



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 41132 DE 2021

( 01 JUL 2021 )

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

**VERSIÓN PÚBLICA**

**Radicación No.17-424418**

**LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

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

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, en adelante la Dirección o el *a quo*, mediante la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020<sup>1</sup>, impuso una multa a **POSTOBON S.A.**<sup>2</sup>, identificada con el 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), equivalentes a mil novecientos (1.900) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la imposición de la sanción, correspondientes a 46.839,82643862162 UVT, por la transgresión de 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 la Superintendencia de Industria y Comercio, así como por la inobservancia a las órdenes impartidas por la Dirección, y el incumplimiento de lo establecido en el artículo 2.2.2.33.3 y en los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015<sup>3</sup>.

**SEGUNDO:** Que inconforme con la citada resolución, el día 31 de julio de 2020<sup>4</sup>, la sancionada a través de su apoderado especial interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación.

**TERCERO:** Que mediante la Resolución No. 34679 del 4 de junio de 2021<sup>5</sup>, la Dirección resolvió el recurso de reposición en el sentido de incorporar al expediente los documentos allegados por **POSTOBON S.A.**, con su escrito impugnatorio de conformidad con las consideraciones expuestas en el acápite 7.3 de dicho acto administrativo, confirmar la Resolución No. 37544 de 10 de julio de 2020, y conceder el recurso de apelación interpuesto.

**CUARTO:** Que en el escrito de los recursos, la sancionada solicitó revocar el acto administrativo impugnado o reducir el monto de la sanción impuesta.

Como consideraciones preliminares, adujo, en términos generales, los siguientes argumentos:

i) "Consideraciones preliminares".

a) "La caducidad de la facultad sancionatoria".

El impugnante manifestó, que la caducidad de la facultad sancionatoria tenía como propósito fijar un límite en el tiempo para la protección de la seguridad jurídica y el interés general. Señaló, que

<sup>1</sup> Radicado número 17-424418-80.

<sup>2</sup> De conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, por escritura pública No. 4596 del 18 de noviembre de 2020, de la Notaría 16 de Medellín, inscrita en la Cámara de Comercio el día 24 de noviembre de 2020, con el No. 26850 del Libro IX, la sociedad cambió su denominación o razón social de GASEOSAS POSADA TOBON S.A. a POSTOBON S.A.

<sup>3</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo número 2.2.2.33.9 del Decreto 1074 de 2015, según el cual "artículo 2.2.2.33.9. Sanciones. El incumplimiento de lo establecido en este capítulo dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 61 y 62 de la Ley 1480 de 2011."

<sup>4</sup> Radicado número 17-424418-95.

<sup>5</sup> Radicado número 17-424418-107.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

de conformidad con el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, vencido el término de tres (3) años contados desde la ocurrencia de los hechos, o la conducta que pudiera ocasionar la sanción, si la administración no había notificado el acto administrativo sancionatorio se configuraba la caducidad de la facultad sancionatoria, perdiendo competencia para tomar una decisión de fondo.

En particular, explicó que de algunas de las piezas de comunicación analizadas para la expedición del acto administrativo impugnado, transcurrieron más de tres (3) años desde que cesó la publicidad y la fecha de notificación de dicho acto.

**b) “Debido proceso”.**

El recurrente argumentó, que la Dirección vulneró el derecho fundamental al debido proceso de **POSTOBON S.A.**, por ausencia de la formulación de cargos de manera clara, precisa y concreta. Explicó, que los actos proferidos por esta Entidad debían respetar las garantías constitucionales a la defensa y la contradicción, pues si de cualquier manera las mismas se veían disminuidas, afectadas o impedidas, la actuación estaría viciada de nulidad absoluta. Señaló, que según pronunciamientos de la Corte Constitucional, el procedimiento administrativo sancionatorio debía respetar las garantías constitucionales avalando que la persona natural o jurídica vinculada conociera de manera clara y concreta los cargos imputados, junto con las razones por las cuales los hechos cuestionados supuestamente vulneraban las normas invocadas.

De manera particular, la defensa señaló que en lo correspondiente a la imputación fáctica número dos, el acto administrativo por medio del cual se formularon los cargos no indicó de manera precisa y concreta las razones por las cuales las piezas de comunicación cuestionadas eran vulneratorias de lo establecido en los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015, vulnerando así el derecho fundamental al debido proceso de **POSTOBON S.A.**

En complemento de lo anterior, el impugnante aseguró que el *a quo* vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la sancionada por la ausencia de pruebas en la adopción de su decisión. Reiteró, que los procedimientos administrativos sancionatorios debían apegarse plenamente a las garantías constitucionales relacionadas con dicho derecho, en el desarrollo de todas las etapas correspondientes.

El contradictor explicó, que de conformidad con el principio de la presunción de inocencia, esta Entidad debía observar, entre otras cuestiones, las formalidades propias de cada juicio para fundamentar su decisión en pruebas suficientes.

Teniendo en cuenta el principio de presunción de inocencia, el recurrente señaló que a quien se le acusara de una infracción administrativa, debía tenerse por inocente mientras no se demostrara la comisión de la infracción imputada. En tal sentido, esta Superintendencia tenía la obligación de probar el incumplimiento, desvirtuando la presunción de inocencia y motivando en debida forma su decisión.

Con base en lo anterior, la defensa señaló que la Dirección vulneró el derecho fundamental al debido proceso de **POSTOBON S.A.**, pues en su sentir, en varios apartes del acto administrativo impugnado no se basó en pruebas suficientes para concluir que los hechos reprochados en efecto se habían verificado y así imponer la sanción. De esta manera, para la sancionada no se le garantizó su derecho a no ser condenada sin pruebas suficientes que demostraran que la publicidad desplegada era engañosa, ni que inobservó las órdenes impartidas por esta Autoridad.

**ii) “Respecto de la imputación fáctica No. 1”.**

La sancionada, manifestó los motivos de su inconformidad respecto del análisis de cada una de las campañas publicitarias cuestionadas que hicieron parte de la imputación fáctica número uno, así:

**a) “Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA”.**

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

### 1. "Caducidad de la facultad sancionatoria".

Respecto de este asunto, afirmó el impugnante que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria al haber transcurrido más de tres (3) años desde la fecha en que dejó de transmitirse el comercial y la fecha en que se notificó el acto administrativo sancionatorio.

Expuso, que de conformidad con la certificación expedida por la agencia de medios de la sancionada, OMD COLOMBIA S.A.S., el comercial en cuestión identificado con el código "IBOPE 1789155" tuvo fecha de finalización el día 13 de octubre de 2015, con lo cual esta Superintendencia perdió competencia el día 13 de octubre de 2018 para imponer una sanción con base en dicho comercial.

En relación con la manifestación del *a quo* en el acto administrativo impugnado, según la cual el comercial estuvo publicado en el canal de *YouTube* de **POSTOBON S.A.**, hasta el día 8 de septiembre de 2018 de conformidad con el escrito identificado con el radicado número 17-424418-28 aportado por la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, el recurrente aseguró que esta Superintendencia no tenía ninguna prueba suficiente para demostrar que el video efectivamente estaba publicado en el canal de esa red social de la sancionada, pues el link que se utilizó nunca perteneció a dicha sociedad. Agregó, que el comercial del video publicado en *YouTube*, no era aquel identificado con el código "IBOPE 1789155".

Explicó, que de las pruebas obrantes en el expediente se podía concluir que el comercial se transmitió por televisión nacional y por cable, hasta el día 13 de octubre de 2015, que la difusión en *YouTube* no correspondía al identificado con el código "IBOPE 1789155", y que la cuenta de la red social no era de **POSTOBON S.A.**, sino de un tercero. Para los efectos correspondientes, la defensa aportó con el escrito impugnatorio, correos electrónicos por medio de los cuales solicitó a *YouTube* descargar el contenido del comercial publicado por ese tercero.

Adicionalmente, aseguró que la caducidad de la facultad sancionatoria también se configuró, debido a que transcurrieron más de tres (3) años, desde la fecha en que esta Superintendencia tuvo conocimiento del comercial, esto es el día 13 de noviembre de 2015 mediante la denuncia presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez<sup>6</sup>, hasta que se notificó el acto administrativo impugnado.

### 2. "Pronunciamiento previo de la SIC".

En relación con la queja señalada, esto es aquella radicada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez<sup>7</sup>, el impugnante manifestó que esta Entidad ya se había pronunciado respecto de los mismos hechos y el mismo objeto que los debatidos en la presente actuación administrativa, en cuya oportunidad decidió archivar la actuación. La defensa recordó que **POSTOBON S.A.**, se pronunció sobre el asunto como consecuencia de los requerimientos hechos por la Dirección en los oficios identificados con los radicados números 17-244418-7 y 17-244418-8 de 28 de junio de 2018, en su respuesta bajo el consecutivo número 17-424418-10 del 8 de agosto de 2018.

Advirtió, que no obstante la decisión pasada de archivar la denuncia presentada por el señor Nieto Rodríguez, en el acto administrativo de formulación de cargos bajo éste expediente, la Dirección consideró 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", incluidas en las piezas de comunicación "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA" y "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT", presuntamente vulneran los artículos 6, 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.

Con lo anterior, según el contradictor, no obstante el fallador de instancia explicó que su decisión de archivar la denuncia radicada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, era el resultado de las

<sup>6</sup> Expediente No. 15-271838.

<sup>7</sup> Expediente No. 15-271838.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

averiguaciones preliminares que en su momento se gestionaron, culminando en un acto de trámite, que no se pronunció de fondo sobre los hechos que constituían una presunta vulneración de los derechos de los consumidores y no realizó un examen completo sobre la publicidad denunciada, con lo cual no hubo dos juicios al no haberse adelantado un juicio de responsabilidad administrativa, por lo que no se configuró cosa juzgada material, lo cierto era que, para la sancionada se reactivó una investigación que se había resuelto archivar y cuya decisión estaba ejecutoriada y en firme, contrariando el principio de la cosa juzgada.

En los mismos términos, señaló que la Dirección, de forma equivocada, encontró que no hubo identidad de objeto, ya que en la averiguación preliminar bajo el radicado número 15-271838 se analizaron las expresiones "el sabor a fruta" y "el contenido de fruta de los refrescos 'HIT'", mientras que en el caso bajo estudio, se examinó la veracidad de los anuncios "Elige HIT la fruta de verdad" y "HIT es fruta de verdad", junto con la posibilidad de inducir a error, engaño o confusión. Agregó, que también hubo un error al haber considerado, el fallador de instancia que tampoco hubo identidad de causa, teniendo en cuenta que de conformidad con la actuación adelantada en el expediente número 15-271838, el propósito era indagar sobre las piezas de comunicación que se utilizaron para el ofrecimiento del bien "Jugo Hit Frutas Tropicales", su ficha técnica, su registro sanitario, empaques y peticiones, quejas y reclamos recibidas, la explicación y estudios técnicos y científicos que soportaban la afirmación "Elige Hit la Fruta de Verdad", mientras que para la expedición del pliego de cargos en la actuación sancionatoria que ahora se estudia, se tuvieron en cuenta las respuestas a los requerimientos de información respecto de todas las variedades del refresco de frutas *Hit* junto con las visitas realizadas a las páginas web.

De las anteriores consideraciones de la Dirección, el impugnante manifestó que según lo previsto en los artículos 2 y 4 de la Ley 1437 de 2011, esta Entidad, en ejercicio de sus funciones legales previamente asignadas, debía dar el impulso necesario para llevar hasta su fin las actuaciones administrativas adelantadas, cumpliendo los fines del estado, insistiendo en que operó el fenómeno de la cosa juzgada respecto de la actuación adelantada bajo el expediente número 15-271838.

En lo que se refiere a la manifestación del *a quo* según la cual aquella se centró en determinar si la bebida "HIT FRUTAS TROPICALES" sabía a "fruta de verdad", la defensa afirmó que la misma no era conforme con las pruebas obrantes en el expediente, pues el caso bajo estudio se enfocó en establecer si se configuró publicidad engañosa teniendo en cuenta la misma afirmación invocada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez en su denuncia presentada, esto es "HIT sabe a fruta de verdad".

En el mismo sentido, según el recurrente, la consideración del fallador de instancia en cuanto a que no tuvo en cuenta el "mensaje publicitario", sino una parte de la información suministrada en la pieza de comunicación comparada con las etiquetas del bien, tampoco estaba acorde con las pruebas obrantes en el expediente, pues al resolver el archivo de la actuación adelantada bajo el expediente número 15-271838 la propia Dirección expresó "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, (...)", con lo que para el contradictor era evidente que las piezas publicitarias habían sido analizadas íntegramente.

Asimismo, de la consideración del *a quo* según la cual no se configuró cosa juzgada pues esta Superintendencia no se pronunció de fondo en relación con los hechos constitutivos de la presunta vulneración de los derechos de los consumidores y no realizó un examen completo sobre la publicidad denunciada, el contradictor afirmó que la misma no correspondía a la realidad. En primer lugar, porque la actuación adelantada bajo el expediente número 15-271838 fue definida al haberse decidido su archivo y además por haberse negado la solicitud de revocatoria directa presentada por el quejoso. En segundo lugar, debido a que en la Resolución No. 12078 de 2017, el *a quo* explicó de manera completa y de fondo las razones por las cuales decidió no iniciar la investigación administrativa y archivar la actuación. En tercer lugar, ya que hubo un pronunciamiento en relación con la posible vulneración de los derechos de los consumidores, al haber afirmado el fallador de instancia que no fue posible endilgar publicidad engañosa, pues la información suministrada era

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

clara, veraz, suficiente y oportuna a los consumidores frente a las propiedades y cualidades del bien.

De la misma forma, respecto de la afirmación de la Dirección en el acto administrativo impugnado según la cual no hubo dos juicios, el impugnante señaló que el acto por medio del cual se resolvió no iniciar investigación administrativa en el expediente número 15-271838, terminó la actuación siendo un acto administrativo definitivo al haber tomado una decisión de fondo, y que además quedó en firme a partir del día siguiente a su comunicación<sup>8</sup>.

Con base en lo expuesto, para el impugnante, el hecho de que la Dirección hubiera proferido el acto administrativo por medio del cual se archivó el expediente número 15-271838, significó un pronunciamiento de fondo sobre las proclamas que fueron objeto de sanción en el presente caso. Especificó, que dos de las piezas publicitarias aportadas por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez en su escrito de la denuncia, también fueron revisadas en esta actuación administrativa que resultaron en la expedición del acto que ahora se impugna, y en particular a la expresión "*Elige HIT la fruta de verdad*".

En relación con la identidad de objeto entre la actuación adelantada bajo el expediente número 15-271838 y la presente, la sancionada señaló que las mismas correspondían a la verificación del engaño e inducción a error al consumidor, junto con la vulneración a la prohibición de incurrir en publicidad engañosa con base en el estudio de las piezas publicitarias analizadas.

Respecto de la identidad de causa, la defensa argumentó que hubo coincidencia de los hechos entre las dos actuaciones, pues en ambas se analizó la divulgación de piezas publicitarias que resultaron engañosas.

Así las cosas, para el contradictor se configuraron los supuestos de la cosa juzgada o de un pronunciamiento previo, lo cual debió reconocer la Dirección.

### 3. "Análisis de las proclamas".

En lo que tiene que ver con la manifestación "*Lo mejor para la lonchera de tus hijos*", la sancionada señaló que su inconformidad se refería a que la misma era una "*alabanza genérica*" que no era objetivamente idónea para provocar engaño en los consumidores, y que la misma era una "*ponderación valorativa genérica*" más no una ventaja concreta de la bebida "*jugos hit*". Aclaró, que dicha valoración era un juicio estimativo correspondiente a la percepción subjetiva de **POSTOBON S.A.** También consideró, que la Dirección se equivocó al afirmar que al utilizar el calificativo "*lo mejor*" le otorgó al bien "*jugos hit*" un atributo objetivo, pues aquel era subjetivo concluyendo que la proclama no tenía carácter objetivo. Enfatizó, que en la publicidad no se hizo referencia a ningún elemento objetivo de la bebida.

Por otro lado, y respecto de la proclama "*Me hace más fuerte*", la sancionada expuso que el *a quo* no fundamentó su consideración de que el mensaje transmitido al utilizar el adjetivo "*fuerte*" correspondía a una condición objetiva y específica del bien, en ninguna prueba y sin hacer un análisis objetivo (dictamen pericial) sobre lo que un consumidor promedio entendía por esa expresión. En entender de la defensa, el hecho de que el fallador de instancia hubiera negado la práctica del dictamen técnico, configuró la vulneración al derecho fundamental al debido proceso, al haber adoptado la decisión de que la proclama resultó ser engañosa, sin haberse basado en pruebas suficientes. Señaló también, que la definición de "*fuerte*" adoptada por la Dirección fue aquella que se acomodaba a su querer, sin haber tenido en cuenta que igualmente significaba "*tener fuerza – resistencia*" y no solamente sinónimo de buena salud.

De la misma proclama, el recurrente manifestó que aun cuando se aceptara que la misma era un mensaje objetivo, aquella hizo referencia a los componentes nutricionales del bien "*jugos hit*", lo que correspondía a la realidad.

<sup>8</sup> Numeral 1 del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Respecto de las consideraciones del *a quo* en relación con proclamas "*Elige Hit, la fruta de verdad*" y "*HIT es fruta de verdad*", según las cuales concluyó que el mensaje transmitido resultó engañoso porque el "*refresco frutas hit*" no era "*fruta de verdad*" ni contenía una proporción elevada de fruta que fuera suficiente para ser considerarlo como "*jugo*", según su tabla nutricional y ficha técnica, el impugnante manifestó que las mismas no se fundamentaron en las pruebas necesarias para establecer la verdad. Aclaró, que el mensaje transmitido era "*El producto contiene fruta de verdad*", y que el problema a resolver se refería a cuál era el mensaje transmitido por la publicidad. En ese sentido, el análisis no debía referirse a afirmaciones sueltas y descontextualizadas, pues el consumidor no decodificó el mensaje en varias imágenes o afirmaciones, sino como un todo estudiando la integridad de los elementos que componían la publicidad y el contexto en el que habían sido expresados.

Siguiendo el análisis expuesto, el contradictor indicó que no era cierto que de la pieza publicitaria analizada, se estuviera transmitiendo el mensaje de que la bebida era "*un jugo a base ciento por ciento de fruta natural*", y que dicha interpretación de algunos consumidores era equivocada, irracional y absurda, con lo que no podía hacerse responsable a **POSTOBON S.A.**

Además, invocó lo señalado por esta Superintendencia en el expediente número 15-271838, al haber concluido que la expresión "*fruta de verdad*" no configuraba publicidad engañosa pues la bebida contenía fruta, información que era visible en los envases y estaba soportada con la ficha técnica.

#### **b. "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT".**

##### **1. "Caducidad de la facultad sancionatoria".**

En concepto de la sancionada, también operó la caducidad de la facultad sancionatoria al haber transcurrido más de tres (3) años desde la fecha en que el comercial dejó de transmitirse, hasta que se notificó el acto administrativo impugnado.

Desde su perspectiva, de conformidad con la certificación expedida por la agencia de medios OMD COLOMBIA S.A.S., el comercial identificado con el código "*IBOPE 1882684*" finalizó el día 27 de octubre de 2016, con lo cual para el día 27 de octubre de 2019, esta Entidad perdió competencia en el asunto bajo estudio.

Agregó, que no obstante la manifestación de la Dirección según la cual el comercial estuvo publicado en el canal *YouTube* hasta el día 8 de septiembre de 2018 con lo cual no se configuraría la caducidad, lo cierto es que el tercero interesado que aportó el video, esto es la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, no afirmó que el comercial estuviera disponible en el canal de **POSTOBON S.A.**, contrario a lo establecido por el *a quo* sin que hubiera mediado prueba. Señaló, que el link donde aparecía el video nunca perteneció a la sancionada, como equivocadamente lo señaló el fallador de instancia, sino a un tercero.

Adicionalmente, aseguró que la Dirección no fundamentó su afirmación de que la pieza de comunicación estuviera en el canal de *YouTube* de la sancionada en pruebas obrantes en el expediente, las que por el contrario demostraban que el comercial se transmitió por televisión nacional y por cable hasta el día 27 de octubre de 2016.

En este mismo sentido, manifestó que también habían transcurrido tres (3) años, desde que esta Autoridad conoció el comercial mediante la denuncia presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez bajo el radicado número 15-271838, hasta la fecha de notificación del acto administrativo sancionatorio.

##### **2. "Pronunciamiento previo de la SIC".**

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

En lo referente a este asunto, reiteró su posición frente a la configuración de la cosa juzgada con base en lo resuelto en el expediente número 15-271838.

**c. “Cuña Radial 618208 HIT NUEVO SABOR MANDARINA”.**

El impugnante señaló, que de la proclama *“contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría”*, la Dirección concluyó que el mensaje transmitido era que la bebida tenía el triple de fruta y no el doble, pero que al hacer la operación matemática el *“refresco de fruta SOKA”* debía tener veinticuatro por ciento (24%) de fruta, cuando en realidad tenía veinte por ciento (20%) con lo cual la declaración resultó falsa o incorrecta o imprecisa y, por lo tanto, no era verificable plenamente como lo exigía el numeral 2.1.2.6 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

Respecto de anterior, para la defensa, a dicha conclusión se llegó sin pruebas que acreditaran lo dicho, incumpliendo la obligación del *a quo* de expedir el acto administrativo suficientemente motivado a partir de material probatorio obrante en el expediente, y se fundamentó en la interpretación de un autor extranjero lo cual era contrario al criterio del consumidor medio que la propia Dirección invocó para el análisis de la publicidad, el cual era superficial y alejado de uno especializado.

**d. “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 LITRÓN’”.**

Argumentó el recurrente, que de las piezas de comunicación analizadas la Dirección concluyó que la proclama *“el mejor precio”*, no era verificable debido a que la sancionada no aportó ningún soporte que demostrara que el *“refresco de fruta Hit”* en su presentación familiar y/o litro fuera el menor en el mercado durante la época en que se anunció tal condición, lo que llevó al *a quo* a considerar que se vulneraron los derechos de los consumidores a recibir bienes de conformidad con las condiciones ofrecidas y obtener información veraz, verificable, precisa e idónea.

El impugnante enfatizó, que la comparación no se refirió a las tres posibilidades analizadas en el acto administrativo sancionatorio, sino al bien *“SOKA- BOTELLA PET 1000 FAMILIAR NO RETORNABLE”*, que era un producto equivalente, pero que no fue analizado por el fallador de instancia.

De conformidad con lo anterior, la defensa explicó que si se hubiera comparado la bebida *“HIT”* con la bebida *“SOKA”*, desde el día 11 de diciembre de 2017 hasta el día 28 de marzo de 2018, fechas en que estuvieron disponibles las piezas de comunicación, la bebida *“HIT”* era el bien del *“mejor precio”*. Para probar su dicho, la sancionada aportó una certificación de INVAMER según la cual el bien *“SOKA BOTELLA PET 1000 FAMILIAR NO RETORNABLE”*, tenía un mayor precio. Adicionalmente, aportó una certificación de NIELSEN en donde se expresó el precio del bien objeto de la publicidad y de bienes análogos para la época en la que estuvo disponible la publicidad para su venta.

Bajo la perspectiva de la sancionada, las pruebas obrantes en el expediente y aquellas aportadas con el escrito de los recursos, demostraban que el *“refresco de fruta Hit”* en su presentación familiar y/o litro, tenía el menor precio en el mercado.

**iii) “Respecto de la imputación fáctica 2”.**

**a. “Caducidad de la facultad sancionatoria”.**

En este asunto, consideró la sancionada que la imputación fáctica número dos se fundamentó en dos comerciales *“1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s”* y *“1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s”* que fueron retirados del mercado con fecha que excedía los tres (3) años otorgados por la ley para proferir una decisión de fondo y notificarla, con lo cual se configuró la caducidad de



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

la facultad sancionatoria y por ello esta Superintendencia perdió competencia para imponerle una sanción a **POSTOBON S.A.** Para sustentar lo dicho, se refirió a las consideraciones resumidas anteriormente en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria.

**b. "Violación del debido proceso".**

En este asunto, consideró la sancionada que de la imputación fáctica número dos del pliego de cargos, la Dirección consideró que las piezas de comunicación analizadas podrían ser engañosas o confusas, pudiendo inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, al carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad, y también que aparentemente **POSTOBON S.A.**, estaría incumpliendo la obligación de evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondieran a la realidad y no exagerara su naturaleza.

En este sentido, señaló que en la imputación fáctica número dos el *a quo* señaló publicidades que no habían sido evaluadas en la imputación fáctica número uno, lo que ocasionó que la sancionada no conociera las razones por las cuales aquellas podían ser engañosas o confusas.

En relación con la segunda parte de la imputación, en la solicitud de explicaciones no se indicó de manera precisa y concreta las razones por las cuales las piezas de comunicación respectivas vulneraban lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015, lo que en sentir de la defensa transgredió el derecho al debido proceso de la sancionada.

En el mismo sentido, desde la perspectiva del recurrente aun cuando en el pliego de cargos se puso en conocimiento de **POSTOBON S.A.**, las piezas publicitarias en que se fundamentó la imputación y las disposiciones normativas presuntamente vulneradas, no se garantizó el derecho de defensa y contradicción de la mencionada sociedad, puesto que no se expresaron las razones y pruebas que permitían deducir una presunta infracción.

Advirtió el impugnante, que el *a quo* debió señalar de forma clara, precisa, particular y concreta los aspectos de las piezas de comunicación que presuntamente infringían las normas imputadas, y las razones de dicha conclusión, para permitirle a **POSTOBON S.A.**, rendir sus explicaciones.

**c. "El análisis realizado por la Superintendencia para demostrar la responsabilidad del cargo".**

La sancionada reconoció que los niños, niñas y adolescentes eran un grupo que merecía una protección especial y prevalente, sin embargo, no se encontraba probado el incumplimiento del artículo 2.2.2.33.3 y los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015.

Consideró, que el análisis de responsabilidad no podía realizarse partiendo de la base de que en la imputación fáctica número uno había quedado demostrado el carácter engañoso de las piezas publicitarias, y con base en ello deducir la vulneración a las normas relacionadas con los niños, niñas y adolescentes, quienes, en el sentir del impugnante entendían e interpretaban los mensajes publicitarios de manera especial o diferente a aquella en que lo hacían los consumidores medios o racionales.

El contradictor agregó, que no compartía las consideraciones de la Dirección en el análisis del cargo, debido a que era el *a quo* quien estaba en la obligación de probar sus afirmaciones con evidencia científica, técnica y verificable, que demostrara el comportamiento de ese grupo en particular.

En dicho sentido, según el recurrente, la decisión del fallador de instancia debió haber estado motivada con base en estudios, ejercicios u otras evidencias, dirigidas a verificar el desarrollo cognitivo de un niño conforme su edad y cómo entendía los mensajes incluidos en las piezas de comunicación analizadas. Agregó, que la Dirección también debió haber establecido la manera en que incidía el elemento persuasivo en las decisiones de compra de los niños, niñas y adolescentes.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Lo anterior, para que el *a quo* pudiera concluir que el comportamiento de aquellos se veía afectado por el mensaje publicitario.

Aclaró, que existía una diferencia entre lo que era relevante para un consumidor racional y sobre lo cual construía su expectativa, lo cual podría ser diferente para un menor. Agregó, que aquello que podía conducir a un error a un consumidor racional, no era igual para un niño, niña o adolescente. Sin embargo, el contradictor señaló que las conclusiones expuestas por la Dirección solo se fundamentaron en sus propias apreciaciones.

Por otra parte, en lo referente a la consideración del *a quo* según la cual la publicidad tenía efectos en la psiquis de los niños, niñas y/o adolescentes, manipulando e influenciando sus decisiones de consumo, el recurrente aseguró que tal afirmación no se sustentó en evidencia científica, contrariando el deber del fallador de instancia de motivar sus decisiones con pruebas obrantes en el expediente.

En lo correspondiente a las manifestaciones de la Dirección en relación con la disminución de la racionalidad de los menores como destinatarios del mensaje publicitario, la posición de los padres en el sentido de verse expuestos a darles gusto a sus hijos sin revisar o confrontar dicho mensaje y tomar decisiones de compra persuadidas por el deseo de los niños, niñas y/o adolescentes persuadidos e influenciados por la publicidad, junto con la necesidad de regular el contenido y la forma en que debía presentarse la información y la publicidad dirigida a ese grupo en particular, el impugnante aseguró que no existía ningún sustento científico o técnico que las diera por probadas, y que además no todos los padres de familia se comportaban de la misma manera frente a sus hijos, quienes también tenían la obligación de cumplir con su deber de informarse respecto de la calidad de los bienes ofrecidos. Asimismo, cuestionó cuál era la verdadera razón de la existencia de las normas de protección a los menores, y si en realidad aquella era la ineptitud de los adultos para ejercer como padres y cumplir sus deberes como consumidores.

Teniendo en cuenta lo anterior, la defensa aseveró que el análisis realizado por el *a quo* se sustentó en sus propias apreciaciones subjetivas, sin haber ningún sustento probatorio. Respecto de la infracción a los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015, el recurrente hizo extensivos sus argumentos expuestos en cuanto al análisis de la infracción al artículo 2.2.2.33.3 del Decreto 1074 de 2015.

#### iv) “Respecto de la imputación fáctica 3”.

El impugnante afirmó que no se verificó la inobservancia de las órdenes impartidas por la Dirección mediante el oficio identificado con el radicado número 17-424418-6 del 28 de junio de 2018.

En este asunto, la sancionada consideró que contestó el requerimiento el día 8 de agosto de 2018, mediante radicado número 17-424418-10 adjuntando un dispositivo USB que tenía la información y documentación requerida.

Respecto de las etiquetas, la ficha técnica y el registro sanitario del “jugo de naranja 100% de fruta HIT”, la defensa rechazó la calificación de “falaz” de la Dirección de las razones manifestadas en el escrito de descargos para justificar no haber adjuntado con la respuesta al requerimiento hecho, considerando dicha apreciación como irrespetuosa.

La sancionada explicó, que de las órdenes impartidas entendió que las mismas se referían al “refresco de frutas pasteurizado” y no al “jugo de naranja 100% de fruta HIT”, teniendo en cuenta el contexto de las demás solicitudes del requerimiento.

Reiteró, que desde un inicio le explicó a esta Superintendencia los términos en los que se entendían las órdenes impartidas por el *a quo*, en el sentido que bajo la marca “HIT” POSTOBON S.A., ofrecía un portafolio variado de bienes, y que específicamente en la denuncia radicada se hizo referencia al “refresco de frutas pasteurizado” y advirtió que si esta Autoridad requería más información de otros bienes identificados con la marca “HIT”, dicha sociedad procedería a responder

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

requerimientos adicionales. En estos términos, la sancionada advirtió que el *a quo* pudo haber aclarado el sentido de la solicitud y requerir lo que faltaba.

Agregó, que el fallador de instancia expidió tres requerimientos adicionales, en ninguno de los cuales se refirió al *"jugo de naranja 100% de fruta HIT"*, ni aclaró el sentido de su solicitud. Señaló, que la información de ese bien no era necesaria para adelantar el procedimiento administrativo, debido a que la actuación se centró en el *"refresco de frutas pasteurizado"*.

Por otra parte, en cuanto al requerimiento de allegar la ficha técnica, las etiquetas o empaques, el registro sanitario y el porcentaje de fruta de las variedades maracuyá y mandarina, el impugnante indicó que con base en la queja presentada por la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, era lógico que la sancionada concluyera que la información requerida estuviera relacionada con las piezas publicitarias que utilizaban la expresión *"Elige Hit, la fruta de verdad"*.

Desde la perspectiva del recurrente, la Dirección debió haber requerido el complemento de la información y aclarar el asunto, sin esperar a la formulación de cargos para evidenciar la falta, lo que era en contra de debido proceso y el principio de presunción de inocencia.

En cuanto a la manifestación del *a quo* respecto de que la inobservancia en el cumplimiento de las órdenes impartidas representó una obstrucción para el ejercicio de las funciones de esta Superintendencia, la sancionada enfatizó que siempre estuvo dispuesta a entregar toda la información que se le requiriera. Aclaró, que aquella información que faltaba debió haber sido aclarada por la Dirección, y que en todo caso se aportó con el escrito de descargos de fecha 12 de julio de 2019, con lo cual el fallador de instancia tuvo todo el material probatorio necesario para poder realizar la actuación administrativa. Señaló la defensa, que el *a quo* no podía desconocer que desde la respuesta al primer requerimiento, la sancionada manifestó estar a disposición de allegar la documentación necesaria, demostrando su ánimo de colaboración.

Contrario a lo considerado en el acto impugnado, para el recurrente, **POSTOBON S.A.**, no dificultó el ejercicio de las funciones de esta Entidad, pues no se negó a entregar información y la Dirección contó con todo lo requerido, pues en todo caso aquello que no se aportó, se allegó después.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el contradictor aseguró que el *a quo* vulneró el derecho al debido proceso de la sancionada, pues en su sentir, la decisión adoptada no se justificó en pruebas suficientes. Al contrario, según la defensa, de aquellas obrantes en el expediente, se demostró la voluntad de **POSTOBON S.A.**, de entregar toda la información solicitada, y que el fallador de instancia tuvo a su disposición la totalidad de la documentación pedida.

**v) "Respecto de la graduación de la sanción".**

**POSTOBON S.A.**, manifestó que la Ley 1480 de 2011 establecía los criterios que debían ser considerados para que la Dirección graduara la multa, y que su aplicación dependía de las pruebas obtenidas durante la actuación sancionatoria. Añadió, que el *a quo* debía exponer las razones para su ponderación y cuantificación, para que la sanción resultara proporcional a la infracción.

La defensa solicitó la reducción considerable de la multa impuesta, pues la misma correspondía al noventa y cinco por ciento (95%) de la suma máxima, resultando excesiva y desproporcionada frente a la infracción.

De cada uno de los criterios dispuestos en el parágrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, señaló:

**a) El daño causado a los consumidores:**

El impugnante argumentó, que del tenor literal de la norma, el daño al que se hacía referencia no era como lo consideró la Dirección, esto es, el potencial que pudiera perjudicar al universo de

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

consumidores, ya que el criterio debía aplicarse en cada caso y no haciendo una evaluación general para todos los casos.

b) Reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor:

La sancionada solicitó tener en cuenta este criterio para la dosificación de la multa, aun cuando la Dirección argumentó que el mismo no resultaba aplicable debido a que la decisión de imponer una sanción en el expediente identificado con el radicado número 16-109447, no estaba en firme.

c) Disposición o no de colaborar con las autoridades competentes:

En lo que corresponde a este criterio, el recurrente rechazó categóricamente la consideración del fallador de instancia según la cual durante el procedimiento sancionatorio se presentaron algunas contradicciones que en apariencia pretendían inducir a error a esta Superintendencia, debido a que las piezas publicitarias suministradas en la etapa de averiguación preliminar, y que fueron objeto de reproche, fueron cambiadas.

Aseveró, que la política de la sancionada era colaborar con todas las autoridades, con lo cual, la afirmación en cuestión carecía de pruebas y solo partía de suposiciones. Aclaró que la aparente contradicción, se debió a un error de *IBOPE* al identificar las piezas de comunicación, ya que eran nombres similares.

Por otra parte, indicó que **POSTOBON S.A.**, construyó país, trabajando con y para los colombianos por más de cien (100) años, con tradición y reputación de ser responsable, viéndose afectada con afirmaciones como las de la Dirección.

Con base en los argumentos expuestos, la sancionada solicitó revocar el acto administrativo sancionatorio, o reducir el monto de la multa.

**QUINTO:** Que la tercera interesada, esto es, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red Papaz, mediante escrito identificado con el radicado número 17-424418-97 de 11 de agosto de 2020, se opuso al recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por **POSTOBON S.A.**, contra el acto administrativo sancionatorio<sup>9</sup>, y solicitó se confirmara la decisión adoptada en el mismo, ya que en su criterio el acto impugnado se constituyó como un hito para la protección de los derechos de los consumidores, en especial de los niños, niñas y adolescentes, defendiendo la decisión adoptada. La tercera interviniente sustentó su petición con base en las razones que se resumen a continuación:

**i) “Continuidad en la comisión de las conductas que demuestran probadas las imputaciones fácticas Nos. 1 y 2”.**

La Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, aseveró que se configuró la continuidad en la comisión de las conductas que resultaron probadas en las imputaciones fácticas números uno y dos, ya que, que contrario a lo manifestado por la sancionada en su escrito impugnatorio, no operó la caducidad de la facultad sancionatoria en el presente asunto teniendo en cuenta que las conductas sancionadas se fundamentaron no en dos (2) piezas audiovisuales, sino en una “*sucesión de piezas*” dirigidas a posicionar diferentes mensajes publicitarios.

Agregó, que la propia sancionada enfatizó que hubo continuidad de los mensajes en las diferentes piezas difundidas por varios años. En su sentir, la comunicación de las piezas publicitarias se prolongó en el tiempo por lo que era necesario aplicar el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, se trataba de una misma conducta desplegada de manera sucesiva a través de varias piezas, cuyo mensaje tenía unidad de propósito y no había cambiado, motivos por los cuales, impedía que ocurriera la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de unas piezas, y de otras no.

<sup>9</sup> En el mismo sentido, se radicó el escrito identificado con el consecutivo número 17-424418-98 de fecha 11 de agosto de 2020.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Agregó, que existía un propósito único y continuado de posicionar en el mercado que *Hit* era un "jugo" y era "natural", era "fruta de verdad", con lo cual se transmitió un mismo mensaje mediante diferentes piezas publicitarias. También indicó, que del material probatorio obrante en el expediente, se concluyó acertadamente que hubo continuidad en la difusión de la publicidad entre los años 2015 y 2018, en medios masivos de comunicación y destinada a un gran número de personas.

Respecto de la imputación fáctica número dos, argumentó que las piezas de comunicación analizadas afectaron tres bienes jurídicos: la calidad, la información y la publicidad, por lo que no eran piezas independientes y hacían parte de la misma conducta.

En sentir de la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, no transcurrieron más de tres años desde la ocurrencia del hecho que llevó a la Dirección a imponer la sanción, y la notificación del acto administrativo impugnado, ya que no era posible desligar las piezas publicitarias difundidas tres (3) años atrás y aquellas que sí se comunicaron en el rango de tiempo establecido por la ley, debido a que las mismas constituían una misma conducta. Con ello, el término de caducidad debía iniciarse a partir del momento en el cual cesó la infracción, lo cual para el caso bajo estudio fue el último trimestre del año 2018.

Señaló, que no era procedente cuestionar el hecho de que la difusión de los comerciales "*Lonchera*" y "*Temática Hit*", se hubiera hecho en la red social *YouTube* sin consentimiento de **POSTOBON S.A.**, pues lo cierto era que la pieza "*Hit Jugos Ref. 30-30*", que contenía el mismo mensaje que los otros comerciales, se siguió reproduciendo en el año 2018.

#### ii) "Ausencia de violación del debido proceso administrativo".

Por otra parte, en relación con la vulneración del derecho al debido proceso administrativo, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, afirmó que se formularon los cargos de manera clara, precisa y concreta, y hubo suficientes pruebas que demostraron la transgresión de las normas imputadas por haber desplegado las conductas reprochadas.

Respecto de la formulación del cargo número dos, y contrario a lo asegurado por la sancionada, para la tercera interesada resultó claro cuáles fueron los hechos que dieron lugar a la actuación administrativa, en particular la difusión de las piezas de comunicación "*17989155-HIT-LONCHERA*", "*1882684-HIT- COMERCIAL TEMÁTICA HIT N*", "*1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017*", y "*HIT JUGOS-REF-30-30*". Asimismo, quedó claro que **POSTOBON S.A.**, al ser titular de la marca "*HIT*", era la responsable de dichas piezas, y en el acto administrativo de formulación de cargos se explicó que las normas presuntamente vulneradas eran los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2011, resaltando en negrilla aquello que en particular sería estudiado.

En cuanto a la imputación fáctica número uno, explicó que la Dirección incluyó una revisión pormenorizada de cada uno de los comerciales y se refirió a las razones por las cuales las vulneraciones cuestionadas afectaban de manera particular a los niños, niñas y adolescentes, explicando su participación en las piezas de comunicación y enfatizó en que estas iban dirigidas a dicho sector de la población. Señaló, que como evidencia de la debida imputación de cargos, era el escrito de alegatos de conclusión en donde mediante una tabla, la sancionada explicó por qué no se incumplieron las normas imputadas.

En lo que corresponde a la ausencia de pruebas alegada por **POSTOBON S.A.**, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, afirmó que hubo suficiente material probatorio para encontrar probada la imputación fáctica número dos, con base en aquellas pruebas analizadas en la imputación fáctica número uno, pues en su sentir, no era necesario hacer un nuevo examen de aquello que ya había sido analizado. Aclaró, que las razones expuestas para determinar la vulneración de los derechos de los consumidores a la calidad, la información y la publicidad en la imputación fáctica número uno, se replicaban para la imputación fáctica número dos, haciendo

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

énfasis en la participación de los niños, niñas y adolescentes, como público destinatario de la venta de bebidas "HIT" y su especial protección.

La tercera interesada también advirtió, que la formulación de la imputación fáctica número dos era necesaria pues la bebida "HIT" era consumida por escolares y adolescentes, cuya publicidad era dirigida, entre otros, a ellos y que las piezas de comunicación analizadas, al resultar engañosas, por haber hecho alusión a cualidades que no tenía el bien y exagerando su naturaleza, infringieron las normas especialmente diseñadas para la especial protección de niños, niñas y adolescentes. Esto, ya que la sancionada dio a entender, que su bebida provenía de la fruta, sin embargo se evidenció que la misma era azucarada con un mínimo contenido de fruta.

### iii) "Cosa juzgada".

Por otro lado, y relacionado con la posible configuración de cosa juzgada, la tercera interesada argumentó que el asunto estudiado en el expediente número 15-271838 y el que ahora se analizaba, tenían naturaleza y alcances diferentes. Aclaró, que **POSTOBON S.A.**, desconoció el propósito de la averiguación preliminar como etapa previa al procedimiento administrativo sancionatorio, y que se refería a verificar la ocurrencia de hechos y si los mismos tenían la entidad suficiente para llevar a la formulación de cargos. Explicó, que al decidir el archivo del expediente, no se hizo un juicio a fondo sobre la existencia de una conducta sancionable, sino una actuación formal según la cual a partir de cierta información se decidía no formular cargos sin que se tratara de una decisión de fondo susceptible de ser recurrida. Al contrario, el procedimiento administrativo sancionatorio, requería unas formalidades especiales que desplegaba todas las garantías del derecho fundamental al debido proceso al resultar en una decisión de fondo con consecuencias probablemente adversas al sujeto vinculado. Insistió, que la averiguación preliminar era una actuación de trámite que no decidía el fondo del asunto, por lo cual no podía hacer tránsito a cosa juzgada.

Con lo anterior, para la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, el hecho de que se hubiera decidido archivar la actuación bajo el expediente número 15-271838, no implicaba que se pudieran presentar otras denuncias o que esta Superintendencia pudiera ejercer sus funciones de oficio.

Asimismo, señaló que no se configuró identidad de causa ni de objeto pues en la actuación archivada se revisaron las expresiones "sabor a fruta" y "contenido de fruta de Hit", mientras que en el caso bajo estudio, se analizaron aquellas que se referían a "Elige Hit, la fruta de verdad" y "Hit es fruta de verdad". Indicó, que la Dirección en el acto administrativo impugnado explicó que en la actuación adelantada en el expediente número 15-271838, las averiguaciones se centraron en la bebida "Jugo Hit Frutas Tropicales", mientras que ahora se analizaba la información relacionada con todas las variedades de refresco de frutas "HIT", las respuestas a por lo menos tres requerimientos y cinco visitas de inspección a páginas web. Hizo énfasis en que, no se trató de una actuación de fondo ni se configuraron los elementos establecidos por la jurisprudencia para declarar el acaecimiento de la cosa juzgada, por lo que solicitó desestimar los argumentos de **POSTOBON S.A.**

### iv) "Gravedad de la afectación de los derechos de NNA".

Otro de los asuntos invocados por la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, para solicitar la confirmación del acto administrativo impugnado, se refirió a que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se vieron gravemente afectados por las conductas de **POSTOBON S.A.**, al no haber recibido información de acuerdo a su nivel de desarrollo y sufrido de publicidad engañosa. Indicó, que la mencionada sociedad con su actuar, difundió expresiones visuales y auditivas respecto de las características del bien que no correspondían a la realidad, y los engañó por haber exagerado su naturaleza. Así, los derechos de ese grupo poblacional en particular, merecían especial protección debido a su vulnerabilidad.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Puntualizó, que de conformidad con el Decreto 975 de 2014 toda la información y publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes debía ser respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión media de personas de su edad, y por lo tanto, debía evitarse el uso de imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondieran con la realidad, impidiendo exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad, así como el uso de los bienes y servicios a ellos ofrecidos<sup>10</sup>.

Con base en lo anterior, la tercera interviniente constató la vulneración de las normas que hicieron parte de la imputación fáctica número dos, ya que **POSTOBON S.A.**, difundió expresiones visuales y auditivas que no correspondían a la realidad de la bebida "HIT", al haber afirmado que la misma era "fruta", que era "jugo" y que era "natural", características que no correspondían a la realidad. Esto, ya que "HIT" no era jugo debido a que el contenido de fruta era escaso, su valor nutricional era casi nulo y su ingrediente de azúcar excedía los límites dispuestos por la Organización Panamericana de la Salud, por lo cual las piezas publicitarias que resultaron reprochadas eran engañosas. Particularmente, argumentó que los niños, niñas y adolescentes, por su edad y grado de desarrollo, se iniciaban en la formación de conocimientos y opiniones en relación con los alimentos que consumía y adecuación nutritiva. Por ello, si la bebida "HIT" se presentaba como algo natural o equivalente a las frutas, ese grupo poblacional se formarían la idea de que dichos bienes eran saludables y necesarios para una buena alimentación, lo cual era engañoso y contrario a la realidad.

En línea con los argumentos anteriores, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, aseguró que las conductas reprochadas a **POSTOBON S.A.**, representaban un asunto de especial relevancia debido a la protección de los niños, niñas y adolescentes por su condición de vulnerabilidad, a quienes se les hizo creer que "HIT" era fruta de verdad, que era natural, y que los hacía más fuertes, lo cual era contrario a la verdad, incumpliendo el deber de veracidad e imparcialidad de la información dirigida a esa población.

Hechas las observaciones anteriores, la tercera interviniente manifestó que conforme el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, éstos no podían ser utilizados para incitar a sus pares a consumir una bebida que se dijo era "natural", ni recibir información exagerada de las calidades de los bienes a ellos ofrecidos, y que era una falacia llevarlos a creer que al tomar un "HIT" era equivalente a consumir una fruta. Determinó, que las normas imputadas establecían unos parámetros de conducta específicos para los anunciantes que se dirigían a los niños, niñas y adolescentes, y por lo tanto debía tenerse en cuenta que éstos adquirirían bienes en tiendas escolares con base en la información recibida. Añadió, que la mayoría de los destinatarios de la información suministrada no comprendía aquella dispuesta en las tablas nutricionales de los alimentos, con lo que era ilusorio que los padres previnieran a los hijos de tomar decisiones equivocadas, y que al adquirir un bien, la decisión se tomaba de manera rápida sin hacer operaciones matemáticas complejas para determinar si el consumo de determinado bien es conveniente o no para niños, niñas y adolescentes.

Así las cosas, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, consideró que la sancionada no podía excusarse en una conducta de los padres quienes también podían verse engañados por la publicidad, y aclaró que la imputación fáctica número dos encontró su fundamentación al vulnerarse, en particular, los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la información y publicidad de la bebida "HIT".

**v) "Inobservancia de órdenes impartidas por la SIC".**

Finalmente, la tercera interviniente apoyó la decisión del *a quo* según la cual **POSTOBON S.A.**, incumplió algunas de las órdenes impartidas por esta Autoridad al no haber aportado la totalidad de las piezas publicitarias en las que anunció la bebida "HIT" en la variedad de maracuyá, ni el comercial "HIT JUGOS-REF 30-30", ni los empaques de las variedades mandarina, naranja y

<sup>10</sup> Artículo 4 numeral 1 y artículo 4 numeral 2 del Decreto 1074 de 2015.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

maracuyá, ni sus fichas técnicas, ni el Registro Sanitario, algunos de los cuales solo fueron aportados con el escrito de descargos.

Con base en lo expuesto, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, puso de presente la necesidad de confirmar la multa impuesta, al considerar que la misma cumpliría la función de prevenir que la sancionada continuara difundiendo mensajes sobre cualidades de una de las bebidas azucaradas más consumidas por los niños, niñas y adolescentes en el país. También, para prevenir que otros agentes del mercado pudieran engañar a los consumidores, induciéndolos a error sobre las cualidades de los mismos. Agregó, que en su sentir no era procedente reducir la cuantía de la sanción, teniendo en cuenta que **POSTOBON S.A.**, difundió mensajes publicitarios que resultaron vulneratorios de los derechos de los consumidores, por un periodo largo de tiempo, alcanzando gran parte de la población colombiana, en especial niños, niñas y adolescentes. Por ello, para la mencionada corporación, el daño o peligro causado a los intereses jurídicos tutelados, fue inmenso. Añadió, que la mencionada sociedad reportó cuantiosas utilidades en la venta de las bebidas “*HIT*”.

**SEXTO:** De conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho procederá a resolver todas las cuestiones planteadas por el recurrente, según lo que pasa a explicarse a continuación:

**a) Síntesis de los hechos.**

La Superintendencia de Industria y Comercio tuvo conocimiento de la denuncia presentada en contra de **POSTOBON S.A.**, por la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, el día 21 de diciembre de 2017 mediante el radicado número 17-424418-0, en relación con la publicidad de las bebidas “*HIT*” con el slogan “*Elige Hit, la Fruta de Verdad*” para promover su venta en el sector poblacional de los niños, niñas y adolescentes.

En el escrito de la queja, se señaló que aparentemente el slogan “*Elige Hit, la Fruta de Verdad*”, podría estar haciendo una aseveración falsa o engañosa, respecto de los beneficios nutricionales de la bebida “*HIT*”, con el propósito de influir en la decisión de compra de padres, madres y/o cuidadores, y la decisión de consumo de niños, niñas y adolescentes. Señaló la denunciante, que el propósito de su escrito era salvaguardar a la población infantil como un grupo especial de protección.

El escrito, se refirió a dos comerciales publicitarios de la marca de bebidas “*HIT*” que utilizaban la proclama “*Elige Hit, la Fruta de Verdad*”, y una publicación en la red social *Facebook*.

