C.C. N° 79'108.890
Tarjeta Profesional N°	35306 del C. S de la J.
Dirección:	Calle 94 A No 13-34 of 102
Ciudad:	Bogotá D.C.

TERCERO INTERESADA:	CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPÁZ-
Identificación:	Nit. 830.130.422-3
Representante Legal:	CAROLINA PIÑEROS OSPINA
Identificación:	C.C. N° 39'694.233
Apoderado Especial:	Dr. ANDRÉS VÉLEZ SERNA
Identificación:	C.C. N° 1.020'714.052 de Bogotá
Tarjeta Profesional N°	197.394 del C. S de la J.
Dirección de Notificación:	Calle 103 N° 14A - 53
Ciudad:	Bogotá, D.C.
Correos electrónicos:	director@redpapaz.org / soportelegal@redpapaz.org

COMUNICACIÓN:

Entidad:	INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS –INVIMA-
Identificación:	Nit. 830.000.167-0
Director de Alimentos y Bebidas:	CARLOS ALBERTO ROBLES COCUYAME
Dirección de Notificación:	Carrera 10 N° 64 - 28
Ciudad:	Bogotá, D.C.

Proyectó: DPPL
Revisó: DCMM
Aprobó: PAPB