En la parte de *Hechos*, la denunciante transcribió el diálogo informativo del primer comercial publicitario de cuarenta (40) segundos, en el que en varias oportunidades se utilizaba la afirmación “*Hit es fruta de verdad*”, describió las imágenes y mensajes implícitos, señalando que se hacía alusión a lugares relacionados con alimentación saludable, estilos de vida saludable y espacios infantiles y familiares. También, transcribió el texto del diálogo del segundo comercial publicitario de veinte (20) segundos, en donde se leía, entre otras cuestiones, “*(...) Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit (...)*” y “*(...) 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. (...)*”. Indicó, que de las imágenes y mensajes implícitos, en el comercial se veía un salón de clases con niños y hacía alusión a la lonchera escolar.

Otro de los asuntos expuestos en la denuncia, se refirió al análisis del contenido nutricional de las bebidas “*HIT*” realizado por las nutricionistas dietistas Adriana Zuleta Franco y Mercedes Mora Plazas, de los sabores frutas tropicales, mora y naranja, y los resultados de un estudio de laboratorio que concluyó que dichas bebidas tenían una “*cantidad excesiva de azúcares libres*”, las cuales no eran recomendadas para el uso frecuente de los niños, niñas y adolescentes según los lineamientos de la Organización Panamericana de la Salud.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

De conformidad con el *Modelo de Perfil de Nutrientes* de la Organización Panamericana de la Salud del año 2016, la quejosa encontró que la bebida "*Hit Frutas Tropicales*" contenía nueve por ciento (9%) de fruta y de la aplicación de dicho modelo se obtuvo como resultado que el bien en cuestión aportaba noventa y siete punto siete por ciento (97.7%) de azúcar en las kilo/calorías con lo cual el mismo resultaba con exceso de azúcar. Además, de la bebida "*Hit Mora*", encontró que la misma estaba compuesta por ocho por ciento (8%) de fruta y aportaba noventa por ciento (90%) de azúcar en las kilo/calorías con lo cual la misma resultaba con exceso de azúcar. Asimismo, de la bebida "*Hit Mango*", encontró que estaba compuesta por catorce por ciento (14%) de fruta y aportaba ochenta y cuatro punto cuatro por ciento (84.4%) de azúcar en las kilo/calorías con lo cual resultaba con exceso de azúcar. De la bebida "*Hit Bebida con Jugo de Naranja*", el mismo contenía uno por ciento (1%) de fruta y aportaba cien por ciento (100%) de azúcar en las kilo/calorías con lo cual resultaba con exceso de azúcar y sodio. Con ello, la denunciante consideró, que los mismos superaban hasta diez (10) veces el nivel de azúcar recomendado por la Organización Panamericana de la Salud.

Con base en los hallazgos reportados, se indicó que las proclamas "*Elige Hit, la Fruta de Verdad*" y "*lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit*", podrían resultar engañosas, debido a que darían a entender que dicha bebida era la mejor desde el punto de vista nutricional para los niños, niñas y adolescentes, con lo cual debían incluirlo en su lonchera. Agregó, que su consumo frecuente y/o habitual podría causar problemas de salud, tales como obesidad, diabetes, cáncer, hipertensión, entre otras.

La quejosa también señaló, que de conformidad con la Resolución del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA 03929 de 2013, el bien "*Jugo Hit Fruta Natural*", no debía comercializarse y publicitarse bajo la denominación "*jugo*" pues el mismo no era extracto de frutas frescas, sanas y limpias, lo que podría llevar a pensar que la información y el mensaje publicitario eran engañosos.

En complemento de lo anterior, y de las imágenes, escenarios y situaciones de las piezas de comunicación allegadas, la denunciante señaló que al utilizar la expresión "*Hit es fruta de verdad*", se equiparó las propiedades de la fruta, con una bebida ultraprocesada, con lo cual el consumidor podía pensar que su decisión equivaldría a consumir una fruta entera tanto en sabor como en aporte nutricional, lo cual no era real. Agregó, que de los informes nutricionales que acompañaban su escrito, no existía equivalencia entre las bebidas "*HIT*" y una fruta. En sentir de la quejosa, las piezas de comunicación podrían estar motivando una decisión de consumo con información engañosa, al creer que accedían a una bebida con buen aporte nutricional. Al contrario, los mismos tenían niveles altos de azúcar, y cuyo consumo excesivo o habitual, podría causar enfermedades.

En el acápite *Fundamentos de Derecho* del escrito de la denuncia, la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, expuso el derecho a la información a favor de los consumidores y su protección frente a la publicidad engañosa, y el deber de esta Superintendencia de dar trámite a la queja en favor de los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores.

Luego de invocar las normas aplicables, la quejosa manifestó que en las piezas publicitarias aportadas, identificó cuatro mensajes objetivos: i) Que "*HIT*" era jugo al haber señalado "*Jugos Hit*", con lo cual el destinatario del mensaje entendería que la bebida era un líquido extraído de frutas frescas, sanas y limpias; ii) Que "*HIT*" era fruta natural, al haber empleado expresiones como "*Hit es fruta de verdad*" o "*Elige Hit, la Fruta de Verdad*", con lo cual, y junto con las imágenes empleadas en los comerciales, los consumidores podrían creer que la bebida "*HIT*" era equivalente o intercambiable al consumo de una fruta tanto en sabor como en aporte nutricional; iii) "*HIT*" hacía más fuertes a los niños, pues de las piezas publicitarias implícitamente se infería que la bebida era saludable al ser comparable con la fruta que ayudaba a los niños, niñas y adolescentes a ser más fuertes, al utilizar la proclama "*Porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá*"; y, iv) "*HIT*" era ideal para la lonchera, es decir para su consumo diario haciendo uso de las expresiones "*Lo mejor para la lonchera de tus hijos, es jugos Hit*" y "*Una compañía incondicional se demuestra con un HIT en la lonchera para el recreo*".

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

De las afirmaciones anteriores, la denunciante estimó que las promesas hechas con los mensajes publicitarios eran falsas, teniendo en cuenta la Resolución del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA 03929 de 2013, los análisis nutricionales profesionales aportados por expertos y el perfil de nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud. Explicó también, que las bebidas “HIT” tenían entre uno y nueve por ciento (1% y 9%) de fruta, con lo que resultaba erróneo inducir a error al consumidor a equiparar las frutas con los mismos. Con ello, la fibra y los nutrientes de la fruta se reducían significativamente, por lo que al utilizar expresiones como “Elije Hit, la Fruta de Verdad” podía inducir a error asociando la bebida con una fruta, y también “Hit es fruta de verdad” aseguraba equivalencia nutricional de una bebida ultraprocesada con una fruta de verdad, lo cual no era cierto.

Respecto de las proclamas “Porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá” y “Lo mejor para la lonchera de tus hijos, es jugos Hit”, la denunciante aseguró que de conformidad con los conceptos técnicos profesionales aportados, entre el noventa y siete y noventa y ocho por ciento (97% y 98%) de las kilo/calorías de las bebidas eran azúcar, superando casi diez (10) veces los niveles de azúcar recomendados por la Organización Panamericana de la Salud, con lo cual, en su sentir, la bebida no contribuía positivamente a la salud de los niños, niñas y adolescentes.

En complemento de lo anterior, la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz aseguró que la información suministrada en el mensaje publicitario de las bebidas “HIT” con el slogan “Elije Hit, la Fruta de Verdad”, no fue suficiente pues no señalaba que las mismas debía consumirse con moderación ni indicó el exceso de azúcar que contenían.

Por otra parte, la quejosa hizo referencia a que la publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes, debía tener en cuenta sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión media, pues estos no tenían la capacidad de distinguir discursos de mercado y eran vulnerables a los mensajes publicitarios. Con ello, al haber utilizado las proclamas cuestionadas, un consumidor racional hubiera podido entender que el consumo de las bebidas era equiparable o intercambiable con el consumo de frutas, en sabor y aporte nutricional.

Asimismo, la denunciante invocó el deber de esta Superintendencia de dar trámite prevalente e interpretación a favor de los menores de edad, en atención a los deberes y principios internacionales y constitucionales para la protección de niños, niñas y adolescentes. Señaló puntualmente, que los acuerdos internacionales suscritos por Colombia, tenían el propósito de asegurar el respeto, protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a una alimentación adecuada, equilibrada y saludable, y el acceso a información que no abuse de su inexperiencia para inducirlos a hábitos nocivos que pudieran poner el peligro su salud, dignidad y bienestar. Añadió, que el derecho de los niños, niñas y adolescentes, era prevalente al ser sujetos de especial protección, para garantizar su desarrollo armónico e integral, junto con el pleno ejercicio de sus derechos.

La quejosa también enfatizó, en que los niños, niñas y adolescentes aun no tenían la capacidad de distinguir discursos de mercado de otra información, lo que los hacía especialmente vulnerables a los mensajes publicitarios. En tal sentido, desde su perspectiva, esta Autoridad debía tramitar de forma prevalente e interpretar en favor del mencionado grupo de especial protección, los asuntos que pudieran estar vulnerando sus derechos como consumidores, y controlar la información y publicidad a ellos dirigida, para que fuera presentada de manera adecuada a su edad, evitando ser influenciados engañosamente en la toma de decisiones de consumo.

La Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, también se refirió al marco jurídico en materia del derecho de los niños, niñas y adolescentes a una alimentación adecuada, equilibrada y saludable, y que según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los niños eran especialmente vulnerables, ya que necesitaban recibir alimentación nutritiva y sana para crecer física y mentalmente.

De conformidad con lo señalado, junto con lo expuesto en los conceptos nutricionales aportados, las bebidas “HIT” comercializadas por la sancionada, excedían hasta diez (10) veces más la

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

cantidad de azúcares libres recomendados por la Organización Panamericana de la Salud. Con ello, advirtió la quejosa, las mismas no eran ideales para la alimentación de niños, niñas y adolescentes, ni eran nutritivas ni adecuadas, ni tampoco podían equipararse a los beneficios nutricionales de la fruta, con lo cual se configuraría probablemente un mensaje engañoso.

De igual forma, la quejosa solicitó la aplicación del principio "*pro infans*" en la interpretación de las normas y derechos invocados, atendiendo el interés superior del menor dando prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes teniendo en cuenta su situación de debilidad manifiesta. Con base en ello, solicitó a esta Superintendencia considerar que se presentaba un conflicto de intereses entre el productos y los derechos del mencionado grupo, para que tuviera en cuenta que en el presente caso debían prevalecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes a recibir información que no fuera engañosa, dándole un trámite prevalente.

La Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, concluyó en su escrito de la denuncia, que se debía tramitar de manera prevalente e interpretar en favor de los niños, niñas y adolescentes, las quejas relacionadas con sus derechos como consumidores, para protegerles frente a la publicidad y promoción engañosa de alimentos no saludables. También, que las proclamas utilizadas en las piezas de comunicación de la sancionada, podrían vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores. Señaló nuevamente que se cumplieron los pasos para identificar la información engañosa, los mensajes objetivos que se incluyeron en la publicidad de las bebidas "*HIT*", con lo que posiblemente no coincidía con la realidad, no se suministró información veraz, idónea ni precisa, presentaban exceso de azúcar, no era jugo, y su contenido de fruta no representaba una contribución positiva para la nutrición y desarrollo del grupo al cual iban enfocados. Con ello, consideró que probablemente se inducía engañosamente a comprar un bien con la idea de que tenía unas características nutricionales beneficiosas, que en realidad no tenía. Agregó, que al promover la venta de bebidas ultraprocesadas con exceso de azúcar e insignificante aporte nutricional, como una bebida adecuada para la salud de los niños, niñas y adolescentes, resultaba aparentemente en publicidad engañosa.

Así las cosas, la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz solicitó investigar la información y publicidad de las bebidas "*HIT*", en caso de evidenciar que la información incluida en las piezas publicitarias infringían la normatividad iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio correspondiente, como medida cautelar retirar el bien y la publicidad del mercado, y oficiar al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA la denuncia presentada para que en ejercicio de sus funciones, investigara la presunta infracción a la normatividad sanitaria.

Como consecuencia de la anterior denuncia, la Dirección a través del oficio identificado con el radicado número 17-424418-1 de 28 de febrero de 2018 remitió al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA copia de la queja radicada por la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, para lo de su competencia.

Con el fin de esclarecer los hechos denunciados, la Dirección le ordenó a **POSTOBON S.A.**<sup>11</sup> que:

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 jugos Hit'

<sup>11</sup> Consecutivos números 6 y 7 obrantes dentro del expediente número 17-424418 de fecha 28 de junio de 2018.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

- 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 qué 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.*
- (...)."

La sancionada mediante escrito identificado con el número 17-424418-8 de 24 de julio de 2018, solicitó que se le otorgara una extensión del plazo concedido para dar respuesta al requerimiento, frente a lo cual la Dirección accedió mediante oficio con radicado número 17-424418-9 de 30 de julio de 2018, señalando que tendría en cuenta la información aportada hasta el día 8 de agosto de 2018.

En los términos anteriores, **POSTOBON S.A.**, dio respuesta a los oficios identificados con los radicados números 17-424418-6 y 17-424418-7, ambos del 28 de junio de 2018, mediante escrito identificado con el radicado número 17-424418-10 de 8 de agosto de 2018.

A través de los oficios identificados con los radicados números 17-424418-13 y 17-424418-14 de 25 de septiembre de 2018, la Dirección reconoció a la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, como tercero interesado.

Con base en la información aportada, el *a quo* le ordenó a **POSTOBON S.A.**<sup>12</sup> que:

1. *Informar cuántas campañas publicitarias del producto 'Jugos Hit' ha realizado para los años 2017 y 2018, identificando e individualizando cada una de ellas.*
  2. *Describe 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 de 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. Lo anterior, deberá ser allegado en medio magnético.*
- (...)"

**POSTOBON S.A.**, dio respuesta a dicho requerimiento por medio del consecutivo número 17-424418-17 de fecha 12 de octubre de 2018.

El Grupo de Trabajo de Supervisión Empresarial y Seguridad de Producto de la Superintendencia de Industria y Comercio, adscrito a la Dirección, le ordenó a la sancionada mediante los oficios identificados con los radicados números 17-424418-18 y 17-424418-19 de 16 de octubre de 2018, que:

1. *Informar de manera clara y detallada en qué consiste la mecánica denominada '¡HOLA! Te queremos invitar a participar en esta campaña de difusión, lo único que debes hacer es*

<sup>12</sup> Consecutivos números 15 y 16 obrantes dentro del expediente número 17-424418 de fecha 27 de septiembre de 2018.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*compartir un link que contiene información que aclara los rumores sobre los ingredientes de Hit'. (En adelante la mecánica).*

*2. Adjuntar copia de todas y cada una de las piezas publicitarias -incluidas las piezas digitales- emitidas con ocasión de la mecánica.*

*3. Señalar todas y cada una de las fechas a través de las cuales se ha anunciado la mecánica y los medios a través de los cuales se ha divulgado -v.gr. comerciales, cuñas radicales, redes sociales, correos electrónicos, etc.-*

*4. Explicar cuáles son los términos, las condiciones, las restricciones y la vigencia de la mecánica.*

*5. Adjuntar copia de la totalidad de la información que ha sido (sic) suministrada al público en relación con la mecánica.*

*6. Allegar una certificación suscrita por el representante legal de la sociedad en que dé constancia de los ganadores de la mecánica, indicando los nombres, los documentos de identificación y los respectivos datos de contacto.*

*7. Aportar copias de todas y cada una de las actas de entrega de los predios entregados con ocasión de la mecánica.*

*8. Anexar en magnético formato Excel (.xls), la relación de las peticiones, las quejas y los reclamos recibidos con ocasión a la mecánica, con los siguientes datos: (i) fecha de radicación; (ii) nombre del quejoso; (iii) motivo -breve descripción y (iv) trámite - descripción de la solución efectivamente brindada.*

*(...)"*

Frente al anterior requerimiento, **POSTOBON S.A.**, dio respuesta mediante escrito identificado con el consecutivo número 17-424418-22 de 10 de octubre de 2018.

El día 17 de octubre de 2018, en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Grupo de Trabajo de Supervisión Empresarial y Seguridad de Producto, en cumplimiento de sus funciones como parte de la Dirección, realizó visita de inspección administrativa a las páginas web <https://mail.google.com/mail/u/2/?tab=wm#inbox/FMfcgxvzLDxhfFSwMDmQZWCKvJkKpbvV?projector=1>, <https://exmagazine.com/wp-content/uploads/2018/10/ComunicadoHit.pdf>, <https://es.surveymonkey.com/r/3P75BR6>, <https://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>, con el propósito de verificar la información consignada en ellos. La grabación que se recopiló, quedó garbada en medio magnético<sup>13</sup>.

De acuerdo con las facultades legales y administrativas, la Dirección, en ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control otorgadas por la Ley 1480 de 2011<sup>14</sup> y desarrolladas por el Decreto 4886 de 2011<sup>15</sup>, mediante los oficios números 17-424418-23 y 17-424418-24, ambos de fecha 25 de octubre de 2018, le solicitó a la sancionada que:

*"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.*

*(...)"*

**POSTOBON S.A.**, mediante escrito identificado con el número 17-424418-27 de 31 de octubre de 2018, solicitó que se le otorgara una extensión del plazo concedido para dar respuesta al requerimiento, frente a lo cual la Dirección accedió mediante oficio con radicado número 17-424418-29 de 6 de noviembre de 2018 señalando que tendría en cuenta la información aportada hasta el día 14 de noviembre de 2018.

<sup>13</sup> Radicado número 16-109447-6 de fecha 24 de mayo de 2019.

<sup>14</sup> Numeral primero del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011.

<sup>15</sup> Numeral 22 del artículo primero del Decreto 4886 de 2011.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

En los términos anteriores, la sancionada respondió los requerimientos realizados, mediante escrito identificado con el radicado número 17-424418-30 de 14 de noviembre de 2018.

Por otra parte, la Dirección solicitó a la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, en los oficios identificados con los radicados números 17-424418-25 y 17-424418-26 de fecha 25 de octubre de 2018 que:

*"(...) 1. Indicar las fechas y medios en los cuales Red Papaz conoció la pauta comercial del producto marca 'HIT', que la Corporación remitió junto con la denuncia presentada en la Entidad el 12 de diciembre de 2017. (...)"*

Frente a lo anterior, la denunciante dio respuesta al anterior requerimiento mediante el documento identificado con el número 17-424418-28 de fecha 2 de noviembre de 2018.

Así las cosas, una vez analizada la información recopilada en la etapa de averiguación preliminar, la Dirección determinó por medio de la Resolución No. 19022 de 31 de mayo de 2019<sup>16</sup>, iniciar investigación administrativa mediante formulación de cargos en contra de **POSTOBON S.A.**, realizando las siguientes imputaciones:

*"27.1. Imputación fáctica No. 1: Presunta vulneración a los numerales 1.1 y 1.3. del artículo 3 y a 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 No.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.*

*(...)*

*27.3. Imputación fáctica No.3: Aparente inobservancia a las órdenes impartidas por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor. (...)"*

Surtido el procedimiento sancionatorio previsto en la Ley 1437 de 2011, la Dirección mediante la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020 resolvió sancionar a **POSTOBON S.A.**, tal y como se determinó en el considerando primero del presente acto administrativo, y negar la petición de medidas cautelares solicitada por la tercera interesada Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz.

Inconforme con lo decidido, el apoderado especial de la sancionada el día 31 de julio de 2020<sup>17</sup> presentó los recursos de reposición y en subsidio de apelación. Asimismo, la tercera interesada, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, el día 11 de agosto de 2020 bajo el escrito identificado con el radicado número 17-424418-97, presentó escrito de oposición a los recursos presentados por **POSTOBON S.A.**, solicitando confirmar en su integridad la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020.

Con ocasión del recurso de reposición, la Dirección mediante la Resolución No. No. 34679 del 4 de junio de 2021<sup>18</sup>, resolvió incorporar al expediente los documentos allegados por **POSTOBON S.A.**, con su escrito impugnatorio de conformidad con las consideraciones expuestas en el acápite 7.3 de dicho acto administrativo, confirmar la Resolución No. 37544 de 10 de julio de 2020, y conceder el recurso de apelación interpuesto.

#### **b) Análisis del caso en concreto.**

<sup>16</sup> Radicado número 17-424418-33.

<sup>17</sup> Consecutivo número 95 dentro del expediente número 17-424418.

<sup>18</sup> Radicado número 17-424418-107.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Teniendo en cuenta que tanto la sancionada como la tercera interesada presentaron sus escritos de impugnación, el primero en el sentido de presentar sus inconformidades respecto de las consideraciones del fallador de instancia y la segunda exponiendo sus argumentos apoyando la decisión adoptada, este Despacho dando aplicación al principio de economía procesal<sup>19</sup> analizará ambos recursos en forma conjunta, agrupando sus manifestaciones en los siguientes puntos: i) Caducidad de la facultad sancionatoria; ii) Debido proceso: Imputación fáctica, presunción de inocencia y valoración probatoria; iii) Cosa juzgada; iv) Imputación fáctica número uno, por la presunta vulneración a los numerales 1.1 y 1.3. del artículo 3 y a 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; v) Imputación fáctica número dos, por el incumplimiento de los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015; vi) Imputación fáctica número tres, por la inobservancia a las órdenes impartidas por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor; y, vii) Cuantía de la sanción.

#### **i) Caducidad de la facultad sancionatoria.**

El impugnante señaló que al analizar las piezas de comunicación "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA*" y "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*", que dieron lugar a las imputaciones fácticas números uno y dos del pliego de cargos se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria al haber transcurrido más de tres (3) años desde el momento en que cesó la publicidad y la fecha de notificación del acto administrativo impugnado.

Respecto de la imputación fáctica número uno del pliego de cargos, el contradictor aseguró que al analizar la pieza de comunicación "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA*", transcurrieron más de tres (3) años desde la fecha en que dejó de transmitirse el comercial y la fecha en que se notificó el acto administrativo sancionatorio. Esto, según la certificación expedida por la agencia de medios OMD COLOMBIA S.A.S., según la cual el comercial finalizó el día 13 de octubre de 2015, con lo cual la Dirección perdió competencia para imponer la sanción el día 13 de octubre de 2018.

En relación con el comercial "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*", en concepto de la sancionada, también operó la caducidad de la facultad sancionatoria al haber transcurrido más de tres (3) años desde la fecha en que el comercial dejó de transmitirse, hasta que se notificó el acto administrativo impugnado, con base en la certificación expedida por la agencia de medios OMD COLOMBIA S.A.S., conforme la cual la comunicación de dicha pieza finalizó el día 27 de octubre de 2016, con lo cual para el día 27 de octubre de 2019, esta Superintendencia perdió competencia en el asunto bajo estudio.

En cuanto a la imputación fáctica número dos del pliego de cargos, el impugnante también aseveró que operó la caducidad de la facultad sancionatoria debido a que dicha imputación se fundamentó en los dos comerciales "*1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s*" y "*1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s*", que fueron retirados del mercado con fecha que excedía los tres (3) años otorgados por la ley para proferir una decisión de fondo y notificarla. Para sustentar lo dicho, se refirió a las consideraciones resumidas anteriormente en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria para la imputación fáctica número uno.

En relación con los reparos expuestos, encuentra este Despacho que la Dirección en el acto administrativo impugnado señaló que en el escrito identificado con el radicado número 17-424418-28, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, respondió un requerimiento hecho por el a quo en donde informó que las piezas de comunicación que acompañaron su

<sup>19</sup> De conformidad con el numeral 12 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, el principio de economía se entiende como: "ARTÍCULO 3º. 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. (...) 12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas."



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

denuncia se difundieron en *YouTube* hasta el día **8 de septiembre de 2018**. Para tal efecto, la tercera interesada aportó como prueba la impresión de un correo electrónico en el cual *Google* le informó la fecha hasta la cual estuvieron disponibles dichos videos.

El fallador de instancia agregó, que las pautas comerciales emitidas por **POSTOBON S.A.**, incluyeron la difusión de varios anuncios del mismo bien de manera reiterada. Adicionalmente, señaló que las mismas hicieron parte de una gran campaña publicitaria, teniendo en cuenta que dicha sociedad moduló sus estrategias de mercado para darlas a conocer mediante diferentes medios de comunicación, incluyendo *YouTube* en donde habían estado publicadas las piezas publicitarias objeto de denuncia, esto es los comerciales "1882684-TEMÁTICO HIT N" y "1789155 LONCHERA", hasta el día 8 de septiembre de 2018<sup>20</sup>.

Por su parte, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, en su escrito de oposición a los recursos de reposición y apelación presentados por **POSTOBON S.A.**, manifestó que la comisión de las conductas que fueron objeto de cuestionamiento, fue continuada en el tiempo, por lo que la defensa se equivocaba al asegurar que ocurrió la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Autoridad.

Con el fin de establecer si le asiste o no razón a la sancionada y al tercero interesado, es procedente transcribir lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone:

*"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. (...)"*

Delimitado el marco normativo objeto de inconformidad, este Despacho debe precisar en primer lugar que aun cuando el citado artículo dispone que la facultad para sancionar que tienen las autoridades administrativas caduca pasados tres (3) años de haberse producido el acto que da lugar a su imposición, lo cierto es que el conteo del término dependerá de la clase de hecho que se trate, es decir, que su ocurrencia se de en un solo acto (acto instantáneo) o si se trata de hechos continuos y sucesivos.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado que: *"En cuanto al punto de la caducidad de la acción sancionatoria, es menester poner de presente que la conducta aludida constituye una falta continuada, en la cual se está incurriendo hasta tanto cese el uso fraudulento del servicio, de allí que el término de caducidad deba contarse desde cuando cesa la conducta"*<sup>21</sup>.

Adicionalmente, la misma Corporación en decisión del 2007 expresó lo siguiente:

*"(...) La caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración acontece, cuando ha transcurrido un término legalmente previsto para imponer una sanción sin que la entidad haya actuado en tal sentido (...)"*<sup>22</sup>.

Así, de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el término perentorio de la facultad sancionatoria corresponde a tres (3) años siguientes a la

<sup>20</sup> Considerando trigésimo segundo de la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020.

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia proferida dentro del expediente 7041, Actor: Empresa de Energía de Cundinamarca, C. P. Manuel Santiago Urueta Ayola

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007) Radicación número: 76001-23-25-000-2000-00755-01(15580). Consejera ponente: Ligia López Díaz

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

ocurrencia del 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.

Ahora, para determinar el momento en el cual se inicia el conteo del término de tres (3) años, se hace necesario calificar la conducta por factor de tiempo, es decir, si la misma se consumó en un solo instante, esto es, conducta instantánea o, si la consumación de la misma se prolongó en el tiempo, es decir, 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 cesó, tal como lo dispuso el citado artículo y ya lo había manifestado el Consejo de Estado en atención al antiguo Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

*"(...) El término de caducidad de la potestad sancionatoria de la Administración empieza a contarse desde la fecha en la cual se produzca la conducta reprochable. La falta se estructura cuando concurren los elementos fácticos que la tipifican, es decir, cuando se realiza el hecho previsto como infracción por las normas.*

*(...)*

*Por tanto, la fecha que debe tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo será aquella en la cual cesó la conducta y no la de su iniciación.*

*(...)*

*Sobre el momento en que finaliza el término de caducidad para imponer las sanciones esta Sala ha estimado que es la notificación del acto sancionatorio lo que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos (...) <sup>23</sup>".*

Una vez revisado el material probatorio obrante en el expediente, pudo verificar esta Instancia que la Dirección no perdió competencia para estudiar y sancionar las conductas desplegadas por la **POSTOBON S.A.**, por las razones que pasarán a explicarse a continuación y que aplicarán para la imputación fáctica número uno y para la imputación fáctica número dos.

Respecto del comercial identificado con el código "IBOPE 1789155", encuentra este Despacho que del material probatorio obrante en el expediente se reportaron varias fechas diferentes para determinar hasta cuándo el mismo estuvo en circulación.

De acuerdo con la sancionada y con las certificaciones expedidas por OMD COLOMBIA S.A.S., su agencia de medios, el comercial finalizó su transmisión el **día 13 de octubre de 2015**. No obstante, de conformidad el radicado número 17-424418-30, el comercial en cuestión, se transmitió por televisión nacional hasta el día **31 de mayo de 2017**, lo cual coincide con la certificación expedida por Caracol Televisión S.A.

Por otra parte y según lo indicado por la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, dicha pieza de comunicación estuvo publicada en *YouTube* hasta el día **8 de septiembre de 2018**.

En lo que corresponde al comercial identificado con el código "IBOPE 1882684" esto es "Video Hit *Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*", este Despacho también identificó tres posibles fechas respecto de las cuales el mismo había salido de circulación.

Según la sancionada y su agencia de medios ya mencionada, el comercial finalizó el **27 de octubre de 2016**. Del radicado número 17-424418-30, se puede establecer que se transmitió por televisión nacional hasta el día **22 de mayo de 2017**, conforme certificación expedida por Caracol Televisión S.A. Y de acuerdo con el tercero interesado, la pieza de comunicación estuvo publicada en *YouTube* **hasta el día 8 de septiembre de 2018**.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Expediente: 25000-23-24-000-2001-9130-01(13353). Consejera Ponente: Ligia López Díaz.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Así las cosas, este Despacho puede concluir con certeza que la comunicación de los comerciales identificados con el código "IBOPE 1789155", correspondiente al "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA", y el código "IBOPE 1882684" del "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT", constituyó una conducta continuada que resultó ser contraria a lo dispuesto en artículos 3 (numerales 1.1 y 1.3), 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1, 2.1.1.1 (literal a) y 2.1.1.2 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia (imputación fáctica número uno del pliego de cargos), junto con el artículo 2.2.2.33.3 y los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015 (imputación fáctica número dos del pliego de cargos), incurriendo en una falta prolongada en el tiempo, ya que se cometió hasta el momento en que cesó la disposición de los mismos en el mercado y el acceso de los consumidores a los comerciales, de allí que el término de caducidad debía contarse desde cuando cesó la conducta, es decir, desde el momento en que los comerciales dejaron de estar a disposición de los consumidores y fueron retirados definitivamente del comercio.

Así, los comerciales "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA" y "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT", estuvieron a disposición de los consumidores hasta el día **8 de septiembre de 2018**, y la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020, por medio de la cual se impuso la sanción, se notificó a la sancionada el día 17 de julio de 2020, lo cual demuestra que no han transcurrido los tres (3) años establecidos en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 para que se configurara la caducidad de la facultad sancionatoria, y en consecuencia los argumentos del impugnante en tal sentido serán desestimados.

Como soporte probatorio de lo considerado, en la actuación administrativa se evidencia que el tercero interesado en su queja ante esta Superintendencia<sup>24</sup> señaló en el acápite *I. Hechos*, que **POSTOBON S.A.**, autó unos comerciales publicitarios de las bebidas "HIT". Analizó, entre otras, dos comerciales, uno de cuarenta (40) segundos y otro de veinte (20) segundos, cuyos textos de diálogo son los siguientes:

Comercial de cuarenta (40) segundos:

*Niño 1: A ver mamá déjame explicarte ...*  
*Niña 1: Si hay una experta en frutas, esa soy yo mami.*  
*Niña 2: ¡Yo!*  
*Niño 2: Y yo mamá*  
*Niña 3: Lo primero que probé en mi vida fue una fruta*  
*Niña 1: Es que me encanta*  
*Niña 3: Me encanta*  
*Niño 3: Yo hago lo que sea por la fruta*  
*Niño 1: Entonces mamá, si me vas a dar algo de tomar*  
*Niña 2: Que sea Hit*  
*Niño 3: Que sea Hit*  
*Niño 4: Porque Hit sabe a fruta de verdad*  
*Niño 5: En los sabores y formas que más nos gustan*  
*Niña 2: No te dejes confundir mami*  
*Niño 1: Hit es fruta de verdad ¿entiendes?*  
*Narrador: Si les gusta a ellos, nos gusta a todos. Elige Hit, la fruta de verdad."*

Comercial de veinte (20) segundos:

*"Narrador: 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.*  
*Narrador: Elige Hit, la fruta de verdad."*

<sup>24</sup> Radicado número 17-424418-0 de 21 de diciembre de 2017.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Dando alcance a los hechos mencionados en el escrito de la queja, la Dirección le solicitó al tercero interesado, mediante los oficios identificados con los radicados números 17-424418-25 y 17-424418-26 de 25 de octubre de 2018, que:

**"De acuerdo con la denuncia presentada por la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red Papaz a través del oficio 17-424418- -00000-0000 del 12 de diciembre de 2017, esta Superintendencia ha iniciado una investigación administrativa tendiente a valorar de manera científica y técnica, las condiciones en las cuales la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A. Postobón S.A. ha publicado los productos de la marca 'HIT'.**

En tal virtud, y en uso de las facultades legales y administrativas otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control otorgadas por la Ley 1480 de 2011<sup>25</sup> relativas a la Protección al Consumidor, y las desarrolladas por el Decreto 4886 de 2011<sup>26</sup>; en donde se faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio a recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete; **se le ha requerido a la sociedad investigada en repetidas ocasiones, con el fin de que ésta aporte todas las piezas publicitarias que han sido usadas en los últimos dos (2) años para promocionar y publicitar los productos identificados con la marca 'HIT', esto con plena observancia al Derecho Fundamental al Debido proceso que le asiste a Postobón S.A.**

Por lo anterior, y de conformidad con las atribuciones legales que tiene esta Superintendencia, **amablemente se solicita a la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red Papaz, como tercero interviniente en la investigación administrativa de la referencia que allegue la siguiente información, si la tuviere en su poder:**

**1. Indicar las fechas y medios en los cuales Red Papaz conoció la pauta comercial del producto marca HIT, que la Corporación remitió junto con la denuncia presentada en la Entidad el 12 de diciembre de 2017.**

(...)" (Destacado fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, este Despacho puede concluir que el *a quo* le solicitó a la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, que según los hechos narrados en su denuncia respecto de las condiciones en las cuales **POSTOBON S.A.**, publicitó sus bebidas marca "HIT", indicara las fechas y medios en los cuales la tercera interviniente conoció la pauta comercial de dicho bien y que habían sido remitidas junto con la denuncia presentada en esta Superintendencia el día 12 de diciembre de 2017.

En respuesta al requerimiento anterior, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, mediante radicado número 17-424418-28 de 2 de noviembre de 2018, señaló, entre otras cuestiones, que para apoyar a esta Entidad en el procedimiento administrativo adelantado, confirmaba que las piezas de comunicación denunciadas el día 21 de diciembre de 2017 habían estado al aire en televisión y en *YouTube*. Por una parte, se refirió a que para tener certeza de las emisiones por televisión, sería necesario consultar con *Kantar IBOPE Media*, pues ésta era quien certificaba la información para ese medio y de una determinada pieza publicitaria. Por otra parte, señaló que en lo relacionado con la difusión de las piezas de comunicación por *YouTube*, **el video**

<sup>25</sup> Artículo 59. Facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio. Además de la prevista en el capítulo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las siguientes facultades administrativas en materia de protección al consumidor, las cuales ejercerá siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad:

1. Velar por la observancia de las disposiciones contenidas en esta ley y dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento, así como imponer las sanciones respectivas; (...).

<sup>26</sup> ARTÍCULO 1°. FUNCIONES GENERALES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de República.

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)  
<sup>22</sup> Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso y ordenar las medidas que resulten pertinentes

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

**había estado disponible hasta el día sábado 8 de septiembre de 2018, según la confirmación remitida por Google.**

Además, al revisar los correos electrónicos enviados junto con la respuesta anterior, encuentra este Despacho que del remitente [coordinacion@teprotejo.org](mailto:coordinacion@teprotejo.org), se envió una comunicación el día 10 de septiembre de 2018 al señor Alex Días al correo electrónico [ajdiaz@google.com](mailto:ajdiaz@google.com), indicando que se estaba haciendo seguimiento del link <https://www.youtube.com/watch?v=IN8dRyp1KR0&app=desktop>, en relación con el cual se solicitó se le informara **en qué fecha había sido removido**. El señor Alex Días respondió el mismo día 10 de septiembre de 2018 **que el cargador del video, dueño del canal, lo había borrado hacía dos días, es decir el día 8 de septiembre de 2018**<sup>27</sup>.

En complemento de lo anterior, la sancionada en su escrito impugnatorio<sup>28</sup> señaló que mediante correo electrónico solicitó a *YouTube* bajar el contenido publicado del comercial por un tercero. Esta Instancia, al revisar los correos electrónicos aportados por **POSTOBON S.A.**, pudo verificar que mediante correo electrónico de fecha 7 de septiembre de 2018 enviado por Juana Catalina Cortés Martínez, gerente de cuenta de *Sancho BBDO*, a Miguel Espinosa Dávila, director de unidad de negocio UEN frutas de la sancionada para esa época, bajo el asunto "*PLANES DE ACCIÓN SITUACIÓN HIT*", le informó que "(...) **Desde la cuenta de YouTube de Hit le escribimos a la cuenta que subió el video, que por favor lo bajen ya que no cuenta con nuestra autorización ni derechos para publicarlo**. Estamos buscando la forma de rastrear el video para saber dónde más lo han subido, aunque por ser un video que no tiene # se complica un poco. (...)". (Destacado fuera del texto original).

El mismo día 7 de septiembre de 2018, Juana Catalina Cortés Martínez, envió otro correo electrónico bajo el mismo asunto antes señalado, indicando que solicitó a *YouTube* dar de baja el contenido publicado por *VideoDeTodo3*, y que la misma cuenta publicó el video dos veces en los links <https://www.youtube.com/watch?v=IN8dRyp1KR0> y [https://www.youtube.com/watch?v=BSkFVtK\\_hf4](https://www.youtube.com/watch?v=BSkFVtK_hf4).

Así las cosas, este Despacho puede concluir que existe una secuencia cronológica entre la solicitud que hizo **POSTOBON S.A.**, a través de la gerente de cuenta de *Sancho BBDO*, Juana Catalina Cortés Martínez a *YouTube* para bajar el contenido publicado del comercial, y la fecha en la cual el video fue efectivamente removido de dicha red social según la información señaladas por la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, mediante radicado número 17-424418-28 de 2 de noviembre de 2018.

De este modo, efectuando una valoración en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, según los correos electrónicos aportados por la sancionada en su escrito impugnatorio<sup>29</sup>, el día **7 de septiembre de 2018**, Juana Catalina Cortés Martínez le informó a **POSTOBON S.A.**, que habían solicitado tanto a *YouTube* como a "*la cuenta que subió el video*", dar de baja el contenido publicado como parte de los "*PLANES DE ACCIÓN SITUACIÓN HIT*", y de la respuesta de la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, al requerimiento realizado por la Dirección mediante los oficios identificados con los radicados números 17-424418-25 y 17-424418-26 de 25 de octubre de 2018, a través del radicado número 17-424418-28 de 2 de noviembre de 2018, *YouTube* informó que el video había estado disponible hasta el día sábado **8 de septiembre de 2018**.

Con ello, se generó una relación de causalidad entre la petición realizada por la sancionada para que el video de los comerciales que fueron objeto de reproche no estuvieran disponibles en *YouTube*, y la fecha que reportó la tercera interviniente como aquella hasta la cual la pauta comercial de la bebida marca "*HIT*", que dicha corporación remitió junto con la denuncia presentada ante esta Superintendencia el día 12 de diciembre de 2017, había estado disponible según la confirmación remitida por *Google*.

<sup>27</sup> Radicado número 17-424418-28 de 2 de noviembre de 2018.

<sup>28</sup> Radicado número 17-424418-95.

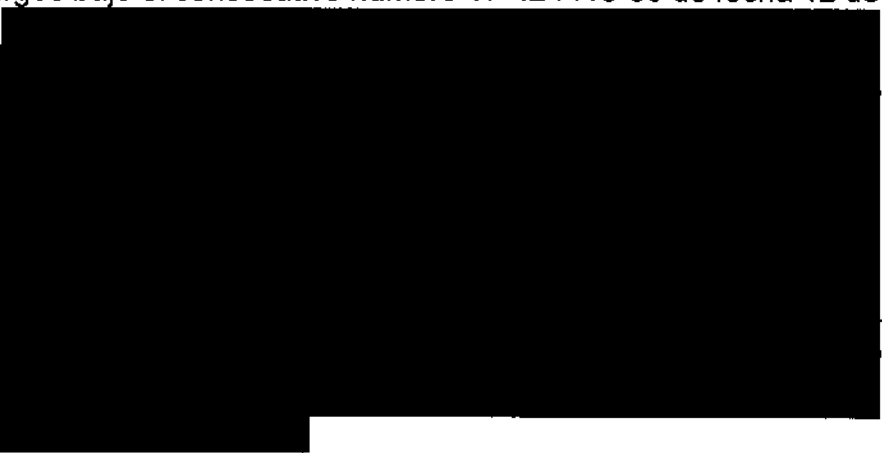
<sup>29</sup> Radicado número 17-424418-95.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

De ahí que la fecha a partir de la cual se puede empezar a contar el término para declarar la caducidad, en casos de faltas continuadas, como en el caso de la publicidad, será el momento en el que la conducta infractora cesó, en este caso, **cuando se dejó de anunciar la publicidad citada.**

Por otra parte, el contradictor no se encuentra de acuerdo con que el comercial estuvo publicado en el canal de *YouTube* de **POSTOBON S.A.**, hasta el día 8 de septiembre de 2018 de conformidad con el escrito identificado con el radicado número 17-424418-28 aportado por la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, en el sentido de que no existía ninguna prueba suficiente que demostrara que los videos efectivamente estaban publicados en el canal de esa red social de la sancionada, pues el link que se utilizó nunca perteneció a dicha sociedad.

Al respecto, es necesario aclarar que **POSTOBON S.A.**, en su calidad de anunciante de las piezas de comunicación "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA*" y "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*", era quien debía tener el control de ellas y por lo tanto, para este Despacho es indiferente que los videos hubieran estado publicados en un canal de *YouTube* que no fuera de la sancionada, ya que como se señaló previamente fue la sancionada la que a través de su gerente de cuenta de la agencia *Sancho BBDO*, hizo las gestiones para que los videos no estuvieran cargados en la red social y como consecuencia de las mismas, el día 8 de septiembre de 2018 ya no estaban disponibles. Sumado a lo señalado, no entiende este Despacho cómo solicitó el retiro de unos videos en el canal *YouTube* que no le pertenecían.

Adicionalmente, del escrito de descargos bajo el consecutivo número 17-424418-50 de fecha 12 de julio de 2019, en la USB reservada, 

Así mismo, en el escrito de descargos, **POSTOBON S.A.**, aportó   


Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

[REDACTED]

Es decir, que aun para la fecha en la que **POSTOBON S.A.**, presentó sus descargos, esto es hasta el día 12 de julio de 2019, los comerciales mediante los cuales anunciaba sus bebidas identificadas con la marca "HIT" y que fueron objeto de la presente investigación administrativa seguían siendo anunciados en la red social *YouTube* y por lo tanto, no podría afirmarse que la conducta infractora de la norma hubiera cesado para iniciar a contabilizar el término para que se configurara la caducidad de la facultad sancionatoria, y por lo tanto, los argumentos de la defensa en ese sentido son improcedentes.

Así las cosas, le asiste razón a la tercera interesada al indicar que las conductas desplegadas por **POSTOBON S.A.**, fueron continuas, y que en dicho sentido también es correcta la posición del *a quo* según la cual las piezas de comunicación "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA*" y del "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*", hicieron parte de campañas publicitarias robustas que dieron continuidad a los mensajes emitidos que influyeron en las decisiones de consumo, resultando equivocado invocar la caducidad de la facultad sancionatoria al haber sido una conducta prolongada en el tiempo. Asimismo, coincide este Despacho con la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, en cuanto a que los mensajes publicitarios emitidos y que resultaron engañosos, tenían unidad de propósito y resultaron inmutables transmitiendo el mismo mensaje de que la bebida "HIT" era "jugo", "natural" y "fruta de verdad".

De conformidad con lo señalado, como quedó suficientemente probado la infracción permaneció hasta el último trimestre del año 2018, sin que hubiera ocurrido la caducidad de la facultad sancionatoria.

Con base en lo expuesto, este Despacho desestimará los argumentos del impugnante según los cuales de las imputaciones fácticas número uno y dos, se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria del "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA*" y del "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*", pues la conducta se caracteriza por ser una conducta continuada y por lo tanto el término de los tres (3) años dispuestos en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 debía contarse a partir del momento en que se dejó de anunciar la publicidad citada, esto es el día **8 de septiembre de 2018**.

Otro de los argumentos de la defensa, se refirió a que el fallador de instancia no fundamentó su afirmación de que las piezas de comunicación estuvieran en el canal de *YouTube* de la sancionada con pruebas obrantes en el expediente, las que por el contrario demostraban que el comercial se transmitió por televisión nacional y por cable hasta el día 13 de octubre de 2015, del comercial "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA*", y hasta el día 27 de octubre de 2016 del "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*".

En efecto, la Corporación Colombiana de Padres y Madres -Red PaPaz, en su escrito distinguido con el radicado número 17-424418-28 le sugirió a la Dirección consultar con IBOPE para tener certeza sobre todas las emisiones de dicho comercial, sin embargo el mismo solo haría referencia a las transmisiones por **televisión**, siendo ese solo un medio de comunicación a través del cual estaría a disposición de los consumidores las mencionadas piezas de comunicación. Adicionalmente, dicha corporación le aclaró al *a quo* que los videos también estaban disponibles en *YouTube*, y para ello allegó la secuencia de correos electrónicos de *Google* según los cuales dichas piezas que dieron lugar a la denuncia presentada, estuvieron disponibles hasta el día **8 de septiembre de 2018**.

Tampoco encuentra procedente esta Instancia, el argumento de la defensa según el cual la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, no afirmó que los comerciales estuvieran publicados en el canal *YouTube* de **POSTOBON S.A.**, pues como se explicó, esta sociedad en su calidad de anunciante era quien tenía el control de la difusión de las piezas de



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

comunicación y por lo tanto era ella la encargada de detener su difusión por cualquier medio, incluyendo dicha red social. Esto, se corrobora con las gestiones adelantadas por ella misma para que *YouTube* y "la cuenta que subió el video", las dieran de baja.

De igual manera, tal y como lo advirtió la tercera interviniente es irrelevante controvertir si la difusión de las piezas publicitarias en cuestión fue autorizada o no por la sancionada en la red social *YouTube*, pues por su calidad de anunciante era quien debía controlar la difusión de sus contenidos.

Por otra parte, el contradictor explicó que la difusión en *YouTube* no correspondía al comercial identificado con el código "IBOPE 1789155", lo cual no es de recibido por este Despacho, pues de la valoración en conjunto del material probatorio obrante en el expediente, puede concluirse que la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz en su escrito identificado con el número de radicado 17-424418-28 se refirió a la respuesta del requerimiento de la Dirección para que indicada "(...) las fechas y medios en los cuales Red Papaz conoció la pauta comercial del producto marca HIT, que la Corporación remitió junto con la denuncia presentada en la Entidad el 12 de diciembre de 201", dentro de las cuales hacía parte el "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA". Asimismo, dentro de la estrategia "PLANES DE ACCIÓN SITUACIÓN HIT", según los correos electrónicos entre Sancho BBDO y POSTOBON S.A., de fecha 7 de septiembre de 2018, se le solicitó a *YouTube* y a "la cuenta que subió el video", dar de baja las piezas de comunicación que luego en el correo de *Google* del 10 de septiembre de 2018, se informó fueron retiradas el 8 de septiembre de 2018, todo lo cual demuestra que se estaba hablando de las mismas piezas de comunicación que tanto la sancionada como la tercera interviniente, pretendieron hacer valer.

En ese sentido, llama la atención que la defensa pretenda confundir a este Despacho al asegurar que la Dirección no fundamentó su afirmación de que las piezas publicitarias estuvieron publicadas en el canal de *YouTube* hasta el día 8 de septiembre de 2018 con base en las pruebas obrantes en el expediente, por cuanto, el acopio probatorio evidencia que las piezas de comunicación cuestionadas fueron transmitidas por televisión nacional y cable hasta el 13 de octubre de 2015 y 27 de octubre de 2016, así como también fueron difundidas por *YouTube*, por lo que solo hasta que se dejó de anunciar la citada publicidad se inició el conteo del término establecido en la ley para que esta Superintendencia pudiera ejercer su facultad sancionatoria, esto es el día 8 de septiembre de 2018, motivos por los cuales, se reitera, los reparos del contradictor en ese sentido serán desestimados.

Ahora bien, si de hacer una revisión del término de caducidad con el que contaba esta Entidad para proferir una decisión de fondo con base en la fecha hasta la cual los comerciales identificados con el código "IBOPE 1789155", correspondiente al "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA", y el código "IBOPE 1882684" del "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT", estuvieron al aire en televisión, encuentra esta Instancia que tampoco se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria, tal conforme lo explicó la Dirección en el acto administrativo en el que resolvió el recurso de reposición<sup>30</sup>.

El comercial distinguido con el código "IBOPE 1789155", fue transmitido por la televisión nacional hasta el día 31 de mayo de 2017 y el comercial con el código "IBOPE 1882684", fue transmitido hasta el día 22 de mayo de 2017; así, las fechas de caducidad hubieran sido el día 31 de mayo de 2020 y el día 22 de mayo de 2020. Sin embargo, se debe anotar que esta Superintendencia, observando las directrices del Gobierno Nacional relativas a la pandemia ocasionada por el COVID-19, adoptó medidas en aras de garantizar el debido proceso administrativo, la salubridad pública, la salud y seguridad en el trabajo. En consecuencia, y dentro de las disposiciones acogidas se ordenó, entre otras, la suspensión de los términos procesales de las actuaciones administrativas a su cargo en los siguientes términos.

Así, con fundamento en el artículo 118 del Código General del Proceso y del artículo 6 del Decreto 491 de 2020, mediante Resoluciones 11792 y 11927 del 16 de marzo de 2020, 12169 del 31 de marzo de 2020 y 16978 del 15 de abril de 2020, la Superintendencia de Industria y Comercio

<sup>30</sup> Resolución No. 34679 de 4 de junio de 2021

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

suspendió los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias que se surten en cada una de sus dependencias.

Ahora bien, mediante Resolución No. 28182 del 12 de junio de 2020, se determinó la reanudación de los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias que se surten ante las dependencias de esta Superintendencia a partir del 16 de junio de 2020.

En este orden de ideas, se tiene que, para el caso concreto, la facultad sancionatoria de la Superintendencia para decidir la investigación administrativa de la referencia con base en las fechas hasta las cuales los comerciales identificados con el código "IBOPE 1789155", correspondiente al "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA", y el código "IBOPE 1882684" del "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT", estuvieron al aire **en televisión**, no caducó, toda vez que con ocasión de la emergencia decretada por el Gobierno Nacional, los términos procesales dentro de las actuaciones sancionatorias adelantadas por esta Entidad no corrieron con normalidad dentro del lapso en el cual se adoptó dicha medida a través de los actos administrativos señalados con anterioridad, siendo así improcedente el argumento de la sancionada.

Corolario de lo expuesto, no se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria al no haber transcurrido tres (3) años desde que los comerciales identificados con el código "IBOPE 1789155", correspondiente al "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA", y el código "IBOPE 1882684" del "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT", estuvieron al aire **en televisión**, esto es, hasta los días **31 de mayo de 2017** y **22 de mayo de 2017**, respectivamente, que resultaron infringir las normas de protección al consumidor y la fecha en que se notificó el acto administrativo sancionatorio, teniendo en cuenta la suspensión de términos adoptada por esta Superintendencia como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional para atender la contingencia generada por el coronavirus COVID-19.

Esto, ya que mediante las Resoluciones números 11792 y 11927 del 16 de marzo de 2020 de esta Superintendencia, se suspendieron los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias que se surten en cada una de sus dependencias desde el día **17 de marzo de 2020**, en los siguientes términos:

**"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. (...)"<sup>31</sup> (Destacado fuera del texto original).**

Así las cosas, esta Instancia aclara que la suspensión de términos inició desde el día 17 de marzo de 2020, y culminó el día **16 de junio de 2020** según lo dispuesto en la Resolución No. 28182 de 12 de junio de 2020, **con lo que la caducidad de la facultad sancionatoria estuvo suspendida dos (2) meses y veintitrés (23) días**. En consecuencia, el acto administrativo por medio del cual se decidió la actuación administrativa, esto es la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020, **fue notificada el 16 de julio de 2020**, conforme certificación de la Secretaria Ad-Hoc de esta Superintendencia<sup>32</sup>, encontrando este Despacho que bajo las consideraciones anteriores, y tomando como fechas aquellas hasta las cuales **los comerciales estuvieron al aire en televisión**, que a la fecha de notificación del acto administrativo, 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

<sup>31</sup> Artículo 1 de la Resolución No. 11927 de 16 de marzo de 2020 de la Superintendencia de Industria y Comercio, que modificó el artículo 1 de la Resolución No. 11792 de 16 de marzo de 2020 que resolvió "ARTÍCULO 1o 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 siguientes servicios de la plataforma tecnológica en relación con dichos asuntos. Portal web, correo electrónico, sistemas de información, internet, el sistema de trámites, sistemas de recaudos para la legalización de pagos y servicio al ciudadano. (...)", expedida con fundamento en el Decreto 385 del 12 de marzo de 2020 mediante el cual el Presidente de la República y el Ministro de Salud y Protección Social, declararon en todo el territorio nacional la emergencia sanitaria.

<sup>32</sup> Radicado número 17-424418-96.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

consecuencia de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID-19, y por lo tanto, los reparos de la defensa también se encuentran desestimados.

Finalmente, este Despacho también desestimará la afirmación del impugnante según la cual se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria, al haber transcurrido más de tres (3) años desde la fecha en que esta Superintendencia tuvo conocimiento de la denuncia presentada por señor Luis Enrique Nieto Rodríguez bajo el expediente identificado con el número 15-271838, esto es, el día 13 de noviembre de 2015, ya que como se explicó, la conducta que fue objeto de reproche en el presente caso se configuró como una falta continuada, en la cual se incurrió hasta tanto hubiera cesado el anuncio de la publicidad citada, por lo que el término de caducidad debe contarse desde cuando cesó la conducta, y como las piezas de comunicación estuvieron en circulación en *YouTube* hasta el día **8 de septiembre de 2018**, solo a partir de esa fecha, y no desde que se presentó la queja por parte del señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, deberá contabilizarse el término otorgado por la ley para el ejercicio de la potestad sancionatoria.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la sancionada también invocó la caducidad de la facultad sancionatoria conforme los mismos argumentos evaluados previamente, respecto de la imputación fáctica número dos, serán aplicables las mismas consideraciones precedentes y por lo tanto este Despacho desestimará los reparos en ese sentido y confirmará que la Dirección no perdió competencia para imponer la sanción por las normas vulneradas y que hacían parte de dicha imputación fáctica, esto es los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015.

Así las cosas, de conformidad con los argumentos expuestos, este Despacho puede concluir que de las imputaciones fácticas números uno y dos, no operó la caducidad de la facultad sancionatoria, y por lo tanto el *a quo* actuó dentro del término establecido en el artículo 52 de la Ley 1480 de 2011 para imponer una sanción a **POSTOBON S.A.**, por los hechos cuestionados y que vulneraron los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3 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, 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, junto con los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015.

#### **ii) Debido proceso: Imputación fáctica, presunción de inocencia y valoración probatoria.**

En el escrito de los recursos, la sancionada argumentó que la Dirección vulneró el derecho fundamental al debido proceso de **POSTOBON S.A.**, por haber incumplido los requisitos exigidos en la ley para la formulación del cargo incluido en la imputación fáctica número dos, no haber dado aplicación al principio de presunción de inocencia y haber valorado de forma incorrecta las pruebas obrantes en el expediente o haber tomado las decisiones sin ninguna prueba que apoyara lo resuelto.

No obstante las apreciaciones del apoderado, este Despacho encuentra que el *a quo* no vulneró el derecho fundamental al debido proceso establecido en la constitución y ley, realizó una adecuada formulación de cargos, valoró adecuadamente las pruebas obrantes en el expediente y respetó los postulados del principio de presunción de inocencia de **POSTOBON S.A.**, por las razones que pasaran a explicarse a continuación.

#### **a) Derecho al debido proceso e imputación de cargos.**

La defensa señaló, que el *a quo* vulneró el derecho fundamental al debido proceso de **POSTOBON S.A.**, por no haber formulado la imputación fáctica número dos de manera clara, precisa y concreta, incumpliendo la garantía constitucional de conocer de manera concreta los cargos imputados, junto con las razones por las cuales los hechos cuestionados supuestamente vulneraban las normas imputadas, por cuanto en su criterio, no se indicó de manera precisa y concreta las razones por las cuales las piezas de comunicación cuestionadas, infringían lo establecido en los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Por una parte, el impugnante consideró que se indicaron piezas publicitarias que no habían sido señaladas ni evaluadas en la imputación fáctica número uno, motivo por el cual la sancionada desconoció las razones por las cuales la Dirección estableció que las mismas podían ser engañosas o confusas.

Por su parte, la tercera interviniente se opuso a la posición de la sancionada argumentando que de la revisión detallada y cuidadosa del acto administrativo por medio del cual se formularon cargos, se podía verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011.

Pasa este Despacho a explicar el trámite que se da a las investigaciones administrativas adelantadas por la Dirección y la correspondiente verificación del cumplimiento de las garantías establecidas en la ley a favor de la sancionada.

Teniendo en cuenta que la presente es una actuación administrativa, el régimen legal aplicable al trámite, es el establecido en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en específico el artículo 47 según el cual:

*"Procedimiento administrativo sancionatorio.*

*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."*  
(Subrayado fuera del texto original).

De la norma anterior, se tiene que, luego de haber adelantado una etapa de averiguación preliminar, se podrán formular cargos a través de un acto administrativo, en donde se señale con **precisión y claridad**:

1. Los hechos que lo originan;
2. Las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación;
3. Las disposiciones presuntamente vulneradas; y,
4. Las sanciones o medidas que serían procedentes.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Una vez concluidas las averiguaciones preliminares, el a quo formuló cargos mediante la Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019 en contra de **POSTOBON S.A.**, señalando, respecto de la imputación fáctica números dos, que:

"(...) 27.2. Imputación fáctica No. 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:

Las disposiciones presuntamente vulneradas.	Los hechos que lo originan.	Las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación.	Las sanciones o medidas que serían procedentes.
<p>"(...) 27.2.1 Antes de entrar a desarrollar el sustento fáctico del presente cargo, a continuación, se reproducen los artículos presuntamente infringidos:</p> <p>27.2.1.1 El artículo 2.2.2.33.3 del Decreto 1074 de 2015, dispone: 'Artículo 2.2.2.33.3 Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la información y la publicidad. La información dirigida a los niños, niñas y adolescentes deberá ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea. <b><u>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.</u></b> Los anuncios publicitarios</p>	<p>"(...) 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.</p> <p>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</p>	<p>"(...) VIGÉSIMO NOVENO: Que en aplicación del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, esta Dirección encuentra mérito para formular cargos contra GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., por la presunta vulneración a los derechos de los consumidores a recibir información y productos de calidad, así como por la posible transgresión a las disposiciones sobre calidad, información, condiciones objetivas, publicidad engañosa, propaganda comercial de precios y comparativa establecidas 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 2.1.1, 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 y también por el aparente</p>	<p>"(...) 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 resultan demostradas en el desarrollo de la presente investigación las sanciones previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, que señala lo siguiente:</p> <p>Artículo 61. Sanciones. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.</li> <li>2. Cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días;</li> </ol>

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

<p>dirigidos a niños, niñas y adolescentes no contendrán ninguna forma de violencia, discriminación, acoso y en general, cualquier conducta que pueda afectar la vida o integridad física de una persona.' 27.2.1.2 En el mismo sentido, el artículo 2.2.2.33.4 ibídem, enlista los deberes del anunciante, en los siguientes términos: 'ARTÍCULO 2.2.2.33.4. Deberes del anunciante respecto de la información y publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes. Toda información y publicidad, dirigida a niños, niñas y adolescentes deberá ser respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión media propias de personas de su edad. Por lo tanto, frente a dicha publicidad e información, el anunciante deberá cumplir con las siguientes condiciones: 1. <u>Evitar el uso de imágenes, textos, expresiones visuales</u> 0</p>	<p>1789155-HIT LONCHERA 1856472-HIT TIENDA RETORNABLE V2 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT V2 1909824-HIT LONCHERA V2 1947551-HIT TEMÁTICA PERRO 1947568-HIT CAFETERÍA 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 CAFETERA 5 1960039-HIT 1 LITRO -HIT SERVIDA 5 1959363-HIT JUGOS HIT LONCHERA 5 1995147-HIT 1 LITRO - LANZAMIENTO 2017 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-LANZAMIENTO 2017-20 HIT CAFETERIA 5-5 HIT LONCHERA 5-5</p>	<p>incumplimiento a las normas que reglamentan la forma y el contenido de la información y de la publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes dispuestas en los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015; de igual manera por la aparente inobservancia a las órdenes impartidas por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor. (...)</p>	<p>3. En caso de reincidencia y atendiendo a la gravedad de las faltas, cierre definitivo del establecimiento de comercio o la orden de retiro definitivo de una página web portal en Internet o del medio de comercio electrónico utilizado;</p> <p>4. Prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos. El productor podrá solicitar a la autoridad competente, el levantamiento de esta sanción previa la demostración de que ha introducido al proceso de producción las modificaciones que aseguren el cumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad;</p> <p>5. Ordenar la destrucción de un determinado producto, que sea perjudicial para la salud y seguridad de los consumidores.</p> <p>6. Multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por inobservancia de órdenes o instrucciones mientras permanezca en rebeldía. Cuando se compruebe que los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales han autorizado o ejecutado conductas contrarias a las normas contenidas en la presente ley, se les podrán imponer multas hasta por trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción y la prohibición de ejercer el comercio hasta por cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de la sanción. (...)"</p>
---	---	--	--

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

<p><u>auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con su funcionamiento o características.</u></p> <p>2. En toda información o publicidad en la que se exponga el funcionamiento o uso de un producto, se encuentra prohibido: (...)</p> <p>2.2. Exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad y usos del producto; (...)" (Destacado y subrayado propio de la Dirección en el pliego de cargos).</p>	<p>HIT MEJOR SABOR A FRUTA-20</p> <p>Así las cosas, del estudio de las anteriores piezas publicitarias, <u>este es Despacho 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 TEMÁTICO HIT', '1995147-HIT 1 LITRO - LANZAMIENTO 2017', 'HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017-20', 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,</u></p>		
---	---	--	--



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

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 2.2.2.33.3 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". (Destacado fuera del texto original).

De lo anteriormente transcrito, encuentra este Despacho que la Dirección formuló la imputación fáctica número dos con precisión y claridad, por lo tanto, le asiste razón a la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz ya que indicó disposiciones presuntamente vulneradas al señalar que serian el artículo 2.2.2.33.3 del Decreto 1074 de 2015, y los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del mismo decreto, según los cuales:

i) Los niños, niñas y adolescentes tienen derechos frente a la información y la publicidad, pues la información dirigida a ellos debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y toda forma y contenido de comunicación que tenga por finalidad influir en sus decisiones de consumo no puede inducirlos a error, engaño o confusión; y,

## RESOLUCIÓN NÚMERO 4 1 13 2 DE 2021

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

ii) Los anunciantes tienen unos deberes respecto de la información y publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes, según los cuales toda información y publicidad, dirigida a ellos deberá ser respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión media propias de personas de su edad, y por ello, frente a dicha publicidad e información, el anunciante debe cumplir con 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, y en toda información o publicidad en la que se exponga el funcionamiento o uso de un producto, está prohibido exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad y usos del producto.

Así las cosas, poniendo de presente las normas señaladas, el *a quo* encontró que luego de revisar la publicidad anunciada por **POSTOBON S.A.**<sup>33</sup>, las piezas de comunicación<sup>34</sup> eran protagonizadas por niños, niñas y/o adolescentes, con el propósito de influir en sus decisiones de consumo de una bebida en diferentes escenarios. Por ello, el fallador de instancia consideró pertinente hacer un estudio de las mismas con el propósito de verificar el cumplimiento de las disposiciones jurídicas imputadas.

Luego de hacer tal examen, la Dirección encontró que particularmente de los comerciales "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 TEMÁTICO HIT", "1995147-HIT 1 LITRO - LANZAMIENTO 2017", "HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017-20", y "HIT JUGOS-REF 30-30", se expresaron características y/o condiciones objetivas de las bebidas "HIT" que podían ser engañosas o confusas y/o que podían inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, ya que podían carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad, como lo expuso ampliamente en el desarrollo de la imputación fáctica número uno, cuyos argumentos el fallador de instancia dio por reproducidos en la imputación fáctica número dos.

Con base en lo anterior, la Dirección encontró que aparentemente se configuraba una 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 bienes ofrecidos<sup>35</sup>, y presuntamente el consecuente incumplimiento por parte de **POSTOBON S.A.**, de sus obligaciones de evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondieran a la realidad del bien en lo relacionado con sus características y de no exagerar su naturaleza<sup>36</sup>.

Así las cosas, es cierto que el *a quo* al hacer la imputación fáctica número dos indicó "tal como quedó ampliamente expuesto en el desarrollo de la imputación anterior, cuyos argumentos se tienen por reproducidos en este cargo", refiriéndose a la imputación fáctica número uno.

Veamos ahora, qué señaló el fallador de instancia en sus argumentos de la imputación fáctica número uno del pliego de cargos, y que entendió reproducidos en la imputación fáctica número dos, para luego concluir que en efecto esta Superintendencia no vulneró el derecho fundamental al debido proceso de **POSTOBON S.A.**, ya que incluyó una revisión detallada de cada una de las piezas de comunicación sin que fuera necesario reproducirla, sino que era suficiente explicar las razones por las cuales dichas conductas infringían los derechos de los niños, niñas y adolescentes en particular, de conformidad con lo manifestado por la tercera interviniente

En el numeral 27.1.2.1 del pliego de cargos, la Dirección manifestó que las dos piezas publicitarias aportadas por la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz "1-2- Video Hit Elige la

<sup>33</sup> Aportada tanto por la tercera interesada obrante en el expediente de folios 42 y 116, como por la sancionada a folio 99.

<sup>34</sup> Las piezas analizadas por la Dirección fueron: "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 TEMÁTICO HIT V2", "1909824-HIT LONCHERA V2", "1947551-HIT TEMÁTICA PERRO", "1947568-HIT CAFETERÍA", "1952801-HIT LONCHERA 10", "1952990-HIT PERRO 25", "1953099-HIT 1 LITRO -SERVIDA", "1956257-HIT JUGOS -CAFETERÍA 10", "1956259-HIT 1 LITRO -SERVIDA 10", "1959358-HIT HIT CAFETERA 10", "1959362-HIT HIT CAFETERA 5", "1960039-HIT 1 LITRO -HIT SERVIDA 5", "1959363-HIT JUGOS HIT LONCHERA 5", "1995147-HIT 1 LITRO -LANZAMIENTO 2017", "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-LANZAMIENTO 2017-20", "HIT CAFETERÍA 5-5", "HIT LONCHERA 5-5", "HIT MEJOR SABOR A FRUTA-20".

<sup>35</sup> Artículo 2.2.2.33.3 del Decreto 1074 de 2015.

<sup>36</sup> Numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*Fruta de Verdad 20s*" y "1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s"<sup>37</sup>, coincidían con los comerciales allegados por **POSTOBON S.A.**<sup>38</sup>, titulados "1789155-HIT LONCHERA" y "1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT", respectivamente y este Despacho de primera mano pudo advertir que dicha coincidencia es real.

En relación con las piezas de comunicación "1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s"/"1789155-HIT LONCHERA", el a quo extrajo<sup>39</sup> para su análisis las siguientes afirmaciones con sus correspondientes consideraciones:

De la afirmación "Lo mejor para la lonchera de tus hijos es JUGOS HIT", el fallador de instancia señaló:

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

(...) 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 definición<sup>40</sup> y su percepción 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 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, (...) 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 (...) transmitido podría inducir en error a los consumidores, generándose con ello también una probable publicidad engañosa (...).

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 No. 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: (...).

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 No. 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: (...).

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 (...) expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA- y concedido para fabricar y vender

<sup>37</sup> Radicado número 17-424418-0 de 21 de diciembre de 2017, con el cual se aportó un CD obrante a folio 42 del expediente.

<sup>38</sup> Aportados en memoria USB obrante a folio 77 del expediente

<sup>39</sup> Numeral 27.1.2.1.1. del pliego de cargos.

<sup>40</sup> del rae.es 'mejor 1. adj. Superior a otra cosa y que la excede en una cualidad natural o moral.'

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*el producto 'refresco de fruta pasteurizado (variedades) marca Hit', reclasificado y actualmente distinguido con el número (...) modificado por la Resolución (...) 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 párrafo del artículo 11 de la Resolución 3929 de 2013 (...).*

De la afirmación "mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá", la Dirección consideró:

*"27.1.2.1.1.2. 'mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá' (00:010)*

*(...) 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'<sup>41</sup>, 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 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 (...).*

De la afirmación "Elige Hit, la fruta de verdad", el a quo indicó:

*"27.1.2.1.1.3 'Elige Hit, la fruta de verdad' (00:18)*

*(...) 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', y toda vez que tal como lo afirma la investigada y como aparece acreditado con el registro sanitario el 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: (...).*

*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 estuviera afirmando que 'Hit' realmente es una fruta, declaración que carecería de veracidad en el entendido que ésta es un 'órgano comestible de 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 poseen 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*

<sup>41</sup> Del rae.es 'fuerte. 5. Adj. Que goza de buena salud'.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*realizadas y emociones que reflejan los protagonistas del mismo (niños, niñas y adolescentes). (...)*

Respecto de las piezas publicitarias, "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s" / "1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT" la Dirección<sup>42</sup> para su análisis tuvo en cuenta las afirmaciones "Hit es fruta de verdad" y "Elige Hit, la fruta de verdad", manifestando lo siguiente:

*"(...) Las dos afirmaciones que se destacan de esta pieza publicitaria corresponden a aquellas que podrían estar anunciando condiciones objetivas del producto (...)*

*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 (...)*

*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 otra parte, en lo que corresponde a los comerciales "1995147-HIT 1 LITRO -LANZAMIENTO 2017" y "HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017-20", el a quo explicó<sup>43</sup> que:

*"(...) En estas piezas publicitarias evidencia el Despacho que la anunciante destaca el precio del producto ante poniéndole 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 esta 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 (...)*

Finalmente, respecto de la pieza de comunicación "HIT JUGOS-REF 30-30", el fallador de instancia en el numeral 27.1.2.4.2 del pliego de cargos, consideró:

*"(...) Partiendo de esta definición y teniendo en cuenta lenguaje visual 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 No. 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*

<sup>42</sup> Numeral 27.1.2.1.2. del pliego de cargos.

<sup>43</sup> Numeral 27.1.2.2.3. del pliego de cargos.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*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 (...) que el mensaje anunciado en la pieza publicitaria pueden 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. (...)*

De conformidad con lo anterior, este Despacho puede concluir que contrario a lo aseverado por **POSTOBON S.A.**, y coincidiendo con la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz<sup>44</sup>, la Dirección respetó el derecho fundamental al debido proceso de la sancionada, al haber formulado los cargos de manera clara, precisa y concreta en la formulación de los cargos, sumado a que dicha sociedad pudo pronunciarse de manera específica sobre los mismos, no obstante dichos argumentos fueran desestimados. Asimismo, para esta Instancia el *a quo* garantizó los derechos a la defensa y la contradicción de la mencionada sociedad, con la certeza de que la sancionada conoció de manera clara y concreta los cargos imputados, junto con las razones por las cuales los hechos cuestionados supuestamente vulneraban las normas invocadas.

En particular, respecto de la imputación fáctica número dos, el acto administrativo por medio del cual se formularon los cargos indicó de manera precisa y concreta las razones por las cuales las piezas de comunicación cuestionadas eran posiblemente vulneratorias de lo establecido en los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015.

Respecto de la primera parte de la imputación, para este Despacho es claro que en la imputación fáctica número dos, se indicaron las piezas de comunicación que ya habían sido señaladas y evaluadas en la imputación fáctica número uno, motivo por el cual la sancionada tuvo pleno conocimiento de las razones por las cuales la Dirección consideró que algunas de las proclamas de los comerciales “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 TEMÁTICO HIT”, “1995147-HIT 1 LITRO -LANZAMIENTO 2017”, “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017-20”, y “HIT JUGOS-REF 30-30”, podían ser engañosas o confusas.

En relación con la segunda parte de la imputación, en efecto el *a quo* le indicó a **POSTOBON S.A.**, de manera precisa y concreta las razones por las cuales las piezas publicitarias respectivas vulneraban lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015, ya que la mencionada sociedad en su calidad de anunciante tenía ciertos deberes respecto de la información y publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes, según los cuales toda información y publicidad, dirigida a ellos debía ser respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión media propias de personas de su edad, y por ello, frente a dicha publicidad e información, la sancionada debía evitar el uso de imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondieran con la realidad de las bebidas “HIT” en lo relacionado con sus características (“Lo mejor para la lonchera de tus hijos es JUGOS HIT”, “mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá”, “Elige Hit, la fruta de verdad”, “Hit es fruta de verdad”, “mejor (precio)”, y “natural”), y que en toda información o publicidad en la que se expusiera el uso de dichas bebidas, estaba prohibido exagerar su verdadera naturaleza y usos.

En el mismo sentido, y contrario a la posición del impugnante, este Despacho considera que en el pliego de cargos se pusieron en conocimiento de **POSTOBON S.A.**, las piezas publicitarias en que se fundamentó la imputación y las disposiciones normativas presuntamente vulneradas, y se garantizó el derecho de defensa y contradicción de la mencionada sociedad, al haberse expresado las razones (numerales 27.2.2., 27.1.2.1., 27.1.2.1.1., 27.1.2.1.1.1., 27.1.2.1.1.2., 27.1.2.1.1.3, 27.1.2.1.2, 27.1.2.2.3. y 27.1.2.4.2., del pliego de cargos, Resolución No. 19022 del 31 de mayo de

<sup>44</sup> Radicado número 17-424418-97

## RESOLUCIÓN NÚMERO 4 1 13 2 DE 2021

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

2019, que fueron anteriormente transcritos) y las pruebas que permitían deducir una presunta infracción (piezas de comunicación "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 TEMÁTICO HIT", "1995147-HIT 1 LITRO -LANZAMIENTO 2017", "HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017-20", y "HIT JUGOS-REF 30-30").

Así las cosas, para esta Instancia el a quo señaló de forma clara, precisa, particular y concreta los aspectos de las piezas de comunicación que presuntamente infringían las normas imputadas ("Lo mejor para la lonchera de tus hijos es JUGOS HIT", "mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá", "Elige Hit, la fruta de verdad", "Hit es fruta de verdad", "mejor (precio)", y "natural"), y las razones de dicha conclusión (la Dirección en el pliego de cargos expresamente indicó: "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 2.2.2.33.3 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<sup>45</sup>), permitiéndole a POSTOBON S.A., rendir sus explicaciones.

Consecuentemente, el hecho de que para que la sancionada hubiera podido ejercer su derecho de defensa y contradicción haya tenido que remitirse a "las consideraciones del Despacho hechas en la imputación fáctica número uno" no significa que se hubieran vulnerado dichos derechos, ya que se trata de un solo acto administrativo, por lo que no podía interpretarse de manera parcializada o sólo limitándose a aquello dispuesto en el numeral 27.2.2 de la Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019, ya que la propia Dirección le advirtió que la lectura del mismo debía hacerse "(...) **tal como quedó ampliamente expuesto en el desarrollo de la imputación anterior, cuyos argumentos se tienen por reproducidos en este cargo, (...)**", es decir, teniendo en cuenta los demás acápites que componían el acto.

Sobre la naturaleza jurídica del derecho administrativo sancionador, la jurisprudencia constitucional<sup>46</sup> ha señalado de manera constante que está sometido a unos principios que operan como límites, a saber:

"(i) el principio de legalidad, que se traduce en la existencia de una ley que la regule; es decir, que corresponde sólo al legislador ordinario o extraordinario su definición. (ii) El principio de tipicidad que, si bien no es igual de riguroso al penal, sí obliga al legislador a hacer una descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción y a determinar expresamente la sanción<sup>47</sup>. (iii) El debido proceso que exige entre otros, la definición de un procedimiento, así sea sumario, que garantice el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, lo que incluye la designación expresa de la autoridad competente para imponer la sanción. (iv) El principio de proporcionalidad que se traduce en que la sanción debe ser proporcional a la falta o infracción administrativa que se busca sancionar<sup>48</sup> y (v) La independencia de la sanción penal; esto significa que la sanción se puede imponer independientemente de si el hecho que da lugar a ella también puede constituir infracción al régimen penal". (Subrayado fuera del texto original).

Dentro del contexto presentado, la Corte Constitucional ha definido el debido proceso administrativo como:

<sup>45</sup> Numeral 27 2.2. de la Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019.

<sup>46</sup> Sentencia C-616 de 2002, reiterado en Sentencia C-595 de 2010, C-089 de 2011, C-748 de 2011.

<sup>47</sup> Sentencia SU-1010 de 2008

<sup>48</sup> sentencia C-401 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal<sup>49</sup>”.* (Subrayado fuera del texto original).

Lo anterior, con el objeto de *“(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados<sup>50</sup>”.* (Subrayado fuera del texto original).

En el marco de las actuaciones que se surten ante la administración, el debido proceso se relaciona directamente con el comportamiento que deben observar todas las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto se encuentran obligadas a actuar conforme con los procedimientos previamente definidos por la ley para la creación, modificación o extinción de determinadas situaciones jurídicas de los administrados, como una manera de garantizar los derechos que puedan resultar involucrados por sus decisiones.

Acerca del principio de legalidad y al debido proceso, se tiene que los mismos se encuentran dispuestos en el artículo 29 de la Constitución Política, desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina al afirmar 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.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2012 expuso que:

*“4.3. El principio de legalidad en las actuaciones administrativas:*

*4.3.1. El artículo 29 constitucional dispone que el debido proceso ‘se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas’, constituyéndose en la regulación jurídica previa que limita los poderes del Estado y garantiza la protección de los derechos de los administrados, de manera que ninguna de las actuaciones de la autoridad pública dependa de su propio arbitrio, sino se encuentre sometida a los procedimientos establecidos en la ley. Por su parte, el inciso 2 del artículo 29 de la Constitución Política, prescribe que ‘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’, todo ello, con el fin de garantizar el debido proceso, dentro del cual se reconoce como pilar fundamental el principio de legalidad.*

*4.3.2. Esta Corporación ha señalado que el principio de legalidad exige: ‘(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que éste señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable’ y tiene como finalidad proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial, asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y en su materialización participan, los principios de reserva de ley y de tipicidad. (...)’.* (Destacado fuera de texto).

Con fundamento en lo expuesto, encuentra esta Instancia que la Dirección respetó el derecho fundamental al debido proceso de **POSTOBON S.A.**, por cuanto en las imputaciones fácticas y jurídicas de la formulación de cargos mencionó las normas del Decreto 1074 de 2015, que fueron presuntamente vulneradas, dio la oportunidad para que la sancionada presentara los descargos y aportara las pruebas<sup>51</sup> y luego expusiera sus alegatos de conclusión<sup>52</sup>, respecto de lo cual la

<sup>49</sup> Sentencia T-796 de 2006.

<sup>50</sup> Sentencia T-522 de 1992.

<sup>51</sup> Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019 numeral tercero de la parte resolutive.

<sup>52</sup> Resolución No. 994 de 21 de enero de 2020 artículo octavo de la parte resolutive.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

mencionada sociedad se pronunció en ambas oportunidades<sup>53</sup>, y fundamentó su decisión de un estudio y análisis del material probatorio obrante en el expediente que llevara a concluir la ocurrencia de la conducta reprochada y así el incumplimiento de las normas imputadas.

Adicionalmente, para este Despacho en el presente procedimiento administrativo sancionatorio se garantizó plenamente el derecho fundamental al debido proceso de la sancionada respecto de la imputación fáctica número dos, ya que la defensa de **POSTOBON S.A.**, en su escrito de descargos (radicado número 17-424418-50), expresamente señaló:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]

<sup>53</sup> Radicados números 17-424418-50 para los descargos y 17-424418-78 y 17-424418-79, ambos de 6 de febrero de 2020 para los alegatos de conclusión.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho puede concluir sin ninguna duda que **POSTOBON S.A.**, tenía claras las razones, los motivos y los hechos que configuraron la imputación fáctica número dos, y en tal sentido procedió a ejercer su derecho a la defensa y contradicción.

En el mismo sentido, la sancionada también tuvo la oportunidad de expresarse respecto de esa misma imputación fáctica en su escrito de alegatos de conclusión, en donde señaló:

*"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:*

*En la imputación de cargos, el despacho establece que la vulneración de los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2. del Decreto 1074 de 2015 deviene de la aparición de niños, niñas y/o adolescentes en las piezas publicitarias, buscando influir en su decisión de adquirir o no el producto promocionado, aunado a una presunta información engañosa respecto de la calidad y cualidad del producto, concluyendo erradamente el despacho que el producto anunciado por mi poderdante va dirigido a una población exclusivamente infantil, lo cual no es así, toda vez que la información técnica del producto, que fue preparada por el fabricante de cara a la obtención de los registros sanitarios necesarios para su comercialización en Colombia, declara que el grupo poblacional al cual están dirigidos los productos, son niños, jóvenes y adultos, inclusive, niños mayores de CUATRO (4) AÑOS, por lo cual, al partir la SIC de la presunción de que la publicidad va dirigida solamente para los niños, es a todas luces equivocada, más si se tiene en cuenta que son precisamente los adultos responsables de los menores quienes toman la decisión de compra, entendiendo éstos, de manera objetiva, las pautas publicitarias objetadas por el despacho, adultos que cuentan con la capacidad intelectual suficiente de verificar la composición de los productos, confrontar los mensajes publicitarios que los promocionan*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*en relación con su composición y, de conformidad a dicha información, decidir si adquiere o no los mismos, para su consumo o para el consumo de niños, niñas y adolescentes.*

*Vale la pena reiterar que tanto la publicidad que de tales productos se ofrece, como la información contenida en sus etiquetas y tablas nutricionales, corresponden 100% a la realidad del producto ofrecido, de donde se desprende que los consumidores, previo a adquirir los mismos, cuentan con la información suficiente para decidir libremente si los consume o no, contando el consumidor promedio con la suficiente información y capacidad intelectual para analizarla y con fundamento en ella tomar su decisión. Aceptar lo contrario, es pretender que el consumidor promedio, en especial adultos responsables, no cuentan con el discernimiento suficiente para saber qué productos adquieren, suponiendo, a su vez, que se puede llegar a inducirlos a que consuman productos adversos a la salud, por una simple insinuación de pautas publicitarias, lo cual constituye un verdadero absurdo.*

*Frente a la presunta infracción del artículo 2.2.2.33.3 debe ese respetado despacho, al momento de calificar el proceso, tener presente que la información contenida en las pautas publicitarias objetadas por la SIC, corresponden en su totalidad a las características de los productos promocionados, esto es, a un refresco de fruta, cuyo porcentaje de fruta corresponde al establecido por la norma técnica pertinente, y en cuya tabla nutricional se informan no sólo sus ingredientes sino el porcentaje de cada uno de los mismos, de donde se desprende que la información que se le está brindando al público consumidor, corresponde a la realidad del producto, no pudiéndose predicar la presunta omisión en la entrega de información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, pautas que adicionalmente no contienen imágenes violentas, discriminación, acoso, ni conductas que puedan atentar contra la integridad de los menores ni de quienes las escuchan u observan.*

*Frente a la presunta infracción del artículo 2.2.2.33. ruego a ese despacho tener presente que el grupo poblacional al cual están dirigidos los productos identificados con la marca HIT, son niños, jóvenes y adultos, esto es, no siendo los menores sus únicos destinatarios, infiriendo que los adultos responsables, cuentan con la capacidad intelectual suficiente para determinar si adquiere un producto para su consumo o el consumo por parte de los menores a su cargo, pautas en las cuales no se evidencian ni textos ni expresiones visuales o auditivas que no correspondan a la realidad del producto promocionado. Por el contrario, tanto en las pautas publicitarias, como en los rótulos y etiquetas que, reitero, son analizadas por adultos y no por los niños, niñas y adolescentes, se brinda información objetiva de las propiedades y la calidad del producto publicitado, siendo sus afirmaciones totalmente correspondientes con la realidad del producto y características informadas en los rótulos de donde se desprende que tales piezas publicitarias no integran en ninguno de sus apartes exageración alguna.*

*De conformidad con lo anterior claro es que, las pautas publicitarias objeto de análisis, no encuadran en ninguno de los verbos rectores que tipifican la comisión de conductas contrarias a normas de protección al consumidor, y muy especialmente, a aquellas que protegen los derechos de los niños, niñas y adolescentes.*

*Téngase en cuenta que ni la norma citada por el despacho como presuntamente violada ni normatividad alguna en materia de protección al consumidor, prohíben las pautas publicitarias en las que aparecen menores de edad. Por consiguiente, no se está atentando contra los derechos de los consumidores y menos los de los menores al ser protagonizadas tales piezas publicitarias por niños, tal es así, que en el mercado existe gran variedad de pautas publicitarias de diferentes productos y servicios que son protagonizadas por niños niñas y adolescentes, siendo relevante para el caso de marras que la publicidad que se realiza para los refrescos HIT está hecha para familias en su conjunto y no miembros específicos de los grupos etarios mencionados, por lo que resulta errada la posición del despacho en considerar que las pautas materia de investigación va dirigida exclusivamente a los niños niñas y adolescentes.*

*De conformidad con lo anterior, claro es que la investigada no ha infringido las disposición."*

Teniendo en cuenta lo anterior, esto es los argumentos expuestos por la defensa de **POSTOBON S.A.**, tanto en el escrito de descargos como en el de sus alegatos de conclusión, para este

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Despacho es evidente que la imputación fáctica número dos se formuló de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, esto es que en el acto administrativo correspondiente, la Resolución No. 19022 de 31 de mayo de 2019, se señaló con precisión y claridad los hechos que lo originaron, la persona jurídica objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes, dándole la oportunidad de ejercer sus derechos a la contradicción y defensa de una forma adecuada y con observancia de las garantías procesales aplicables.

En consecuencia, el *a quo* no incurrió en infracción por inobservancia del debido proceso y por tanto, serán desestimados los argumentos del impugnante en ese sentido.

En el sentido explicado, para este Despacho los reparos del contradictor en relación con la supuesta vulneración del derecho fundamental al debido proceso a favor de **POSTOBON S.A.**, por la incorrecta formulación de cargos en la imputación fáctica número dos no están llamados a prosperar, ya que en el pliego de cargos se pusieron en conocimiento de las piezas publicitarias en que se fundamentó la imputación y las disposiciones normativas presuntamente vulneradas, garantizando así su derecho a la contradicción, expresándose de manera clara, precisa, particular y concreta las razones y las pruebas que permitían deducir una presunta infracción, permitiéndole rendir sus explicaciones adecuadamente como en efecto lo hizo (aun cuando sus razones no hubieran prosperado).

Finalmente, frente a la advertencia de un posible vicio de nulidad absoluta, este Despacho se permite indicar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la facultad para decretar la nulidad de un acto administrativo está radicada en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde se puede acudir a demandar la simple nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho, una vez ejercidos y decididos los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios<sup>54</sup>.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*"(...) Es entonces en relación con el acto o la decisión que le pone fin a cualquiera de esas tres actuaciones que es menester agotar la vía gubernativa para perseguir su nulidad y el restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. Está dicho por la jurisprudencia y la doctrina que la finalidad de ese requisito de procedibilidad de la acción es, de una parte, dar al administrado la oportunidad de obtener una revisión y corrección de la decisión contenida en ese acto, mediante su revocación, modificación o aclaración, y por ende la satisfacción o protección de sus derechos o intereses individuales, sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, brindar a la **Administración la oportunidad de revisar su decisión y subsanar las irregularidades y errores en que hubiere incurrido, de manera tal que de encontrarla ilegal la modifique, aclare o revoque**, evitando así, en últimas, la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, que por lo mismo viene a ser subsidiaria, y una eventual condena que pueda afectar negativamente al erario con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho hiciera el administrado contra el acto ilegalmente expedido (...)"<sup>55</sup>. (Resaltado y negrilla por fuera del texto).*

Por lo tanto, se puede concluir que no resulta procedente a través de esta vía administrativa decretar la nulidad absoluta invocada, ya que dicha facultad, como se enunció, está en cabeza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

<sup>54</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. "Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: (...) 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral".

<sup>55</sup> Sentencia N° 13001-23-31-000-1995-12217-01 Sección 1ª del Consejo de Estado, 20 de septiembre de 2007. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Planeta.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

A lo anterior se suma, que el Despacho encuentra que las decisiones y consecuentes sanciones de la presente actuación se encuentran alineadas con los postulados del derecho fundamental al debido proceso, la contradicción y defensa de **POSTOBON S.A.**

#### b) Presunción de inocencia.

El contradictor argumentó, que teniendo en cuenta la aplicación del principio de la presunción de inocencia, la Dirección debió haber observado las formalidades propias de cada juicio para fundamentar su decisión en pruebas suficientes.

Señaló también que a quien se le acusara de una infracción administrativa, debía tenerse por inocente mientras no se demostrara la comisión de la infracción imputada. Con ello, el *a quo* tenía la obligación de probar el incumplimiento de las normas invocadas en el pliego de cargos, desvirtuando la presunción de inocencia y motivando en debida forma su decisión.

En relación con el principio de presunción de inocencia, se debe indicar que es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual *“toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*.

Además, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que *“toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que *“toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*.

El principio de presunción de inocencia es un elemento o expresión del derecho fundamental al debido proceso que, según la Corte Constitucional, se entiende como:

*“La presunción de inocencia expresa la garantía constitucional consistente en que aquel a quien se le acusa de haber cometido un delito deberá ser tenido por inocente mientras no se demuestre lo contrario a través de un proceso judicial adelantado con todas las garantías, al final del cual se lo haya declarado judicialmente culpable mediante sentencia debidamente ejecutoriada”<sup>56</sup>.*

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existen situaciones en las cuales el legislador está constitucionalmente autorizado para matizar las garantías de la presunción de inocencia. La Sentencia C-595 de 2010 dispuso sobre el particular:

*“(…) 7.4. En primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia constitucional en orden a señalar que **el principio de presunción de inocencia es aplicable como criterio general en el derecho administrativo sancionador. Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto –con el mismo alcance integral– al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva) (…)**”<sup>57</sup>. (Destacado fuera del texto original).*

Este precepto, aterrizándolo a las características, las competencias y el lenguaje del procedimiento administrativo sancionador indica:

<sup>56</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-331 del 4 de mayo de 2007. Expediente T-1525503. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>57</sup> Ibidem.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*“Se trata, como dicen los administrativistas, de una **verdad interina o provisional** que **sólo adquiere rango definitivo** cuando **las pruebas recogidas no logren desvirtuarla**, según declaración de la resolución.*

*Por eso **cuando los elementos de convicción que ingresen válidamente al plenario vayan adquiriendo verosimilitud, la presunción de inocencia empieza a debilitarse hasta convertirse en una realidad procesal** que desvanece la entidad de la presunción, debiendo reconocerlo así el acto administrativo. (...)”<sup>58</sup>.*

Con base en lo anterior, encuentra esta Instancia que el principio en cuestión, se aplica al presente procedimiento administrativo sancionatorio pero matizado, teniendo en cuenta las características propias del mismo.

Así las cosas, la presunción con la cual inició el procedimiento administrativo sancionatorio en contra de **POSTOBON S.A.**, fue desvirtuada a partir de las pruebas que se recopilaron a lo largo de la investigación adelantada por la Dirección, por lo que, declarar la responsabilidad basándose en la valoración de las pruebas obrantes en el plenario, constituye la verificación del respeto al principio de la presunción de inocencia y consecuentemente del derecho al debido proceso.

Como resultado de lo anterior, los argumentos del impugnante según los cuales se debe revocar la sanción con base en la aplicación de la presunción de inocencia serán desestimados, ya que dicha presunción fue desvirtuada con base en las pruebas obrantes en el expediente y analizadas por el *a quo* para llegar a la conclusión de la vulneración de lo establecido 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 la Superintendencia de Industria y Comercio, así como por la inobservancia a las órdenes impartidas por la Dirección, y el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2.2.33.3 y en los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015.

De conformidad con lo expuesto, es posible afirmar que la Dirección respetó el principio de presunción de inocencia en los términos en los que el mismo debe aplicarse en las actuaciones administrativas sancionatorias, señaló con precisión y claridad los hechos que originaron la imputación de cargos así como también las disposiciones presuntamente vulneradas, y siempre se refirió a que las conductas evidenciadas, podrían estar incumpliendo las normas imputadas.

Ahora bien, es importante aclarar que el hecho de que la Dirección hubiera valorado que las pruebas aportadas por la defensa, así como los argumentos expuestos para desvirtuar los hallazgos evidenciados y la determinación de inaplicabilidad de las disposiciones jurídicas invocadas, no lograron probar el cumplimiento de las normas imputadas, no significa que se transgredió el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, encuentra este Despacho que mediante el procedimiento administrativo sancionatorio y la valoración de las pruebas obrantes en el expediente, el *a quo* logró desvirtuar de manera suficiente dicho principio al haber encontrado probados los incumplimientos atribuidos a **POSTOBON S.A.**

En consecuencia, la Dirección aplicó el principio de presunción de inocencia porque solo encontró que la sancionada incumplió las normas imputadas y procedió con la sanción correspondiente, cuando quedó suficientemente demostrado con base en las pruebas obrantes en el expediente.

En otras palabras, la presunción de inocencia con la cual inició el procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la **POSTOBON S.A.**, fue desvirtuada a partir de las pruebas que se recopilaron a lo largo de la investigación adelantada por la Dirección, por lo que, declarar la responsabilidad basándose en la valoración de las pruebas obrantes en el plenario, constituye la verificación del respeto al principio de la presunción de inocencia y consecuentemente del derecho al debido proceso.

### **c) Debido proceso y valoración probatoria.**

<sup>58</sup> Ossa Arbeláez, Jaime. Derecho administrativo sancionador Una aproximación dogmática. Segunda edición Legis Bogotá D C. 2009 Pág 250.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

En complemento de lo anterior, el censor aseguró que el a quo vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la sancionada por la ausencia de pruebas en la adopción de su decisión. Reiteró, que los procedimientos administrativos sancionatorios debían apegarse plenamente a las garantías constitucionales relacionadas con dicho derecho, en el desarrollo de todas las etapas correspondientes. Por su parte, la tercera interviniente aseveró que la supuesta ausencia de pruebas para soportar la sanción impuesta por la imputación fáctica número dos no resultaba cierta, al haber quedado suficientemente analizadas las piezas de comunicación obrantes en el expediente, sumado a que al haber hecho las verificaciones correspondientes en la imputación fáctica número uno, las mismas razones se replicaban para la segunda imputación.

Respecto de la valoración probatoria vale la pena mencionar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia<sup>59</sup>, en relación con este ejercicio y la aplicación de las reglas de la sana crítica para resolver de fondo:

*“El criterio de valoración racional de las pruebas impone a los jueces la obligación de motivar razonadamente su decisión sobre los hechos. (...) La motivación razonada de la decisión significa que las sentencias deben estar constituidas por un razonamiento lógico cuya conclusión sea el resultado de la demostración de los supuestos de hecho previstos en la norma sustancial que contiene las consecuencias jurídicas que se reclaman en las pretensiones de la demanda. De ahí que las normas procesales en materia probatoria están concebidas para la finalidad de la averiguación de la verdad en el proceso (...).*

(...)

*Bajo el sistema de la sana crítica, no es la mera autoridad del órgano judicial lo que otorga validez a la sentencia, porque el acierto de ésta no deriva de su legitimidad formal sino de la debida aplicación de la norma sustancial que rige el caso y de la correspondencia de sus enunciados fácticos con los hechos probados en el proceso (veritas non auctoritas facit iudicium) (...).*

(...)

*Por otra parte, la valoración individual y en conjunto del contenido de las pruebas, y la elaboración de las conclusiones sobre los hechos probados corresponden –en sentido estricto– a la fase de apreciación material de las pruebas (art. 187 C.P.C.), es decir al desentrañamiento, develación o interpretación de su significado; o, lo que es lo mismo, a lo que la prueba dice respecto de su objeto, o a su correspondencia con los hechos, que es lo que determina la calidad de la prueba y el contenido de verdad de la decisión judicial.*

*Este es, finalmente, el momento en que la ley impone al juzgador la obligación de valorar razonadamente las pruebas ‘de acuerdo con las reglas de la sana crítica’.*

(...)

*La valoración de las pruebas, en suma, se da en dos momentos procesales, a saber:*

*i) al hacer el juez el juicio de admisibilidad de los medios de prueba mediante la verificación de los requisitos extrínsecos de licitud y legalidad (decreto, incorporación y práctica), y el juicio de relevancia a través de la comprobación de los requisitos intrínsecos (conducencia, pertinencia notoria y utilidad manifiesta); en cuyo caso las pautas de valoración formal están dadas de antemano por la ley y el sentenciador se limita a su aplicación, pues si llegare a separarse del mandato legal incurriría en violación del debido proceso.*

*ii) al apreciar la prueba en su materialidad, mediante la asignación del valor que cada una de ellas posee según su contenido de verdad, y al estimarlas en conjunto y contexto según las reglas de la ‘sana crítica’. En este caso la valoración no está dada de manera a priori por la ley, sino que se determina a partir de la justificación (externa e interna) o motivación razonada que el juez hace de las decisiones que toma sobre los hechos con base en su*

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. SC9193-2017 Radicación nº 11001-31-03-039-2011-00108-01. Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez. 28 de junio de 2017.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

recto raciocinio, experiencia, habilidades perceptivas e interpretativas, y preconcepciones hermenéuticas que le permiten contar con un trasfondo de referencia o contexto que imprime sentido a los datos arrojados por los medios de prueba.

(...)

Hoy en día la sana crítica constituye el parámetro de valoración racional de todas las pruebas (arts. 187 C.P.C. y 176 C.G.P.) y alude a las reglas de la lógica (formal y no formal); las máximas de la experiencia; las leyes, teorías y conceptos científicos afianzados; y los procedimientos, protocolos guías y reglas admitidos por los distintos ámbitos profesionales o técnicos, a las que está sujeta la actividad probatoria de los jueces y sus respectivas conclusiones sobre los hechos que interesan al proceso.

(...)

La sana crítica no es ni puede ser medio de prueba, pues su función radica en servir de marco de referencia (hermenéutico) para la valoración razonada de las pruebas, es decir que contribuye a la conformación del contexto de significado que permite al juez interpretar la información contenida en los medios de prueba legal y oportunamente allegados al proceso.

(...)

La apreciación individual y conjunta de las pruebas según las reglas de la sana crítica no es un concepto vacío (...). Es, por el contrario, un método de valoración de las pruebas que impone a los jueces reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamientos lógicos, analógicos, tópicos, probabilísticos y de cánones interpretativos adecuados, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión.

La valoración del significado individual de la prueba es un proceso hermenéutico, pues consiste en interpretar la información suministrada por el medio de prueba a la luz del contexto dado por las reglas de la experiencia, las teorías e hipótesis científicas y los postulados de la técnica. Para realizar tal labor, el juez debe contrastar la consistencia del contenido de la prueba, es decir su adecuación o correspondencia con la realidad, mediante el análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, a partir de las cuales infiere la coherencia del relato, es decir su ausencia de contradicciones y su mérito objetivo.

La apreciación racional de la prueba en su singularidad se establece a partir de su consistencia y coherencia: una prueba es valiosa si la información que suministra explica la realidad a la que se refiere y no contiene contradicciones.

(...)

Una vez asignado el mérito individual a cada prueba, se procede a su análisis conjunto mediante el contraste de la información suministrada por cada una de ellas, de suerte que sirvan de base para la construcción de hipótesis con gran probabilidad, es decir sin contradicciones, con alto poder explicativo y concordantes con el contexto experiencial. Finalmente, todas las hipótesis probatorias comparecen ante el tribunal de la experiencia, tanto de las circunstancias por ellas referidas como del marco de significado que las hace objetivamente consistentes y valiosas, de manera que encajen fácilmente como si se tratase de piezas de un rompecabezas, quedando por fuera todas aquellas hipótesis explicativas que no concuerdan con los enunciados probados por ser inconsistentes, incompletas o incoherentes (método de falsación).” (Subrayado fuera del texto original).

De la revisión del escrito impugnatorio, este Despacho advirtió que en varios de los acápites del mismo, el apoderado hizo aseveraciones en cuanto a la falta de pruebas para que la Dirección hubiera adoptado las decisiones del acto sancionatorio.

En primer lugar, en cuanto a la configuración de la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de la imputación fáctica número uno, al estudiar la pieza de comunicación “Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA”, el impugnante aseveró que el a quo, sin ninguna

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

prueba, hizo referencia a que el video del comercial estuvo publicado en el canal *YouTube* de **POSTOBON S.A.**, sin que fuera cierto. Al respecto, aun cuando es probable que la pieza publicitaria no hubiera estado publicada en el canal de propiedad de la sancionada en dicha red social, lo cierto es que esto es irrelevante para realizar el conteo del tiempo con el que contaba esta Autoridad para proferir una decisión y notificarla, pues como se explicó previamente en el acápite *i) Caducidad de la facultad sancionatoria* del presente acto administrativo, lo cierto es que lo que interesa a esta Superintendencia, es que el comercial estuvo anunciado y a disposición del público en general en *YouTube* por lo menos hasta el día 8 de septiembre de 2018 cuando *Google* aseguró que aquella pieza había sido retirada, y como la sancionada en su calidad de anunciante tenía el control de la misma en cualquier medio en el que hubiera sido difundida, entonces debía asegurarse de que hubiera sido retirada sin consideración al canal en que se encontrara.

Así las cosas, según lo ya explicado, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, esto es, *i)* la respuesta de la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, mediante radicado número 17-424418-28 de 2 de noviembre de 2018; *ii)* el correo electrónico del señor Alex Días del día 10 de septiembre de 2018 según el cual el cargador del video, dueño del canal, lo había borrado hacía dos días, es decir el día 8 de septiembre de 2018; *iii)* los correos electrónicos aportados por **POSTOBON S.A.**, junto con el escrito impugnatorio bajo el radicado número 17-424418-95 de 31 de julio de 2020, según los cuales el día 7 de septiembre de 2018 la sancionada mediante su gerente de cuenta de la agencia de publicidad *Sancho BBDO* solicitó a *YouTube* bajar el contenido publicado del comercial por un tercero; y, *iv)* el escrito de descargos bajo el consecutivo número 17-424418-50 de fecha 12 de julio de 2019, en donde la defensa explicó que solicitó a *YouTube* remover de dicha red social los comerciales que no estaban autorizados por dicha sociedad, quedó suficientemente probada la afirmación de la Dirección de que la pieza publicitaria estuvo publicada en *YouTube* hasta el día 8 de septiembre de 2018.

Igualmente, aunque es cierto que de algunas de las pruebas obrantes en el expediente, el comercial con el código "IBOPE 1789155" finalizó su transmisión por televisión el día 13 de octubre de 2015<sup>60</sup>, y de conformidad con el radicado número 17-424418-30, se transmitió por televisión nacional hasta el día 31 de mayo de 2017<sup>61</sup>, y que el comercial identificado con el código "IBOPE 1882684" esto es "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT", finalizó su transmisión por televisión el 27 de octubre de 2016<sup>62</sup> y del radicado número 17-424418-30, el mismo se transmitió por televisión nacional hasta el día 22 de mayo de 2017<sup>63</sup>, lo cierto es que las piezas publicitarias no solo fueron anunciadas por televisión sino también por *YouTube* con lo que las certificaciones de OMD COLOMBIA S.A.S. si fueron tenidas en cuenta pero apreciadas en conjunto con aquellas que se referían a la publicación de las mencionadas piezas en otros medios.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la posible configuración de la cosa juzgada en relación con el expediente identificado con el radicado número 15-271838, el contradictor aseveró que la consideración de la Dirección según la cual dicho fenómeno jurídico no se configuró porque la actuación "se centró en determinar si el producto denominado 'HIT FRUTAS TROPICALES' sabía a 'fruta de verdad' como motivo principal de la queja" no estaba acorde con las pruebas obrantes en el expediente, pues la actuación en cuestión, en sentir de la defensa, se dirigió a determinar principalmente si existió publicidad engañosa. En igual sentido, señaló el recurrente que la consideración del *a quo* según la cual "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", tampoco tuvo en cuenta las pruebas del expediente, ya que la decisión que resolvió el archivo, expresó que tal determinación se había hecho "tras analizar las piezas publicitarias aportadas por la denunciada", lo que demostraba que las piezas publicitarias habían sido revisadas íntegramente.

<sup>60</sup> Según el escrito de descargos, y de lo evidenciado en las certificaciones expedidas por OMD COLOMBIA S.A.S., agencia de medios de la sancionada, el mismo.

<sup>61</sup> Lo cual coincide con la certificación expedida por Caracol Televisión S.A.

<sup>62</sup> Según las certificaciones expedidas por OMD COLOMBIA S.A.S.

<sup>63</sup> Conforme certificación expedida por Caracol Televisión S.A.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Tal y como se analizará en el acápite *iii) Cosa juzgada* del presente acto administrativo, este Despacho puede concluir que el fallador de instancia efectivamente revisó toda la actuación adelantada bajo el expediente número 15-271838, con el propósito de establecer si indudablemente ya se había realizado un pronunciamiento de fondo en relación con el asunto que ahora se debate.

En efecto, este Despacho puede advertir que del material probatorio obrante en el expediente, esto es la denuncia presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez el día 13 de noviembre de 2015, a la Dirección le asiste razón al haber señalado que no podía hablarse de cosa juzgada, ya que en el propio escrito de la queja se manifestó expresamente que "(...) *Lo anterior, teniendo en cuenta que **este producto se está promocionando mediante comerciales de televisión en los que se manifiesta que HIT sabe a fruta de verdad**, dando a entender de esta manera que el producto está elaborado directamente de fruta, que es natural, y por ende que su composición mayoritariamente es de fruta de verdad*".<sup>64</sup>

Asimismo, de las pruebas que fueron desglosadas de dicha actuación, se pudo verificar que mediante los oficios identificados con los radicados números 15-271838-2 y 15-271838-3 de 10 de febrero de 2016, la Dirección le ordenó a **POSTOBON S.A.**, que allegara, entre otras, "*la **totalidad de las piezas publicitarias emitidas durante el último año por medio de las cuales haya ofrecido el producto 'Jugo Hit Frutas tropicales' en su presentación de 500 ml (en adelante el producto)***." Así las cosas, de las pruebas obrantes en el expediente, fue acertado concluir que el objeto de la actuación identificada con el expediente número 15-271838, se refirió a la afirmación "*HIT sabe a fruta de verdad*" de las piezas publicitarias en las que se ofrecía "*Jugo Hit Frutas tropicales en su presentación de 500 ml*".

Igualmente, el *a quo* revisó el radicado número 15-271838-9 por medio del cual se resolvió archivar la actuación, y esta Instancia encuentra que el recurrente saca de contexto la frase "*tras analizar las piezas publicitarias aportadas por la denunciada*" pues de una lectura completa del documento esta Autoridad explicó que de la "*información visible en los envases y soportadas con la ficha técnica*" la bebida contenía fruta, lo que ni en esa oportunidad ni ahora, se ha cuestionado.

Así, al analizar el acto impugnado se puede verificar que la Dirección tuvo en cuenta toda la actuación adelantada bajo el expediente número 15-271838, y analizó con detenimiento los pronunciamientos hechos en dicha oportunidad, encontrando, acertadamente, que no se configuró cosa juzgada, como se explicará en el acápite siguiente de este acto.

En tercer lugar, en lo que corresponde al análisis de la afirmación "*Me hace más fuerte*" el impugnante señaló que las consideraciones de la Dirección no se fundamentaron en un análisis objetivo, como un dictamen pericial o un dictamen técnico, sobre el entendimiento del consumidor promedio de dicha expresión. Agregó, que dicha prueba que no se decretó ni practicó y mucho menos se dio traslado para controvertirla, lo que en criterio de la sancionada vulneró su derecho al debido proceso administrativo, pues la decisión no se basó en pruebas suficientes para concluir que la afirmación era engañosa.

Al respecto, vale la pena advertir, como se explicará más al detalle al analizar los reparos puntuales en contra de la imputación fáctica número uno, que era **POSTOBON S.A.**, quien debía probarle a esta Superintendencia la veracidad de la afirmación "*Me hace más fuerte*", pues fue dicha sociedad quien le otorgó una característica o tributo objetivo a la bebida "*HIT*", según la cual su consumo hacía a quienes lo consumía más fuertes pues les permitía gozar de buena salud. Sumado a lo anterior, de ninguna manera puede aceptar este Despacho que era necesario practicar un dictamen pericial o un análisis técnico especializado para descubrir lo que entendían los consumidores de dicha afirmación, pues como se explicará posteriormente, el análisis que debe hacer esta Autoridad debe partir de la posición en la que se encuentre un consumidor medio sin que deba realizar un estudio exhaustivo de su entender.

En este punto, es importante dejar en claro que a quien le correspondía probar la veracidad de sus afirmaciones incluidas en las piezas publicitarias era a **POSTOBON S.A.**, pues fue ella quien utilizó

<sup>64</sup> Consecutivo número 15-271838-0.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

enunciados objetivos atribuyendo características y cualidades a sus bienes para lograr una decisión de consumo en los destinatarios de las mismas. Por ello, al haber fallado en su actividad probatoria, la Dirección encontró configurada la infracción de las normas imputadas luego de haber hecho un análisis y estudio de las razones por las cuales tomó las decisiones correspondientes. En otras palabras, no es un tema de pareceres subjetivos de esta Autoridad, sino de que la sancionada no logró demostrar que la bebida "HIT" hacía más fuertes a los consumidores, ni que era "fruta de verdad", a pesar de tener un porcentaje de fruta.

En cuarto lugar, del estudio de la cuña radial "618208 HIT NUEVO SABOR MANDARINA", el impugnante señaló que la conclusión del fallador de instancia en cuanto a la afirmación "contiene dos veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría" se derivó de una doctrina extranjera sin pruebas que acreditaran lo dicho, por lo que la Dirección incumplió su obligación de expedir el acto administrativo suficientemente motivado a partir del material probatorio obrante en el expediente. En lo que se refiere a este asunto, este Despacho considera que el *a quo* hizo un examen correcto de la pieza de comunicación señalada y se valió de la interpretación de la doctrina que explica el sentido que debe dársele a la expresión "dos veces más", para verificar si en realidad la bebida "HIT" tenía la cantidad de fruta atribuida por **POSTOBON S.A.**, respecto de otras bebidas de la misma categoría. Además, para el análisis correspondiente, el fallador de instancia tuvo en cuenta la bebida "refresco de fruta SOKA", tal y como se explicará más adelante.

En quinto lugar, en lo que se refiere a la imputación fáctica número dos, el impugnante fue enfático al criticar que la Dirección no utilizó evidencias científicas, técnicas y verificables que demostraran cómo era el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes ante la publicidad que se resultó ser engañosa o de la información no ser veraz, clara, suficiente, verificable, precisa, idónea e inductiva a error y la manera como determinó su comportamiento. Agregó, que el *a quo* no se valió de estudios, ejercicios u otras evidencias que demostraran el desarrollo cognitivo de ese grupo poblacional según su edad y cómo incidía el elemento persuasivo en sus decisiones o elecciones de compra. Respecto de la supuesta evidencia científica que requiere **POSTOBON S.A.**, esta Instancia encuentra que la especial protección a la que están sometidos los niños, niñas y adolescentes, está desde la Constitución Política y los tratados internacionales que abordan la especial protección de sus derechos. La condición de vulnerabilidad y la necesidad de protección, está suficientemente decantada por la Corte Constitucional, y las características psico-sociales de la edad de los niños, niñas y adolescentes con su desarrollo cognitivo, es un asunto que no le compete probar a esta Autoridad. Mucho menos, es necesario que esta Entidad entre a probar cuestiones que son abordadas por estudios científicos que explican el impacto de la publicidad en los menores de edad y la forma en que su voluntad es dirigida para que sean ellos los que, siendo los consumidores finales, muevan a sus padres y cuidadores a ejercer determinada opción de compra. Todo esto será elaborado con mayor detalle en el acápite *Imputación fáctica número dos: incumplimiento de los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015.*

En igual sentido, este Despacho coincide con lo expuesto por la Corporación Colombiana de Padres y Madres - Red PaPaz en su escrito bajo el radicado número 17-424418-97 de 11 de agosto de 2020, en cuanto a que la formulación de la imputación fáctica número dos era necesaria pues el bien ofrecido mediante las piezas de comunicación cuestionadas, era dirigido a niños, niñas y adolescente, cuya protección es especial, con lo que de conformidad con las pruebas recopiladas durante todos el procedimiento administrativo quedó demostrado que las mismas anunciaron un mensaje engañoso e hicieron alusión a cualidades que la bebida "HIT" no tenía, materializando la infracción de las normas imputadas, y que se exageraron características de su naturaleza.

Por lo anterior, se concluye que la Dirección no cometió una indebida valoración probatoria y que además la valoración de los documentos obrantes en el expediente y con base en los cuales se llegó a concluir el incumplimiento de las normas imputadas, cuenta con suficiente sustento jurídico, por cuanto, los valoró en forma individual y adicionalmente los valoró en conjunto.

Es decir, que la Dirección aplicó en debida forma la norma sustancial que rige el caso y los enunciados fácticos corresponden con los hechos probados en el proceso. Adicionalmente, el *a quo* realizó una valoración individual y en conjunto de las pruebas elaborando conclusiones sobre los



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

hechos probados. Finalmente, este Despacho encuentra que en el acto administrativo impugnado, la Dirección asignó el valor que cada una de las pruebas tenía según su contenido, motivando y justificando las decisiones sobre los hechos materia de la investigación, motivos por los cuales, no puede pretender la sancionada alegar la vulneración del derecho al debido proceso y la defensa, pues la Dirección le dio la oportunidad de intervenir durante toda la investigación administrativa para que ejerciera efectivamente su derecho fundamental, a partir del cual, la sancionada tuvo la posibilidad de desvirtuar las imputaciones que se efectuaron en la resolución de apertura de la investigación, aportando pruebas u otorgando las explicaciones pertinentes. Así las cosas, los reparos en dicho sentido, son desestimados.

### iii) Cosa juzgada.

El impugnante, advirtió que posiblemente se habría configurado el fenómeno de la cosa juzgada respecto de otra actuación gestionada ante esta Superintendencia como consecuencia de la queja presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, bajo el expediente número 15-271838 radicada el día 13 de noviembre de 2105<sup>65</sup>, ya que esta Entidad se pronunció en relación con algunas de las piezas de comunicación que dieron lugar a la imposición de la sanción que ahora se debate.

Por su parte, el *a quo* en el acto impugnado desestimó las alegaciones de la sancionada, explicando que<sup>66</sup> el acto administrativo por medio del cual se archivó la averiguación preliminar bajo el expediente número 15-271838 era un acto de trámite, que no culminaba un proceso administrativo sancionatorio ni se había proferido dentro del mismo, el cual solo iniciaba con la formulación de cargos. Agregó, que el artículo 47 de la ley 1437 de 2011 facultaba a esta Entidad a llevar a cabo averiguaciones preliminares cuyo resultado permitía concluir si se formulaban cargos para dar inicio a la actuación administrativa, o por el contrario se resolvía su archivo.

Al respecto, la Corporación Colombiana de Padres y Madres - Red PaPaz<sup>67</sup>, manifestó que los señalamientos de **POSTOBON S.A.**, desconocían la naturaleza y el alcance de la actuación identificada con el radicado número 15-271838, y la que ahora se revisa. Agregó, que las averiguaciones preliminares tenían como propósito verificar la ocurrencia de hechos que probablemente tuvieran mérito suficiente para llevar a esta Entidad a formular cargos por la vulneración de las normas de protección al consumidor, y que la decisión de archivo en dicha etapa, no era un juicio de fondo, sino un asunto formal. Aseveró, que la decisión de archivo de que trataba el artículo 49 de la Ley 1437 de 2011, era diferente a aquella que culminaba la etapa de averiguación preliminar, teniendo en cuenta que la misma estaba presidida de un procedimiento en el cual la investigada podía allegar y controvertir pruebas para luego adoptar una decisión de fondo.

Este Despacho considera, que en el presente asunto no puede hablarse de cosa juzgada por las razones que pasan a exponerse a continuación.

Sea lo primero advertir, que la cosa juzgada **es una cualidad de inimpugnable e inmutable** que le asigna la ley **a una decisión contenida en una sentencia en firme dictada en un proceso** con relación a todo otro proceso posterior, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos<sup>68</sup>. Más concretamente, es una cualidad asignada por el legislador para garantizar la estabilidad y seguridad jurídica. En palabras de la doctrina, **“Cuando a una sentencia se le ha conferido el valor de cosa juzgada, ya no será posible revisar lo decidido, ni pronunciarse sobre su contenido, así sea en el mismo sentido, en un proceso posterior. En presencia de tal sentencia, el juez del proceso ulterior deberá -salvo casos de excepción- abstenerse de fallar sobre el fondo, si existe identidad entre lo ya resuelto entre las mismas partes y la nueva pretensión verse sobre idéntico objeto y se funde en la misma causa”**.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> La defensa recordó que POSTOBON S.A., se pronunció sobre el asunto en su respuesta a los requerimientos hechos por la Dirección en los oficios identificados con los radicados números 17-244418-7 y 17-244418-8 de 28 de junio de 2018, en el escrito bajo el consecutivo número 17-424418-10 del 8 de agosto de 2018.

<sup>66</sup> Considerando 31.3.1.4 de la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020.

<sup>67</sup> Radicado número 17-424418-97 de 11 de agosto de 2020.

<sup>68</sup> Landoni Sosa, A. (2003). *La cosa juzgada: valor absoluto o relativo*. *Derecho PUCP*, (56), 297-360. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.007> Fecha de consulta: 8 de marzo de 2021.

<sup>69</sup> *Ibidem*.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Así las cosas, el carácter de cosa juzgada se predica de las sentencias, o aquellas providencias por medio de las cuales se toma una decisión de fondo que afecta la situación jurídica de alguna de las partes involucradas en un procedimiento, entendidas estas como aquellas por medio de las cuales "(...) **se da la culminación del proceso, en la que el juzgador define los derechos y las obligaciones de las partes incursas en el proceso.**"<sup>70</sup>

De este modo, el efecto de la cosa juzgada solo podrá predicarse de aquellas decisiones que se han tomado como consecuencia de procedimientos adelantados con total observancia de las formalidades exigidas por la ley para que el juzgador llegue a la verdad con base en las pruebas allegadas al proceso y la intervención de los sujetos involucrados para ejercer su derecho a la contradicción y la defensa.

En consecuencia, y de la lectura del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 anteriormente transcrito, es factible concluir que como los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio se encuentran precedidos por una **etapa de averiguación preliminar** la cual puede concluir con una decisión de archivo que no resuelve de fondo el asunto, tal determinación no adquiere el efecto de cosa juzgada y por lo tanto, cualquier asunto abordado durante dicha etapa podrá ser estudiado de fondo nuevamente en una actuación posterior. Esto, considerando que la averiguación preliminar es una:

**"Actuación facultativa de comprobación, desplegada por servidores (...), cuya finalidad es determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción, identificar a los presuntos responsables de ésta o recabar elementos de juicio que permitan efectuar una intimación clara, precisa y circunstanciada. Esta actuación permite determinar si existe mérito suficiente para iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionatorio eficaz, eficiente y efectivo. Esa información previa no requiere un juicio de verdad sobre la existencia de la falta o infracción, puesto que, precisamente para eso está diseñado el procedimiento administrativo sancionatorio con el principio de la verdad real o material; por tanto, esta actuación no forma parte de dicho procedimiento administrativo en sí, ya que es potestativo (...). Esta actuación debe tener justificación en la necesidad de hacer eficientes y racionalizar los recursos administrativos y sobre todo, para no incurrir en la apertura precipitada de un proceso administrativo sancionatorio. (...)"**<sup>71</sup> (Destacado fuera del texto original).

De conformidad con lo señalado, y en concordancia con lo expuesto por el tercero interesado<sup>72</sup>, es evidente que la etapa de averiguación preliminar es un trámite previo a dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio **que únicamente iniciará mediante la formulación de cargos** luego de que la entidad sancionadora encuentre que existen méritos suficientes para la imputación de cargos como consecuencia de los hallazgos evidenciados durante la mencionada etapa previa. Así, en forma posterior se inicia el procedimiento administrativo sancionatorio, se adelantaran varias gestiones con el propósito de permitir que quien ha sido vinculado al mismo, presente sus argumentos de defensa y allegue pruebas que le permitan rebatir aquello que presuntamente evidenció la autoridad correspondiente. Para tal efecto, del pliego de cargos se le dará traslado para que presente sus descargos y aporte las pruebas que pretenda hacer valer en su defensa.

Luego, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 1437 de 2011<sup>73</sup>, cuando deban practicarse pruebas, se señalará un periodo de tiempo para tal efecto, y una vez vencido el mismo

<sup>70</sup> Glosario de la Corte Constitucional disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/glosario.php> fecha de consulta: 8 de marzo de 2021.

<sup>71</sup> Ministerio de Trabajo de la República de Colombia, *Proceso Inspección Vigilancia Y Control. Procedimiento Administrativo Sancionatorio*. Disponible en: <https://www.google.com/uri?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiZ19i876HvAhUeW1kKHfTOA2QQFjAAegQIARAD&url=https%3A%2F%2Fwww.mintrabajo.gov.co%2Fdocuments%2F20147%2F59625974%2FProcedimiento%2BAdministrativo%2BSancionatorio.pdf%2F9f2ad016-9dbe-54e9-1cf3-35b98f3e62a9%3Ft%3D1565787340474%26download%3Dtrue&usg=AOvVaw2SiZa26KEa6WmLPzBSjskQ> Fecha de consulta: 8 de marzo de 2021.

<sup>72</sup> Radicado número 17-424418-97 de 11 de agosto de 2020.

<sup>73</sup> ARTÍCULO 48. Periodo 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 periodo probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos.

PARÁGRAFO. En los procedimientos administrativos sancionatorios fiscales el término para la práctica de pruebas no será mayor a diez (10) días, si fueran tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior podrá ser hasta de treinta (30) días. El traslado al investigado será por cinco (5) días.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 4 1 13 2 DE 2021

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente sus alegatos respectivos. Una vez analizado todo el material probatorio recaudado, el ente sancionador tomará una decisión de fondo individualizando la persona natural o jurídica a sancionar, el análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción, las normas infringidas con los hechos probados, y la decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación<sup>74</sup>.

Consecuentemente, existe una diferencia importante entre la etapa de averiguación preliminar y el procedimiento administrativo sancionatorio propiamente dicho. De la primera, puede decirse que es el ejercicio discrecional para establecer con un grado de probabilidad la posible existencia de una infracción al ordenamiento jurídico aplicable, durante el cual se recauda documentación e información que permita determinar si existe mérito suficiente para iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio, que solo iniciará con el acto administrativo por medio del cual se formulen cargos. De lo contrario, se proferirá un oficio por medio del cual se archive la actuación.

Del segundo, es factible concluir que es una actuación reglada que se debe observar con la plenitud de las reglas del debido proceso establecido en la ley para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa de quien es investigado, y que culminará en un acto administrativo que representará la afectación patrimonial de quien ha vulnerado las normas imputadas<sup>75</sup>, o desestimando las imputaciones fácticas incluidas en el pliego de cargos por haber quedado probado el cumplimiento de las disposiciones cuestionadas y en consecuencia el archivo de las mismas.

Ahora bien, de la determinación de archivar una actuación preliminar, esta Instancia encuentra conveniente hacer una similitud con el procedimiento penal, para reiterar que la misma no hace tránsito a cosa juzgada porque en ninguna de las dos actuaciones se asume de fondo la responsabilidad (administrativa y penal) del investigado. La Corte Suprema de Justicia<sup>76</sup> ha señalado que:

**"(...) no toda decisión que se contrae a evaluar una actuación procesal está llamada a constituir cosa juzgada; solo lo será aquella que asuma de fondo la responsabilidad de una persona frente a unos hechos (...) y, a su vez, que la defina o consolide en uno u otro sentido. (...)"** (Destacado fuera del texto original).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>77</sup>, tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación con la potestad sancionatoria administrativa y el procedimiento administrativo sancionatorio dispuesto en la ley 1437 de 2011, en donde explicó que:

**"El 'ius puniendi', es la expresión latina referida de manera general a la facultad de sancionar o castigar que ostenta el Estado. En nuestro país la construcción de este concepto se ha elaborado a través de la doctrina y la jurisprudencia que agruparon bajo esta noción la potestad penal de los jueces y la potestad sancionadora de la administración. Sin embargo, la elaboración conceptual no ha sido fácil debido a que en esta atribución se dan cita múltiples competencias en las que se cumplen diferentes finalidades de interés general"**<sup>78</sup>. La Corte Constitucional puso en evidencia dicha situación así:

**'4. Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo"**<sup>79</sup>, el derecho

<sup>74</sup> Artículo 49 de la Ley 1437 de 2011.

<sup>75</sup> Artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, podrá imponer multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, el cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por ciento ochenta (180) días, en caso de reincidencia y atendiendo a la gravedad de las faltas, el cierre definitivo del establecimiento de comercio o la orden de retiro definitivo de una página web portal en Internet o del medio de comercio electrónico utilizado, la prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos, la destrucción de un determinado producto, que sea perjudicial para la salud y seguridad de los consumidores, multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por inobservancia de órdenes o instrucciones mientras permanezca en rebeldía

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia, radicado número 39400, número de providencia SP11005-2014, fecha 20 de agosto de 2014.

<sup>77</sup> Radicado número 11001-03-06-000-2013-00392-00. Número interno: 2159. Consejero Ponente. Álvaro Namén Vargas. Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013).

<sup>78</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-616 de 2002, C-597 de 1996, C-530 de 2003 y C-818 de 2005, entre otras.

<sup>79</sup> Sentencia C-1161 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

contravencional<sup>80</sup>, el derecho disciplinario<sup>81</sup> y el derecho correccional<sup>82</sup>. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador<sup>83</sup>. (...) <sup>84</sup>

Y sobre la finalidad de la potestad sancionadora de la administración puntualizó la Corte:

'En la actualidad, es innegable 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 autoridades públicas'<sup>85</sup>.

En consecuencia, a juicio de esta Corporación, la potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1°, 2°, 4° y 16).(...)<sup>12</sup>

Es de esa forma que los dominios de la potestad sancionadora de la administración se proyectan con enorme amplitud, por lo cual forzoso es comenzar por distinguir las clases de facultades sancionatorias administrativas que se presentan en nuestro ordenamiento, (...) facultades que buscan tutelar el orden social general bajo la figura de las atribuciones sancionatorias administrativas cuyo procedimiento, según se verá, quedó regulado básicamente en la ley 1437 de 2011.

(...)

La administración (...), bajo la justificación de la protección del orden social general la ejercita sobre todos los asociados sin que sea preciso que exista para su ejercicio una relación de sujeción especial. El fundamento de la potestad sancionatoria administrativa está en 'el deber de obediencia al ordenamiento jurídico' que la Constitución Política en sus artículos 4 inciso segundo<sup>86</sup>, y 95<sup>87</sup> impone a todos los ciudadanos.

Esta potestad de la administración tuvo un efecto apreciable en los últimos tiempos en razón a que el Estado ha sido llamado al cumplimiento de nuevas actividades como las de planeación, vigilancia, inspección y control de distintos sectores económicos, intervención de la economía, redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la prestación efectiva de los servicios públicos, la protección del medio ambiente, entre otras; incremento de competencias que a su vez generó un correlativo aumento en sus poderes sancionatorios.

<sup>80</sup> Sentencia C-1112 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>81</sup> Sentencia T-438 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>82</sup> Sentencias T-242 de 1999. (M.P. Martha SÁCHICA de Moncaleano) y T-492 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

<sup>83</sup> "Si bien en algunas sentencias de esta Corporación, se aludió a una quinta especie en el derecho punitivo del Estado denominada "impeachment" o juicios por indignidad política; la verdad es que dicha institución más que corresponder al ejercicio de una potestad punitiva del Estado, representa un mecanismo de control político del Parlamento sobre determinados funcionarios públicos, a través de la posibilidad de adelantar juicios por delitos políticos (C.P. arts. 175 y 178) "

<sup>84</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 818 de 2005.

<sup>85</sup> A manera de ilustración, el profesor REYES ECHANDÍA, expresa que el derecho penal administrativo es "el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre la Administración pública y los sujetos subordinados y cuya violación trae como consecuencia una pena. // La sanción prevista en el derecho penal administrativo se distingue de la del derecho penal ordinario o común por el órgano que la aplica, aquella es generalmente impuesta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público y esta, por funcionarios de la rama jurisdiccional". (REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Parte General. 5ª Reimpresión de la Undécima Edición. Temis. 1996. Pág. 6). En idéntico sentido, se puede consultar a OSSA ARBELÁEZ Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. 1ª Edición. Legis. 2000. Págs 167-170.

<sup>86</sup> Constitución Política. "(...) Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.// Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

<sup>87</sup> Constitución Política. "(...) Artículo 95 La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.// Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes (...)".

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Además de que la **potestad sancionatoria de la administración** es un **elemento indispensable dentro del Estado Social de Derecho para la realización de los fines estatales**, la titularidad de dicha potestad no solo es de la administración, sino también de los particulares que ejercen funciones administrativas, y por tanto, actúan como autoridades. Al respecto la Corte Constitucional manifestó:

‘Por su parte, la **potestad sancionatoria administrativa** encuentra su razón de ser en la necesidad de **asegurar la realización de los fines de la Administración Pública**, que se concretan en la **satisfacción del interés público** (...).’<sup>88</sup> (...)

#### 2.1 Procedimiento administrativo sancionatorio (...)

Con acierto, el legislador al expedir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reguló y organizó por primera vez un procedimiento administrativo sancionatorio en seis artículos que conforman el Capítulo III los cuales sirven de eje básico para el ejercicio de la facultad sancionatoria administrativa. (...)’ (Destacado fuera del texto original).

Puntualmente, y en relación con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado en la misma providencia explicó que el mismo establecía “(...) **las reglas del procedimiento administrativo sancionatorio**, la forma de iniciación de la actuación (de oficio o por solicitud de parte) y **las etapas en las que se divide el trámite administrativo (instrucción y juzgamiento)**. (...)”. Señaló también, que de conformidad con la norma en cuestión, “(...) **Luego de notificado el pliego de cargos se abre la posibilidad de la defensa del investigado quien puede hacer usos de su derecho de contradicción y por tanto cuestionar las pruebas de la administración así como los elementos fácticos y jurídicos del pliego de cargos**. (...)”. (Destacado fuera del texto original).

La misma Corporación indicó que:

“(...) **Una vez concluyan los trámites de procedimiento descritos** en los artículos 47 y 48 antes citados, **la autoridad que adelanta la actuación debe adoptar la decisión definitiva**<sup>89</sup> **que puede ser de exoneración de responsabilidad**, caso en el cual se **archivará el expediente**<sup>90</sup>, **o se expedirá la decisión sancionatoria**. Para uno y otra situación el plazo de la administración es de 30 días siguientes a la presentación de los alegatos. Ahora bien, **por tratarse de un acto administrativo definitivo contra este proceden los recursos de que trata el artículo 76**<sup>91</sup> de este mismo código. (...)”. (Destacado fuera del texto original).

Como puede verse, el trámite de averiguación preliminar es completamente diferente del procedimiento administrativo sancionatorio como tal, y por eso, la decisión de archivo en uno y otro evento, tienen consecuencias jurídicas diferentes. Ahí es donde radica la importancia del fenómeno de la cosa juzgada, ya que el archivo al culminar la etapa de averiguación preliminar no adquiere tal característica, como sí lo hará la decisión de fondo al desestimar una imputación fáctica que se fundamentó en una infracción “posible / probable / presunta” y en consecuencia proceder con su archivo.

<sup>88</sup> Sentencia C-213 de 2007, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

<sup>89</sup> Ley 1437 de 2011. “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 o 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”.

<sup>90</sup> Esta decisión no excluye la posibilidad de que esos mismos hechos puedan ser objeto de otro tipo de sanciones, por ejemplo de carácter penal, fiscal o patrimonial, acciones que deberán iniciarse ante las autoridades competentes.

<sup>91</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso ( . )”.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Así, el procedimiento administrativo sancionatorio se adelanta mediante un trámite reglado establecido en la Constitución Política, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 del 2011), y demás normas específicas y concordantes.

La Corte Constitucional<sup>92</sup>, fue enfática en señalar que **“el procedimiento administrativo está precedido de una fase previa de averiguaciones preliminares”** y que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, **“Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. (...)”**. (Destacado fuera del texto original). Expresamente, indicó que:

**“(...) El CPACA no contiene una definición de la fase de averiguaciones preliminares. Tampoco establece cuáles son las actividades que deben llevarse a cabo ni cuál es el término dentro del cual esta etapa debe agotarse. Sin embargo, el Consejo de Estado ha señalado que la fase de averiguaciones preliminares es una fase que tiene como objeto que la entidad recaude la información necesaria para establecer si se debe o no abrir una investigación administrativa. Igualmente, ha señalado que las averiguaciones preliminares: (i) no están sujetas a formalidad alguna; (ii) no constituyen una etapa obligatoria; y (iii) las entidades no están obligadas a abrir una investigación administrativa”**<sup>93</sup>. Solo deben hacerlo si después de hacer las labores de verificación, encuentran méritos para iniciar un procedimiento sancionatorio<sup>94</sup>.

(...) Las disposiciones sobre el proceso administrativo sancionatorio contenidas en el CPACA constituyen el marco general de actuación para las entidades. Sin embargo, es posible que, por vía reglamentaria, las autoridades administrativas establezcan protocolos internos para adelantar cada una de las fases. En este sentido, el procedimiento aplicable para adelantar los trámites administrativos de la SIC se encuentra consignado en el “Procedimiento de actuaciones sobre presunta transgresión a las normas de protección al consumidor y/o instrucciones impartidas por esta superintendencia” (en adelante el “Protocolo”).

(...) De acuerdo con este Protocolo<sup>95</sup> **la fase de averiguación preliminar tiene como finalidades: (i) verificar la ocurrencia del hecho; (ii) determinar la presunta violación de normas y/o instrucciones que caigan dentro las facultades de inspección, vigilancia y control de la SIC; (iii) identificar plenamente los posibles infractores; (iv) considerar la eventual procedencia de sanciones; y (v) evaluar si operó la caducidad de su facultad sancionatoria.**

(...) Por otro lado, el mencionado Protocolo establece que **las actividades que se realizan en esta fase son las siguientes: (i) iniciar la averiguación preliminar; (ii) obtener evidencia o información necesaria a través de visitas de inspección, requerimientos, entrevistas, etc.; (iii) después de recibir la evidencia, evaluar la posibilidad de decretar medidas preventivas, en caso de ser necesario; y (iv) concluir la etapa de averiguación preliminar bien sea a través de un acto de formulación de cargos o una resolución de archivo. (...)”**. (Destacado fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, este Despacho puede concluir que la cosa juzgada se predica de decisiones de fondo en firmes, que las hace inimpugnables e inmutables, por haber sido adoptadas luego de haber adelantado un procedimiento que definió derechos y obligaciones, en cumplimiento de las etapas exigidas en la ley para la valoración de pruebas que llevaron al juzgador a la verdad y con la intervención de los interesados para que pudieran ejercer sus derechos al debido proceso, la contradicción y la defensa.

También es posible concluir, que el procedimiento administrativo sancionatorio únicamente iniciará mediante la formulación de cargos, una vez el ente sancionador considere que existen méritos suficientes para tal efecto, como resultado de los hallazgos evidenciados durante una etapa

<sup>92</sup> Sentencia T-595 de 2019 Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

<sup>93</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola. Sentencia del 23 de enero de 2003.

<sup>94</sup> En el mismo sentido ver: Juan Manuel Laverde Álvarez, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Legis, 2018, p. 109

<sup>95</sup> Ver páginas 23 y siguientes.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

preliminar y en forma posterior se sigue el procedimiento descrito líneas atrás donde se observan las formalidades y derecho de defensa y contradicción del implicado.

Asimismo, de lo anteriormente expuesto es posible afirmar que la etapa de averiguación preliminar es una actuación facultativa de comprobación, cuyo propósito es determinar con cierto grado de probabilidad la existencia de una infracción. Igualmente, esta etapa sirve para recaudar elementos de juicio que permitan determinar si existe mérito suficiente para iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio. La actuación de averiguación preliminar no forma parte del procedimiento administrativo en sí, dado su carácter potestativo, y por ello es una fase que tiene como propósito que la entidad recaude la información necesaria para establecer si se debe o no abrir una investigación administrativa. La averiguación preliminar, no está sujeta a ninguna formalidad y su finalidad se refiere a verificar la ocurrencia de algunos hechos que podrían transgredir el ordenamiento jurídico, y obtener evidencia o información necesaria, entre otras cuestiones.

Así las cosas, la característica de cosa juzgada no puede predicarse de aquellas decisiones que se adopten durante el trámite de la averiguación preliminar, pues las mismas no son actos administrativos que resuelven asuntos de fondo, al no haberse adelantado un procedimiento con todas las garantías constitucionales y legales relacionadas con el debido proceso, la defensa y la contradicción. Por ello, al tomar la decisión de archivo luego de la etapa de averiguación preliminar y antes de formular cargos que hubieran dado inicio a la investigación del procedimiento administrativo sancionatorio como tal, el involucrado no tuvo la oportunidad de presentar sus argumentos de defensa ni allegar las pruebas que le hubieran permitido debatir aquello que presuntamente evidenció la autoridad correspondiente.

Con lo señalado, este Despacho, coincidiendo con lo resuelto por el fallador de instancia en el acto administrativo impugnado, considera que no puede hablarse de cosa juzgada, pues no hubo un pronunciamiento de fondo en el expediente número 15-271838 en cuanto a los hechos constitutivos de una supuesta vulneración de los derechos de los consumidores, ni se examinó completamente la publicidad denunciada.

En el mismo sentido, esta Instancia también considera acertado lo señalado por la Dirección en cuanto a que era un requisito necesario que existieran dos juicios: uno en firme, y otro en curso, lo cual no se configuró en relación con la denuncia presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, pues no hubo un juicio de responsabilidad administrativa pasado y en firme, sumado a que ni siquiera se inició un procedimiento administrativo sancionatorio como tal, ya que no formularon cargos sino simplemente se adelantó una etapa de averiguaciones preliminares.

Asimismo, el *a quo* complementó dicho requisito con otro que también era indispensable, según el cual la primera decisión debía haber resuelto de fondo las relaciones jurídicas que se pretendían solucionar en el segundo procedimiento, lo que en su sentir tampoco se cumplió debido a que el acto administrativo de trámite que resolvió archivar la averiguación preliminar<sup>96</sup>, no se estudiaron de fondo las proclamas que se analizaron en el presente caso, ni las piezas de comunicación que las contenían con el propósito de verificar el cumplimiento de los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011.

Consecuentemente, al estudiar el expediente número 15-271838 esta Instancia considera que no se configuró cosa juzgada al haber tomado la decisión de archivar la actuación en cuestión luego de haber realizado algunas gestiones durante la etapa de averiguación preliminar, motivo por el cual, se desestima el argumento del impugnante según el cual con el procedimiento administrativo sancionatorio identificado con el expediente número 17-424418 se reactivó una investigación que había sido archivada, pues, como se explicó previamente, la determinación de archivar las actuaciones preliminares no constituye una sentencia en firme que hubiera resuelto de fondo y en forma definitiva las cuestiones por las cuales se llevó a cabo un requerimiento de información.

<sup>96</sup> Así como la Resolución No 12078 de 2017 que resolvió la solicitud de revocatoria directa.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

De igual manera, y como no se configuró cosa juzgada teniendo en cuenta que esta Entidad no se pronunció de fondo respecto de los hechos constitutivos de la presunta vulneración de los derechos de los consumidores y no realizó un examen completo sobre la publicidad denunciada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez bajo la actuación número 15-271838, esta Instancia también desestima los reparos del contradictor en cuanto a que dicha determinación no correspondía a la realidad, pues tomar la decisión de archivar una actuación preliminar sin haber iniciado un procedimiento administrativo mediante la formulación de cargos, no define jurídicamente si se han infringido las disposiciones que rigen la protección de los derechos de los consumidores.

Además, en la Resolución No. 12078 de 2017, en la que se negó la solicitud de revocatoria directa presentada en el expediente número 15-271838, el *a quo* no analizó ni estudió de manera completa y de fondo las razones las razones por las cuales decidió no iniciar la investigación administrativa y archivar la actuación, simplemente manifestó que la bebida "*Hit frutas tropicales*" sí tenían fruta, lo cual no negó la Dirección en el asunto que ahora se discute bajo el expediente número 17-424418, y que en la información dispuesta en las etiquetas de los empaques se indicó que las bebidas contenían fruta, lo que tampoco fue cuestionado por el *a quo* en la presente oportunidad.

De la misma forma, respecto de la afirmación de la Dirección en el acto administrativo impugnado según la cual no hubo dos juicios, no es compartida por este Despacho la posición del impugnante según la cual la decisión de archivo fue un acto administrativo definitivo que terminó la actuación por haber tomado una decisión de fondo, y que además quedó en firme a partir del día siguiente a su comunicación, ya que como se explicó, tal determinación no se fundamentó en un estudio a profundidad de las proclamas que ahora se cuestionaron ni se adelantó un procedimiento administrativo sancionatorio como tal ni se le dio la oportunidad a **POSTOBON S.A.**, de desplegar todas las prerrogativas de contradicción y defensa derivadas de la aplicación del derecho fundamental al debido proceso, ni se formularon cargos en su contra.

Con base en lo expuesto, reitera esta Instancia que el hecho de que la Dirección hubiera proferido el acto administrativo por medio del cual se archivó el expediente número 15-271838, no significó un pronunciamiento de fondo sobre las proclamas que fueron objeto de sanción en el caso bajo estudio.

Uno de los efectos de la cosa juzgada, es aquel según el cual le prohíbe al juez decidir sobre lo ya resuelto, impidiendo decisiones futuras respecto del mismo objeto. Otro de sus efectos, es que la decisión se vuelve definitiva haciéndola indiscutible en nuevos procesos, salvo ciertas excepciones.

La Corte Constitucional<sup>97</sup>, ha definido la cosa juzgada como 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**." (Destacado fuera del texto original).*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia<sup>98</sup> definió el principio de la cosa juzgada como la "***fuerza que la ley atribuye a las sentencias judiciales de resolver definitivamente, entre las partes, la cuestión controvertida, en forma que ya no puede volver a suscitarse entre ellas porque es absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria.***", esto, con el propósito de "***(...) alcanzar certeza en el resultado de los litigios, definir concretamente las situaciones de derecho, hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales y evitar que las controversias se reabran definitivamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado (...)***". (Destacado fuera del texto original).

<sup>97</sup> Sentencia C-100/19.

<sup>98</sup> Sala de Casación Civil y Agraria, Id : 561563. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. Número de Proceso: T 0500122030002017-00726-01. Número de Providencia: Stc18789-2017. Procedencia: Tribunal Superior Sala Civil de Medellín. Clase de Actuación: Acción de Tutela - Segunda Instancia. Tipo de Providencia: Sentencia. Fecha: 14/11/2017. Decisión: Revoca Concede Tutela. Accionado: Juzgado Décimo Civil Municipal de Medellín y Juzgado Once Civil del Circuito de Medellín. Accionante: Miryam Sepúlveda de Saldarriaga, Beatriz Elena, Gladis Lucía y Nelson Gabriel Saldarriaga Sepúlveda.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

La misma Corporación, aclaró que la cosa juzgada se estructuraba siempre que el nuevo proceso versara sobre la identidad de tres elementos necesarios: identidad de objeto, identidad de causa e identidad de partes. Al respecto, la Dirección, y esta Instancia respalda tal posición, enfatizó que para que dicho efecto jurídico procesal ocurriera, era necesario que hubiera perfecta concurrencia entre los sujetos, el objeto y la causa o razón, con lo que si faltaba uno de ellos no podía aseverarse que el nuevo asunto no pudiera ser estudiado y resuelto de fondo.

Al considerar cada uno de los elementos para verificar la configuración de la cosa juzgada, la Dirección encontró que aun cuando tanto en el radicado número 15-271838 como en el presente, se señaló a **POSTOBON S.A.**, es decir que podría haber identidad de sujetos, no hubo identidad de objeto ni de causa.

De la identidad de objeto, la Corte Suprema de Justicia explicó que la misma se refería a las declaraciones que se reclamaban de la justicia, esto es, el objeto de la pretensión. En sus palabras, **"cuando la ley habla de identidad de objeto, indica que en el nuevo proceso se controvierta sobre el equivalente bien jurídico disputado en el litigio anterior. (...) La coincidencia, (...) debe buscarse principalmente en el contenido real de los hechos propuestos como generadores de situaciones jurídicas concretas (...)"<sup>99</sup>. (Destacado fuera del texto original).**

De la identidad de causa, la Corte Suprema de Justicia<sup>100</sup> señaló que era el hecho jurídico que servía de fundamento a la solicitud, es decir, la situación que inicialmente se invocó como sustento de la petición.

El autor Marco Gerardo Monroy Cabra<sup>101</sup> se refirió al tema de las identidades en los siguientes términos:

**"a) Identidad de objeto. Se entiende por objeto el bien corporal o incorporal que se reclama en juicio. Couture: 'Objeto en la cosa juzgada es el bien jurídico disputado en el proceso anterior'. Devis Echandía: 'En materia civil, laboral y contencioso-administrativa, el objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o relación jurídica declarada, según el caso'<sup>102</sup>. El bien es la cosa corporal o incorporal, ya sea género o especie o estado de hecho. Claro que es difícil pronunciarse sobre la identidad del objeto sin entrar a considerar la causa petendi que ha justificado la reclamación del objeto del proceso. Al hablar de identidad de objeto no se hace referencia obligatoria al derecho que lo protege.**

**"b) Identidad de causa petendi. En términos generales se entiende por causa la razón de la pretensión que se ejerce en el proceso. Couture<sup>103</sup> dice que se entiende por causa petendi 'la razón de la pretensión, o sea, el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio'. El fundamento del derecho que se ventila en juicio no es tan solo el que invoca el actor, sino el derecho que rige la especie litigiosa. Este fundamento, según lo expresa el autor mencionado, lo debe buscar el juez aun fuera de las alegaciones de las partes." (Destacado fuera del texto original).**

En cuanto a la *identidad de objeto*, el doctrinante Hernán Fabio López Blanco<sup>104</sup> sostiene:

**"3. Que el nuevo proceso verse sobre un mismo objeto (...). Tal como lo dice con particular acierto nuestra Corte<sup>105</sup>, 'el objeto de la demanda consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia' (...); Devis<sup>106</sup> señala que el 'objeto del**

<sup>99</sup> Sala de Casación Civil y Agraria, Id : 561563. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. Número de Proceso: T 0500122030002017-00726-01. Número de Providencia: Stc18789-2017. Procedencia: Tribunal Superior Sala Civil de Medellín. Clase de Actuación: Acción de Tutela - Segunda Instancia. Tipo de Providencia: Sentencia. Fecha: 14/11/2017. Decisión: Revoca Concede Tutela. Accionado: Juzgado Décimo Civil Municipal de Medellín y Juzgado Once Civil del Circuito de Medellín. Accionante: Miryam Sepúlveda de Saldarriaga, Beatriz Elena, Gladis Lucía y Nelson Gabriel Saldarriaga Sepúlveda.

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho Procesal Civil. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. 1996. Págs. 557-558.

<sup>102</sup> "Devis Echandía, Compendio..., cit., t. I, Pág. 408." Citado por: MONROY CABRA, Marco Gerardo, Op.Cit. Págs. 557.

<sup>103</sup> Couture, op. cit., pág. 435." Citado por: MONROY CABRA, Op.Cit. Pág. 557

<sup>104</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio Op. Cit., Pág. 644.

<sup>105</sup> "Corte Suprema de Justicia, sent. Mayo 9 de 1952 "G. J t LXXII, pág. 86." Citada por Hernán Fabio López Blanco, ibidem

<sup>106</sup> "DEVIS ECHANDÍA Hernando, ob. cit., pág. 220". Citado por Hernán Fabio López Blanco, ibidem.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

**proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada según el caso'. (...) <sup>107</sup>”.**

En relación con este tema, es importante advertir que el Consejo de Estado<sup>108</sup> al abordar el asunto se refirió a la identidad del objeto tanto en las pretensiones como en la sentencia, así:

**“Para la Sala el objeto del proceso radica no sólo en las pretensiones sino también en la sentencia como un todo, pues la pretensión es sólo el petitum de la demanda, mientras que el proceso judicial también se ocupa de revisar los hechos en que el mismo se apoya, para definir si, en caso de ser ciertos tal como se plantean y se prueban, se pueda seguir una determinada decisión judicial. En este orden de ideas, resulta claro que lo sometido al proceso no es sólo la pretensión sino también los hechos que la fundamentan, resumidos en la sentencia que declara alguna de las posibilidades jurídicas planteadas en el proceso”.** (Destacado fuera del texto original).

La *identidad de causa* hace referencia a las razones que invoca el demandante al formular las pretensiones de la demanda. El citado tratadista López Blanco<sup>109</sup> dice al respecto:

*“Que el proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior. La causa es la razón por la cual se demanda; los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia. Esos motivos, por disposición del art. 76, deben aparecer expresados en toda la demanda, y surgen de los hechos de la demanda, por cuanto del análisis de ellos es como se puede saber si en verdad existe o no identidad de causa.”*

Sobre este tema de las identidades procesales se ha pronunciado la Corte Constitucional<sup>110</sup> en los siguientes términos:

*“Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:*

- ***Identidad de objeto***, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.
- ***Identidad de causa petendi (eadem causa petendi)***, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.
- ***Identidad de partes***, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.”

En relación con las identidades procesales, dicha Corporación también ha sostenido lo siguiente<sup>111</sup>:

*“La identidad jurídica de partes, implica que los efectos de una sentencia sólo se extiendan a quienes actuaron dentro del proceso. En consecuencia, si dentro de un proceso dejó de señalarse a determinada persona como parte, no se configura la cosa juzgada, teniendo ésta la posibilidad de iniciar un nuevo proceso. Esto desde el punto de vista del procedimiento civil, pues la sentencia, por regla general, tiene efectos inter partes.*

<sup>107</sup> “Un buen resumen del panorama doctrinario acerca de la noción del objeto del proceso y sus alcances se encuentra en FÁBREGA Jorge, *El objeto litigioso*, Panamá, Ediciones Fábrega, 1985” Citado por Hernán Fabio López Blanco, op. cit. Pág. 644.

<sup>108</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 10 de 2005, expediente 14.109, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Henríquez.

<sup>109</sup> LÓPEZ BLANCO, Op. Cit. Pág. 644

<sup>110</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-774 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido. En ese mismo sentido. Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil

<sup>111</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 11.405, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*“La identidad jurídica de objeto involucra realizar un análisis que conduzca a concluir que la nueva demanda impetrada ante la jurisdicción contiene las mismas pretensiones o declaraciones<sup>112</sup>. Por consiguiente, para identificar si existe identidad de objeto se deben estudiar los hechos, las pretensiones y la sentencia anterior para confrontarlas con los hechos y pretensiones planteadas en el nuevo proceso a fin de poder determinar si existe identidad de objeto.<sup>113</sup> En otras palabras, la identidad de objeto exige que la petición en ambos procesos sea la misma.*

*“Frente a la identidad de causa jurídica o causa petendi juzgada, se concreta en los motivos o razones que deben aparecer puntualizados a lo largo de la demanda y que surgen de los diferentes hechos consagrados, por cuanto del análisis de éstos, es como verdaderamente se puede saber si los fundamentos jurídicos de las pretensiones son idénticos”.*

Respecto de los efectos de la cosa juzgada, una vez se prueba que existe identidad entre los dos procesos, ha dicho el profesor Hernando Devis Echandía<sup>114</sup>:

*“Cuando a la sentencia se le otorga el valor de cosa juzgada, no será posible revisar su decisión, ni pronunciarse sobre su contenido, así sea en el mismo sentido, en proceso posterior. En presencia de tal sentencia, el juez del nuevo proceso civil, laboral o contencioso administrativo, debe abstenerse de fallar de fondo, si encuentra que hay identidad entre lo pretendido en la nueva demanda (...) y lo resuelto en esa sentencia”.*

De conformidad con los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales anteriores, es posible concluir que la cosa juzgada es un efecto de las decisiones adoptadas en una sentencia, al resolver definitivamente un asunto controvertido, que las hace definitivas para garantizar la seguridad jurídica, por haber determinado definitivamente situaciones de derecho. Así las cosas, para predicar el efecto de cosa juzgada en relación con un asunto que se pretenda revivir en un momento posterior, deberá existir identidad de objeto, de causa y de partes.

Según lo expuesto, la identidad de objeto, se refiere al objeto de la pretensión, es decir el bien jurídico disputado en un litigio anterior, y el contenido de los hechos que generaron una situación jurídica concreta. Asimismo, esta identidad se ha relacionado con un derecho reconocido, declarado o modificado en una sentencia, es decir las declaraciones que se reclamaban de la justicia. Así las cosas, como el objeto se debe verificar no solo en las pretensiones sino también en la sentencia como un todo, no puede hablarse de identidad de objeto en una actuación preliminar porque aquel acto por medio del cual se decide su archivo no es una sentencia que resuelva un asunto de fondo, y por lo tanto no podrá estudiarse la identidad de algo que no tiene cómo verificarse (no hay sentencia ni decisión de fondo ni decisión definitiva).

Por su parte, la identidad de causa es el hecho jurídico que sirve como fundamento de una solicitud o la situación que sustentó una petición. En igual forma, se ha dicho que es la razón de la pretensión en un proceso o el fundamento inmediato del derecho resuelto en un proceso.

Para establecer si existió identidad de objeto y de causa, sea lo primero advertir que la denuncia presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez el día 13 de noviembre de 2015 se dio en los siguientes términos:

*“(…), acudo a ustedes teniendo en cuenta las facultades de control y vigilancia sobre **publicidad engañosa** para investigar a las sociedades que contravengan la normatividad que protege los derechos de los consumidores.*

*El objetivo de esta comunicación es denunciar, y en ese sentido solicitar se efectúe una investigación a las sociedades Postobón S.A. (...), y Gaseosas LUX S.A. (...), productoras*

<sup>112</sup> “Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de mayo de 1952. Gaceta Judicial, t. LXXII, pág. 86.” Citada por: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 11.405, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

<sup>113</sup> “LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I, Bogotá. Dupré, 2005. Pág. 644.” Citado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 11.405, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>114</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Op.Cit. Pág.502-503.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

y comercializadoras del **producto JUGO HIT**, en sus diferentes variedades y presentaciones (...).

Lo anterior, teniendo en cuenta que dichas empresas se encuentran ejerciendo prácticas constitutivas de **publicidad engañosa** que afectan en todo sentido los intereses y derechos del consumidor de acuerdo a lo establecido por la Ley 1480 de 2011. Lo anterior, teniendo en cuenta que este producto se está promocionando mediante **comerciales de televisión** en los que **se manifiesta que HIT sabe a fruta de verdad, dando a entender** de esta manera que **el producto está elaborado directamente de fruta, que es natural**, y por ende que **su composición mayoritariamente es de fruta de verdad**.

Sin embargo, al momento de **contrastar dicha información con la composición real del producto**, me he encontrado con que esto no es más que **aseveraciones e información falsa que inducen en error a los consumidores del mismo**, quienes al considerar que el jugo está hecho por frutas de verdad, sin otros elementos que impidan que el mismo pueda considerarse natural, lo adquieren sin darse cuenta que esto no es más que una **información tendiente a confundir y engañar**.

Todo lo anterior, pues teniendo en cuenta que la **información contenida en el envase del producto establece que el mismo está compuesto únicamente con un 9% de fruta**, aclarando que **el mismo no es fruta de verdad como se manifiesta en sus comerciales**, sino que se trata más bien de un **refresco pasteurizado de fruta**, lo cual tiene **características completamente diferentes al jugo natural de la fruta de verdad**.

De acuerdo con lo anterior solicito su intervención para que estas empresas se abstengan de manera inmediata de **emitir el comercial en mención** por contener **información errónea y falsa sobre sus productos** y que de esta manera **induce a los consumidores como yo a tomar decisiones sobre los productos que compra a partir de propiedades y características en este caso inexistentes**, afectando de esta manera los intereses y las necesidades que nos motivan adquirir un producto.

En el mismo sentido, que en **todo tipo de publicidad promovida** por estas para **promocionar el producto jugo HIT se deje de anunciar el mismo como un producto 100% natural o de fruta verdadera**, aclarando de esta forma que el producto es un refresco pasteurizado con sabor a fruta, más no un producto totalmente de fruta verdadera.

Todo lo anterior, como consumidor del producto considero que esto constituye un acto de **publicidad engañosa** que infringe lo dispuesto por el estatuto del consumidor, y la normatividad sobre alimentos y la información que los productos deben ofrecer al consumidor, lo cual requiere de una intervención inmediata.

Anexo:

- **CD que contiene el comercial transmitido en los canales nacionales** en el que se manifiesta que HIT es fruta de verdad.
- **Envase del producto jugo HIT** en el que se puede **confirmar la verdadera composición del producto** con su respectiva factura. (...)"

De la denuncia anterior, el fallador de instancia manifestó que el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez aportó con su escrito de la denuncia, un video clip y dos envases de la bebida "Hit frutas tropicales" que, según el quejoso, se estaba promocionando mediante comerciales de televisión en los cuales se afirmaba que "Hit sabe a fruta de verdad" con lo que, en su sentir, podía darse a entender que el mismo estaba elaborado de fruta, que era natural y su composición era mayoritariamente de fruta.

Este Despacho, coincide con lo anterior y además puede concluir que dicha denuncia efectivamente se refirió al mismo comercial "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT" aportado por la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz como una de las piezas de comunicación con base en las cuales se fundamentó la queja presentada bajo el radicado número 17-424418-0 el día 21 de diciembre de 2017. Ahora bien, de la revisión de dicho comercial esta Instancia verificó que el mismo incluyó diferentes afirmaciones así:

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Niño 1: A ver mamá déjame explicarte ...

Niña 1: Si hay una experta en frutas, esa soy yo mami.

Niña 2: ¡Yo!

Niño 2: Y yo mamá

Niña 3: Lo primero que probé en mi vida fue una fruta

Niña 1: Es que me encanta

Niña 3: Me encanta

Niño 3: Yo hago lo que sea por la fruta

Niño 1: Entonces mamá, si me vas a dar algo de tomar

Niña 2: Que sea Hit

Niño 3: Que sea Hit

Niño 4: **Porque Hit sabe a fruta de verdad**

Niño 5: En los sabores y formas que más nos gustan

Niña 2: No te dejes confundir mami

Niño 1: **Hit es fruta de verdad ¿entiendes?**

Narrador: Si les gusta a ellos, nos gusta a todos. **Elige Hit, la fruta de verdad.** (Destacado fuera del texto original).

Así las cosas, de la denuncia presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez se señaló que el comercial manifestaba que "HIT" sabía a fruta de verdad (Niño 4: **Porque Hit sabe a fruta de verdad**) lo que en su sentir daba a entender que la bebida estaba elaborada directamente de fruta, que era natural, y por ende que su composición mayoritariamente era de fruta de verdad. Sin embargo, encuentra este Despacho que existe una diferencia importante, pues las imputaciones fácticas relacionadas con la pieza publicitaria "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT" se refirieron, entre otras, a las proclamas "Elige Hit, la fruta de verdad" (Narrador: Si les gusta a ellos, nos gusta a todos. **Elige Hit, la fruta de verdad.**) y "Hit es fruta de verdad" (Niño 1: **Hit es fruta de verdad ¿entiendes?**), a diferencia del reproche hecho bajo el radicado número 15-271838.

Además, el a quo en el pliego de cargos aclaró que la imputación fáctica número uno, no estaba dirigida a comprobar la existencia o no de fruta dentro del contenido de la bebida "HIT", pues estaba debidamente acreditado que en efecto dicho bien si tenía fruta de verdad en los porcentajes indicados en las etiquetas. Así las cosas, señaló que su estudio se enfocaría en determinar si de la lectura de la expresión "la fruta de verdad" se estaría homologando el refresco a una fruta, considerando que al usar "de verdad" afirmar que "HIT" realmente era una fruta, lo que carecería de veracidad pues a pesar de contener fruta, sólo la poseía en un pequeño porcentaje adicionando agua y aditivos. Con ello, podría generar la expectativa de que fuera una bebida a base ciento por ciento (100%) de fruta natural lo que podría infringir lo dispuesto en 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.

Así las cosas, aun cuando en la denuncia se hacen manifestaciones tales como "dando a entender (...) que **el producto está elaborado directamente de fruta, que es natural, y por ende que su composición mayoritariamente es de fruta de verdad.**", lo cierto es que todas las apreciaciones del señor Luis Enrique Nieto Rodríguez se dieron con ocasión de la afirmación "**HIT sabe a fruta de verdad**" pues en su sentir dicha afirmación era "**errónea y falsa**" sobre lo que a él le parecía que "**inducía a los consumidores (...) a tomar decisiones sobre los productos que compra a partir de propiedades y características en este caso inexistentes (...)**".

Adicionalmente, el quejoso, señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, acompañó su denuncia de un envase vacío de la bebida "jugo HIT" en su presentación de frutas tropicales, con el propósito de que se verificara la verdadera composición de la misma.

En segundo lugar, la Dirección en la actuación adelantaba bajo el expediente número 15-271838, como consecuencia de la denuncia presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez el día 13 de noviembre de 2015, le ordenó a **POSTOBON S.A.**, que<sup>115</sup>:

<sup>115</sup> Radicados números 15-271838-2 y 15-271838-3 de 10 de febrero de 2016.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

- a) Allegar la totalidad de las piezas publicitarias emitidas durante el último año por medio de las cuales haya ofrecido el producto '**Jugo Hit Frutas tropicales**' en su presentación de 500 ml (en adelante el producto). Indicando los medios y la frecuencia con que se anuncia.
- b) Adjuntar la ficha técnica del producto.
- c) Anexar los empaques del producto de acuerdo a las diferentes presentaciones del último año.
- d) Explicar en qué consiste la siguiente afirmación: '**Elige Hit la fruta de verdad**'.
- e) Allegar los estudios técnicos y/o científicos en idioma español del producto que sustenten y avalen la siguiente afirmación: '**Elige Hit la fruta de verdad**'.
- f) Anexar el Registro Sanitario del producto, proferido por el INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA.
- g) Informar desde qué fecha se comercializa el producto.
- h) Aportar la relación de PQR's recibidas con ocasión al producto, indicando fecha de radicación, quejoso, motivo y trámite dada a la misma. (...)"

De las órdenes transcritas impartidas por la Dirección se procedió a requerir a **POSTOBON S.A.**, para que aportara toda la publicidad emitida mediante la cual ofrecía la bebida "**Jugo Hit frutas tropicales**" durante el año 2015, **en su presentación de quinientos mililitros (500 ml)**, su ficha técnica, sus empaques, su registro sanitario, entre otros.

Así las cosas, para el *a quo* la actuación identificada con el radicado número 15-271838 solo se concentró en revisar si la bebida "**Hit frutas tropicales**" **sabía a "fruta de verdad"**, sin hacer un análisis exhaustivo del contenido de la pieza de comunicación y su mensaje integral. Asimismo, el *a quo* le aclaró a la defensa, que la decisión de archivar dicha actuación, no consideró el "*mensaje publicitario*" sino solo una parte de la información suministrada en el comercial, comparándola con la etiqueta del bien, y sin que se hubiera realizado una diferencia entre información y publicidad.

Este Despacho coincide con lo manifestado por el fallador de instancia y adicionalmente puede concluir que las órdenes impartidas estuvieron enfocadas única y exclusivamente en relación con **la bebida "Jugo Hit Frutas tropicales" en su presentación de quinientos mililitros (500 ml)**. Así, solo de ese bien el *a quo* solicitó todas las piezas publicitarias emitidas durante el 10 de febrero de 2015 al 10 de febrero de 2016, indicando los medios y la frecuencia con que se anunció, su ficha técnica, los empaques del mismo de acuerdo a las diferentes presentaciones, el Registro Sanitario de la bebida "**Jugo Hit Frutas tropicales**", proferido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, la información respecto de la fecha desde la cual se comercializaba dicha bebida, y las peticiones, quejas y reclamos recibidos con ocasión al "**Jugo Hit Frutas tropicales**".

Ahora bien, podría pensarse que existe alguna similitud en relación con las instrucciones de explicar en qué consistía la afirmación "**Elige Hit la fruta de verdad**", y allegar los estudios técnicos y/o científicos en idioma español de la bebida "**Jugo Hit Frutas tropicales**" que sustentara y avalaran la afirmación "**Elige Hit la fruta de verdad**". No obstante, aun cuando las proclamas en cuestión se incluyeron en la pieza de comunicación "**Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT**" que hizo parte tanto de las imputaciones fácticas establecidas en el pliego de cargos y sanción de la presente actuación, lo cierto es que las órdenes impartidas y el objeto de los requerimientos realizados bajo el radicado número 15-271838 siempre hicieron referencia al bien "**Jugo Hit Frutas tropicales**", con lo que puede afirmarse que el ámbito, alcance, rango y dimensión del procedimiento administrativo sancionatorio número 17-424418, fueron mucho más amplios.

Lo anterior, se evidencia de los siguientes requerimientos hechos durante el trámite de averiguación preliminar de la presente actuación:

La Dirección le ordenó a **POSTOBON S.A.**<sup>116</sup> que:

<sup>116</sup> Consecutivos números 6 y 7 obrantes dentro del expediente número 17-424418 de fecha 28 de junio de 2018.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

- “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 qué 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.  
(...).”

Asimismo el a quo le ordenó a la sancionada<sup>117</sup> que:

- “1. Informar cuántas campañas publicitarias del producto ‘Jugos Hit’ ha realizado para los años 2017 y 2018, identificando e individualizando cada una de ellas.
2. Describa 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 de 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. Lo anterior, deberá ser allegado en medio magnético.  
(...).”

El Grupo de Trabajo de Supervisión Empresarial y Seguridad de Producto adscrito a la Dirección, le ordenó a la sancionada mediante los oficios identificados con los radicados números 17-424418-18 y 17-424418-19 de 16 de octubre de 2018, que:

- “1. Informar de manera clara y detallada en qué consiste la mecánica denominada ‘¡HOLA! Te queremos invitar a participar en esta campaña de difusión, lo único que debes hacer es compartir un link que contiene información que aclara los rumores sobre los ingredientes de Hit’. (En adelante la mecánica).
2. Adjuntar copia de todas y cada una de las piezas publicitarias -incluidas las piezas digitales- emitidas con ocasión de la mecánica.
3. Señalar todas y cada una de las fechas a través de las cuales se ha anunciado la mecánica y los medios a través de los cuales se ha divulgado -v.gr. comerciales, cuñas radicales, redes sociales, correos electrónicos, etc.-
4. Explicar cuáles son los términos, las condiciones, las restricciones y la vigencia de la mecánica.
5. Adjuntar copia de la totalidad de la información que ha sido (sic) suministrada al público en relación con la mecánica.

<sup>117</sup> Consecutivos números 15 y 16 obrantes dentro del expediente número 17-424418 de fecha 27 de septiembre de 2018.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

6. Allegar una certificación suscrita por el representante legal de la sociedad en que dé constancia de los ganadores de la mecánica, indicando los nombres, los documentos de identificación y los respectivos datos de contacto.

7. Aportar copias de todas y cada una de las actas de entrega de los predios entregados con ocasión de la mecánica.

8. Anexar en magnético formato Excel (.xls), la relación de las peticiones, las quejas y los reclamos recibidos con ocasión a la mecánica, con los siguientes datos: (i) fecha de radicación; (ii) nombre del quejoso; (iii) motivo -breve descripción y (iv) trámite - descripción de la solución efectivamente brindada.

(...)"

Asimismo, mediante los oficios números 17-424418-23 y 17-424418-24, ambos de fecha 25 de octubre de 2018, el fallador de instancia le solicitó a la sancionada que:

"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.

(...)"

De conformidad con los anteriores requerimientos para que **POSTOBON S.A.**, allegara información y documentación a esta Superintendencia, es posible concluir que las averiguaciones preliminares adelantadas dentro de la presente actuación, tuvieron un alcance mayor a aquel contemplado bajo la actuación identificada con el número 15-271838, pues de éste el *a quo* se limitó a realizar un estudio en relación con la bebida "Jugo Hit Frutas tropicales", mientras que del otro se refirió al bien "Jugos Hit" en general.

Así las cosas, la actuación que ahora se estudia partió de los hallazgos evidenciados durante la etapa de averiguación preliminar que estuvo dirigida a indagar las condiciones bajo las cuales se comercializó la bebida "Jugos Hit" sin hacer distinción de sus referencias, tamaños, presentaciones, sabores, modalidades, etc., por lo cual se solicitó en general de todos aquellos bienes identificados con la marca "HIT", que **POSTOBON S.A.**, allegara la totalidad de piezas publicitarias (indistintamente del medio de divulgación, televisión, redes sociales, etc.) emitidas desde el 28 de junio de 2016 hasta el 28 de junio de 2018 en relación con "Jugos Hit", aportara los empaques y/o etiquetas de las diferentes presentaciones de "Jugos Hit", la ficha técnica de "Jugos Hit", copia del Registro Sanitario del producto, expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA de "Jugos Hit", cuál era el contenido de fruta de los "Jugos Hit", cuántas campañas publicitarias de "Jugos Hit" había realizado para los años 2017 y 2018, que describiera cada una de esas campañas para los "Jugos Hit", que indicara con precisión y claridad todas y cada una de las fechas de inicio y de terminación de las campañas publicitarias y, las fechas de publicación de las pautas utilizadas con ocasión de "Jugos Hit", junto con la información de los medios utilizados, que remitiera copia de todas y cada una de las piezas que componían las campañas publicitarias relacionadas con "Jugos Hit", incluyendo las piezas digitales, que proporcionara los datos de contacto de la agencia de publicidad, o agencia central de medios, que fuera responsable de todas las piezas publicitarias de los bienes identificados con la marca "HIT" desde el año 2015, e hiciera un detalle por cada pieza publicitaria de los bienes marca "HIT", el día, la frecuencia de emisión y el medio utilizado por para promocionar dichos bienes de la mencionada marca, en todas sus presentaciones y sabores, desde el año 2015.

Como puede observarse, de la comparación de la actuación preliminar bajo el expediente número 15-271838 y de aquella gestionada bajo el número 17-424418, es posible reconocer y advertir que uno de los insumos que dio lugar a las denuncias presentadas en ambos fue aquella pieza de comunicación identificada como "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT". Sin embargo, existe una diferencia importante en cuanto a las averiguaciones que determinaron el rumbo de lo que ahora se estudia, y se evidencia en la forma en la que la Dirección se propuso indagar a fondo todas aquellas actuaciones de **POSTOBON S.A.**, para promocionar la venta no solo de "Jugo Hit Frutas tropicales" sino de todos los bienes

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

comercializados por dicha sociedad bajo la marca "HIT", lo que hace que el estudio que ahora se cuestiona hubiera abordado un rango mucho más extenso para determinar con mayor claridad la posibilidad de que la compañía en cuestión hubiera incurrido en infracciones a las normas de protección al consumidor.

Adicionalmente, encuentra esta Instancia, que los requerimientos realizados en la etapa de averiguación preliminar de la presente actuación incluyeron cuestiones que no tenían relación directa con la denuncia presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez el día 13 de noviembre de 2015. Por ejemplo, en el asunto que ahora nos ocupa, inicialmente esta Superintendencia le solicitó a **POSTOBON S.A.**, que aportara los estudios técnicos, científicos y/o académicos en idioma español en los cuales se sustentaban las afirmaciones "*Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugo Hit*" y "*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*", que no hacían parte de la pieza de comunicación "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*" sino del video "*1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA*", y para que explicara los motivos por los cuales se podía catalogar a la bebida "*jugos Hit*" como "*Lo mejor para la lonchera de tus hijos*".

Es importante en este punto, aclararle a la defensa que en efecto la decisión de archivar la denuncia presentada por el señor Nieto Rodríguez, no comprendió el estudio de las expresiones "*Lo mejor para la lonchera de tus hijos es Jugos HIT*" y "*Me hace más fuerte*", incluidas en las piezas de comunicación "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA*", y respecto de las proclamas "*Elige hit la fruta de verdad*" y "*Hit es fruta de verdad*", dispuestas en los comerciales "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*", no se hizo un estudio a fondo y definitivo sobre la infracción de los artículos 6, 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, y por lo tanto no puede predicarse cosa juzgada en relación con las dos actuaciones.

Así las cosas, aunque la etapa de averiguación preliminar también indagó sobre las proclamas "*Elige Hit la fruta de verdad*", "*Porque Hit es fruta de verdad*" y se solicitó a la sancionada que explicara de manera clara y concisa a qué hacía alusión la afirmación "*fruta de verdad*", lo cierto es que el objeto, el propósito y la causa que subyacen a las dos actuaciones no encuentran identidad, porque la averiguación preliminar bajo el expediente número 15-271838 se centró en el bien "*Jugo Hit Frutas tropicales*" en su presentación de quinientos mililitros (500 ml) requiriendo explicar en qué consistía la afirmación "*Elige Hit la fruta de verdad*" y allegar los estudios técnicos y/o científicos en idioma español **de dicho bien** que sustentaran y avalaran la afirmación "*Elige Hit la fruta de verdad*", mientras que en aquella gestionada bajo el número 17-424418, hubo un panorama más amplio respecto de todos los bienes bajo la marca "HIT", por lo que no puede hablarse de cosa juzgada.

En tercer lugar, **POSTOBON S.A.**, como respuesta<sup>118</sup> a las órdenes impartidas por la Dirección mediante los oficios identificados con los radicados números 15-271838-2 y 15-271838-3, remitió en medio magnético las pautas publicitarias emitidas para la promoción del bien "*Jugo Hit Frutas tropicales*". Aclaró, que las piezas para la difusión en televisión no se hacían uso de la presentación comercial de quinientos mililitros (500 ml), sino de trescientos mililitros (300 ml) o *Tetra Pak* doscientos mililitros (200 ml), y allegó una muestra física de dichos envases. La misma sociedad, adjuntó copia controlada de la ficha técnica del "*Jugo Hit Frutas tropicales*", en la que se describía su composición, formulación, procedimiento para su fabricación, las presentaciones comerciales en las que se ofrecía dicha bebida. En el mismo escrito, aportó muestras físicas de los envases con etiquetas en presentación comercial PET de trescientos mililitros (300 ml), quinientos mililitros (500 ml) y *Tetra Pak* de "*REFRESCO DE FRUTA HIT FRUTOS TROPICALES*". En relación con la afirmación "*Elige Hit la Fruta de Verdad*", la sociedad en cuestión señaló que la misma era una invitación al consumo de la bebida y que en efecto la misma tenía pulpa de fruta natural equivalente al nueve por ciento (9%) de su contenido, con lo cual si contenía fruta. Agregó, que de la documentación técnica aportada, en efecto la bebida sabía a fruta y de su contenido garantizaba el porcentaje de fruta señalado.

<sup>118</sup> Radicado número 15-271838-6 de 7 de marzo de 2016.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

De lo anterior, esta Instancia también puede deducir que, en gracia de discusión, aun cuando como se explicó previamente el efecto de cosa juzgada no puede predicarse respecto de la decisión de archivo durante la etapa de averiguación preliminar, lo cierto es que no hubo identidad de causa ni identidad de objeto ente las gestiones previas adelantadas en el expediente número 15-271838 respecto de aquellas gestionadas en el expediente número 17-424418.

En cuarto lugar, y de las averiguaciones preliminares adelantadas bajo el radicado número 15-271838, la Dirección le envió una comunicación al señor Luis Enrique Nieto Rodríguez bajo el consecutivo número 15-271838-9 de 17 de agosto de 2016, en la que le manifestó su decisión de archivar dicha actuación. En el mismo, el *a quo* señaló, entre otras cuestiones, que su queja por la presunta vulneración de los derechos de los consumidores se fundamentó en que **POSTOBON S.A.**, se encontraba publicitando la bebida "*Hit frutas tropicales*" en comerciales en los que se manifestaba que sabía a fruta de verdad, lo cual no contrariaba algunas de las disposiciones de la Ley 1480 de 2011 pues de la información y documentación recopilada en dicha etapa, era cierto que la mencionada bebida sí contenía fruta y dicha información estaba visible en los envases. En esa oportunidad, la Dirección advirtió que en el comercial "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*" no se indicó un porcentaje determinado de fruta o que el mismo estuviera elaborado en su totalidad a base de fruta, por lo que la afirmación no resultaba engañoso decir que "*Hit sabe a fruta de verdad*".

Finalmente, encuentra este Despacho que en la Resolución No. 12078 de 16 de marzo de 2017, por medio de la cual la Dirección resolvió la solicitud de revocatoria directa invocada contra el oficio identificado con el consecutivo número 15-271838-9 de 17 de agosto de 2016 por el cual se archivó la actuación iniciada como consecuencia de la denuncia presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, aunque es cierto que el *a quo* señaló que la proclama "*fruta de verdad*" no era susceptible de generar error o engaño en el consumidor, lo cierto es que dicha consideración se hizo con base en el hecho de que en efecto la bebida "*Hit frutas tropicales*" sí tenían fruta, lo cual no negó la Dirección en el asunto que ahora se discute y que en la información dispuesta en las etiquetas de los empaques se indicó que las bebidas contenían fruta, sin que de dicha información se hubiera asegurado que los bienes fueran elaborados en su totalidad a base de fruta, hecho que tampoco fue cuestionado en la presente actuación.

Así las cosas, coincidiendo con lo considerado por la Dirección en el acto administrativo impugnado, y sin perjuicio de que no puede hablarse de cosa juzgada porque no hubo en el expediente número 15-271838 un pronunciamiento de fondo y definitivo luego de haber adelantado un procedimiento administrativo sancionatorio como tal sino únicamente actuaciones preliminares, tampoco puede hablarse de cosa juzgada al no existir identidad de causa ni de objeto.

No hubo identidad de objeto, pues no obstante las dos denuncias presentadas (la del señor Luis Enrique Nieto Rodríguez y la de la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz) tenían como propósito la tutela de los derechos de los consumidores presuntamente vulnerados por **POSTOBON S.A.**, entre otros, en la pieza publicitaria "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT*", lo cual podría coincidir parcialmente, lo cierto es que la actuación preliminar bajo el expediente número 15-271838 la evaluación se hizo sobre la afirmación "*sabor a fruta*" y el "*contenido de fruta*" de la bebidas "*HIT*" en su presentación de frutas tropicales de quinientos mililitros (500 ml), mientras que en este caso el examen correspondía a la veracidad de las afirmaciones "*Elige Hit, la fruta de verdad*" y "*HIT es fruta de verdad*", entre otros, de todas las presentaciones del bien "*Jugos Hit*" en general.

Tampoco hubo identidad de causa, ya que, como lo estableció la Dirección en la actuación administrativa número 15-271838, solo se hizo un requerimiento de información a la sancionada sobre las piezas de comunicación a través de las cuales se ofreció la bebida "*Jugo Hit Frutas Tropicales*", su ficha técnica, su registro sanitario, sus empaques y peticiones, quejas y reclamos recibidas con el mismo, junto con la explicación y estudios técnicos y científicos relacionados con la afirmación "*Elige Hit, la fruta de verdad*", y únicamente teniendo como base la respuesta a dicho requerimiento, la Dirección resolvió archivar dicha averiguación.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

En oposición, para formular el pliego de cargos en el presente caso, se tuvieron en cuenta por lo menos la respuesta a tres requerimientos de información que se encontraba vinculada con todas las variedades de las bebidas identificadas con la marca "HIT", junto con las visitas de inspección administrativas realizadas a diferentes páginas web, con lo cual quedó desvirtuada la identidad de causa para que hubiera podido prosperar la defensa de la sancionada al haber invocado la cosa juzgada.

En lo que corresponde a lo manifestado por el impugnante en cuanto a que la Dirección, en ejercicio de sus funciones legales, debió haber dado el impulso necesario para llevar hasta su fin las actuaciones administrativas adelantadas, de conformidad con los artículos 2 y 4 de la Ley 1437 de 2011, esta Instancia encuentra que las normas invocadas establecen:

*"ARTÍCULO 2º. Ámbito de aplicación. 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.*

*Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.*

*Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.*

*ARTÍCULO 4º. Formas de iniciar las actuaciones administrativas. Las actuaciones administrativas podrán iniciarse:*

- 1. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general.*
- 2. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular.*
- 3. Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal.*
- 4. Por las autoridades, oficiosamente."*

De lo anteriormente transcrito, y de la revisión de los hechos invocados por el recurrente para alegar la presunta configuración de la cosa juzgada, encuentra este Despacho que los artículos 2 y 4 de la Ley 1437 de 2011 de ninguna manera pueden interpretarse en el sentido de que esta Superintendencia no hubiera podido tomar la decisión de archivar la actuación identificada bajo el número 15-271838 iniciada como consecuencia de la queja interpuesta por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, por no haber encontrado méritos suficientes en su momento para iniciar una actuación administrativa sancionatoria por las razones ya explicadas en su momento.

Asimismo, las mencionadas normas tampoco impiden que con base en nuevos argumentos y denuncias hechas en contra de **POSTOBON S.A.**, se hubiera tomado la determinación de iniciar nuevas averiguaciones preliminares bajo el expediente número 17-424418 que luego resultaron en la configuración de razones probables para imputar los cargos que luego llevaron a la Dirección a imponer una sanción, razón por la cual, los reparos del impugnante en ese sentido, serán desestimados.

Respecto de la inconformidad manifestada por la defensa en relación con la afirmación del *a quo*, según la cual la actuación bajo el expediente número 15-271838 se centró en determinar si la bebida "HIT FRUTAS TROPICALES" sabía a "fruta de verdad", pues en sentir del recurrente la misma no era conforme con las pruebas obrantes en el expediente, para este Despacho su apreciación es alejada de la realidad, ya que, como se estudió previamente, en tal oportunidad el

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

señor Luis Enrique Nieto Rodríguez manifestó en su denuncia que en el comercial aportado se afirmaba que *"HIT sabe a fruta de verdad"* y para tal efecto aportó una muestra del empaque de la bebida *"HIT"* en su presentación de frutas tropicales, y luego la Dirección enfocó su requerimiento de información y documentación según los oficios identificados con los radicados números 15-271838-2 y 15-271838-3 de 10 de febrero de 2016 en dicha bebida específicamente en su empaque de quinientos mililitros (500 ml), frente a lo cual **POSTOBON S.A.**, centró su respuesta.

Así las cosas, en aquel momento no hubo un estudio de fondo sobre las proclamas *"Hit es fruta de verdad"* ni *"Elige Hit, la fruta de verdad"*, que sirvieron, entre otras, como fundamento para la actuación que ahora se analiza.

En el mismo sentido, tampoco es posible que prospere lo argumentado por el impugnante en el sentido que no aceptaba la consideración del fallador de instancia en cuanto a que no tuvo en cuenta el *"mensaje publicitario"* sino una parte de la información suministrada en la pieza de comunicación comparada con las etiquetas del bien, teniendo en cuenta que de las pruebas obrantes en el expediente, la propia Dirección en el expediente número 15-271838 expresó *"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, (...)"*, pues aun cuando las piezas publicitarias fueron tenidas en cuenta para resolver el archivo de la actuación preliminar, dicho análisis no fue un estudio profundo y en cumplimiento de los criterios utilizados por el *a quo* para verificar si el mensaje publicitario era engañoso, esto es la metodología semiótica<sup>119</sup> en la que desarrolló tres (3) *"planos de contenido"*, los cuales correspondieron al i) el lenguaje visual; ii) el contenido lingüístico y el texto; y, iii) la comprobación de la oferta con la adquisición del producto.

Así las cosas, para esta Instancia no se configuraron los supuestos de la cosa juzgada o de un pronunciamiento previo, con lo cual los argumentos expuestos por la sancionada en su escrito impugnatorio relacionados con este asunto, serán desestimados.

**iv) Imputación fáctica número uno, por la presunta vulneración a los numerales 1.1 y 1.3. del artículo 3 y a 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.**

Antes de entrar a analizar los reparos puntuales expuestos por la sancionada en su escrito impugnatorio, es importante señalar que la Dirección revisó la imputación fáctica número uno bajo los siguientes hechos que configuraron las infracciones a las normas invocadas.

El primero hecho, se refirió a las 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 *"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 TEMÁTICA HIT"*.

Los hechos dos y tres, correspondieron al estudio de las piezas de comunicación *"618208-HIT NVO SABOR MANDARINA AHORA"*, *"1970750-HIT MANDARINA"*, *"El nuevo Hit de Mandarina llegó para quedarse, con más fruta"*, para dar a conocer la bebida *"HIT MANDARINA"*, y en donde se incluyeron las afirmaciones *"contiene 20% de fruta"*, *"el producto con mayor contenido de Fruta de la categoría"* y *"contiene 2 veces más fruta que otros productos de la categoría: Refrescos de fruta"*. Asimismo, se refirió a la verificación de la proclama *"al mejor precio"*, incorporada en las piezas publicitarias *"1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017"*, *"HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20"*, *"HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25"*, y *"628738 - TETRA 1 LITRÓN"*.

El hecho cuarto en que se fundamentó la imputación fáctica número uno, fue aquel relacionado con el anuncio y promoción la bebida *"HIT"*, en la variedad maracuyá. Al respecto, la Dirección estudió las piezas de comunicación *"HIT JUGOS 500 ML -LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20"* y *"HIT JUGOS-REF 30-30"*, en las cuales se afirmó que *"el nuevo hit maracuyá con mucha más fruta"*, *"Hit*

<sup>119</sup> Estudio sobre la publicidad en Colombia realizado para la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco COMPAL – UNCTAD. Informe de resultados UNCTAD, SIC, COMPAL. Publicidad Engañosa. Colombia 2013. Consultado en <https://unctadcompal.org/wp-content/uploads/2017/03/COLOMBIA-Informe-de-Resultados-de-las-Encuestas.pdf>

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*maracuyá contiene 50% más fruta comparado con otro producto de la misma categoría" y "lo natural es un hit".*

Así las cosas, se evidencia del escrito impugnatorio de **POSTOBON S.A.**, que su inconformidad no se refirió a todas y cada una de las consideraciones hechas por la Dirección respecto de cada uno de los presupuesto de hecho descritos en precedencia, sino de algunos de ellos, motivo por el cual, este Despacho se centrará en debatir solo los reparos puntuales.

**a) Primer hecho:**

**1. Estudio de la pieza de comunicación "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA".**

**1.1 Afirmación "Lo mejor para la lonchera de tus hijos":**

Sea lo primero advertir, que tal como se explicó en el acápite i) *Caducidad de la facultad sancionatoria* del presente acto administrativo, en relación con las piezas de comunicación "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA" y "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT", no se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria invocada por la defensa de la sancionada, y en consecuencia se reitera que los reparos que fueron expuestos por **POSTOBON S.A.**, en su escrito impugnatorio pero en el acápite particular de la imputación fáctica número uno, serán desestimados y por lo tanto este apartado se centrará en el estudio de las piezas publicitarias y su transgresión a las normas de protección al consumidor.

En cuanto al análisis del comercial "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA" en el que se incluyó la proclama "Lo mejor para la lonchera de tus hijos", el recurrente manifestó su inconformidad pues en su sentir dicha afirmación era una "alabanza genérica" que no era objetivamente idónea para provocar engaño en los consumidores, era una "ponderación valorativa genérica" y no una ventaja concreta de la bebida "jugos hit", considerándola como una valoración de un juicio estimativo por la percepción subjetiva de **POSTOBON S.A.**

En el mismo sentido, señaló que el *a quo* cometió un error al aseverar que por haber utilizado el calificativo "lo mejor" le otorgó a la bebida "jugos hit" un atributo objetivo, pues en sentir de la sancionada el mismo era subjetivo.

En relación con la afirmación "lo mejor para la lonchera de tus hijos", el fallador de instancia consideró que no obstante el calificativo "mejor" era en apariencia subjetiva, lo cierto era que al estar unido a "para la lonchera de tus hijos", le otorgaba a la bebida un atributo objetivo al estar asociado a una cualidad que lo hacía más beneficioso en relación con otros bienes de su misma categoría. Agregó, que la defensa de **POSTOBON S.A.**, estuvo dirigida a resaltar que la mencionada proclama hacía referencia al factor nutricional del refresco de frutas "HIT", por lo que la Dirección concluyó que dicha afirmación tenía un carácter objetivo y en consecuencia debía ser probada.

En lo concerniente a las cuestiones anteriores, puede ver esta Instancia que el reparo del recurrente se enfoca a desvirtuar el carácter objetivo de la proclama "lo mejor para la lonchera de tus hijos", incluida en la pieza de comunicación "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA", pues de encontrarse que la misma no es objetiva sino subjetiva, no podría realizarse ningún juicio de responsabilidad bajo lo dispuesto en los numerales 1.1 y 1.3. del artículo 3 y a 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.

Contrario a lo expuesto por la sancionada en su escrito impugnatorio, la afirmación "lo mejor para la lonchera de tus hijos" es lo que puede denominarse como un elemento objetivo en la publicidad comercial ya que el numeral 12 del artículo quinto de la Ley 1480 de 2011, define la "publicidad" como:



## RESOLUCIÓN NÚMERO 417327 DE 2021

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*“Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”.*

La publicidad está dirigida a **“lograr la notoriedad de empresas, artículos, entre otros, en el ámbito comercial e industrial y persuadir a los potenciales consumidores frente al bien o servicio ofrecido”<sup>120</sup>**, es decir, la publicidad, tal y como lo ha sostenido esta Superintendencia, es **“la comunicación impersonal que pretende dar a conocer a sus destinatarios la marca, el producto o un servicio que ofrece el anunciante con el fin de informar de su existencia, persuadir en influir en su compra y/o generar aceptación o recordación (...) será el mecanismo para establecer la diferenciación de productos en el mercado y persuadir por su preferencia”<sup>121</sup>**. (Destacado fuera del texto original).

En la sentencia C-830 de 2010 la Corte Constitucional reconoció en la publicidad la vital importancia que comporta como parte del proceso de comercialización de productos, en tanto resulta esencial para que los potenciales consumidores conozcan un bien o servicio ofrecido. En tal sentido la publicidad cumpliría un doble fin: el de *“prodigar información”* y *“obtener un cambio en las tendencias de consumo”*.

Al anunciar información, la publicidad debe observar el marco jurídico básico sobre la información comercial en Colombia, dado por las normas de carácter constitucional, legal y reglamentario que expresan su deber ser, alcance, límites, obligaciones derivadas de su ejercicio, y las herramientas con que cuenta el destinatario de dicha información para su defensa ante posibles abusos.

Con fundamento en la Constitución Política, el peso específico de la información dentro de las relaciones de consumo se empieza a dibujar a partir del principio de protección al consumidor en su artículo 78, donde se le asigna al legislador el deber de establecer mecanismos que aseguren **“el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”<sup>122</sup>**.

En desarrollo de este deber, el legislador, a través de la ley 1480 de 2011 reivindicó la importancia de la información en las relaciones jurídicas que son destinatarias de sus normas, a tal punto que menciona esta institución como un instrumento necesario para la consolidación de los principios generales del derecho del consumo, reiterando la necesidad especial de amparar efectivamente **“el acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas”<sup>123</sup>**.

En lo que toca al concepto de *“información”*, el artículo 5 de la ley 1480 de 2011 lo establece como:

*“Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización”<sup>124</sup>*.

Ahora bien, la publicidad comercial se compone de dos elementos: elementos tanto objetivos, como elemento subjetivos. Al respecto, es oportuno citar la doctrina<sup>125</sup> que sobre el tema ha ilustrado:

**“En la definición de publicidad comercial se pueden identificar los dos elementos configuradores del anuncio publicitario: (1) elemento objetivo: constituido por el carácter informativo del anuncio, mediante el suministro de datos relativos al producto, sus características o aspectos cuantificables; su determinación corresponde**

<sup>120</sup> Wilson Iván Morgestein Sánchez, El concepto de información el Estatuto del Consumidor colombiano. Un estudio jurídico en la Ley 1480 de 2011. Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 17, no. 1, 2015.

<sup>121</sup> Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, circular externa 11 de mayo 9 de 2002.

<sup>122</sup> Énfasis agregado. Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>123</sup> Numeral 2, del artículo primero “Principios Generales”. Ley 1480 de 2011: Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones

<sup>124</sup> Numeral 7, Artículo 5. ibídem.

<sup>125</sup> Ibídem, p. 30.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

a quienes participan en el proceso comunicativo –anunciantes, agencias y medios de publicidad-, **debiendo éstos soportar el juicio de licitud respecto de su contenido y alcance;** y (2) **elemento subjetivo;** determinado por el **carácter persuasivo del mensaje,** lo que hace posible **influir en la decisión de su receptor,** mediante la **transmisión de emociones, sentimientos o situaciones.**

El **carácter comercial de la publicidad** deviene justamente de la presencia del **elemento subjetivo,** al perseguir un **propósito persuasivo.** Esta es la razón por la que tanto la jurisprudencia como la doctrina le otorgan el carácter comercial, cuya ausencia se hace patente en otras formas de comunicación de ideas, tales como la propaganda institucional, en la que el emisor es un órgano público en desarrollo de sus funciones de policía, fomento o servicio público, o por sujetos privados en ejercicio de actividades no comerciales o sin la intención de promoción de productos o servicios, como la propaganda política.

(...)

**Ahora bien: el que en el anuncio publicitario converjan tanto elementos objetivos como elementos subjetivos no conlleva que la publicidad comercial deje de serlo para pasar a ser considerada información. A este escenario es al que se refiere el artículo 29 del Estatuto del Consumidor, al consagrar la vinculación obligatoria e inexcusable del anunciante a la información incorporada en un anuncio publicitario.** (Destacado fuera del texto original).

Dicho lo anterior, sobre la publicidad es posible concluir que se identifica por la presencia de un **elemento objetivo “constituido por el carácter informativo del anuncio, mediante el suministro de datos relativos al producto sus características o aspectos cuantificables”** y un **elemento subjetivo,** “determinado por el **carácter persuasivo del mensaje,** lo que hace posible **influir en la decisión de su receptor,** mediante la transmisión de **emociones, sentimientos o situaciones**”<sup>126</sup>.

La publicidad debe entenderse como un conjunto de actividades encaminadas a un fin específico, el cual consiste en la transmisión, con el empleo de los medios de comunicación, de un mensaje “*impersonal, patrocinado y pagado acerca de un producto, servicio u organización*”<sup>127</sup>. En igual sentido, la publicidad constituye una modalidad comunicacional, dirigida a un público objetivo con una intención específica, cual es estimular la demanda de productos o servicios y modificar las opiniones o comportamientos del receptor<sup>128</sup>.

Como se acaba de señalar, una de las diferencias entre publicidad e información está relacionada con el contenido del mensaje. Así, mientras que para la información los elementos que la componen son sólo de tipo objetivo como las propiedades y/o características del producto, en la publicidad se pueden emplear tanto elementos objetivos como elementos subjetivos.

Se establece que las piezas publicitarias que contengan información acerca de los productos anunciados, esto es, que **incluyan datos objetivos del mismo,** no solamente serán examinadas a la luz de las disposiciones existentes sobre la publicidad, sino que a su vez deberán adecuarse a los parámetros exigidos por la ley, particularmente los artículos 23 al 33 del Estatuto del consumidor, respecto de la información proporcionada por los empresarios sobre tales bienes o servicios y su carácter vinculante.

En idéntico sentido, el tratadista Juan Carlos Villalba Cuéllar<sup>129</sup> explica qué debe entenderse por elementos o mensajes objetivos y subjetivos en la publicidad:

**“Constituye mensaje objetivo aquella información que se refiere a características propias del producto o servicio (calidad, cantidad, precio) o aspectos medibles del**

<sup>126</sup> Rozados Oliva (2019) citado por Juan Carlos Martínez Salcedo y Juan Francisco Ortega Díaz en Información y publicidad comercial: ¿Entre dos orillas diferentes?, en Derecho del Consumo Tras un Lustró del Estatuto del Consumidor en Colombia, Universidad de los Andes- Colombia, facultad de Derecho, editorial Temis 2018, p. 30.

<sup>127</sup> STANTON, William J.; ETZEL, Michael J. y WALKER, Bruce. J. Fundamentos de Marketing. Traducido por Manuel Ortiz Staines. (decimocuarta edición). México D.F.: McGraw Hill Interamericana, 2007. p. 552. ISBN: 970-10-6201-9

<sup>128</sup> Ibidem

<sup>129</sup> Citando a Jorge Jaeckel Kovacs.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

**mensaje** (ej., estadísticas). (...) **Los mensajes subjetivos** son aquellos **juicios o elogios** que el mismo anunciante hace de sus productos y servicios. Se trata de afirmaciones que a pesar de no ser comprobadas y no ser ciertas tampoco constituyen engaño (...).<sup>130</sup>

La propia doctrina ha reconocido la dificultad de identificar qué partes del mensaje publicitario, corresponden a elementos objetivos y qué otros a elementos subjetivos. Al respecto, se indicó<sup>131</sup>:

(...) 3.3 Mensaje subjetivos

**Uno de los puntos más conflictivos que se presenta en la práctica publicitaria**, hace relación a los **elogios que el mismo anunciante hace de sus productos** o servicios (puffery). Estos casos corresponden a **afirmaciones que a pesar de no poder ser comprobadas y no ser ciertas, tampoco son engañosas**, con lo cual se reafirma el principio que **lo que se debe analizar y reprimir es el engaño**, más allá de la veracidad o falsedad de una afirmación.

Tradicionalmente ha sido aceptado que las **afirmaciones subjetivas** que de alguna forma **envuelven una exageración son permitidas y no requieren ser comprobadas**, toda vez que **el consumidor no la percibe como engaño**, sino como un **simple elogio normal** en la publicidad, que **no es determinante ni creíble por parte del consumidor**. (...)” (Destacado fuera del texto original).

Al respecto, se han estudiado algunos criterios que podría ayudar a dilucidar si en efecto una proclama incluida en un mensaje publicitario corresponde a un elemento subjetivo u objetivo del mismo, así<sup>132</sup>:

(...) En la práctica **la determinación de cuándo una afirmación es subjetiva o cuándo objetiva** y por lo tanto **factible de ser comprobada**, no es tan fácil de establecer. Algunos de los **parámetros que se han adoptado para tal fin son los siguientes**:

- Las **afirmaciones** que se refieren a **características, cualidades o atributos** del producto y que **cumplen una función informativa tendiente a proporcionar al consumidor argumentos que lo quien en su decisión de compra**, son calificadas como **objetivas**, toda vez que **son factibles de ser comprobadas** y **pueden generar engaño en el consumidor**.
- Los **slogans o juicios estimativos** que se **limitan a expresar la opinión del anunciante**, son considerados **afirmaciones subjetivas no comprobables**, debido a que **no se refieren a ningún hecho**.
- El **contexto de todo el anuncio** es relevante en la determinación de cuándo una afirmación es objetiva o cuándo es subjetiva.
- Finalmente, **la percepción del consumidor es esencial en la calificación**, pues **si éste entiende que una afirmación es comprobable y no simplemente la opinión del (...) anunciante**, la calificación resultante será que **se trata de afirmaciones objetivas, sujetas de ser verificadas**. (...)” (Destacado fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, este Despacho encuentra que la afirmación “*lo mejor para la lonchera de tus hijos*” es un elemento objetivo del mensaje publicitario incluido en la pieza de comunicación “*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA*”.

Con base en el material probatorio obrante en el expediente, se tiene que dicha pieza incluye las siguientes imágenes y el siguiente diálogo:

<sup>130</sup> Villalba Cuéllar, Juan Carlos. Derecho del Consumo. Problemáticas Actuales, editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, en el capítulo denominado “La publicidad engañosa en el Derecho del Consumo. Examen normativo a propósito de la reforma al Estatuto de Protección al Consumidor colombiano”, página 154

<sup>131</sup> Jorge Jaeckel Kovács. *Publicidad Engañosa*. Disponible en: <http://www.jaekelmontoya.com/publicidad-enganosa/> Fecha de consulta: 11 de marzo de 2021

<sup>132</sup> *Ibidem*.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Pieza publicitaria "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA" (carpeta "Comerciales y Cuñas" USB folio 362, imágenes 2, 3 4 y 5 de la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020	Descripción de las Imágenes
   	<p><u>Diálogo:</u></p> <p>"Narrador: <u>Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit</u>  Niña: Mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso en mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, <u>me hace más fuerte</u> y eso le encanta a mi mamá.  Narrador: <u>elige Hit, la fruta de verdad.</u>" (Destacado fuera del texto original y que corresponde a las proclamas estudiadas por la Dirección).</p> <p><u>Texto:</u></p> <p>"Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida". "ELIGE HIT, LA FRUTA DE VERDAD"</p> <p><u>Ambientación:</u></p> <p>Se sitúa en un salón de clases con niños de nueve (9) años aproximadamente. La niña protagonista se sienta en una mesa con otros niños en el salón de clases y pone una lonchera en la mesa. Al abrir la lonchera, aparece una porción de alimentos, incluyendo una fruta y la bebida "HIT" de mango. La niña toma la caja de la bebida y luego la consume.</p>

De lo anterior, este Despacho puede concluir que la afirmación "Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit" es un elemento objetivo del mensaje publicitario, pues es informativo del anuncio

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

suministrar datos relativos a la bebida "HIT" al hacer referencia a su característica de ser "lo mejor" para que los padres lo incluyan en la "lonchera" de sus hijos. En otras palabras, se suministró un dato relacionado con una característica o cualidad de la bebida "HIT", esto es que era "Lo mejor para la lonchera", lo que era susceptible de ser comprobado, por ejemplo porque proporcionaba los nutrientes necesarios para la buena alimentación de los niños.

Así las cosas, la afirmación "Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit" no era un simple juicio estimativo de lo que POSTOBON S.A., considerara fuera el bien por ella puesto en el mercado, pues no solo era su opinión sino que se refería a un hecho específico capaz de ser demostrado.

Adicionalmente, del contexto de todo el anuncio publicitario, es determinante que la proclama "Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit" es objetiva, ya que el propósito de la escenografía, el diálogo, y la actuación de la niña, era incentivar que los padres incluyan en la lonchera de sus hijos la bebida "HIT" al haber sido ofrecida por el anunciante como "Lo mejor para la lonchera". Así, al haber dispuesto una niña, en un salón de clases, con sus compañeros, cargando una lonchera, abriéndola y mostrando su contenido, para luego consumir la bebida porque era "Lo mejor para la lonchera", es claro que dicha afirmación resaltaba un atributo del bien ofrecido para incentivar y provocar una decisión de consumo.

En complemento de lo anterior, la percepción del consumidor frente a la afirmación "Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit" es que la misma era comprobable pues al tomar la decisión de adquirir las bebidas "HIT" e incluirlas en las loncheras de los niños por ser lo mejor, esperaban que hubiera un soporte que acreditara la razón por la cual dicho bien era aquello que les convenía adquirir para alimentar a sus hijos.

Consecuentemente, no puede predicarse el carácter subjetivo de dicha frase, pues de ninguna manera se transmiten emociones o sentimientos, como por ejemplo cuando la niña que protagoniza el comercial señala "Mi mamá sabe que me encanta la fruta" o "eso le encanta a mi mamá".

Así las cosas, este Despacho coincide con la Dirección en el sentido de que no resultó probado que la bebida "HIT" era "lo mejor" para la lonchera de los niños con base en las calidades nutricionales de la misma, pudiendo generar engaño en el consumidor al creer que al incluir dicha bebida como parte de la lonchera escolar iba a reportar beneficios a la salud y alimentación de quienes lo consumían por haber predicado de dicho bien que era "Lo mejor". En efecto, POSTOBON S.A., no logró probar mediante estudios técnicos, científicos y/o académicos que la bebida "HIT", era lo "mejor para la lonchera de tus hijos", resultando dicha manifestación en una aseveración no veraz, inverificable y/o improbable, restándole veracidad y suficiencia al mensaje publicitario, el cual influía en la decisión de compra de los potenciales consumidores al resaltar un elemento diferenciador entre sus competidores.

## 1.2 Afirmación "Me hace más fuerte":

En lo correspondiente a la proclama "Me hace más fuerte", también incluida en el comercial "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA", el recurrente señaló que la Dirección no fundamentó su determinación de considerar que el adjetivo "fuerte" correspondía a una condición objetiva y específica del bien en ninguna prueba y sin hacer un análisis objetivo a partir de un dictamen pericial para determinar lo que un consumidor promedio entendía por esa expresión.

La defensa agregó, que la definición de "fuerte" con base en la cual la Dirección resolvió que era engañosa, fue acomodada a su querer, sin haber tenido en cuenta que dicho atributo también significaba "tener fuerza – resistencia" y no solamente sinónimo de buena salud.

En relación con lo anterior, el fallador de instancia explicó que la afirmación "Me hace más fuerte", fue estudiada en el contexto general de la publicidad incluyendo el diálogo y las imágenes. Agregó, que el estudio partió de la definición del adjetivo "fuerte" con lo que la proclama en cuestión correspondía a una condición objetiva y específica del bien, que aludía a su calidad, pudiendo

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

carecer de claridad, veracidad, verificabilidad, precisión e idoneidad, al no existir ningún soporte en el expediente que la sustentara.

Considera este Despacho, que en este punto es importante aclararle a la sancionada que pese a su argumento según el cual era necesario probar lo que un consumidor promedio entendía por la expresión "*Me hace más fuerte*", el impacto de los mensajes publicitarios en los consumidores se estudia bajo el criterio de la categoría de un consumidor medio, sin que sea necesario hacer un estudio técnico o profesional (dictamen pericial) para descubrir lo que una persona hubiera entendido del mensaje transmitido al haberse enfrentando a la publicidad cuestionada.

Así, para hacerse una idea de lo que un consumidor hubiera entendido de la proclama en cuestión comunicada a través de la pieza publicitaria previamente analizada, junto con sus personajes, escenografía, diálogos, elementos tales como el salón de clases, los niños que hacían parte del mismo, la lonchera, la bebida incluida en la lonchera, la niña consumiendo la bebida, etc., no era necesario, útil ni pertinente decretar, ni practicar, ni controvertir un dictamen pericial, como lo cuestionó el recurrente.

Las disposiciones que protegen al consumidor parten de la premisa de que el consumidor, como destinatario del mensaje que se transmite, se debe tener como "*consumidor medio o racional*" para verificar si el mensaje correspondió a la realidad o fue insuficiente, de manera que no induzca en error, engaño o confusión. Además, que la información contenida en el mensaje de las piezas publicitarias fue completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, pues las personas que reciben los anuncios realizan sobre estos un **análisis superficial** (y no técnico como lo quiso hacer ver el recurrente), no profundo y detallado, por lo que los mensajes son evaluados conforme al contenido y significado que el consumidor les atribuya, **guiándose por el sentido común y usual de las palabras**.

Así lo hizo la Dirección en el acto administrativo impugnado<sup>133</sup>, en los siguientes términos al haber traído al expediente la definición de "*fuerte*" del Diccionario de la Real Academia Española, en donde manifestó:

*"(...) la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor considera que la declaración 'me hace más fuerte', dentro del contexto general de la publicidad (diálogo e imágenes), **transmite a los consumidores un mensaje relacionado con la salud**, en el entendido que **una de las acepciones del adjetivo 'fuerte' es 'que goza de buena salud'**<sup>134</sup> y 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**; adicionalmente, 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 refresco promocionado produce efectos positivos en la salud**, hecho este que resulta cuestionable en tanto que, durante el presente proceso, **la investigada no probó su veracidad, ni aportó soporte alguno que lo demostrara**; así que **afirmar que 'hit' hace a los niños más fuertes sólo por contener una cantidad mínima de fruta es inapropiado e impreciso en la medida que este producto no es equiparable con las frutas** y, por tanto, sus efectos en el cuerpo humano no son los mismos.*

*Razones por las que **el mensaje transmitido** a los consumidores a través de la afirmación **'me hace más fuerte'** incluida en este comercial de televisión **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 al generarles la **expectativa de que tal refresco puede aportar los mismos beneficios de la fruta**.  
(...)"*

En efecto, al consultar el significado de "*fuerte*" en el Diccionario de la Real Academia Española<sup>135</sup>, encuentra este Despacho que el mismo trae veintiocho acepciones así:

<sup>133</sup> Considerando número 31.3.1.4. de la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020.

<sup>134</sup> *dle.rae.es* "fuerte. 5 adj. Que goza de buena salud."

<sup>135</sup> Disponible en <https://dle.rae.es/fuerte?m=form> fecha de consulta. 11 de marzo de 2021.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

"fuerte

Del lat. fortis.

Sup. irreg. fortísimo1; reg. Fuertísimo.

1. adj. Que tiene gran resistencia. Cordel, pared fuerte.

2. adj. Que tiene fuerza.

3. adj. Robusto, corpulento.

4. adj. De carácter firme, animoso.

5. adj. Que goza de buena salud.

6. adj. Duro, que no se deja fácilmente labrar; como el diamante, el acero, etc.

7. adj. Dicho de un terreno: Áspero, fragoso.

8. adj. Dicho de un lugar: Resguardado con obras de defensa que lo hacen capaz de resistir los ataques del enemigo.

9. adj. Entre plateros, monederos y lapidarios, dicho de una cosa: Que excede en el peso o ley.

10. adj. Dicho de una sensación: intensa (ll que tiene intensidad). Sabor, olor fuerte.

11. adj. poderoso. Un país fuerte.

12. adj. Dicho de una moneda o de una divisa: Que internacionalmente inspira confianza.

13. adj. Terrible, grave, excesivo.

14. adj. eufem. Dicho de una persona: Que está gorda.

15. adj. Muy vigoroso y activo. Vino, tabaco fuerte.

16. adj. Que tiene fuerza para convencer. Razón fuerte.

17. adj. Versado en una ciencia o un arte. Está fuerte en matemáticas.

18. adj. Dicho de una obra de ficción: Que tiene un contenido erótico o violento.

19. adj. Dicho de alguna moneda antigua: De plata, para distinguirla de la de vellón del mismo nombre.

20. adj. Fon. Dicho de una sílaba: tónica (ll que tiene acento prosódico).

21. adj. Gram. Dicho de una forma gramatical: Que tiene el acento en el tema; p. ej., amo, dijo. Se aplica especialmente a pretéritos como dije, hizo y a participios como dicho, escrito.

22. adj. Quím. Dicho de un ácido o de una base: Que tiene un grado de ionización total.

23. m. Recinto fortificado.

24. m. Actividad a que alguien tiene más afición o en que más sobresale. El canto es su fuerte.

25. m. Mús. Esfuerzo de la voz en el pasaje o nota señalados con el signo representado con una f.

26. adv. Con fuerza.

27. adv. Abundantemente. Almorzar, comer, merendar, cenar fuerte.

28. adv. desus. Con mucho cuidado y desvelo."

En ese sentido, el artículo 28 del Código Civil dispone que "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.", así las cosas, considera este Despacho que el adjetivo "fuerte" debía entenderse en el sentido en que de forma natural y obvia lo hubieren entendido quienes se hubieran enfrentado a la pieza de comunicación analizada.

Ahora bien, del contexto de la pieza de comunicación, al estudiar el diálogo cuando utiliza expresiones como "Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit", "Mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso en mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte (...)", y "elige Hit, la fruta de verdad"; las imágenes de una niña protagonista que se sienta en una mesa con otros niños en el salón de clases y pone una lonchera en la mesa, que al abrirla aparece una porción de alimentos, incluyendo una fruta y la bebida "HIT" de mango; la escenografía en donde se sitúa a los protagonistas del comercial en un salón de clases con niños de nueve (9) años aproximadamente, es factible deducir que **POSTOBON S.A.**, pretendía asociar la bebida "HIT" a las frutas como un elemento clave de una alimentación sana, natural y con múltiples beneficios potenciales en la salud.

Lo anterior, debido a que las frutas garantizan un consumo suficiente de la mayoría de micronutrientes y de fibra, asociados a la reducción de los niveles de colesterol, la regulación de la función gastrointestinal, la modificación de la absorción de grasas, la reducción de incidencia de

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

cáncer de colon, menor respuesta glicémica, eliminación de toxinas y aumento de la sensación de saciedad con bajo valor calórico lo cual contribuye al control del sobrepeso y la obesidad<sup>136</sup>. Asimismo, está demostrado que los aportes de las frutas de antioxidantes y vitaminas como los flavonoides, bioflavonoides, provitamina A, carotenoides (betacaroteno, alfacaroteno, licopeno, luteína, zexantina), cobre, manganeso, vitamina C y vitamina E, previenen la oxidación del colesterol LDL reduciendo las alteraciones coronarias<sup>137</sup>. Además, las frutas tienen efecto anticancerígeno, estimulan la función inmune, cumplen funciones antivirales y antibacterianas y son detoxificantes.<sup>138</sup> En el mismo sentido, la fibra que aportan las frutas contribuye a reducir las enfermedades coronarias, el folato reduce el riesgo de defectos del tubo neural, el potasio favorece una presión arterial adecuada, la vitamina A ayuda a la salud visual y la defensa contra las infecciones y la salud de la piel, la vitamina C asegura la renovación de tejidos, entre otros<sup>139</sup>.

Así las cosas, cuando en la pieza publicitaria en cuestión, **POSTOBON S.A.**, asoció el consumo de su bebida "HIT" a las frutas, y calificó que el refresco de frutas en cuestión hacía a los niños más fuertes al emplear la expresión "me hace más fuerte" manifestada por una niña de aproximadamente nueve (9) años al beber el líquido, mostrarlo en su lonchera, en un salón de clases, en el colegio, con compañeros de la misma edad alude a que dicha expresión de "fuerte" se adecuaba a la definición de dicha palabra del Diccionario de la Real Academia Española según el cual el mismo es un adjetivo para describir "5. *adj. Que goza de buena salud*" como correctamente lo aplicó la Dirección.

En consecuencia, para este Despacho, y contrario a lo manifestado por el impugnante, la Dirección fundamentó su determinación de considerar que el adjetivo "fuerte" correspondía a una condición objetiva y específica del bien, que reportaba una cualidad a quienes consumían la bebida por haber afirmado la niña protagonista del comercial que "me hace más fuerte" al identificar que "HIT" era "la fruta de verdad", y como las frutas contienen fibra y vitaminas que reportan beneficios para la salud, la definición de "fuerte" respecto a que "goza de buena salud" no requería de ninguna prueba pericial para hacer un análisis objetivo que determinara lo que un consumidor promedio entendía por esa expresión.

Lo anterior, ya que el concepto de consumidor racional es un parámetro que universalmente se utiliza para evaluar si un mensaje es o no engañoso. Este parámetro se fundamenta en la realidad de la forma como los consumidores entienden el mensaje, pues parte de la base de reconocer que las personas que reciben los anuncios, realizan un examen superficial de ellos, no uno profundo y detallado o experto (para solicitar un dictamen pericial con el propósito de establecer lo que un consumidor medio entendía de la afirmación "me hace más fuerte" puesta en el contexto de la pieza de comunicación analizada).

Respecto del concepto que se analiza, el Consejo de Estado<sup>140</sup> definió el consumidor medio de la siguiente forma:

*"(...) consumidor medio. Es decir, aquel que no está ni muy alerta ni muy distraído. La doctrina se refiere también al 'consumidor razonablemente prudente'. La jurisprudencia española en esta materia, se refiere 'al consumidor medio' o 'al público medio', a quien le califica como a 'una persona dotada de las normales facultades perceptivas' o 'a personas de raciocinio normal' quien por lo general no es una persona conocedora y diligente, que se 'guía por sencillas apreciaciones visuales o auditivas corrientes'. Frente a este tipo de consumidor medio o 'promedio' sale a luz el consumidor profesional y especializado, el que por su propia formación está expuesto al riesgo de confusión en menor grado que el consumidor medio o corriente.*

<sup>136</sup> Ministerio de Salud y Protección Social. *Orientaciones Técnicas para la Promoción del Consumo de Frutas y Verduras en Entornos Priorizados*. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/promocion-consumo-frutas-verduras-entornos-priorizados.pdf> Fecha de consulta: 15 de marzo de 2021.

<sup>137</sup> CDC. *Center for Disease Control and prevention* <http://www.cdc.gov/>

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> CDC. *Center for Disease Control and prevention* <http://www.cdc.gov/>

<sup>140</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera; Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola; Bogotá, D. C., dos (2) de octubre del dos mil tres (2003), Radicación Número: 11001-03-24-000-2001-00003-01(6744); Actor: Ingenieros Químicos Asociados Ltda. IQA, Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, Referencia: Acción De Nulidad.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*El consumidor medio que es el prototipo de referencia para relacionarle con el riesgo de confusión, tendrá diferente comportamiento si el producto es de consumo masivo o de consumo selectivo, o de acuerdo al precio del producto, pues si éste es elevado el consumidor pondrá mayor atención a la calidad y a la marca, lo que reduce la posibilidad del riesgo de confusión.*

*El Tribunal ha abordado el punto del consumidor medio en sentencia de 3 de Diciembre de 1987. Ha dicho el Alto Organismo Comunitario: '...El Tribunal se permite precisar - de acuerdo con la doctrina predominante - que el consumidor al que debe tenerse en cuenta, tanto para determinar la notoriedad de una marca como para establecer el posible riesgo de confusión entre dos marcas, es el llamado 'consumidor medio' o sea el **consumidor común y corriente** de determinada clase de productos, en quien debe suponerse un **conocimiento y una capacidad de percepción corrientes**. Por supuesto que, en cuanto a ese fundamental punto de referencia, o sea el público consumidor de determinada clase de productos, debe distinguirse si se trata de bienes o productos de consumo masivo o si por el contrario son de consumo selectivo, en lo cual interviene definitivamente el nivel de vida y la capacidad adquisitiva del grupo humano involucrado o sea de aquel que suele solicitar, usar o consumir determinado producto'. (Reiterado en sentencias: 4-IP-88 - 4-IP-91 - 2-IP-94)". (Destacado fuera del texto original).*

Lo anterior, es necesario para proveer una respuesta generalizada y no sectorizada (un grupo específico de personas) a los esfuerzos para fortificar los principios que han inspirado la protección del consumidor, en donde goza de una posición importante la obligación de "suministrar una información integral, una información que abarque todos los elementos que el consumidor debe conocer a efectos de adoptar una decisión razonable en la adquisición de bienes o servicios, donde aparecen aspectos, antes no exigidos, como son los relacionados con las garantías, el servicio pos-venta, etc., elementos éstos que inciden o pueden incidir en su decisión de compra<sup>141</sup>".

Así las cosas, este Despacho reitera que se acoge el criterio del "consumidor racional" puesto que "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<sup>142</sup>".

En este orden de ideas, la definición de "fuerte" con base en la cual la Dirección resolvió que la publicidad era engañosa, no fue acomodada a su querer, pues como se señaló, la sancionada al haber ligado la bebida "HIT" a las frutas que reportan beneficios para la salud, la acepción "5. adj. Que goza de buena salud" es la correcta, pues es lo que resulta relevante al momento de adoptar la decisión de compra, así las imágenes predisuestas en una publicidad permiten crear en los consumidores una representación mental más clara del bien que desean obtener y dependiendo del impacto que genere, los motivará o no a decidir sobre su adquisición.

En esa medida, este Despacho precisa que al no haber decretado, practicado o dado traslado a un dictamen técnico, no se vulneró el derecho fundamental al debido proceso de POSTOBON S.A., por haber concluido que la proclama "Me hace más fuerte" que resultó ser engañosa, pues dicha afirmación debió haber sido acreditada por la sancionada con los medios de prueba idóneos que le demostraran a esta Superintendencia que efectivamente y en la realidad, el hecho de que las personas que consumieran bebidas "HIT" obtuvieran todos los beneficios de las frutas para gozar de buena salud, y como no quedó debidamente acreditado que en efecto así ocurriera, la sancionada falló en su estrategia de defensa sin que dicha situación sea atribuible a la Dirección de ninguna manera.

Ahora bien, si se tratara de establecer la conducencia, pertinencia y utilidad de una prueba pericial para descubrir lo que un consumidor medio entendía de la expresión "Me hace más fuerte" a través de un dictamen pericial, encuentra esta Instancia que, tal como lo señala el tratadista Hernando

<sup>141</sup> RUBIO ESCOBAR Jairo, *Compendio de Jurisprudencia Protección al Consumidor*, Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>142</sup> Jaeckel Kovacs Jorge, *Publicidad Engañosa: Análisis Comparativo*, Boletín Latinoamericano de Competencia, Tomo número 20, junio 2005, páginas 59 a 61.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Devis Echandía en su obra *Teoría General de la Prueba Judicial*, el fallador debe ordenar la práctica de medios probatorios que por sí mismos o por su contenido sirvan para los fines propuestos, resulten procedentes, idóneos y útiles, contribuyendo de esta manera a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.

Así, la conducencia de la prueba es "(...) *la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho (...)*"<sup>143</sup> y, también es "(...) *una comparación entre el medio de probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio (...)*"<sup>144</sup>.

De igual forma, la pertinencia ha sido definida como "(...) *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 (...)*"<sup>145</sup>, es decir, las pruebas deben estar referidas al "(...) *objeto del proceso y versar sobre los hechos que conciernan al debate, porque si nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia (...)*"<sup>146</sup>.

Respecto de la utilidad de la prueba, "(...) *este requisito [significa] que la prueba debe ser útil desde el punto de vista procesal, es decir, que debe prestar algún servicio o, por lo menos, conveniente para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios sobre los cuales se basa la pretensión contenciosa, esto es, que no sea completamente inútil. Se persigue el mismo doble fin que con los requisitos de la conducencia y pertinencia de la prueba*"<sup>147</sup>.

De igual manera, se debe tener en cuenta que "(...) *en un sentido general puede decirse que una prueba inconducente o no pertinente es inútil, puesto que ningún servicio puede prestarle al proceso, e incluso, algunos autores y legisladores se abstienen de estudiar o reglamentar la utilidad de la prueba como un requisito separado, como que la consideran un aspecto de su consonancia o pertinencia y, desde un punto de vista más general, de su eficacia. En estos requisitos deben incluirse también los de pertinencia y utilidad. La ausencia de norma legal expresa no es obstáculo para que el juez tenga en cuenta el principio elemental de que es inadmisibile la prueba manifiestamente inútil (...)*"<sup>148</sup>.

Con base en los criterios anteriores, y teniendo en cuenta el concepto de consumidor medio antes analizado y explicado, para este Despacho una prueba pericial no era conducente para demostrar lo que un consumidor puesto frente al comercial "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA" hubiera entendido de la expresión "me hace más fuerte", ya que el análisis que hace un consumidor medio es un examen superficial, no profundo ni detallado, y por el contrario se guiará por el sentido natural de las palabras, como correctamente lo analizó la Dirección con base en la definición de "fuerte" del Diccionario de la Real Academia Española.

Dicha prueba tampoco era útil, ya que no presta ningún servicio al fallador, ni ayuda a convencerlo de que los consumidores hubieran entendido el mensaje publicitario en otros términos que no lo hubieran hecho engañoso por no corresponder a la realidad (no hacía a los niños más fuertes). Así las cosas, la prueba pericial invocada por el contradictor era inconducente e inútil, ya que ningún servicio podía prestarle al proceso, pues para descifrar la percepción de un consumidor medio no es necesario recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas.

Por otra parte, respecto de la misma proclama, el impugnante manifestó que en el caso de aceptar que la expresión "me hace más fuerte" era un mensaje objetivo, el mismo había hecho referencia a los componentes nutricionales de "jugos hit", lo que en efecto correspondía a la realidad.

<sup>143</sup> Parra Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del profesional, Décima Edición. 1999, pág. 89 y 90.

<sup>144</sup> Ibidem.

<sup>145</sup> López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Pruebas Tomo III. Dupre Editores. pág. 58.

<sup>146</sup> Ibidem.

<sup>147</sup> Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo Primero. Quinta Edición. Editorial Temis. 2002, pág. 331.

<sup>148</sup> Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Frente a la proclama "*me hace más fuerte*" la Dirección utilizó para su estudio, la metodología semiótica<sup>149</sup> en la que desarrolló tres (3) "*planos de contenido*", los cuales corresponden a i) el lenguaje visual; ii) el contenido lingüístico y el texto; y, iii) la comprobación de la oferta con la adquisición del producto.

Respecto del lenguaje visual, el *a quo* encontró aplicables las categorías de análisis<sup>150</sup> de comparación<sup>151</sup> y la transformación del entorno<sup>152</sup>. Así, del estudio de la pieza de comunicación "*1- 1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA*", notó que se hacía una **evocación a las frutas**, asemejando la bebida "*HIT*" a ellas, pues en el diálogo en el salón de clases una niña le afirmó a sus compañeros que "***Mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso en mi lonchera siempre hay Hit***"<sup>153</sup>, intentando **atribuirle los mismos efectos positivos que la fruta**. Además, señaló que con la proclama "*porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá*", se daba una explicación a la otra afirmación haciendo una valoración por **equiparación entre la bebida "*HIT*" y las "*frutas*"**, lo que en sentir del fallador de instancia **no resultaba válido** pues los mismos **no pertenecían al mismo género ni satisfacían la misma necesidad de los consumidores**.

De conformidad con lo anterior, este Despacho no acepta que la expresión "*me hace más fuerte*", siendo un mensaje objetivo, hubiera hecho referencia a que los componentes nutricionales de la bebida "*hit*" correspondían a la realidad, ya que el estudio que se hace del mensaje publicitario parte de que **POSTOBON S.A.**, asimiló el bien en cuestión a las frutas al haber empleado expresiones tales como "***Mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso en mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte***", "***ELIGE HIT, LA FRUTA DE VERDAD***", y por lo tanto, el componente nutricional de la bebida que se anunció en el mensaje, al hacer dicha equiparación debía corresponder con la realidad, y como el refresco únicamente contenía entre un nueve por ciento (9%) y un catorce por ciento (14%) de fruta, adicionada con ingredientes artificiales les restó veracidad a sus afirmaciones al no tener el mismo componente nutricional de una fruta, por lo tanto no hacía más fuertes a sus consumidores, pues la ingesta reiterada del mismo no hacía que gozaran de buena salud. Por ello, este Despacho coincide con el fallador de instancia, en cuanto a que existieron imprecisiones de las cualidades atribuidas a la bebida "*HIT*" en su publicidad y lo que realmente recibían los consumidores, defraudando sus expectativas, debido a la falta de conformidad entre lo prometido y lo realmente entregado.

Al estudiar el material probatorio obrante en el expediente, en especial el comercial "*Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA*", la tabla nutricional del bien refresco de frutas "*HIT*" en sus diferentes variedades, los certificados aportados por la sancionada, la ficha técnica y las etiquetas del mencionada bien que obran en el radicado 17-424418-50 se puede concluir que en efecto la bebida fabricada y comercializada marca "*HIT*", contenía entre un nueve por ciento (9%) y un catorce por ciento (14%) de fruta, y se le adicionaba ingredientes artificiales, por lo que no es cierto la afirmación según la cual quienes consumían dicha bebida podían afirmar que "*me hace más fuerte*", ya que si en verdad dicho bien fuera "***FRUTA DE VERDAD***", hubiera aportado micronutrientes y fibra, antioxidantes y vitaminas como los flavonoides, bioflavonoides, provitamina A, carotenoides (betacaroteno, alfacaroteno, licopeno, luteína, zexantina), cobre, manganeso, vitamina C y vitamina E<sup>154</sup>, con lo cual quienes lo consumieran en realidad podrían gozar de buena salud de conformidad con la definición de "*fuerte*" del Diccionario de la Real Academia Española<sup>155</sup>, por lo que al consumir "***FRUTA DE VERDAD***" hubieran esperado reducir los niveles de colesterol,

<sup>149</sup> Estudio sobre la publicidad en Colombia realizado para la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco COMPAL – UNCTAD. Informe de resultados UNCTAD, SIC, COMPAL. Publicidad Engañosa. Colombia 2013. Consultado en <https://unctadcompal.org/wp-content/uploads/2017/03/COLOMBIA-Informe-de-Resultados-de-las-Encuestas.pdf>

<sup>150</sup> Todas las categorías son: proporcionalidad, emulación, comparación, transformación del entorno e iconografía.

<sup>151</sup> Comparación: valoración por equiparación entre dos o más elementos, con la cual se intenta reconocer similitudes, diferencias; aspectos positivos o negativos.

<sup>152</sup> Transformación del entorno: los aspectos de la imagen en un mensaje publicitario (como la escenografía, la ambientación o accesorios implicados en la puesta en escena) que tienen la función de incrementar el valor percibido de los productos ofertados.

<sup>153</sup> Destacado fuera del texto original.

<sup>154</sup> Ministerio de Salud y Protección Social. Orientaciones Técnicas para la Promoción del Consumo de Frutas y Verduras en Entornos Priorizados. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/promocion-consumo-frutas-verduras-entornos-priorizados.pdf> Fecha de consulta: 15 de marzo de 2021

<sup>155</sup> Disponible en <https://dle.rae.es/fuerte?m=form> fecha de consulta. 11 de marzo de 2021.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 41132 DE 2021

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

regular su función gastrointestinal, modificar la absorción de grasas, reducir la incidencia de cáncer de colon, tener una menor respuesta glicémica, eliminar toxinas, entre otras<sup>156</sup>.

Por el contrario, las bebidas ultraprocesadas, definidas como **“formulaciones industriales principalmente a base de sustancias extraídas o derivadas de alimentos, además de aditivos y cosméticos que dan color, sabor o textura para intentar imitar a los alimentos”**<sup>157</sup>, son nutricionalmente desequilibrados, al tener, por ejemplo un contenido elevado en azúcares y sodio, y un bajo contenido en proteína, fibra alimentaria, minerales y vitaminas, comparados con los alimentos sin procesar<sup>158</sup>.

El Ministerio de Salud y Protección Social<sup>159</sup> señaló que **“desde el punto de vista alimentario, nutricional y metabólico”**, existían **“diferencias significativas entre los azúcares adicionados y la fructosa presente de manera natural en alimentos como las frutas y los vegetales, en donde la fructosa está ligada a nutrientes como vitaminas y minerales, y a otros compuestos como la fibra, la cual contribuye a que el proceso de digestión y absorción sea más lento”**, mientras que los azúcares adicionados estaban **“libres”** contribuyendo a la formación de triglicéridos y lipoproteínas de baja densidad<sup>160</sup>, asociados con la obesidad y enfermedades cardiovasculares tales como la diabetes tipo dos y el síndrome metabólico<sup>161</sup>, alteraciones psicológicas como la hiperactividad y el síndrome premenstrual<sup>162</sup>, junto con enfermedades de la vesícula biliar<sup>163</sup> y caries dental<sup>164</sup>, entre otros.

Así las cosas, la referencia a los componentes nutricionales del refresco de frutas **“HIT”**, que pretendió hacer valer la defensa de **POSTOBON S.A.**, para argumentar que la proclama **“me hace más fuerte”** al ser un mensaje objetivo, correspondía a la realidad no es procedente ya que al explicarse que el hecho de que dicha bebida tuviera entre un nueve por ciento (9%) y un catorce por ciento (14%) de fruta, impedía a quienes la consumieran asegurar que gozarían de buena salud debido a que los beneficios de consumir frutas no se generarían al ingerir el refresco en cuestión, y por el contrario, un consumo excesivo del mismo provocarían efectos nocivos en la salud de los consumidores.

Consecuentemente, para este Despacho le asistió razón a la Dirección cuando aseguró en el acto administrativo impugnado, que la manifestación **“me hace más fuerte”**, dentro del contexto general del diálogo y las imágenes, transmitió a los consumidores un **mensaje relacionado con la salud**, y que al utilizar **niños sanos y activos** en un salón de clases y frutas en la lonchera, **POSTOBON S.A.**, reflejó que la bebida **“HIT”** era **equivalente a las frutas**, con lo que podría llevar a entender que **sus propiedades fortalecían a los niños**.

En complemento de lo anterior, el fallador de instancia aseveró que **la sancionada no logró probar la veracidad de que la bebida en cuestión producía efectos positivos en la salud**, y como resultado haber afirmado que la bebida **“HIT”** hacía a los niños más fuertes, resultó **inapropiado** e

<sup>156</sup> CDC. Center for Disease Control and prevention <http://www.cdc.gov/>

<sup>157</sup> Organización Panamericana de la Salud. *Alimentos ultraprocesados ganan más espacio en la mesa de las familias latinoamericanas*. Disponible en: [https://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15530:ultra-processed-foods-gain-ground-among-latin-american-and-caribbean-families&Itemid=1926&lang=es](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=15530:ultra-processed-foods-gain-ground-among-latin-american-and-caribbean-families&Itemid=1926&lang=es) Fecha de consulta: 15 de marzo de 2021.

<sup>158</sup> Ibidem.

<sup>159</sup> Ministerio de Salud y Protección Social. *Módulo Azúcares Capacitación equipos básicos de salud -APS*. Noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/modulo-azucres.pdf> Fecha de consulta: 16 de marzo de 2021.

<sup>160</sup> Barry, B. G. (2013). *Calorie-sweetened beverages and fructose: what have we learned 10 years later*. *Pediatric Obesity*, 242-248. Tomado del Ministerio de Salud y Protección Social. *Módulo Azúcares Capacitación equipos básicos de salud -APS*. Noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/modulo-azucres.pdf> Fecha de consulta: 16 de marzo de 2021.

<sup>161</sup> Malik VS, P. B. (2010). *Sugar-sweetened beverages and risk of metabolic syndrome and type 2 diabetes: a meta-analysis*. *Diabetes Care*, 2477-2483. Tomado del Ministerio de Salud y Protección Social. *Módulo Azúcares Capacitación equipos básicos de salud -APS*. Noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/modulo-azucres.pdf> Fecha de consulta: 16 de marzo de 2021.

<sup>162</sup> Cabezas, C., Hernández, B., & Vargas, M. (2015). *Azúcares adicionados a los alimentos: efectos en la salud y regulación mundial*. Revisión de la literatura. *Revista de la Facultad de medicina*. Tomado del Ministerio de Salud y Protección Social. *Módulo Azúcares Capacitación equipos básicos de salud -APS*. Noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/modulo-azucres.pdf> Fecha de consulta: 16 de marzo de 2021.

<sup>163</sup> Ibidem.

<sup>164</sup> Organización Mundial de la Salud. (2015). *Directriz: Ingesta de azúcares para adultos y niños*. Obtenido de [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/154587/WHO\\_NMH\\_NHD\\_15.2\\_s pa.pdf?sequence=2](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/154587/WHO_NMH_NHD_15.2_s pa.pdf?sequence=2) Tomado del Ministerio de Salud y Protección Social. *Módulo Azúcares Capacitación equipos básicos de salud -APS*. Noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/modulo-azucres.pdf> Fecha de consulta: 16 de marzo de 2021.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

**impreciso**, debido a que la misma **no era equiparable con las frutas** y con ello **sus efectos no eran los mismos**.

Este Despacho considera, que efectivamente **POSTOBON S.A.**, debió haber probado que los elementos objetivos incluidos en sus mensajes publicitarios, correspondían con la realidad, pues lo que se analiza aquí es la información suministrada a los consumidores en las piezas publicitarias para influenciar su decisión de compra antes de que la misma se hubiera realizado.

Por regla general cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones, con las excepciones establecidas en la Ley. Así se aplica desde el Derecho Romano, conforme a los aforismos "*onus probandi incumbit actori*", o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, y "*reus in excipiendo fit actor*", es decir que el demandado cuando excepciona o se defiende se convierte en demandante para el efecto de tener que probar los hechos en que funda su defensa<sup>165</sup>.

En el ordenamiento jurídico colombiano esta regla está prevista en el campo del Derecho Privado en los artículos 1757 del Código Civil, en virtud del cual "*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*", y 167 del Código General del Proceso, según el cual "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*". Es decir, que si las partes pretenden demostrar la veracidad de sus afirmaciones en general, deben aportar las pruebas necesarias que permitan demostrar los hechos y efectos jurídicos contemplados en la norma.

Respecto de la carga de la prueba, el Consejo de Estado resaltó el deber de probar los hechos que sustentan la defensa, en los siguientes términos:

*"Por regla general, **a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho**. Es este postulado un principio procesal conocido como '*onus probandi, incumbit actori*' y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, **está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo reus, in excipiendo, fit actor**'. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C.<sup>166</sup>". (Subrayado por fuera de texto)*

En esta línea, es necesario precisar que la sancionada tiene la carga de aportar los medios de convicción necesarios para desvirtuar los cargos formulados en el pliego y demostrar que en efecto, cumplió con su deber de suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre el bien ofrecido, al igual que de cumplir con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad en relación con el mismo, así como que no utilizó publicidad engañosa.

Así las cosas, si **POSTOBON S.A.**, aseguró que los nutrientes del refresco de frutas "**HIT**" hacían más fuertes a quienes los consumían, así debió haberlo acreditado ante esta Superintendencia, y como no obra prueba de tal afirmación en el expediente, pues como se explicó previamente dichas bebidas contenían tan solo entre un nueve por ciento (9%) y un catorce por ciento (14%) de fruta, y se le adicionaba ingredientes artificiales, lo cierto es que quienes adquirirían el bien para su consumo no podían relacionar sus ingredientes con beneficios que les hubiera reportado los nutrientes necesarios para gozar de buena salud.

Por otra parte, respecto del contenido lingüístico y el texto, este Despacho se permite indicar que la información que contienen los soportes publicitarios que las acompañan, es un elemento esencial en las relaciones de consumo debido a que en la mayoría de los casos encarna un motivador para que los consumidores compren, razón por la cual, esta Superintendencia es enfática al exigir que

<sup>165</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Ref. No. 28925.

<sup>166</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Sentencia de junio 30 de 2011. Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836) Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

la información suministrada a los consumidores sea clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los bienes que se ofrezcan en el mercado.

Para esta Instancia, las condiciones objetivas de la publicidad deben entenderse como todas aquellas afirmaciones que se refieren a características, cualidades o atributos del bien y que cumplen una función informativa tendiente a proporcionar al consumidor argumentos que lo guíen en su decisión de compra.

Ahora bien, si de hacer una análisis en conjunto se trata y considerando que las afirmaciones objetivas fueron ciertas, lo que era necesario verificar bajo los parámetros legales es que la información fuera veraz, clara, precisa y suficiente, y que el mensaje que se transmitió a través de las piezas de comunicación tuviera o no la capacidad de inducir a error, engaño o confusión al consumidor.

En este sentido, se advierte que el deber de informar impone a quien tiene la calidad de productor, expendedor o proveedor, comercializador o importador<sup>167</sup> que indique a las personas con las que se relaciona o puede llegar a relacionarse los *“aspectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro si dichos datos no se suministran. Desde el punto de vista normativo es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generar en la otra parte si éstos no son suministrados”*<sup>168</sup>. (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio, algunas de las normas infringidas, son el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1 y el literal a) del numeral 2.1.1.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, según los cuales:

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

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

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

#### *2.1 Información al consumidor y propaganda comercial<sup>169</sup>*

*De conformidad con lo señalado en el decreto 3466 de 1982, las marcas, leyendas, propagandas comerciales y, en general, toda la publicidad e información que se suministre al consumidor sobre los componentes, propiedades, naturaleza, origen, modo de fabricación, usos, volumen, peso o medida, precios, forma de empleo, características, calidad, idoneidad y cantidad de los productos o servicios promovidos y de los incentivos ofrecidos, debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir o poder inducir a error al consumidor sobre la actividad, productos y servicios y establecimientos.*

*Por lo tanto se deben tener en cuenta entre otros los siguientes criterios: (...)*

<sup>167</sup> Cfr. Respecto de los importadores, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 10 de marzo de 2005, proferida dentro del expediente No. 689-01 de 2005, C. P. María Claudia Rojas Lasso.

<sup>168</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. 2009. Página 205

<sup>169</sup> Circular Externa N° 011 del 9 de mayo de 2002. Publicada en el Diario Oficial N° 44.802 de Mayo 16 de 2002.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

#### 2.1.1.1. Elementos

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

a) Las indicaciones sobre las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, naturaleza, ejecución, composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado o idóneo, utilidades, cantidad, especificaciones, origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización o los resultados y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios."

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Instancia también puede concluir que la proclama *"me hace más fuerte"* **carece de claridad, veracidad, verificabilidad, precisión e idoneidad** y, por lo tanto, **no correspondía a la realidad**, con lo que potencialmente **podía inducir a error** a los consumidores **por haber creado la expectativa de que tal bebida podía aportar los mismos beneficios de la fruta**.

Justamente, el calificativo de **"veraz"** de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa *"que dice, usa o profesa siempre la verdad"*; a su vez, el término **"verdad"** significa *"conformidad de las cosas con el concepto que de ellas se forma en la mente, juicio o proposición que no se puede negar racionalmente"*. Al igual, que el significado que trae el Diccionario de la Lengua Española en cuanto a la palabra **"Clara"** denota *"Inteligible, fácil de comprender"* o *"Evidente, cierto, manifiesto"*.

En tal caso, se puede concluir que la exigencia de veracidad que se hace en las normas imputadas hace alusión a los elementos o aspectos objetivos de aquello que se informa y será, por ende, respecto de estos que se realice la comparación para establecer si el juicio o la representación mental que de ellos se hace se encuentra conforme con la cosa o con la realidad que se ha informado.

Por otro lado, conforme con el Diccionario de la Lengua Española la palabra **"suficiente"** significa *"Bastante para lo que se necesita.-Apto o idóneo."* A su turno *"bastante"* quiere decir *"Ni mucho ni poco, ni más ni menos de lo regular, ordinario o preciso; sin sobra ni falta."*

Así mismo, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española la palabra **"verificable"** significa *"Que permite comprobar su verdad y examinar el método por el que se ha alcanzado"*, representa que es demostrable la información que se ofrece sobre el producto y es acorde con la realidad.

Del mismo modo, la palabra **"comprensible"** según el Diccionario de la Lengua Española significa *"Que se puede comprender"*. A su turno **"Comprender"** indica *"entender, alcanzar, penetrar"*. Representa que la información es clara y fácil de entender, que no necesita esfuerzos para deducir. Así como también la palabra **"idónea"** comporta que sea *"adecuada y apropiada para algo"* y la palabra **"precisa"** figura que sea *"Puntual, fijo, exacto, cierto, determinado"*.

En efecto, la afirmación *"me hace más fuerte"* no fue **clara**, porque no fue fácil comprender la razón por la cual una bebida que se equiparó con las frutas solo contenía entre un nueve por ciento (9%) y un catorce por ciento (14%) de fruta, sin que hubiera aportado los nutrientes, las vitaminas y la fibra de una fruta, ni tampoco fue evidente, ni cierto, ni manifiesto, que consumir el refresco de frutas **"HIT"** generara a quienes lo hicieran, por ese hecho, gozar de buena salud, ya que con sus ingredientes adicionales a la fruta se podrían evidenciar efectos adversos a la salud.

Dicha afirmación, también careció de **veracidad**, debido a que no era verdad que consumir la bebida **"HIT"** hiciera más fuertes a quienes lo hicieran, ya que **POSTOBON S.A.**, formó en la mente de los destinatarios de dicha proclama que al ingerir el refresco de fruta gozarían de buena salud, lo cual no era conforme con la realidad, puesto que al incluir ingredientes artificiales y azúcares



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

añadidas, podrían causar obesidad y enfermedades cardiovasculares<sup>170</sup>, alteraciones psicológicas<sup>171</sup>, enfermedades de la vesícula biliar<sup>172</sup>, entre otros.

La proclama "me hace más fuerte" no fue **verificable**, ya que **POSTOBON S.A.**, no logró comprobar su veracidad, ni examinó algún método que la hubiera demostrado, sin que tampoco fuera acorde con la realidad.

Tampoco fue **precisa**, ya que el adjetivo "fuerte" asignado a quienes consumían las bebidas "HIT" no fue exacto, cierto ni determinado, bajo el entendido que el hecho de consumir el refresco de fruta no hacía a los consumidores gozar de buena salud.

En complemento de lo anterior, la afirmación en cuestión careció de **idoneidad**, ya que no fue adecuada ni apropiada para explicar los efectos que se producirían en la salud de quienes ingirieran la bebida "HIT", debido a sus ingredientes artificiales, niveles de azúcar, contenido real de fruta, kilocalorías aportadas, entre otros.

Finalmente, la proclama "me hace más fuerte" **no correspondía a la realidad**, pues de su consumo no se generaba para quienes lo adquirirían gozar de buena salud, con lo que potencialmente **podía inducir a error** a los consumidores **por haber creado la expectativa de que tal bebida podía aportar los mismos beneficios de la fruta**, tal y como lo explicó la Dirección en el acto administrativo sancionatorio.

Así las cosas, para este Despacho, tal como lo concluyó el *a quo*, **POSTOBON S.A.**, transgredió el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1 y el literal a) del numeral 2.1.1.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, ya que la información suministrada a los consumidores a través de las piezas de comunicación analizadas, no fue clara, veraz, suficiencia, verificable, precisa ni idónea, como consecuencia de haber informado características atribuidas a la bebida "HIT" que resultaron cuestionables y discutibles al no haber probado la veracidad de la afirmación "me hace más fuerte".

En complemento de lo anterior, este Despacho también verificó que **POSTOBON S.A.**, infringió el numeral 1.3 del artículo 3° de la Ley 1480 de 2011<sup>173</sup>, ya que la información mínima suministrada con falencias a los consumidores correspondía a la composición de la bebida, su idoneidad y beneficios. Dicha disposición normativa establece:

*"Artículo 3°. Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:*

*1. Derechos:*

*(...)*

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

De conformidad con la norma trascrita, al haber empleado la afirmación "me hace más fuerte", la sancionada vulneró el derecho de los consumidores a recibir información **clara, veraz, verificable, precisa e idónea**, en relación con el bien "Refresco de fruta HIT" que ofreció y puso en circulación.

<sup>170</sup> Barry, B. G. (2013). *Calorie-sweetened beverages and fructose: what have we learned 10 years later*. Pediatric Obesity, 242-248. Tomado del Ministerio de Salud y Protección Social. *Módulo Azúcares Capacitación equipos básicos de salud -APS*. Noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/modulo-azucare.pdf> Fecha de consulta: 16 de marzo de 2021.

<sup>171</sup> Cabezas, C., Hernández, B., & Vargas, M. (2015). *Azúcares adicionados a los alimentos: efectos en la salud y regulación mundial*. Revisión de la literatura. Revista de la Facultad de medicina. Tomado del Ministerio de Salud y Protección Social. *Módulo Azúcares Capacitación equipos básicos de salud -APS*. Noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/modulo-azucare.pdf> Fecha de consulta: 16 de marzo de 2021.

<sup>172</sup> Ibidem.

<sup>173</sup> Vulnerando así el derecho de los consumidores a "obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización. (. .)"

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Por otra parte, al analizar las piezas de comunicación "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA" desde el criterio de la comprobación de la oferta con la adquisición del bien, al hacer la confrontación de la bebida con los atributos anunciados en la publicidad, la Dirección centró su estudio en la categoría<sup>174</sup> de la "sobrevaloración"<sup>175</sup>.

En lo que corresponde a la "sobrevaloración", el *a quo* se refirió al escenario en el cual los niños manifestaban "me hace más fuerte", haciendo referencia al motivo por el cual en su lonchera siempre había "HIT", resaltando una **cualidad o promesa de beneficio de la bebida que superaba la realidad**, al haberle otorgado un valor que **elevaba las expectativas de los consumidores, pero que no se encontraba debidamente probado**.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la bebida "HIT" únicamente contenía entre un nueve por ciento (9%) y un catorce por ciento (14%) de fruta, adicionada con ingredientes artificiales, lo que le restó veracidad a las afirmaciones de POSTOBON S.A., al no poderse probar que en realidad el consumo del refresco los hacía más fuertes.

La Dirección agregó, que se configuró una falta de conformidad entre las "bondades exaltadas" por la sancionada en la información suministrada en la publicidad, y aquellas que en efecto tenía el "Refresco de fruta HIT". Fue enfática, en señalar que la sociedad en cuestión, no probó que aquel los "hace más fuerte", quedando demostrado por el contrario, que el mismo no cumplió con la cantidad de fruta requerida.

Con lo anterior, la Dirección consideró que el actuar de la sancionada sesgó la decisión de consumo razonable, por no haber ofrecido elementos de juicio suficientes que les permitiera a los destinatarios de las piezas de comunicación elegir entre la variedad de refrescos existentes en el mercado.

En este orden de ideas, el hecho de conocer con certeza que el consumo del refresco de fruta "HIT" haría a las personas que lo ingirieran "más fuerte" desde el momento del ofrecimiento, y sobre todo si el elemento característico de las piezas de comunicación hacía referencia a la fruta y para el efecto se utilizaron expresiones como "**Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit**", "**Mi mamá sabe que me encanta la fruta**, por eso en mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, **me hace más fuerte**", "elige Hit, la fruta de verdad.", y situando a niños de nueve (9) años aproximadamente en un salón de clases con una niña de dicha edad como protagonista, quien sentándose en una mesa con otros niños pone una lonchera en la mesa, la abre y aparece una porción de alimentos, incluyendo una fruta y la bebida "HIT", resulta relevante al momento de adoptar la decisión de compra, así las imágenes y el uso de las palabras predispuestas en una publicidad permiten crear en los consumidores una representación mental más clara del bien que desean obtener y dependiendo del impacto que genere, los motivará o no a decidir sobre su adquisición.

Así, las imágenes y las palabras contenidas en la publicidad de un bien revisten mayor importancia al momento de tomar una decisión de consumo, en la medida en que las propiedades de la bebida "**me hace más fuerte**" del anuncio pueden generar un gran impacto en las impresiones de los consumidores. Por ello, el análisis de un anuncio en el cual se usen imágenes, frases y figuras debe efectuarse en forma integral.

Cuando una publicidad está compuesta por un texto e imagen y las características anunciadas en ellas coinciden, el consumidor estará predispuesto a creer que el bien posee todas ellas. En contraste, si el texto no es claro el consumidor concluirá las características de un bien con base en el contenido y lo descrito en la imagen, toda vez que queda libre a cualquier interpretación que pueda hacer de los elementos que la misma contiene.

<sup>174</sup> Los criterios son: "sobrevaloración", "aval de artista o figura pública", "instrucciones de uso", "premios", estudios y mediciones", "falacia y/o distracción", "promesa o beneficio adicional intangible", "excedente", "reclamación" y "oferta fachada".

<sup>175</sup> Según el estudio sobre la publicidad en Colombia realizado para la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco COMPAL – UNCTAD, la Sobrevaloración está definida como "la utilidad provechosa que se implica con la adquisición de un producto".

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Entonces, resulta necesario que el texto incluido y las imágenes del bien cuya comercialización se promueve, correspondan a la realidad en cuanto a sus cualidades objetivas con el fin que los consumidores adopten una adecuada decisión de consumo.

Ahora bien, conforme con lo anterior y del análisis de las piezas publicitarias objeto de estudio se tiene que en el caso que nos ocupa se configuró una publicidad engañosa, por cuanto, la sancionada suministró un mensaje que no correspondía con la realidad y que era relevante para que los consumidores pudieran tomar una decisión de consumo bien informada. En efecto, la información relacionada con los ingredientes y características del refresco de frutas "HIT" debió haber coincidido con los beneficios que en realidad se habrían obtenido de su consumo (hacer más fuertes a quienes lo consumían por permitirles gozar de buena salud), con el fin de que el consumidor hubiera contado con los elementos de juicio suficientes para elegir.

Así, partiendo del hecho de que en las piezas publicitarias se envió el mensaje de que la bebida "HIT" hacía más fuertes a los consumidores al haber evocado las frutas como su ingrediente y en realidad la bebida también contenía azúcar y otros ingredientes artificiales, no cabe duda que esta es susceptible de inducir a error a quienes se dirigió la campaña publicitaria. Es necesario recordar el numeral 13 del artículo 5 de la mencionada ley, el cual define la publicidad engañosa como **"Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión"**.

Para este Despacho, el mensaje transmitido por **POSTOBON S.A.**, respecto de su línea de bebidas "HIT" fue engañoso puesto que no correspondió con la realidad ya que al haber indicado que dicho refresco hacía "más fuerte" a los consumidores y en realidad no tenía únicamente fruta que aportaba nutrientes, fibra y vitaminas que sí ayudan a las personas a gozar de buena salud, sino que su aporte en realidad era mínimo y por el contrario sus otros ingredientes eventualmente pueden producir efectos adversos en la salud, podía inducir a error, engaño y confusión a sus destinatarios.

Ahora bien, si el mensaje transmitido en la publicidad no correspondía con la realidad implica que las condiciones objetivas allí expresadas, que obligan al anunciante, pudieron eventualmente no ser cumplidas al consumidor, por cuanto existe un vacío frente a ellas, que bien podría ser alegado por el productor y/o proveedor a su favor, haciendo que la asimetría en la relación de consumo se acreciente en contra del consumidor.

Adicionalmente, es fácil concluir que el mensaje que otorgó **POSTOBON S.A.**, a los consumidores en el anuncio publicitario no correspondía con la realidad, toda vez que a ellos se les indicó que la bebida "HIT" hacía más fuertes a los niños que los consumían por el hecho de que los padres lo incluyeran en su lonchera escolar diaria, dándoles a entender que por tener fruta se reportaba un beneficio para la salud, cuando en realidad también se utilizaban otros ingredientes que podrían resultar perjudiciales.

Sumado a lo ya expresado, se debe reiterar que la información, al ser el primer elemento del bien que pretenden adquirir con el cual tienen contacto los consumidores y que es incluido en la publicidad por medio de su mensaje, debe ser suficiente o corresponder a la realidad de tal manera que no sea susceptible de inducir en engaño al consumidor, pues lo que se pretende es la primacía de la transparencia en el mercado.

En el mismo sentido, los consumidores confiaron en que el mensaje utilizado por **POSTOBON S.A.**, para promocionar su línea de bebidas "HIT" contaban con respaldo, empero resultó engañoso, por cuanto, pese a ser cierto, es decir contenía fruta, transmitió un mensaje engañoso que no correspondía con la realidad ya que además de dicho ingrediente tenía azúcar y otros ingredientes artificiales.

Pudo verificar esta Instancia que el análisis hecho por la Dirección de las piezas de comunicación fue en conjunto y de ninguna manera la afirmación "me hace más fuerte" se estudió fuera de contexto, sino en el marco integral de la campaña publicitaria por medio de la cual se anunció el mentado bien.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Así las cosas, para este Despacho el *a quo* tuvo razón cuando consideró en el acto sancionatorio que la afirmación "*me hace más fuerte*" hace parte del contenido objetivo del mensaje publicitario, y que resultó no corresponder con la realidad, en tanto a que el refresco de frutas "*HIT*" no solo contenía fruta sino otros ingredientes que podrían no resultar beneficiosos para gozar de buena salud.

Igualmente, encuentra esta Instancia que la sancionada transgredió el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011, según el cual:

*Artículo 29. Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad.*

Conforme lo anterior, este Despacho coincide con el fallador de instancia, en cuanto a que **POSTOBON S.A.**, incumplió el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011, pues la fuerza vinculante de la publicidad estaba relacionada directamente con el cumplimiento de las condiciones objetivas anunciadas en la misa. Así, como las mismas se referían a las características propias o atribuidas a las bebidas, entre otras, con la proclama "*me hace más fuerte*", la mencionada sociedad, en su calidad de anunciante, estaba en la obligación de dar estricto cumplimiento a tales características específicas de la bebida, lo que no ocurrió al no haberse encontrado probado que el "*refresco de fruta HIT*" cumpliera con las cualidades atribuidas.

Asimismo, para esta Instancia **POSTOBON S.A.**, infringió el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, los que disponen:

*"Artículo 30. Prohibiciones y responsabilidad. Está prohibida la publicidad engañosa.*

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

*"2.1.1. Información engañosa*

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

Esta Instancia concuerda con el *a quo* en cuanto a que el engaño se derivó de haber utilizado una escenografía con lugares que evocaban bienestar y sana alimentación, como por ejemplo el colegio, ambientando el comercial con frutas y la lonchera, y que los protagonistas eran niños, incrementando la percepción de que la bebida era comparable con las frutas, lo que generaba efectos positivos en la salud al haber empleado la afirmación "*me hace más fuerte*", sin que obrara ninguna prueba en el expediente que la respaldara, distorsionando así la percepción sobre lo que en realidad eran los beneficios del bien.

Consecuentemente, según lo analizado también por la Dirección, esta Instancia encuentra configurada la infracción del artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, ya que los mensajes transmitidos en las piezas de comunicación analizadas, al haber empleado la expresión "*me hace más fuerte*", no correspondía a la realidad. Esto, debido a que se encontró suficientemente probado que la bebida "*HIT*" no contenía la cantidad de fruta necesaria para ser considerada como un refresco que hiciera más fuertes a los niños que lo consumieran por incluirlo en su lonchera diaria escolar, y así sus características no se enmarcaron a las de una fruta. Con ello, se indujo a error y confusión a los consumidores, pues estos confiaron en la falsa percepción de que la bebida contenía una gran cantidad de fruta con lo cual se reportaban beneficios para los niños, niñas y adolescentes, lo que no correspondía con la realidad.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

En los términos descritos, también es evidente que, tal como lo consideró el *a quo*, **POSTOBON S.A.**, vulneró el artículo 6 de la Ley 1480 de 2011 al haber incumplido la calidad informada y ofrecida a los consumidores mediante las piezas de comunicación analizadas de las bebidas "HIT", y vulneró el derecho de los consumidores a recibir productos de calidad de conformidad con las condiciones ofrecidas según el numeral 1.1 del artículo 3º de la misma Ley.

Este Despacho considera oportuno recordar el concepto de calidad definido por la ley como la: "**Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él**"<sup>176</sup> y conforme con lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor, existe la obligación a cargo de los productores de asegurar la calidad de los bienes y servicios que ofrecen o ponen en el mercado.

Así ha dicho la Corte Constitucional que "*las condiciones de calidad e idoneidad son las que establece el propio productor o son las que obligatoriamente se imponen a éste. El control del proceso de producción y el diseño del bien o del servicio, incumben de manera directa al productor profesional. El productor obtiene su ganancia por su papel en el proceso de producción y, como contrapartida, asume los riesgos derivados de la misma (...)*"<sup>177</sup>.

Se concluye de esta forma que dos componentes integran la calidad de un producto, de un lado el cumplimiento de las características que le son inherentes y de otro lado, la información que se suministre sobre el mismo. Conforme al concepto de calidad son estos elementos los que permiten juzgar el valor o costo de un bien.

Se insiste que la calidad e idoneidad del bien no solamente incluye las características propias del producto sino también aquellas que adicionalmente informa el oferente del producto:

*"La calidad es la condición en que un producto cumple con las características inherentes y **las atribuidas por la información que se suministre sobre él**. Es así, que la calidad estará determinada por la conformidad de un bien o servicio, con sus propiedades y atributos propios y por **todo aquello que haya sido informado por el productor o proveedor** respecto de sus condiciones o características, aún en el evento en que no consten en la convención"*<sup>178</sup>.

De esta manera se infiere que la calidad un producto se garantiza cuando cumple con las características que se informan sobre el mismo de tal manera que es necesario contrastar la mencionada información con lo que realmente ofrece el producto. Así las cosas, se configura la infracción por cuanto no es claro si el producto sea realmente sin olor o no, tampoco es veraz ya que en algunas publicidades dice ser carente de olor mientras que en otras manifiesta ser de olor discreto, se insiste en que "*la información que debe recibir el receptor no debe ser objeto de interpretaciones contradictorias. Con esto se pretende eludir la vaguedad o ambigüedad en el mensaje*"<sup>179</sup>.

Así, a partir de los elementos probatorio obrantes en el expediente, este Despacho encontró que la bebida "HIT" únicamente contenía entre un nueve por ciento (9%) y un catorce por ciento (14%) de fruta adicionada con ingredientes artificiales, restándole veracidad a su afirmación, al no poderse catalogar como aquello que hiciera más fuertes a los niños, u otros consumidores, que incluyeran dicho refresco en su lonchera diaria escolar. Con ello, se configuró una falta de conformidad entre las características atribuidas por **POSTOBON S.A.**, en la información suministrada en la publicidad, y aquellas que en efecto tenía el "Refresco de fruta HIT".

En conclusión, este Despacho desestima todos los argumentos presentados por el impugnante en relación con la venta del bien "HIT" mediante el comercial "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s/1789155-HIT LONCHERA", en el cual afirmó que dicha bebida hacía más fuertes a los niños y

<sup>176</sup> Ley 1480 de 2011. Artículo 5. Numeral 1.

<sup>177</sup> Corte Constitucional, C-1141 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes.

<sup>178</sup> Revista Consumo Inteligente, Edición 1- agosto de 2014, Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>179</sup> GRANADOS ARISTIZÁBAL Juan Ignacio, *Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor*, Revista de la Universidad Externado de Colombia, año 2013.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

niñas que incluían en su lonchera diaria escolar el refresco en cuestión, y encuentra demostrado el incumplimiento de los numerales 1.1 y 1.3 del artículo 3º de la Ley 1480 de 2011, junto con los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la misma Ley, en concordancia con los numerales 2.1.1, 2.1.1.1 (literal a) y el literal a) del numeral 2.1.1.2 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, por parte de **POSTOBON S.A.**, en el entendido de que dicha sociedad: no entregó a los consumidores información clara, veraz, verificable, precisa e idónea; así como que el mensaje anunciado en las piezas publicitarias no correspondió con la realidad y por lo tanto tenía la potencialidad de inducir a error, engaño o confusión a los consumidores; el bien "*Refresco de frutas HIT*" no correspondía con las condiciones objetivas y específicas suministradas por la mencionada compañía en la publicidad; y se incumplieron las características atribuidas por la información que se suministró sobre él.

### 1.3 Estudio de la pieza de comunicación "*1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT*".

El impugnante manifestó que las consideraciones de la Dirección respecto de las proclamas "*Elige Hit, la fruta de verdad*" y "*HIT es fruta de verdad*", según las cuales el mensaje transmitido resultó engañoso porque el "*refresco frutas hit*" no era "*fruta de verdad*" ni contenía una proporción elevada de fruta que fuera suficiente para ser considerado como "*jugó*", no se fundamentaron en las pruebas necesarias para establecer la verdad.

Encuentra este Despacho, que respecto de la denominación "*Jugos Hit*", el *a quo* señaló<sup>180</sup> en el acto sancionatorio que aun cuando era cierto que el consumidor percibía que un "*jugó*" era cualquier bebida que tuviera agua, fruta y azúcar, sin importar la cantidad de cada uno de ellos, también era verdad que tal percepción no incluía el hecho de que la bebida tuviera **otros ingredientes artificiales y/o químicos (aditivos)**, con lo que **la bebida "HIT" era un refresco de fruta y no un jugó** bajo los términos del artículo 3 de la Resolución No. 3929 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social. Lo anterior, a propósito del argumento de la defensa de la sancionada, según el cual dicha proclama se derivaba de la percepción del público consumidor en general de lo que era un "*jugó*".

En relación con lo anterior, esta Instancia encuentra que el artículo 3 de la Resolución No. 3929 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social<sup>181</sup>, definió el "*jugó o zumo de fruta*" como:

***"Jugó 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 (jugó), 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".*

Por su parte, la misma Resolución definió el refresco de fruta como:

***"REFRESCO DE FRUTA: Es el producto elaborado a partir de jugó o pulpa de frutas concentrados o no, clarificado o no o la mezcla de estos, con un contenido mínimo de fruta***

<sup>180</sup> Considerando 31.3.1.2. de la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020

<sup>181</sup> Por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que deben cumplir las frutas y las bebidas con adición de jugó (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".

*"Jugó 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 (jugó), 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".*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

del 8%, adicionado con agua y aditivos permitidos, sometidos a un tratamiento de conservación."

Así las cosas, de la tabla nutricional, los certificados aportados por la sancionada, la ficha técnica y las etiquetas del mencionada bien, anteriormente transcritos, es posible concluir que la bebida "HIT" no era jugo sino refresco de fruta. En el mismo sentido, **POSTOBON S.A.**, lo expresó en el documento "Certificación Uso de frutas en refrescos Hit" aportado con el escrito de descargos identificado con el radicado número 17-424418-50, en donde señaló:

[REDACTED]

De conformidad con lo anterior, para este Despacho quedó suficientemente demostrado que la bebida "HIT" no era "jugo" sino "refresco de fruta", teniendo en cuenta las disposiciones de la Resolución No. 3929 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social y según la ficha técnica y las etiquetas de dichas bebidas, y por lo tanto, las consideraciones de la Dirección en dicho sentido, se fundamentaron en las pruebas necesarias para establecer la veracidad de las proclamas "Elige Hit, la fruta de verdad" y "HIT es fruta de verdad".

En relación con el mismo asunto, el fallador de instancia hizo referencia a los soportes documentales aportados por la defensa de la sancionada que pretendían dar cuenta de la forma como el consumidor promedio colombiano percibía culturalmente la palabra "jugo". Para ello, la Dirección revisó el dispositivo USB obrante a folio 362 del expediente, encontrando una carpeta llamada "v. - aa. CERTIFICADOS ESTUDIOS", en donde halló dos carpetas una "CERTIFICACIÓN BEBIDAS SALUDABLES SEGÚN EL CONSUMIDOR" y otra "CERTIFICACIÓN ENTENDIMIENTO DE LA CATEGORÍA Y DE HIT EN EL 2015", localizando los documentos "KANTAR - Certificado Jugos 2", "Certificado Hit - Estudio exploratorio 2015 - Conclusiones" y "Certificado Kantar - exploratorio de categoría".

De dichos documentos, el *a quo* concluyó que desde el año 2016 se realizaban estudios en la categoría de "jugos" para indagar sobre sus atributos<sup>182</sup> respecto de las marcas comercializadas en el mercado colombiano, sin embargo no evidenció con exactitud las preguntas practicadas en las encuestas ni la forma en que fueron planteadas, para establecer si en efecto se averiguó la

<sup>182</sup> Dichos atributos correspondían a: "son bebidas saludables", "son bebidas naturales", "Son muy naturales" y "Son nutritivos y saludables".



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

percepción de los consumidores del significado de "jugo" desde el punto de vista cultural. El fallador de instancia también encontró, que en las encuestas realizadas no se indagó la manera cultural como los consumidores percibían la expresión "jugo".

Con ello, para este Despacho, y en concordancia con lo decidido por la Dirección, independientemente de la percepción que tuvieran los consumidores de la bebida "jugo", lo cierto era que **POSTOBON S.A.** no podía excusarse en la misma para haberlos inducido a error generándoles una expectativa de que las bebidas "HIT" eran un "jugo" cuando en realidad **eran procesadas y tenían ingredientes químicos y/o artificiales**, que impedían que los mismos cumplieran con las condiciones descritas en el artículo 3 de la Resolución No. 3929 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social para ser considerados como "jugo".

Contrario a lo argumentado por el recurrente, este Despacho verificó el acto administrativo impugnado y encontró que el *a quo* fundamentó sus decisiones de una manera suficiente y de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente. Para analizar la categoría de la bebida, en particular el fallador de instancia analizó cada pieza de comunicación para determinar si las proclamas "jugo Hit", "Elige Hit, la fruta de verdad" y "HIT es fruta de verdad", anunciadas en el comercial "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT" vulneraron las normas imputadas, junto con los documentos "KANTAR - Certificado Jugos 2", "Certificado Hit - Estudio exploratorio 2015 - Conclusiones" y "Certificado Kantar - exploratorio de categoría", la ficha técnica y las etiquetas del mencionada bien.

Con base en lo anterior, este Despacho también encuentra que la sancionada se equivocó al haber utilizado un término no veraz para definir la bebida que ofreció por haber nombrado "jugo" a lo que en realidad era un "refresco de frutas", incurriendo en una afirmación engañosa, que tenía la potencialidad de inducir en error a los consumidores, quienes al haberse enfrentado a la afirmación "jugo Hit" creyeron estar en presencia de una bebida obtenida de procedimientos de extracción mecánica a partir de frutas frescas, sanas y limpias, cuando en realidad los refrescos "HIT" solo tenían entre un nueve por ciento (9%) y un catorce por ciento (14%) de fruta, adicionada con ingredientes artificiales (bien elaborado a partir de pulpa de frutas con un contenido mínimo de fruta del ocho por ciento (8%), adicionado con agua y aditivos permitidos, sometidos a un tratamiento de conservación).

Ahora bien, en lo que corresponde a las afirmaciones "Elige Hit, la fruta de verdad" y "HIT es fruta de verdad" la Dirección se refirió a las piezas publicitarias, asegurando que hizo un estudio integral y concienzudo de todo el material probatorio recaudado durante la etapa de averiguación preliminar<sup>183</sup>.

De las pruebas obrantes en el expediente, este Despacho encontró que:

Pieza publicitaria "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT" (carpeta "Comerciales y Cuñas" USB folio 362, imágenes 6, 7, 8, 9, 10, 11, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67 y 68 de la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020.	Descripción de las imágenes
Imagen 6 – Igual que la Imagen 57	<p><u>Diálogo</u><sup>184</sup>:</p> <p>- Niño 1: Haber mamá déjame explicarte ...            -Niña 1: si hay un <u>experto en frutas</u>, esa soy yo mami            -2 niños más: yo, y yo mamá.            - Niña 2: <u>lo primero que probé en mi vida fue una fruta.</u>            -2 niñas: <u>es que me encanta</u>, me encanta            -Niño 2: <u>yo hago lo que sea por la fruta</u></p>

<sup>183</sup> Considerando 31.3.1.1 de la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020.

<sup>184</sup> Aun cuando esta Instancia evidenció que el texto del diálogo del comercial fue modificado, este Despacho tomará el texto original que fue tenido en cuenta para la formulación de cargos en la Resolución No. Resolución No. 19022 de 31 de mayo de 2019.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.



Imagen 10 – Igual que la Imagen 67



Imagen 11



Imagen 68



- **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 dejes 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*** (Destacado fuera del texto original y que corresponde a las proclamas estudiadas por la Dirección).

Texto:

**"Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida"**  
**"Sabemos de fruta, sabemos a Hit."**

Ambientación:

En la pieza de comunicación, se evidencia que los niños y niñas entre los cinco (5) y los once (11) años, aproximadamente, son los protagonistas, ubicándose en el paradero del bus, un comedor escolar, al aire libre, una cancha deportiva, en la cocina con frutas naturales, en una plaza de mercado con frutas naturales, en el campo, un supermercado con refrigeradores de bebidas "HIT", haciendo evocación a las frutas en los diálogos y en la escenografía.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

De las imágenes anteriores y su descripción, este Despacho puede concluir que la pieza publicitaria "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT", fue **protagonizada por niños y niñas** entre los **cinco (5) y los once (11) años**, aproximadamente, quienes **evocan las frutas** al utilizar expresiones tales como "*si hay un **experto en frutas***", "***lo primero que probé en mi vida fue una fruta***", "*es que **me encanta***", "*yo **hago lo que sea por la fruta***", "*Entonces mamá, **si me vas a dar algo de tomar***", "***que sea Hit***", "*porque **Hit sabe a fruta de verdad***", "*Hit **es fruta de verdad**, ¿entiendes?*", "*elige Hit, **la fruta de verdad***" y "***Sabemos de fruta***", junto con los escenarios y la escenografía dispuesta para el mismo, un comedor escolar, en la cocina con frutas naturales y en la plaza de mercado con frutas naturales, en el campo, entre otros.

Por una parte, el impugnante manifestó que el mensaje publicitario realmente transmitido era "*El producto contiene fruta de verdad*", y que el problema a resolver se refería a cuál era aquel realmente transmitido. De lo destacado, el recurrente argumentó que el análisis debió haberse hecho como un todo, estudiando la integridad de los elementos que componían la publicidad y el contexto en el que habían sido expresados, sin que se refiriera a afirmaciones sueltas y descontextualizadas, pues el propio consumidor no decodificó el mensaje en varias imágenes o afirmaciones.

En complemento de lo anterior, el contradictor aclaró que de ninguna manera la pieza publicitaria "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT", transmitió el mensaje de que la bebida era "*un jugo a base ciento por ciento de fruta natural*", con lo que no podía hacerse responsable a **POSTOBON S.A.**

Al respecto, el fallador de instancia señaló que la sancionada intentó comparar y/o asemejar su bebida "HIT" a las frutas, sin que fueran extremos comparables. Agregó, que al hacer el estudio del contenido lingüístico y texto<sup>185</sup>, y en lo que corresponde a la "*lecturabilidad y legibilidad*" del comercial "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT", en la escena en el comedor en donde una niña le ofrecía fruta a un bebé "*lo primero que probé en mi vida fue una fruta*", y en la pantalla aparecía el enunciado "*De acuerdo con la OMS, después de la leche materna, el primer alimento en la alimentación complementaria son las frutas*", su propósito era resaltar la afirmación "*Elige Hit, la fruta de verdad*", observando también que en la escena se ubicó una taza de frutas al lado de la bebida "HIT", con lo que quedaba demostrado que la sancionada pretendía equiparar la misma con las frutas, arraigando en los consumidores dicha equivalencia, lo cual resultó engañoso debido a que los mismo no eran comparables.

El *a quo* consideró que el mensaje transmitido era que la bebida "HIT" comprendía una promesa de beneficio intangible adicional al declarar que la misma era fruta real, equiparándola a la fruta. Así, para el fallador de instancia, al haber incluido las afirmaciones "*Hit **es fruta de verdad***" y "*elige Hit, **la fruta de verdad***", se pretendía influir en la decisión de compra de los consumidores creando una expectativa en su mente de que la bebida "HIT" era una bebida procesada que era la más cercana a una bebida natural a base de frutas de verdad, dando a entender que aportaba los mismos beneficios que ellas. Señaló también, que la promesa de ser "*fruta de verdad*", resultaba incumplida porque no solo no era "*fruta de verdad*", sino que además no contenía una proporción elevada de fruta<sup>186</sup>, lo que llevó a la Dirección a concluir que el mensaje transmitido resultó engañoso.

Respecto de lo anterior, este Despacho considera que la pieza publicitaria "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT" transmitió un mensaje engañoso al haber empleado las proclamas "*Hit **es fruta de verdad***" y "*elige Hit, **la fruta de verdad***", y contrario a lo expuesto por el recurrente, el mensaje que se divulgó no fue que "*El producto contiene fruta de verdad*".

<sup>185</sup> La información implícita y explícita del mensaje, argumentación, atributos ofertados de un producto comunicativo y la justificación de la adquisición de un bien.

<sup>186</sup> Esto, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente respecto de su tabla nutricional y ficha técnica, según los cuales de sus ingredientes únicamente, entre un ocho (8) y un catorce por ciento (14%) era pulpa de fruta.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

En efecto, le asiste razón a la defensa al señalar que uno de los objetos de la controversia era definir cuál fue el mensaje realmente transmitido, y que el análisis debía hacerse como un todo. Así procedió la Dirección al haber estudiado la integridad de los elementos que componían la publicidad (el texto, las imágenes, los diálogos, la escenografía) y el contexto en el que habían sido expresados (la protagonización del comercial por niños y niñas que evocaban permanente la fruta y su relación intrínseca con el consumo de la bebida "HIT"), sin que el *a quo* hubiera empleado afirmaciones sueltas y descontextualizadas, pues el análisis del mensaje publicitario se hizo en conjunto con sus imágenes y expresiones.

El análisis que hizo el *a quo* se refirió a las características que tenía que cumplir la información contenida en las piezas de comunicación y el mensaje que percibía el consumidor al enfrentarse a ellas. Así, aunque sea cierto que el enfoque del reproche se hizo sobre dos de las afirmaciones objetivas, "**Hit es fruta de verdad**" y "**elige Hit, la fruta de verdad**", el análisis de esta Entidad fue más allá de las simples expresiones cuestionadas refiriéndose a las demás expresiones del diálogo y las imágenes de la escenografía del comercial que hicieron alusión y comparación constante a las frutas. En otras palabras, la Dirección analizó el mensaje que recibió el consumidor cuando se enfrentó al contenido del mismo en las piezas de comunicación, con base en las afirmaciones objetivas en él incluidas.

Vale la pena aclarar que de conformidad con el numeral 12 del artículo 5 de la Ley 1480<sup>187</sup>, las piezas de comunicación "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT" hicieron parte de la estrategia comercial llevada a cabo por POSTOBON S.A., de su línea "HIT", con el fin de promocionar o difundir las bebidas identificadas con dicha marca, para influir en las decisiones de consumo de sus destinatarios.

Así las cosas, la sancionada para transmitir su mensaje debió guiarse por las normas establecidas en la Ley 1480 de 2011 y la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio correspondientes a la información y la publicidad. Esta Entidad siempre revisará la manera en que se anuncia a los consumidores aquel mensaje que se pretende transmitir, motivo por el cual, al introducir piezas publicitarias que vayan a ser de conocimiento público, éstas deberán cumplir las indicaciones legales y reglamentarias sin que le sea dable al anunciante hacer suposiciones respecto de las representaciones mentales que tenga un destinatario de los productos que se quieran hacer conocer mediante dicha publicidad antes de tener acceso a la misma.

Sobre el tema, la Dirección en la Resolución No. 21260 de 14 de junio de 2019<sup>188</sup> manifestó:

*"la publicidad es la forma de comunicación o divulgación para direccionar la atención del público (...), con el fin de incentivar a los consumidores a que adquieran los productos (...). (...) La actividad publicitaria por sí misma tiene una alta potencialidad lesiva, en la medida en que la actuación de un comerciante que resulte contraria a los usos y prácticas comerciales, puede causar un grave daño, no solo al mercado sino a los consumidores, razón por la cual, el contenido del mensaje debe ser verídico, honesto y atender a las prácticas usuales del comercio (...). Es ésta el medio por excelencia que tienen los productos y/o proveedores para ofrecer sus productos con el fin de atraer la atención de los consumidores (...)"*

Respecto del fenómeno de la publicidad engañosa, esta se entiende como "*cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario que sea entera o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor*<sup>189</sup>".

Adicionalmente, no es necesario que el error del consumidor efectivamente se materialice o que se verifique la ocurrencia de un daño cierto y palpable para que la publicidad se califique como

<sup>187</sup> Ley 1480 de 2011: "Artículo 5°. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...) 12. Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo. (...)"

<sup>188</sup> Radicado 16-17680

<sup>189</sup> RINESSI Juan Antoni, Relación de Consumo y Derechos del Consumidor, Editorial Astrea, página 205.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

engañosa. Por el contrario, basta con que se advierta en abstracto que la publicidad induce al error y/o a la posibilidad de ocasionar daño con el mismo<sup>190</sup>.

Por supuesto, en dichos casos, cuando el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas expresadas en su publicidad, además de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados; excepción hecha de los casos de responsabilidad administrativa, como la que se analiza en el caso concreto, donde esta Superintendencia ha determinado que no es necesario que el error del consumidor efectivamente se materialice o que se verifique la ocurrencia de un daño cierto y palpable para que la publicidad se califique como engañosa. Por el contrario, basta con que se advierta en abstracto que la publicidad induce al error y/o a la posibilidad de ocasionar daño con el mismo<sup>191</sup>.

En este mismo sentido lo ha concluido la doctrina:

*"(...) la responsabilidad por publicidad engañosa opera con la sola demostración de que la publicidad no corresponde a la realidad o que por ser insuficiente tiene la capacidad de inducir a error o confusión al consumidor. De igual forma, puede demostrarse que la publicidad ha sido diseñada, preparada o presentada de tal forma, o que ha omitido cierta información importante, que es capaz de producir engaño al consumidor para la adquisición de un producto en unas condiciones determinadas que no son reales. Lo anterior, aunado al hecho de que las causales de exculpación son regladas y limitadas a ciertas circunstancias, la responsabilidad derivada de la publicidad engañosa se puede considerar como una responsabilidad estricta del anunciante. (...)192".*

De lo anterior es posible argumentar que el cumplimiento de las condiciones objetivas anunciadas en su publicidad deviene obligatoria para el anunciante, so pena de configurar esta un mensaje potencialmente engañoso.

En consecuencia, es posible asegurar que **POSTOBON S.A.**, podría incurrir en publicidad engañosa porque la información incluida en las piezas de comunicación utilizadas para promocionar sus bienes ofrecidos, no correspondía a la realidad y por lo tanto tenía la capacidad de inducir a error, engaño o confusión al consumidor.

Respecto a la trasgresión del artículo 30 de la Ley 1480 de 2011<sup>193</sup>, es necesario recordar el numeral 13 del artículo 5 de la mencionada ley, el cual ya hemos expuesto, hace referencia a las **condiciones objetivas de la publicidad**, las cuales deben entenderse como todas aquellas afirmaciones que se refieren a **características, cualidades o atributos del producto y que cumplen una función informativa tendiente a proporcionar al consumidor argumentos que lo quien en su decisión de compra**. Así, **las afirmaciones objetivas capaces de inducir a engaño al consumidor están expresamente prohibidas**, bien sea porque son literalmente falsas o porque a pesar de ser verdaderas, debido a la forma como son presentadas, distorsionan la realidad del producto.

Así las cosas, si el mensaje transmitido a los consumidores no corresponde a la realidad, el mensaje puede inducir a error, engaño o confusión para los consumidores, lo que a su vez implica que el anunciante es responsable por los eventuales perjuicios que se deriven de tal publicidad engañosa.

Como se mencionó previamente, si el mensaje transmitido en la publicidad no corresponde a la realidad, las condiciones objetivas allí expresadas, que obligan al anunciante, podrían no cumplirse al consumidor, debido al vacío, que podría ser invocado por el productor y/o proveedor a su favor.

<sup>190</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 15-754 del 1 de abril de 2016 Expediente 14-65689

<sup>191</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 15-754 del 1 de abril de 2016 Expediente 14-65689

<sup>192</sup> Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñan Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, páginas 93 y 94.

<sup>193</sup> "Artículo 30. Prohibiciones y responsabilidad. Está prohibida la publicidad engañosa.

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

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

En efecto, no es necesario para que la publicidad se califique como engañosa, que el error efectivamente se produzca o que se verifique la ocurrencia de daño alguno. En contraste, basta con que se advierta que las proclamas utilizadas en la publicidad sean susceptibles de inducir a error al público al que se dirige o alcanza<sup>194</sup>. La potencialidad de la inducción a error corresponde a que las decisiones de muchos consumidores se puedan ver afectadas, sin que necesariamente se vea reflejada en la ulterior adquisición de los productos o servicios.

En relación con el contenido de la publicidad, es pertinente advertir que el anunciante que decide incluir información del bien en la pieza publicitaria, debe asegurarse que la misma se suministre oportuna, clara y suficientemente en cumplimiento de las características que ella debe tener conforme con la ley, y que el mensaje en su conjunto no induzca a error al consumidor sobre las cualidades o características que se le ofrecen de un bien, en este caso las bebidas "HIT", a la hora de ser influenciado por la publicidad.

Así, la información de las particularidades y propiedades del refresco de fruta, al ser calificado como "**Hit es fruta de verdad**" y "**elige Hit, la fruta de verdad**", en conjunto con la utilización de otras expresiones en el comercial que hacían alusión directa y una comparación con las frutas ("**si hay un experto en frutas**", "**lo primero que probé en mi vida fue una fruta**", "**es que me encanta**", "**yo hago lo que sea por la fruta**", "**Entonces mamá, si me vas a dar algo de tomar**", "**que sea Hit**", "**porque Hit sabe a fruta de verdad**", "**Hit es fruta de verdad, ¿entiendes?**", "**elige Hit, la fruta de verdad**" y "**Sabemos de fruta**"), junto con los escenarios y la escenografía dispuesta para el mismo (fue **protagonizada por niños y niñas entre los cinco (5) y los once (11) años**, aproximadamente, quienes **evocan las frutas** en un comedor escolar, en la cocina con frutas naturales y en la plaza de mercado con frutas naturales, en el campo, etc.), ciertamente podía influir al momento de tomar la decisión de consumo (que la bebida "HIT" fuera un "jugo" de fruta sin que hubiera claridad en cuanto que además fuera procesada y tuviera ingredientes químicos y/o artificiales).

En este orden de ideas, el hecho de conocer con certeza que el refresco "HIT" no era "**fruta de verdad**" pues la fruta como un ingrediente del mismo solo correspondía entre el nueve por ciento (9%) y un catorce por ciento (14%) de fruta, adicionada con ingredientes artificiales, sus características, cualidades y atributos, desde el momento del ofrecimiento, resulta relevante al momento de adoptar la decisión de compra, así las imágenes predispuestas en una publicidad permiten crear en los consumidores una representación mental más clara del bien que desean obtener y dependiendo del impacto que genere, los motivará o no a decidir sobre su adquisición.

Ahora bien, conforme con lo anterior, del análisis de las piezas publicitarias objeto de estudio se tiene que en el caso que nos ocupa sí se configuró publicidad engañosa, por cuanto la sancionada hizo afirmaciones ("**Hit es fruta de verdad**" y "**elige Hit, la fruta de verdad**") que no correspondían a la realidad (de los ingredientes de la bebida solo entre el nueve por ciento (9%) y un catorce por ciento (14%) era fruta) para que los consumidores pudieran tomar una decisión de consumo bien informada (que no era fruta de verdad aunque si tuviera un porcentaje pero también incluían ingredientes artificiales). En efecto, la información relacionada con la fruta debía ser cierta, con el fin de que el consumidor contara con los elementos de juicio suficientes para elegir si compraba la bebida "HIT", o no.

Así, partiendo de la base de que las piezas publicitarias incluyeron información asociada a la bebida, que no correspondía a la realidad (no era fruta de verdad), no cabe duda que la misma es susceptible de inducir a error a quienes se dirigió la campaña publicitaria.

En este sentido, puede concluirse que el anunciante debe ser cuidadoso con el contenido de sus anuncios y por lo tanto, debe procurar que todo su contenido sea fácilmente perceptible para el destinatario de los mismos, pues no se le puede imponer la obligación al consumidor de averiguar por su cuenta cuáles son los ingredientes y la cantidad de fruta que va a consumir, ya que es una

<sup>194</sup> Méndez, R.M. y Vilalta, A.E.: "La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otros", p.12. TATO PLAZA, A.. "Aspectos generales del régimen jurídico de las promociones publicitarias", en Revista de autocontrol de la publicidad, número 60, Madrid, 2002, p.27-34.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

carga del anunciante hacer todo lo posible para que las condiciones fundamentales de lo que se ofrece sean advertidas por los destinatarios de su anuncio.

En relación con la configuración del incumplimiento del artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, que prohíbe la publicidad engañosa, este Despacho no acepta que el mensaje publicitario hubiera sido que *"El producto contiene fruta de verdad"*, como equivocadamente lo interpretó el recurrente, pues el mensaje que realmente se anunció fue que la bebida *"HIT"* era fruta de verdad, al haber hecho el estudio de las proclamas *"Hit es fruta de verdad"* y *"elige Hit, la fruta de verdad"* junto con los demás elementos de la pieza publicitaria *"1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT"*, analizando íntegramente los elementos que la componían y el contexto en el que fueron expresadas, sin que se hubieran extraído del contexto presentado y de forma descontextualizada, pues tanto el *a quo* como esta Instancia revisaron el comercial en cuestión en su integridad, interpretando el diálogo, los textos, los personajes y su escenografía, tal y como se explicó previamente.

Respecto de la afirmación del impugnante según la cual la Dirección concluyó que la bebida *"HIT"* era *"un jugo a base ciento por ciento de fruta natural"*, no encuentra este Despacho que dicha conclusión fuera del *a quo*, y por el contrario lo que dijo el fallador de instancia es que no contenía una proporción elevada de fruta<sup>195</sup>. Así las cosas, el mensaje transmitido en la pieza publicitaria *"1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT"*, es que el refresco era fruta de verdad, lo cual no era cierto, tal y como lo concluyó acertadamente la Dirección en el acto administrativo sancionatorio, haciendo responsable a **POSTOBON S.A.**, por el incumplimiento del artículo 30 de la Ley 1480 de 2011<sup>196</sup>, en concordancia con el numeral 2.1.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia<sup>197</sup>, entre otras normas.

En este orden de ideas, el hecho de creer que la bebida *"HIT"* era *"fruta de verdad"* desde el momento del ofrecimiento y sobre todo si el elemento característico de la compra sería la fruta, resulta relevante al momento de adoptar la decisión de compra.

Reiterando lo anterior, del análisis de las piezas publicitarias objeto de estudio se tiene que en el caso que nos ocupa, se configuró publicidad engañosa, por cuanto, la sancionada suministró un mensaje que no correspondía con la realidad al haber asegurado que el refresco *"HIT"* era fruta de verdad, cuando de hecho tenía otros ingredientes artificiales y solo un porcentaje de fruta (entre el nueve y el catorce por ciento (9%-14%)), y que era relevante para que los consumidores pudieran tomar una decisión de consumo bien informada (si los destinatarios del mensaje creyeron erróneamente que la bebida era *"fruta de verdad"* según lo anunciado, pudieron haber presumido que al consumirlo iban a reportar todos los beneficios de las frutas, tales como las vitaminas, los minerales y la fibra que estas reportan, cuando en realidad el refresco también tenía ingredientes artificiales, conservantes y altos niveles de azúcar).

Así, partiendo del hecho de que en las piezas publicitarias se envió el mensaje de que *"Hit es fruta de verdad"* y *"elige Hit, la fruta de verdad"*, junto con las imágenes, personajes y escenografía dispuestos en las piezas de comunicación, no cabe duda que esta es susceptible de inducir a error a quienes se dirigió la campaña publicitaria.

Adicionalmente, coincide este Despacho con lo afirmado por la Dirección en el sentido que la sancionada infringió el numeral 2.1.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, al anunciar en su publicidad información que indujo a error a los consumidores, pues como quedó suficientemente explicado, **POSTOBON S.A.**, al utilizar

<sup>195</sup> Hoja 84 del acto administrativo sancionatorio, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente respecto de su tabla nutricional y ficha técnica, según los cuales de sus ingredientes únicamente, entre un ocho (8) y un catorce por ciento (14%) era pulpa de fruta

<sup>196</sup> El artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, dispone: *"Prohibiciones y responsabilidad. Está prohibida la publicidad engañosa.*

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

<sup>197</sup> El numeral 2.1.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio Información engañosa: *"Se considera información engañosa, la propaganda comercial, marca o leyenda que de cualquier manera, incluida su presentación, induzca a error o pueda inducir a error a los consumidores o personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico."*



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

piezas de comunicación con información que no correspondía con la realidad, incurrió en publicidad engañosa induciendo a error a los consumidores pudiendo afectar su comportamiento económico.

Finalmente, en lo que corresponde a la alegación de la defensa según la cual esta Superintendencia en el expediente número 15-271838, concluyó que la expresión "fruta de verdad" no configuraba publicidad engañosa pues la bebida contenía fruta, información que era visible en los envases y estaba soportada con la ficha técnica, este Despacho reitera lo ya explicado en el acápite iii) Cosa juzgada del presente acto administrativo, aclarando que en dicha oportunidad se centró en determinar si la bebida "HIT FRUTAS TROPICALES" sabía a "fruta de verdad" si tenían fruta, lo cual no negó la Dirección en el asunto que ahora se discute bajo el expediente número 17-424418, y que en la información dispuesta en las etiquetas de los empaques se indicó que las bebidas contenían fruta, sin que de dicha información se hubiera asegurado que los bienes fueran elaborados en su totalidad a base de fruta, hecho que tampoco fue cuestionado en la presente actuación.

En los términos anteriores, este Despacho confirmará la decisión de la Dirección en cuanto a que **POSTOBON S.A.**, incumplió, entre otras normas, el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, ya que los mensajes transmitidos en las piezas de comunicación analizadas, al haber empleado, entre otras, la expresión "fruta de verdad", no correspondía a la realidad. Esto, debido a que se encontró probado que la bebida "HIT" no contenía la cantidad de fruta necesaria para ser considerada como "jugo", y sus características no se enmarcaban a las de una fruta. Con ello, se indujo a error y confusión a los consumidores, pues estos confiaron en la falsa percepción de que la bebida contenía una gran cantidad de fruta con lo cual se reportaban beneficios para los niños, niñas y adolescentes, lo que no correspondía con la realidad.

#### c. "Cuña Radial '618208 HIT NUEVO SABOR MANDARINA'".

En relación con esta pieza de comunicación, el recurrente manifestó su inconformismo en cuanto al estudio de la afirmación "contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría", hecho por el a quo, ya que en su criterio la Dirección llegó a la conclusión de que el mensaje transmitido era que la bebida tenía el triple de fruta y no el doble sin pruebas que lo acreditaran.

Para la Dirección, al hacer la operación matemática en relación con el "refresco de fruta SOKA", este debía tener veinticuatro por ciento (24%) de fruta para que en realidad el "HIT MANDARINA" tuviera "2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría", cuando en realidad tenía veinte por ciento (20%). Con base en ello, el fallador de instancia concluyó que la declaración resultó falsa o incorrecta o imprecisa y, por lo tanto, no era verificable plenamente como lo exigía el numeral 2.1.2.6 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

Del material probatorio obrante en el expediente, en concreto de lo contenido en el escrito de descargos identificado con el radicado 17-424418-50, imágenes 19 al 22 del acto impugnado se puede establecer que la bebida SOKA MANDARINA SIN CONSERVANTES cuyo contenido neto era de quinientos mililitros (500 ml), tenía ocho por ciento (8%) de fruta.

Ahora bien, de la ficha técnica de "HIT MANDARINA", obrante en el mismo radicado y que corresponde a la imagen número 13 del acto impugnado se evidencia que tenía un veinte por ciento (20%) de fruta.

Para explicar la expresión "2 veces más", la Dirección señaló que:

*"Así las cosas, precisado los presupuestos fácticos anotados, es pertinente traer a colación el significado de la frase '**Dos veces más**', para lo cual la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor acudió a la doctrina en la que se 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***

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

**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.’<sup>198</sup>* (Destacado fuera del texto original).

Así las cosas, encuentra esta Instancia que cuando **POSTOBON S.A.**, utilizó la expresión “*contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría*” en la cuña radial “618208 HIT NUEVO SABOR MANDARINA”, lo que hizo fue invocar una operación de multiplicación por dos (“2 veces”) y una la operación matemática de suma añadiendo una unidad adicional al resultado anterior (“más”).

Consecuentemente, la Dirección obró correctamente al realizar la operación matemática de multiplicar por dos (x2) el porcentaje de fruta de la bebida “*refresco de fruta SOKA*” que tenía el ocho por ciento (8%), es decir ocho por dos (8x2), cuyo resultado era dieciséis (16), y la operación matemática de sumar una unidad adicional (ocho por ciento (8%)), cuyo resultado fue veinticuatro por ciento (24%) – dieciséis más ocho (16+8) igual a veinticuatro (24).

Ahora bien, como el contenido de fruta del “*refresco de fruta pasteurizado hit mandarina*” era del veinte por ciento (20%), la cantidad de fruta que incluía dicha bebida no era “*dos veces más*” a la contenida en la bebida identificada bajo la marca “SOKA”, por lo que en efecto la proclama “*contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría*” anunciada en la cuña radial “618208 HIT NUEVO SABOR MANDARINA”, resultó falsa o incorrecta o imprecisa y por ello, no era plenamente verificable<sup>199</sup>.

De conformidad con el análisis expuesto previamente, este Despacho desestimaré el argumento del impugnante según el cual la Dirección incumplió su obligación de expedir el acto administrativo suficientemente motivado, ya que según las etiquetas de la bebida “SOKA”, la ficha técnica del refresco “HIT MANDARINA”, la proclama “*contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría*” anunciada en la cuña radial “618208 HIT NUEVO SABOR MANDARINA”, y la explicación del significado de la expresión “*dos veces más*”, queda suficientemente claro y probado que a partir de material probatorio obrante en el expediente, el a quo fundamentó su decisión de manera suficiente y motivada.

En lo que se refiere a la utilización de doctrina extranjera para guiar el análisis de responsabilidad, esta Instancia encuentra que la Corte Constitucional explicó que la doctrina es una fuente de interpretación así:

“La **doctrina** hace referencia al **conjunto de trabajos científicos** que (...) **elaboran autores expertos**.

(...)

Al lado de estas tres fuentes del derecho –Constitución, ley y costumbre– **la Carta prevé la existencia de cuatro criterios auxiliares de la actividad judicial. La segunda frase del artículo 230 reconoce como tales a la doctrina**, a la equidad, a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho. **Tales criterios**, según lo ha entendido esta Corporación, **son recursos para la interpretación** (...). Se trata pues de **recursos**

<sup>198</sup> Sanchis i Marco, Manuel, *Falacias, dilemas y paradojas - La economía de España: 1980-2010*, 2a Edición, 2011, Valencia España, Puv Publicaciones

<sup>199</sup> Incumpliendo lo exigido en el numeral 2 1.2.6 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, que establece: “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”.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

**interpretativos que pueden contribuir a la fundamentación de las decisiones**.  
(Destacado fuera del texto original).

Conforme lo anterior, la utilización de la doctrina de Manuel Sanchis Marco en su obra "*Falacias, dilemas y paradojas*", para identificar el sentido de la expresión "2 veces más" es plenamente válido como criterio auxiliar de la actividad sancionatoria de esta Superintendencia, como un recurso para la interpretación, que era lo que en el presente caso se estaba buscando, y así, fundamentar de manera suficiente y motivada la decisión sancionatoria.

Otro de los reparos del impugnante, se refirió a que al haber utilizado doctrina extranjera para identificar el sentido de la afirmación cuestionada, se contradijo el concepto de consumidor medio adoptado por la Dirección. En cuanto a este argumento, encuentra este Despacho que el mismo es improcedente, ya que según se explicó en el presente acto administrativo, las palabras deben interpretarse en su sentido natural y desde el punto de vista de un consumidor medio o racional. Así las cosas, el hecho de que **POSTOBON S.A.**, hubiera señalado que su bebida "**HIT MANDARINA**" "contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría", debía entenderse como se explicó previamente, esto es que el porcentaje de fruta se multiplicaba por dos ("2 veces") y luego se sumaba una unidad ("más"), sin que de ninguna manera dicha conclusión fuera compleja o forzada.

Por el contrario, lo que se resultó probado, y en este punto este Despacho coincide con lo considerado por la Dirección, es que en la propaganda comercial comparativa de la sancionada, no plasmó de manera clara en el mensaje el objeto de la misma, y de la confrontación realizada de las características objetivas y comprobables del contenido de la bebida, frente al comercializado por sus competidores, en lo relativo al porcentaje de fruta, no logró su comprobación.

Asimismo, resulta pertinente advertir que el análisis realizado tenía el propósito de verificar la veracidad de la afirmación "contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría", que como no quedó comprobada, entonces al haber incluido un elemento objetivo en una pieza publicitaria que no correspondió a la realidad, entonces configuró la prohibición de incurrir en publicidad engañosa, con la potencialidad de inducir a error, engaño y confusión a quienes recibieron el mensaje publicitario pues creyeron que recibirían "2 veces más" fruta en la bebida "**HIT MANDARINA**", cuando en realidad no lo hicieron, pues comparado con la bebida "**SOKA**" aquel tenía veinte por ciento (20%) de contenido de fruta mientras que si se aplicaba la operación matemática de multiplicar por dos el contenido de fruta de "**SOKA**" que era el ocho por ciento (8%) y se le agregaba una unidad más, se tendía que éste último tendría veinticuatro por ciento (24%) de contenido de fruta, es decir que la bebida "**HIT**" no tenía "2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría".

En los términos anteriores, quedarán desestimados los reparos del impugnante según los cuales a la conclusión de la Dirección se arribó sin pruebas que acreditaran lo dicho, pues quedó probado que el *a quo* cumplió con su obligación de expedir el acto administrativo suficientemente motivado a partir de las pruebas, con base en doctrina que sirvió como un recurso de interpretación válido y respetando los postulados de consumidor medio o racional.

**d. "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 LITRÓN'".**


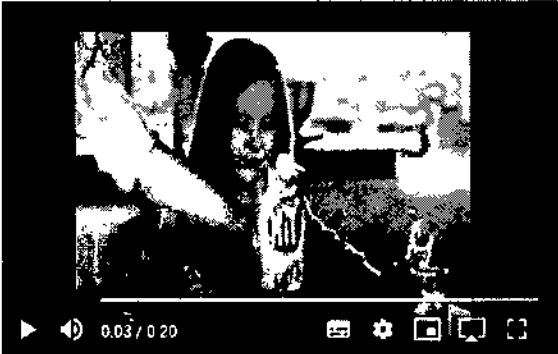

En relación con la afirmación "*el mejor precio*", incluida en las piezas de comunicación "1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017", "HIT 1 LITRO - LANZAMIENTO2017-20", "HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25", "628738 - TETRA 1 LITRÓN", el impugnante señaló que la Dirección, en el acto sancionatorio, cometió un error pues la comparación no debió hacerse respecto de las tres posibilidades analizadas, sino con base en el bien "**SOKA- BOTELLA PET 1000 FAMILIAR NO RETORNABLE**", que era un bien equivalente.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Así, su presentación era en botella de un litro retornable.

Sin embargo, de las piezas de comunicación que se tuvieron en cuenta en el procedimiento sancionatorio, encuentra esta Instancia que la proclama cuestionada hizo referencia a la presentación caja TetraPak de un litro (1lt) a dos mil quinientos pesos (\$2.500). Del material probatorio obrante en el expediente, este Despacho verificó que:

Imágenes aportadas por POSTOBON S.A., con el escrito de descargos identificado con el consecutivo número 50 del expediente número 17-424418.	Descripción de las Imágenes
<p>Imagen No. 1</p> 	<p>Audio:</p> <p><i>“Llegó <b>Hit litro</b> para acompañar el almuerzo en familia y <b>al mejor precio</b>  <b>La caja de siempre</b> ahora <b>más grande</b> 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 <b>a solo dos mil quinientos pesos</b>  Si!  <b>Hit litro por solo dos mil quinientos pesos.</b>”</i>  (Destacado fuera del texto original).</p>
<p>Imagen No. 2</p> 	<p>Descripción de la escenografía:</p> <p>Una señora, la mamá de la familia, se acerca a la mesa donde está el papá y la hija, con una caja TetraPak de un litro. Entrega la caja TetraPak de un litro a la niña, y la niña toma la caja TetraPak de un litro y la pone al lado de la caja TetraPak de doscientos mililitros (200 ml).</p>
<p>Imagen No. 3</p> 	<p>Luego, aparece una imagen con los cuatros sabores de la caja TetraPak de un litro: naranja piña, mango, mora y frutas tropicales.</p> <p>La última escena, es la caja TetraPak de un litro con los cuatros sabores naranja piña, mango, mora y frutas tropicales, y el texto “<b>NUEVO HIT UN LITRO \$2.500</b>”.</p>
<p>Imagen No. 4</p>	

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.



Imagen No. 5



De la revisión de las imágenes anteriores, esta Instancia puede concluir que la proclama "el mejor precio" incluida en las piezas publicitarias "1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017", "HIT 1 LITRO - LANZAMIENTO 2017-20", "HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25" y "628738 - TETRA 1 LITRÓN", se predicó del bien caja TetraPak de un litro con los cuatros sabores naranja piña, mango, mora y frutas tropicales, cuyo precio sería de dos mil quinientos pesos (\$2.500).

Así las cosas, de los otros dos bienes que podrían resultar comparables por el tamaño, esto es un litro (1lt) o mil centímetros cúbicos (1000 cc) eran [REDACTED]

cuyos precios para la misma época en la que se anunció la publicidad que incluyó la proclama "el mejor precio", diciembre de 2017, enero, febrero y marzo de 2018, eran [REDACTED]

Sin embargo, la certificación de las cifras promedio de precios de venta al público de los bienes en la categoría "refresco de fruta presentación familiar" de INVAMER, investigadora de mercados, no incluyó y dejó en blanco los precios del bien [REDACTED]

Así las cosas, la comparación de los precios que pretendió hacer valer la defensa, no resultó válida, pues los bienes debían ser coincidentes en el tipo de envase, [REDACTED]

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el costo del envase incide directamente en el precio de venta al público de determinado bien<sup>200</sup>. Así las cosas, este Despacho desestimará el argumento del contradictor según el cual si se hubiera comparado la bebida "HIT" con la bebida "SOKA", desde el día 11 de diciembre de 2017 hasta el día 28 de marzo de 2018, fechas en que estuvieron disponibles las piezas de comunicación, la bebida "HIT" era el bien del "mejor precio", pues el tipo de envase de "SOKA" con el cual pretendía hacerse la comparación, esto es envase *Pet* no era asimilable al envase TetraPak respecto del cual se proclamó que tenía "el mejor precio".

Ahora bien, de la revisión de los documentos aportados por la defensa junto con el escrito impugnatorio bajo el radicado número 17-424418-95, esto es la certificación de INVAMER según la cual el bien "SOKA BOTELLA PET 1000 FAMILIAR NO RETORNABLE", tenía un precio mayor, y la certificación de NIELSEN en donde se expresó el precio del bien objeto de la publicidad y de bienes análogos para la época en la que estuvo disponible la publicidad para su venta, este Despacho encontró que de la certificación de AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA., según la cual se compararon los precios de "REFRESCOS POSTOBÓN HIT CTE MINI CAJA ASÉPTICA 1000 CC", "REFRESCOS ALPINA S.A SOKA CTE MINI (1000-1999 CC) BOTELLA PLÁSTICA 1000 CC", "REFRESCOS COLOMBINA COSECHA PURA TODAS MINI (1000-1999 CC) CAJA ASÉPTICA 1000 CC", "REFRESCOS POSTOBÓN TUTTI FRUTTI CTE MINI CAJA ASÉPTICA 1000 CC" y "REFRESCOS ALPINA S.A SOKA BAJOS EN AZÚCAR MINI (1000-1999 CC) BOTELLA PLÁSTICA 1000 CC", los mismos no podía ser referencia para la comparación correspondiente porque el tipo de envase no era caja TetraPak de un litro.

De conformidad con lo anterior, este Despacho encuentra desvirtuada la afirmación de **POSTOBON S.A.**, según la cual de las pruebas obrantes en el expediente y aquellas aportadas con el escrito de los recursos, se demostró que el "refresco de fruta Hit" en su presentación familiar y/o litro, tenía el menor precio en el mercado, pues como se explicó, las comparaciones que pretendían hacerse valer no eran equiparables pues no se refirieron al mismo tipo de envase.

Por lo expuesto, esta Instancia confirmará lo resuelto por la Dirección respecto de que la afirmación "el mejor precio", incluida en las piezas de comunicación "1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017", "HIT 1 LITRO - LANZAMIENTO 2017-20", "HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25", "628738 - TETRA 1 LITRÓN", infringió los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3o de la Ley 1480 de 2011, los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1, 2.1.1, 2.1.1.1 literal b), 2.1.2.2 y 2.1.2.6 del Capítulo 2 del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, ya que se vulneró el derecho de los consumidores a recibir bienes de conformidad con las condiciones ofrecidas y obtener información veraz, verificable, precisa e idónea sobre el precio del bien ofrecido, y que el mensaje de que el refresco de fruta "HIT" era el más económico, no resultó probado, restándole veracidad, precisión, idoneidad y suficiencia a la proclama "el mejor precio", al no haber sido posible establecer la comparación del precio entre el refresco de fruta "HIT" y otra bebida de su misma categoría, puesto que la información incluida resultó insuficiente e imprecisa para tal efecto.

**v) Imputación fáctica número dos, por el incumplimiento de los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015.**

Uno de los reparos del impugnante respecto de las consideraciones de la Dirección en el acto administrativo sancionatorio, respecto de la imputación fáctica número dos, se refirió a la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso de **POSTOBON S.A.**, por una posible

<sup>200</sup> The Food and Agriculture Organization (FAO) of the United Nations. *Guía para el cálculo de los costos de comercialización*. Disponible en: <http://www.fao.org/3/u8770s/U8770S01.htm> Fecha de consulta: 30 de marzo de 2021.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

indebida imputación fáctica en el pliego de cargos. En este tema, reiteró sus argumentos expuestos en el acápite de *Consideraciones preliminares* del escrito impugnatorio bajo el radicado número 17-424418-95.

Tal y como se explicó en la sección ii) *Debido proceso: Imputación fáctica, presunción de inocencia y valoración probatoria* del presente acto administrativo, no fue acertada la interpretación del recurrente según la cual el *a quo*, en la imputación fáctica número dos, señaló piezas publicitarias que no habían sido evaluadas en la imputación fáctica número uno.

De la revisión hecha por este Despacho de la Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019, quedó claro que el fallador de instancia explicó que luego de revisar las piezas de comunicación aportadas tanto por la tercera interesada<sup>201</sup> como por la sancionada<sup>202</sup>, esto es las identificadas como "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 ESCUCHA JUANITA", "1789155-HIT LONCHERA", "1856472-HIT TIENDA RETORNABLE V2", "1882684, HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT V2", "1909824-HIT LONCHERA V2", "1947551-HIT TEMÁTICA PERRO", "1947568-HIT CAFETERÍA", "1952801-HIT LONCHERA 10", "1952990-HIT PERRO 25", "1953099-HIT 1 LITRO -SERVIDA", "1956257-HIT JUGOS -CAFETERÍA 10", "1956259-HIT 1 LITRO -SERVIDA 10", "1959358-HIT HIT CAFETERA 10", "1959362-HIT HIT CAFETERA 5", "1960039-HIT 1 LITRO -HIT SERVIDA 5", "1959363-HIT JUGOS HIT LONCHERA 5", "1995147-HIT 1 LITRO -LANZAMIENTO 2017", "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-LANZAMIENTO 2017-20", "HIT CAFETERÍA 5-5", "HIT LONCHERA 5-5", "HIT MEJOR SABOR A FRUTA-20", las mismas eran protagonizadas por niños, niñas y/o adolescentes, buscando influir en sus decisiones de consumo.

La Dirección aclaró, que luego de revisar las mencionadas piezas, encontró que de algunas de ellas se evidenciaba una posible transgresión de los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015. En particular, se enfocó en las piezas publicitarias "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 TEMÁTICO HIT", "1995147-HIT 1 LITRO -LANZAMIENTO 2017", "HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017-20", y "HIT JUGOS-REF 30-30", señalando que en las mismas "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".

En complemento de lo señalado, el fallador de instancia advirtió en el acto administrativo sancionatorio que los comerciales que eran objeto de la imputación fáctica número dos eran solamente cuatro ("1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT N", "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA", "1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017 / HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20" y "HIT JUGOS-REF 30-30"), pues no obstante en el pliego de cargos se enlistaron siete comerciales, lo cierto era que eran los mismos pues la sancionada los llamó por otros nombres y/o reduciéndoles segundos de emisión.

Por lo anterior, no es cierto que **POSTOBON S.A.**, no conociera las razones por las cuales aquellas podían ser engañosas o confusas, y en consecuencia, este Despacho confirmará lo ya analizado y desestimará el reparo invocado.

Otra de las inconformidades expuestas, se refirió a que no se indicó de manera precisa y concreta las razones por las cuales las piezas de comunicación vulneraban lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015. Tal como se explicó previamente en el acápite ii) *Debido proceso: Imputación fáctica, presunción de inocencia y valoración probatoria* del presente acto administrativo, y contrario a lo aseverado por la defensa, el *a quo* fue claro en advertir que de las proclamas "Lo mejor para la lonchera de tus hijos es JUGOS HIT", "mi mamá sabe que me

<sup>201</sup> Folios 42 y 116.

<sup>202</sup> Folio 99.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*encanta la fruta, por eso mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá”, “Elige Hit, la fruta de verdad”, “Hit es fruta de verdad”, “mejor (precio)”, y “natural”, posiblemente se estaban incumpliendo las normas imputadas ya que se declaraban características y/o condiciones objetivas de las bebidas “HIT”, que podían ser engañosas o confusas y/o que podían inducir a error a los niños niñas y adolescentes, por su posible falta de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad. Para los efectos correspondientes, la Dirección se remitió a lo que expuso en el desarrollo de la imputación fáctica número uno, y los tuvo por reproducidos, lo que, como se analizó previamente, no admite ningún reparo, ya que el acto administrativo mediante el cual se formularon cargos, debía leerse de forma integral, completa y armónica.*

Por lo anterior, el fallador de instancia observó una aparente vulneración al derecho de los niños niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de recibir información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos ofrecidos (artículo 2.2.2.33.3 del Decreto 1074 de 2015), y el posible incumplimiento por parte de **POSTOBON S.A.**, a las obligaciones de evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondían a la realidad del bien en lo relacionado con sus características y de no exagerar su naturaleza (artículo 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 ibídem<sup>203</sup>).

Así las cosas, efectivamente la Dirección le permitió a la sancionada rendir sus explicaciones, según lo hizo la mencionada sociedad en su escrito de descargos identificado con el radicado número 17-424418-50, cuyos argumentos de defensa se reprodujeron previamente, lo que demuestra que se garantizó el derecho de defensa y contradicción de **POSTOBON S.A.**, al haberse expresado de manera concreta y clara, las razones y las pruebas que permitían presumir una supuesta infracción.

Con base en lo expuesto, este Despacho reitera y confirma que el *a quo* formuló el cargo número dos de forma clara, precisa, particular y concreta, haciendo referencia a los aspectos de las piezas de comunicación que presuntamente infringían las normas imputadas, y las razones de dicha conclusión, permitiéndole a **POSTOBON S.A.**, rendir sus explicaciones, y por lo tanto, los reparos y reproches en ese sentido, serán desestimados.

Una vez resuelto lo anterior, pasa este Despacho a revisar los reproches puntuales del contradictor en relación con el análisis realizado por la Dirección en el acto administrativo sancionatorio, para demostrar la responsabilidad de **POSTOBON S.A.**, en la imputación fáctica número dos.

La sancionada advirtió que el análisis de responsabilidad en la imputación fáctica número dos, no podía realizarse con base en que en la imputación fáctica número uno había quedado probado el carácter engañoso de las piezas publicitarias, y con base en ello deducir la vulneración a las normas relacionadas con los niños, niñas y adolescentes.

Respecto de lo anterior, este Despacho reitera que la imputación fáctica número dos, se encontraba íntimamente ligada con la imputación fáctica número uno. Primero, porque la propia Dirección así lo advirtió en el pliego de cargos al señalar *“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 2.2.2.33.3 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”.*

<sup>203</sup> Numeral 27.2.2. de la Resolución No. 19022 del 31 de mayo de 2019.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Segundo, porque las piezas de comunicación analizadas, esto es, "1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT N", "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA", "1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017 / HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20" y "HIT JUGOS-REF 30-30", fueron la base del estudio de los cargos imputados y que incluyeron las proclamas "Lo mejor para la lonchera de tus hijos es JUGOS HIT", "mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá", "Elige Hit, la fruta de verdad", "Hit es fruta de verdad", "mejor (precio)", y "natural", que resultaron engañosas.

El impugnante también indicó, que los niños, niñas y adolescentes entendían e interpretaban los mensajes publicitarios de manera especial, o diferente a aquella en que lo hacían los consumidores medios o racionales.

Por su parte, la Corporación Colombiana de Padres y Madres - Red PaPaz, en su escrito bajo el radicado número 17-424418-97 advirtió que con las conductas reprochadas a **POSTOBON S.A.**, menoscaban los derechos de los niños, niñas y adolescentes a recibir información acorde a su nivel de desarrollo.

Al respecto, este Despacho se permite aclarar que de los bienes ofrecidos a través de las piezas publicitarias que fueron objeto de estudio<sup>204</sup>, los compradores eran los padres pero los comerciales buscaban influenciar tanto a los padres como a los niños, niñas y adolescentes para que fueran ellos los que movilizaran la compra<sup>205</sup>. Asimismo, en dichas piezas se recurrió a niños, niñas y adolescentes para que protagonizaran los comerciales y así los destinatarios de los mensajes publicitarios se sintieran identificados con ellos, materializando el poder de influencia que ejercen los niños, niñas y adolescentes sobre los adultos<sup>206</sup>. La respuesta en la compra, sería entonces que los hijos movilizaron a sus padres para que hicieran la adquisición del bien. Adicionalmente, los consumidores finales de aquellos comerciales, eran, aun cuando también los adultos, los niños, niñas y adolescentes quienes se sentían identificados con los otros niños, niñas y adolescentes que aparecían en las piezas de comunicación<sup>207</sup>.

Por consiguiente, el hecho de que en las piezas publicitarias "1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT N", "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA", "1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017 / HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20" y "HIT JUGOS-REF 30-30", se hubiera enfatizado en los niños, niñas y adolescentes, sus emociones (afecto, felicidad, integración, entre otros), desarrollando actividades sociales de su propio entorno (estudio, juego, aventura y diversión), incluyendo recursos que llamaban su atención (lugares, colores, personajes y/o música), las mismas tenían el propósito de incentivar el consumo de la bebida "HIT".

En el mismo sentido, el *a quo* explicó, que los niños, niñas y adolescentes, generalmente, no hacían parte de la relación de consumo, pero eran los destinatarios finales de la misma y disfrutaban los bienes adquiridos, adquiriendo así la condición de consumidores. Adicionalmente, este Despacho reconoce, al igual que lo hizo la Dirección, que las piezas de comunicación analizadas no solo se dirigieron a los niños, niñas y adolescentes, sino que las mismas eran protagonizadas por ellos y buscaban influir en su decisión de consumo la bebida "HIT".

En dicho sentido, es posible asegurar que la información y publicidad utilizadas por **POSTOBON S.A.**, para el ofrecimiento de su bebida "HIT" estuvieron dirigidas a niños, niñas y adolescentes, por lo que la información incluida en las piezas de comunicación "1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT N", "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA", "1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017 / HIT 1 LITRO-

<sup>204</sup> 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 TEMÁTICA HIT", "1995147-HIT 1 LITRO -LANZAMIENTO 2017", "HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017-20", y "HIT JUGOS-REF 30-30".

<sup>205</sup> Thiara Gómez Rondón y Katy Pénate Bohórquez. Niños, niñas y adolescentes víctimas de la publicidad engañosa. Disponible en: <https://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488391/Niños%2Cniñas+y+adolescentes+v%C3%ADctimas+de+la+publicidad+enga%C3%ADosa/10d857fa-f9b0-4e7a-a881-33a510dfe2cc?version=1.3> Fecha de consulta: 18 de marzo de 2021.

<sup>206</sup> Ibidem

<sup>207</sup> Centro de Investigación de Mercados. Comunicación y publicidad dirigida a niños. Disponible en: <http://www.ciminvestigacion.com/comunicacion-y-publicidad-dirigida-ninos/> Fecha de consulta: 18 de marzo de 2021.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

LANZAMIENTO2017-20" y "HIT JUGOS-REF 30-30", debía ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, ya que el bien ofrecido tenía como destinatario final a ese grupo, independientemente de que también pudiera ser consumido o adquirido por otras personas.

La Constitución Política establece claramente en su artículo 44<sup>208</sup> los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, su prevalencia sobre los derechos de los demás y la obligación de la familia, la sociedad y el Estado para su garantía. De esta manera, la Constitución les otorga a los niños, niñas y adolescentes la calidad de sujeto especial de protección.

Por su parte, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que reconocen Derechos Humanos, también han fijado una serie de normas y principios en relación específica a la protección de la niñez y la adolescencia.

Entre estos se encuentran la Convención de las Naciones Unidas de 1989 *Sobre los Derechos del Niño*, ratificado por Colombia el 28 de enero de 1991, que en el artículo 3 señala: "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

En el mismo sentido, el artículo 19 señala que "los Estados Partes deben adoptar toda clase de medidas para proteger a los menores de toda forma de violencia física o mental, lesión corporal o abuso, trato negligente, maltrato o explotación, incluyendo abuso sexual, mientras permanezca bajo el cuidado de los padres, guardianes legales u otra persona que tenga a cargo su cuidado".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del estado".

En los Tratados anteriormente referidos, es común la obligación de los Estados en el cuidado de niños, niñas y adolescentes, quienes deben ser reconocidos como sujeto de derechos y al mismo tiempo sujeto de especial protección.

Así las cosas, coincidiendo con lo manifestado por el fallador de instancia, **POSTOBON S.A.**, debió haber considerado el impacto de las piezas publicitarias utilizadas para su promoción, en el grupo particular de niños, niñas y adolescentes, ajustando su conducta a las normas que los protegían en materia de publicidad.

Como se advierte, dicha obligación de protección por parte del Estado debe reflejarse en todos los ámbitos en los cuales exista un determinado riesgo o se haya dado la efectiva vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Corte Constitucional<sup>209</sup> señaló:

*"(...) Los **derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección** tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la **situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad** de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de **su falta de madurez física y mental** -que **les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos**-, necesitan **protección y cuidados especiales**, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en*

<sup>208</sup> Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

<sup>209</sup> Sentencia T-260/12.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

**términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.** Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige **la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.** (...). (Destacado fuera del texto original).

Teniendo en cuenta lo expuesto, encuentra este Despacho que le asiste razón a la tercera interviniente en cuanto a que la vulneración de las normas invocadas en la imputación fáctica número dos, tiene un significado especial debido a que los derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen protección constitucional, con lo que las proclamas que resultaron engañosas, infringieron el deber de veracidad e imparcialidad de la información dirigida a dicho grupo poblacional.

Respecto de la manifestación del contradictor según la cual el *a quo* tenía la obligación de probar el comportamiento de niños, niñas y adolescentes con evidencia científica, técnica y verificable, este Despacho se permite aclarar que dicha aseveración es equivocada, pues en procedimientos administrativos sancionatorios como el que en este caso se adelantan, lo que debe probar la autoridad administrativa es la infracción de las normas y no las conductas de un grupo de la población en particular. Adicionalmente, como se ya se explicó en el presente acto administrativo, era **POSTOBON S.A.**, quien debía haber probado que las afirmaciones "**Lo mejor para la lonchera de tus hijos es JUGOS HIT**", "**mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá**", "**Elige Hit, la fruta de verdad**", "**Hit es fruta de verdad**", "**mejor (precio)**", y "**natural**", correspondían con la realidad, al ser condiciones objetivas que describían cualidades, características de la bebida "**HIT**" promocionada, entre otras, en las piezas de comunicación "**1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT N**", "**1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA**", "**1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017 / HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20**" y "**HIT JUGOS-REF 30-30**".

Así las cosas, como la mencionada sociedad falló en su labor probatoria, esta Superintendencia encontró que infringió, entre otros, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y que toda forma y contenido de comunicación que tuviera por finalidad influir en las decisiones de consumo de los niños, niñas y adolescentes no los indujera a error, engaño o confusión. También verificó, que **POSTOBON S.A.**, en su calidad de anunciante, vulneró el derecho de los niños, niñas y adolescentes, a recibir información y publicidad que fuera respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión media propias de personas de su edad, y por ello, frente a la publicidad e información analizadas, la sancionada incumplió con la obligación de evitar el uso de imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondieran a la realidad del bien "**refresco de fruta HIT**" en lo relacionado con sus características, y quebrantó su deber de no exagerar la verdadera naturaleza de dicho bien en la información y publicidad en la que se expusieron las bondades del mismo.

Ahora bien, aun cuando este Despacho no pretende probar de una manera científica o técnica el comportamiento de niños, niñas y adolescentes, considera importante hace una breve referencia a las características de algunas de las etapas del desarrollo madurativo, para entender la importancia que representan los mensajes publicitarios dirigidos a ese grupo poblacional.

El autor Álvaro Escudero<sup>210</sup>, se refirió, entre otras, a las características de los niños y niñas entre los cuatro y diez años, que en general son las edades de quienes protagonizaban las piezas de comunicación utilizadas por **POSTOBON S.A.**, para promocionar la venta de su bebida "**HIT**" y de aquellos a quienes iba dirigida la información y la publicidad en cuestión. Explicó, que:

<sup>210</sup> Escudero Álvaro C. Las etapas del desarrollo madurativo. Form Act Pediatr Aten Prim. 2012;5:65-72

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

### **"EL DESARROLLO ENTRE LOS CUATRO Y LOS CINCO AÑOS**

Esta etapa está determinada por el paso de la relación dual a la triangular. El aparato psíquico está ya más estructurado y el niño reconoce ahora la relación entre los padres, ya no es el centro del mundo (tabla 1). La madre no se completa con él, necesita de la relación afectiva de otro adulto, el padre (o su pareja). Los padres tienen una relación afectiva que no pasa por él, por tanto desde ahora la relación ya no será niño-madre o niño-padre, sino niño-padre-madre.

Este hecho supone un descubrimiento fundamental para el niño de profundas consecuencias. Por un lado **le abre las puertas para la etapa posterior de la socialización**; puesto que ya no es el sujeto imprescindible para el bienestar de los padres. Los avances en su desarrollo y los aprendizajes serán para su propia satisfacción en primer lugar y no estarán supeditados a las exigencias de otros. **Pero por otro lado siempre supone una gran frustración para el niño comprobar que no es el único objeto de amor de sus padres. Esto conlleva un riesgo de fragilidad importante, el niño necesita consuelo y apoyo** y sobre todo, que los padres le pongan en contacto con el mundo extrafamiliar donde podrá encontrar otras satisfacciones nuevas.

(...)

El final de esta etapa se caracteriza por la **interiorización del conflicto y de las normas**. Es decir de la interiorización de la instancia parental. El conflicto ya no se da entre los padres que prohíben o exigen, **sino que la prohibición y la exigencia es interna y por tanto el conflicto está en el propio niño, entre lo que desea y no puede hacer, entre lo que tiene que hacer y no le apetece**. Esto supone **un logro fundamental en la autonomía afectiva, conlleva un importante aumento del autocontrol de los impulsos, de la capacidad de frustración, en definitiva de la demora de la satisfacción y la búsqueda de otros caminos más elaborados y sofisticados para obtenerla**. Se instaura la **diferencia entre el pensar y el actuar**. **Ya no se puede actuar sin un proceso de pensamiento previo que supone hacerse cargo de la responsabilidad de los actos y sus consecuencias**. Ya no sirve el "lo hice sin querer": aunque el niño lo siga repitiendo, en su fuero interno ya sabe que es una excusa que no le exime del resultado de sus acciones. **Descubre también que sus deseos pueden no coincidir con los de sus padres o los de otros niños y que tiene que negociar con ellos para el buen entendimiento y el bienestar propio**.

En este período también **suelen aparecer trastornos adaptativos o reactivos de carácter transitorio**. Además de los ya mencionados en etapas anteriores pueden aparecer fobias a determinados animales o situaciones. Son mecanismos de desplazamiento de la angustia y una forma de elaborar los conflictos típicos de la etapa. Es muy frecuente la aparición de los llamados **trastornos de conducta, impulsividad, descontrol de impulsos, fabulaciones y mentiras, adjudicación a otros de las propias acciones**, etc. También son frecuentes **cambios en el tono afectivo, ansiedad, irritabilidad, euforia, tristeza, ira, enfados**, etc. Solo si son de carácter permanente pueden tener un significado psicopatológico.

### **LA ETAPA DE LATENCIA, DE LOS SEIS A LOS DIEZ AÑOS**

Es la **etapa de la socialización** y de los **aprendizajes escolares por excelencia**. Ahora el contexto extrafamiliar, **el colegio y el mundo de los pares son el centro de atención y desarrollo del niño** (tabla 1). Esto implica que los padres deben tolerar y **fomentar el contacto del niño con sus iguales**. (...)

**El reconocimiento pleno del otro como sujeto con sus propias necesidades, gustos y deseos**, hace que el contacto con los pares sea fundamental en esta etapa. **Los amigos se convierten en elemento fundamental para consolidar la identidad y la personalidad independiente del niño. Comienzan las reivindicaciones propias de la edad que indican la diferencia en gustos y deseos** de los padres. **El niño es ahora sumamente sensible y celoso de su intimidad**. Se siente profundamente humillado si los padres o los profesores señalan en público sus errores, sus miedos o inseguridades, hablan de él, de su carácter o de sus cosas sin ningún miramiento con otros adultos,



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*vecinos o amigos. Ya no cuenta todo lo que le pasa a los padres, **los confidentes son los amigos y compañeros**. Los padres tienen que tolerar y entender este paso no como una falta de confianza sino como un desarrollo en la autonomía.*

*Este es el periodo de las operaciones concretas, se comienzan a manejar conceptos espaciales, temporales y numéricos, **lo que abre paso a los aprendizajes escolares que será uno de los hitos más importantes de esta etapa.***

*Los **trastornos adaptativos o reactivos de carácter transitorio** en este periodo se caracterizan por la **aparición de dificultades en los aprendizajes escolares**, que a menudo son fuente de **preocupación y angustia en los padres**, o bien pueden estar determinados por exigencias excesivas y no acordes con las capacidades del niño. Pueden **aparecer mecanismos y rituales de carácter obsesivo** que sirven para **metabolizar la angustia y controlar los impulsos**. Pueden aparecer también **mecanismos fóbicos** ahora centrados en situaciones de carácter social, hablar en público, leer en voz alta, salir a la pizarra, etc.; **producto de la inseguridad propia de esta etapa**. Los trastornos de conducta suelen ser más discretos y limitados a situaciones concretas que suponen una **novedad o un reto importante para el niño, discusiones o enfrentamientos** con los amigos, **afrentamiento de conductas agresivas** en los compañeros, etc. Se pueden producir somatizaciones como cefaleas y dolores difusos. Solamente si estos síntomas permanecen en el tiempo o aumentan en intensidad tendrán un carácter psicopatológico. (...)"*

Las características comportamentales anteriormente descritas, evidencian la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de los niños, niñas y adolescentes, reforzando la posición de garantizar su desarrollo armónico e integral. También soportan su evidente falta de madurez física y mental, haciéndolos especialmente vulnerables e indefensos, por ejemplo, frente al riesgo de que en los anuncios publicitarios a los que están expuestos, se vulnere su derecho a recibir información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y que toda forma y contenido de comunicación que tuviera por finalidad influir en sus decisiones de consumo no los indujera a error, engaño o confusión. En el mismo sentido, sus procesos de desarrollo cognitivo, fortalecen la exigencia de que la información y publicidad que reciben, sea respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión media propias de personas de su edad.

Consecuentemente, las piezas de comunicación empleadas por **POSTOBON S.A.**, para la promoción y venta de su bebida "**HIT**", pretendían influenciar la decisión de compra al utilizar expresiones visuales y diálogos atractivos para ellos. Esto, ya que los comerciales fueron protagonizados por sus pares (niños, niñas y adolescentes de la misma edad), desarrollados en lugares habituales (la casa, el colegio, el comedor, el paradero del bus escolar, lugares de juego) y llamativos para ellos (se sienten cómodos y los reconocen como espacios en los que habitualmente ejercen actividades que les generan bienestar), lo que llevó a los niños, niñas y adolescentes a conminar a sus padres para que les compraran el bien.

Por lo anterior, frente a la publicidad e información analizadas, este Despacho coincide con las consideraciones de la Dirección en el acto administrativo impugnado, según las cuales las piezas de comunicación analizadas incidían en la psiquis de los niños, niñas y adolescentes, manipulando el consumo de la bebida en cuestión, al verse influenciados para su compra persuadiendo a sus padres.

Como resultado de lo expuesto, la censura del impugnante según la cual las consideraciones del *a quo* no se sustentaron en evidencia científica, contrariando el deber de esta Superintendencia de motivar sus decisiones con pruebas obrantes en el expediente, no es procedente ya que para realizar el análisis de las piezas de comunicación cuestionadas, no tenía que hacerse un estudio científico, pues las condiciones de indefensión, vulnerabilidad y debilidad, junto con su falta de madurez física y mental, están plenamente reconocidos en el Decreto 975 de 2014<sup>211</sup> los artículos

<sup>211</sup> Por el cual se reglamentan los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores.



## RESOLUCIÓN NÚMERO 41732 DE 2021

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

44<sup>212</sup>, 45<sup>213</sup> y 78<sup>214</sup> de la Constitución Política, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, específicamente el artículo 17<sup>215</sup>, y el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006<sup>216</sup>, y las etapas del desarrollo madurativo están suficientemente decantadas por la ciencia.

En el mismo sentido, tampoco será procedente el argumento del recurrente, según el cual la decisión del fallador de instancia debió haber estado motivada con base en estudios, ejercicios u otras evidencias, dirigidas a verificar el desarrollo cognitivo de un niño conforme su edad y cómo entendía los mensajes incluidos en las piezas de comunicación analizadas, pues habiendo quedado probado el carácter engañoso de los mensajes publicitarios transmitidos en las piezas de comunicación analizadas en donde se incluyeron las afirmaciones "*Lo mejor para la lonchera de tus hijos es JUGOS HIT*", "*mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso mi lonchera siempre hay Hit, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá*", "*Elige Hit, la fruta de verdad*", "*Hit es fruta de verdad*", "*mejor (precio)*", y "*natural*", que no resultaron ajustadas a la realidad, y que la información no fue clara, veraz, verificable, precisa ni idónea, se infringió lo dispuesto en los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015.

En el presente asunto, y coincidiendo con lo expuesto por la tercera interviniente en su escrito de 11 de agosto de 2022<sup>217</sup>, no se trataba de probar la forma en que el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes se veía afectado por el mensaje publicitario, ni la manera en que incidía el elemento persuasivo en sus decisiones de compra, sino la vulneración de sus derechos a que la información dirigida a ellos fuera clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y que las formas y contenidos de comunicación que tuvieran la finalidad influir en sus decisiones de consumo, no los indujera a error, engaño o confusión. Esto, ya que se difundieron expresiones visuales y auditivas de la bebida "HIT", según las cuales el mismo era "*fruta de verdad*", que era "*jugo*" y "*natural*", lo cual no correspondía con la realidad. Asimismo, que toda información y publicidad, dirigida a ellos fuera respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión propia de personas de su edad, evitando el uso de imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondieran a la realidad del bien ofrecido en lo relacionado con sus características, y no exageraran su verdadera naturaleza, lo cual podría engañarse a los niños, niñas y adolescentes, haciéndoles creer que el bien en cuestión era equivalente a la fruta, o que era natural.

<sup>212</sup> El artículo 44 de la Constitución Política, a su tenor literal dispone: "*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*

*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.*"

<sup>213</sup> El artículo 45 de la Constitución Política, establece: "*El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud*"

<sup>214</sup> El artículo 78 de la Constitución Política, dispone: "*La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.*

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

*El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.*"

<sup>215</sup> El artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, establece: "*Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes.*

a) *Adelantarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;*

b) *Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;*

c) *Adelantarán la producción y difusión de libros para niños;*

d) *Adelantarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;*

e) *Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18."*

<sup>216</sup> El artículo 34 de la Ley 1098 2006, dispone: "*Derecho a la información. Sujeto a las restricciones necesarias para asegurar el respeto de sus derechos y el de los demás y para proteger la seguridad, la salud y la moral, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los distintos medios de comunicación de que dispongan.*"

<sup>217</sup> Radicado número 17-424418-97.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Igualmente, esta Instancia también coincide con la Corporación Colombiana de Padres y Madres - Red PaPaz, en cuanto a que dicho grupo poblacional, en razón de su edad y su grado de desarrollo, están iniciando la formación de sus conocimientos y opiniones acerca de aquello que desean consumir, y por tal motivo los anunciantes que pretenden provocar una decisión de compra en ellos, deber ser cuidadosos con aquello que informan y los mensajes publicitarios emitidos, para que los niños, niñas y adolescentes se formen una idea correcta y adecuada de que lo que van a adquirir.

Por otro lado, en relación con la afirmación del recurrente según la cual era diferente lo que resultaba relevante para un consumidor racional y sobre lo cual construía su expectativa, y lo que sería para un menor, no encuentra este Despacho que la misma sea procedente ya que, al contrario, por las particulares condiciones de los niños, niñas y adolescentes (su indefensión, vulnerabilidad, debilidad y falta de madurez física y mental), son altamente influenciados a través de la publicidad, llevándolos a persuadir a sus padres para obtener aquello que ha atraído su atención. En consecuencia, aquello que podía conducir a un error a un consumidor racional, con mayor razón lo podría ser para un niño, niña o adolescente por su inmadurez mental.

En lo correspondiente a la inconformidad del recurrente sobre las manifestaciones de la Dirección en relación con la disminución de la racionalidad de los menores como destinatarios del mensaje publicitario, la posición de los padres en el sentido de verse expuestos a darles gusto a sus hijos sin revisar o confrontar dicho mensaje y tomar decisiones de compra persuadidas por el deseo de los niños, niñas y/o adolescentes persuadidos e influenciados por la publicidad, este Despacho advierte que existen estudios científicos que prueban que los niños, niñas y adolescentes han sido visualizados desde el ámbito empresarial, en el sentido de que cuando ven algo en piezas publicitarias que quieren (por ejemplo, ven en la televisión una pista de carros que se mueven con control remoto), le insisten a sus padres para que se los compren. Por ello, la voluntad de los padres viene siendo un simple reflejo de la voluntad real de los niños, niñas y adolescentes, con lo cual puede decirse que son ellos los que realmente se vuelven grandes consumidores<sup>218</sup>.

Así las cosas, efectivamente existe un sustento científico o técnico que ya lo encontró probado y no tenía la Dirección que enfocarse en esa tarea, y aunque no todos los padres de familia se comporten de la misma manera frente a sus hijos, lo cierto es que es necesario regular el contenido y la forma en la que se presenta la información y la publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes como consumidores, pues es necesario protegerlos por su especial condición.

De igual forma, y en línea con lo expuesto por la Corporación Colombiana de Padres y Madres - Red PaPaz<sup>219</sup>, los niños, niñas y adolescentes adquieren bienes como los ofrecidos por **POSTOBON S.A.**, en las tiendas escolares basados en la información que reciben de los productores, convirtiéndolos en verdaderos consumidores

Consecuentemente, queda suficientemente clara la motivación de la existencia de las normas de protección a los menores, sin que la misma sea la ineptitud de los adultos para ejercer como padres y cumplir sus deberes como consumidores.

De igual forma, la obligación de **POSTOBON S.A.**, entre otras, era que la información dirigida a los menores fuera clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y que toda forma y contenido de comunicación que tuviera por finalidad influir en su decisión de consumo no los indujera a error, engaño o confusión.

En efecto, las declaraciones de las características y/o de las condiciones objetivas de la bebida marca "HIT", anunciadas en las piezas publicitarias "1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICA HIT N", "1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA", "1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017 / HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20" y "HIT JUGOS-REF 30-30", resultaron ser engañosas o confusas, pudiendo inducir a error a los niños, niñas y adolescentes.

<sup>218</sup> Unió cívica de consumidors i mestresses de casa de Barcelona i província [UNAE] (s.f.). *El impacto de la publicidad en el colectivo de la infancia y la adolescencia [versión electrónica]*. España. Disponible en: <https://silo.tips/download/el-impacto-de-la-publicidad-en-el-colectivo-de-la-infancia-y-adolescencia>

<sup>219</sup> Radicado número 17-424418-97.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Para el contradictor, las consideraciones de la Dirección fueron apreciaciones subjetivas, que no se fundamentaron de una manera correcta y sin pruebas que le permitieran llegar a las conclusiones a las cuales arribó.

Contrario a lo señalado por la defensa, el *a quo* motivó suficientemente sus determinaciones, sin que de ninguna manera hubiera hecho análisis subjetivos o alejados del material probatorio obrante en el expediente.

De ello, da cuenta que luego de estudiar y analizar<sup>220</sup> las piezas de comunicación “1788954-HIT TEMATICO-40 / 1882684-TEMATICO HIT N” y “1789155-HIT CAJA – 20/ 1789155 LONCHERA”, el fallador de instancia concluyó que la información suministrada a los potenciales consumidores por **POSTOBON S.A.**, careció de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad, ya que no probó la veracidad de las afirmaciones “*lo mejor para la lonchera de tus hijos*” y “*te hace más fuerte*”, ni explicó el método que utilizó para llegar a esas conclusiones, lo que le restó certeza a dichas proclamas. Agregó, que la sociedad en cuestión no suministró información precisa y apropiada respecto de la categoría de la bebida y su contenido, al haberla anunciado como “*jugo*”, cuando era un refresco de fruta, y utilizar las expresiones “*la fruta de verdad*” y “*es fruta de verdad*”.

Asimismo, en lo que corresponde a las mismas piezas publicitarias y su estudio bajo los parámetros de la publicidad, esto es la metodología semiótica<sup>221</sup> del *Estudio sobre la publicidad en Colombia* realizado para la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco COMPAL – UNCTAD, el *a quo* insistió en que los mensajes contenidos en ellas, y por medio de los cuales se anunció que la bebida “*refresco de fruta HIT*” era un “*jugo*”, “*la fruta de verdad*”, “*Lo mejor para la lonchera de tus hijos*” y que hacía a los niños y niñas más fuertes, no correspondían a la realidad. Esto, ya que el fallador de instancia encontró probado que de conformidad con la tabla nutricional del bien refresco de frutas “*HIT*” en sus diferentes variedades, los certificados aportados por la sancionada, la ficha técnica y las etiquetas del mencionada bien, dicha bebida no contenía la cantidad de fruta necesaria para ser considerada como “*jugo*” y sus características no correspondían a las de una fruta o a una bebida que en su mayoría fuera producida a base de fruta, como contrariamente lo percibieron los consumidores debido al mensaje transmitido. Con ello, según la Dirección se indujo a error y confusión a los consumidores, quienes confiaron en la falsa percepción de que la bebida era fruta de verdad y los hacía más fuertes y era un jugo por la cantidad de fruta que tenían y que era lo mejor para la lonchera de los niños y niñas, sintiéndose relevados de verificar la tabla de contenido del mismo por creer que era una bebida que tenía una gran cantidad de fruta y que aportaba beneficios.

De la misma forma, de las piezas publicitarias “1995147- HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017” y “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20”, el *a quo* reiteró que la afirmación “*el mejor precio*” carecía de verificabilidad, ya que la sancionada no logró probar que el precio del “*refresco de fruta Hit*” en su presentación familiar y/o litro fuera el menor en el mercado. Esto, de conformidad con la certificación de las cifras promedio de precios de venta al público de los bienes en la categoría “*refresco de fruta presentación familiar*” de INVAMER, investigadora de mercados.

Igualmente, respecto del comercial “REF 30 (HIT NATURALIDAD)”, la Dirección insistió en sus argumentos presentados en el acto impugnado aplicados a la imputación fáctica número uno, al considerar que el lenguaje verbal y el no verbal que se usó no reportó información clara, veraz y precisa, ya que unos textos tenían un tamaño de letra grande, en alto contraste y perfecta resolución, mientras que otros se transmitieron en letra diminuta, casi imperceptibles. Con ello, para el *a quo* solo se focalizó la atención del destinatario de la información en aquella expresada en un tamaño más grande, restándole importancia a la otra información que era la correspondiente a la naturaleza de la bebida ofrecida y sus componentes. Con ello, para el fallador de instancia, la

<sup>220</sup> Imputación fáctica número uno de la Resolución No 19022 de 2019 y las conclusiones expuestas en el numeral 31.3.1. del acto administrativo sancionatorio.

<sup>221</sup> Estudio sobre la publicidad en Colombia realizado para la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco COMPAL – UNCTAD Informe de resultados UNCTAD, SIC, COMPAL. Publicidad Engañosa. Colombia 2013. Consultado en <https://unctadcompal.org/wp-content/uploads/2017/03/COLOMBIA-Informe-de-Resultados-de-las-Encuestas..pdf>

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

sancionada fragmentó la información real del bien, sesgando las esperanzas de los consumidores como consecuencia de su imprecisión y falta de claridad. En el mismo sentido, agregó que los destinatarios de las piezas de comunicación percibieron información no veraz, pues dieron por cierto lo captado de la primera impresión.

La Dirección también advirtió que el mensaje publicitario indujo en error, engaño o confusión a los consumidores, ya que la información, por haberse fragmentado, resultó imprecisa, y por la forma en que fue dispuesta junto con los escenarios y textos transmitidos, distorsionó dicho mensaje, incrementando el valor natural que no tenía y que incidía en la decisión de compra. En su sentir, los consumidores vieron defraudadas sus expectativas, pues en el momento de adquirir la bebida "HIT" no recibieron las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad, respecto de su naturaleza e ingredientes.

Así las cosas, para el *a quo* como en dichas piezas de comunicación se suministró información que no resultó ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y el mensaje transmitido fue engañoso, y los destinatarios de las mismas eran, entre otros, niños, niñas y adolescentes, sumado a que ellos eran sus protagonistas o personajes principales, y se reflejó algunas de sus emociones, desarrollándose en escenarios propios de su entorno, se configuró la infracción del artículo 2.2.2.33.3 del Decreto 1074 de 2015.

En lo que corresponde al artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015, el fallador de instancia encontró que era obligación de **POSTOBON S.A.**, en su calidad de anunciante, evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondiera a la realidad de la bebida "HIT" respecto de sus características.

Puntualmente, la Dirección encontró que de las piezas publicitarias "1788954-HIT TEMATICO-40 / 1882684-TEMATICO HIT N", se afirmó que el refresco de fruta "HIT" se asimilaba a las frutas, no obstante no ser bienes equivalentes. En ese sentido, la afirmación "HIT es fruta de verdad" no correspondía con la realidad, pues las características de la bebida no coincidían con las de las frutas.

Respecto del comercial "1789155-HIT CAJA – 20/ 1789155 LONCHERA", el *a quo* consideró que adicional a las representaciones que identificaban la bebida con las frutas, aquel incluyó mensajes y representaciones que le atribuían al refresco de fruta "HIT" los mismos efectos positivos que recibían los niños, niñas y adolescentes por el consumo de frutas. Esto, al haber utilizado expresiones auditivas e imágenes y representaciones visuales, que hacían alusión a que dicha bebida los hacía más fuertes, y que era lo mejor para la lonchera, lo cual no quedó probado en cuanto a que correspondieran con la realidad.

En lo que corresponde a las piezas de comunicación "1995147- HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017" y "HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20", el fallador de instancia notó que la sancionada utilizó expresiones auditivas anunciando que "HIT 1 LITRO" tenía "el mejor precio", lo cual no había sido debidamente probado, con lo que no fue posible demostrar su correspondencia con la realidad<sup>222</sup>.

En relación con el comercial "REF 30"<sup>223</sup>, al estudiar la proclama "lo natural es hit", la Dirección encontró demostrado que la misma no correspondía con la realidad, ya que en la ficha técnica de la bebida "HIT" la misma tenía ingredientes artificiales. Con ello, en sentir del *a quo*, le restó veracidad a dicha afirmación. En igual sentido sucedió, con las representaciones visuales y gráficas, con las que se dio a entender que dicho refresco provenía de la fruta, lo que no correspondía la realidad.

Por otra parte y respecto de la vulneración del numeral 2.2 del artículo 42.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015, el fallador de instancia encontró configurada la infracción, como consecuencia de que **POSTOBON S.A.**, hubiera hecho referencia a las frutas utilizadas en sus comerciales, con el propósito de crear la falsa idea de que la bebida "HIT" era lo mejor para la lonchera de los niños,

<sup>222</sup> Numeral 31.3.2.4 del acto administrativo sancionatorio.

<sup>223</sup> Numeral 31.3.3.2. del acto administrativo impugnado.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

para acompañar los almuerzos en familia, o para que fuera consumida en cualquier oportunidad. Ello, al haber hecho referencia a su supuesto origen natural, exagerando la naturaleza del refresco, pues, aun cuando tenía fruta, su porcentaje no era mayor al catorce por ciento (14%).

La Dirección hizo claridad en el hecho de que la sancionada, a través de las piezas publicitarias analizadas, significó que la bebida "HIT" era "la fruta de verdad", y lo anunció en entornos propios de los niños, niñas y/o adolescentes, evocando las frutas, junto con imágenes y diálogos, con el propósito de crear en la mente de los destinatarios del mensaje la idea de que se trataba de una bebida natural, hecha en su mayoría de fruta o que provenía de ella, dando proporciones excesivas a uno de sus ingredientes sobrepasando la realidad de su naturaleza.

El *a quo* también, señaló que la libertad de la participación de los niños, niñas y adolescentes, en campañas publicitarias que fueran dirigidas a ellos, estaba limitada por reglamentaciones específicas, bajo su cumplimiento obligatorio.

Así las cosas, no es cierto que el análisis realizado por el *a quo* se hubiera sustentado en las apreciaciones subjetivas de la Dirección, como equivocadamente lo señaló el contradictor, pues hubo suficiente motivación para encontrar probada la transgresión del artículo 2.2.2.33.3 del Decreto 1074 de 2015 y los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del mismo Decreto, y por lo tanto los reparos que pretendían enervar la configuración de la infracción señalada, serán desestimados.

**vi) Imputación fáctica número tres, por la inobservancia a las órdenes impartidas por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor.**

En lo que se refiere a esta imputación fáctica, el contradictor afirmó que no se verificó la inobservancia de las órdenes impartidas por la Dirección mediante el oficio identificado con el radicado número 17-424418-6 del 28 de junio de 2018.

Por su parte, la Dirección en el acto administrativo sancionatorio encontró que **POSTOBON S.A.**, no acreditó, dentro del plazo establecido y en los términos solicitados, respuesta completa a las órdenes impartidas a través del oficio identificado con el radicado número 17-424418-6 del 28 de junio de 2018. Con ello, aseguró el *a quo*, se le impidió ejercer sus facultades administrativas, por haber obstruido la actuación en cuanto a la verificación del cumplimiento de las normas correspondientes.

La Corporación Colombiana de Padres y Madres - Red PaPaz, bajo el consecutivo número 17-424418-97 respaldó la decisión de la Dirección señalando que **POSTOBON S.A.**, incumplió su deber de responder de forma completa y oportuna los requerimientos de esta Superintendencia al no haber allegado todas las piezas de comunicación por medio de las cuales anunció la bebida "HIT" en la variedad de maracuyá, ni los empaques en las variedades mandarina, naranja y maracuyá del mismo, ni sus respectivas fichas técnicas, ni el Registro Sanitario del refresco de frutas.

Esta Instancia, verificó que el *a quo* mediante los oficios identificados con los radicados números 17-424418-6 y 17-424418-7 del 28 de junio de 2018, le ordenó a **POSTOBON S.A.**, que:

**"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'

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

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 qué 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.*
- (...)." (Destacado fuera del texto original).

De conformidad con el requerimiento anterior, este Despacho concluye que las órdenes impartidas se dirigieron al bien denominado "jugos Hit" y nunca se limitó exclusiva y/o únicamente a algunas de sus variedades, pues se entendía que era a todas ellas. En el mismo sentido, las instrucciones tampoco se limitaron a una campaña publicitaria en particular; del texto del oficio queda claro que se hizo referencia a la totalidad de las piezas publicitarias emitidas durante los dos últimos años desde la expedición del requerimiento en relación con el bien "jugos Hit", y en el resto del oficio siempre se refirió a "el producto", es decir "jugos Hit".

Así las cosas, las piezas de comunicación a través de las cuales anunció la bebida "HIT", los empaques y/o etiquetas de la bebida "HIT", sus respectivas fichas técnicas, el porcentaje de fruta de la misma bebida, aplicaban también para las variedades de maracuyá, mandarina y naranja.

Consecuentemente, la excusa para no haber aportado la información y documentación relacionada con dichas variedades, esto es maracuyá, mandarina y naranja, alegada por la sancionada en el sentido de que de las órdenes impartidas entendió que las mismas se referían al "refresco de frutas pasteurizado" y no al "jugo de naranja 100% de fruta HIT", no son de recibido ya que siempre se hizo referencia a "el producto" definido por la Dirección como "jugos Hit" sin hacer ninguna salvedad.

De conformidad con lo anterior, este Despacho estima que las razones expuestas por **POSTOBON S.A.**, para no haber aportado las etiquetas, la ficha técnica y el registro sanitario del "jugo de naranja 100% de fruta HIT", son falaces como lo calificó el *a quo* en el acto administrativo impugnado, sin que de ninguna manera se le esté faltando el respeto a la mencionada sociedad, como equivocadamente lo interpretó la defensa.

Puntualmente, el fallador de instancia en el considerando 31.5 del acto sancionatorio, rechazó enfáticamente los fundamentos invocados por la sancionada en su escrito de descargos relacionados con el hecho de que **POSTOBON S.A.**, nunca había comercializado el refresco de frutas pasteurizado variedad naranja, sino jugo cien por ciento (100%) de naranja, con lo que las órdenes impartidas solo se refería al refresco de frutas identificado con la marca "HIT", y por lo tanto no era obligatorio que la mencionada sociedad allegara las etiquetas, las fichas técnicas y el registro sanitario del jugo cien por ciento (100%) de naranja marca "HIT", por carecer de veracidad, y esta Instancia apoya tal apreciación, ya que las órdenes impartidas se enfocaron en "jugos Hit" sin haberse limitado al "refresco de frutas", por lo que su argumentó resultó en efecto falaz<sup>224</sup>.

Este Despacho comprobó mediante el sistema de trámites de la Entidad, que el oficio identificado con el radicado número 17-424418-6 del 28 de junio de 2018, fue enviado a través de correo certificado el día 6 de julio de 2018 según la guía número RN976649696CO de Servicios Postales Nacionales S.A. - 4-72, y entregado el día 9 de julio de 2018 a la sancionada en la dirección Calle 52 # 47-42 Piso 25, de la ciudad de Medellín – Antioquia, de conformidad con la certificación de entrega que obra en el expediente<sup>225</sup>.

<sup>224</sup> Definición de falaz del Diccionario de la Real Academia Española: "falaz Del lat. fallax, -ācis. 1. adj. Embustero, falso. (...)" Disponible en <https://dle.rae.es/falaz> Fecha de consulta: 19 de marzo de 2021. Definición de Falso: "falso, sa Del lat. falsus. 1. adj. Fingido o simulado. (...) 2. adj. Incierto y contrario a la verdad. (...) Argumentos falsos." Disponible en: <https://dle.rae.es/falso> Fecha de consulta: 19 de marzo de 2021.

<sup>225</sup> Así también lo señaló la Dirección en el acto administrativo sancionatorio, al manifestar que el mencionado oficio había sido enviado a la dirección de notificación judicial indicada en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, esto es a la calle 52 N° 47- 42, piso



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Luego de que la sancionada, hubiera solicitado la extensión del plazo para dar respuesta al requerimiento<sup>226</sup>, y que la Dirección hubiera accedido a tal petición<sup>227</sup>, **POSTOBON S.A.**, contestó el oficio identificado con el radicado número 17-424418-6 del 28 de junio de 2018, a través de escrito con radicado número 17-424418-10 el día 8 de agosto de 2018.

En lo que respecta a dicho escrito<sup>228</sup>, la sancionada alegó que a través del mismo contestó las órdenes impartidas mediante el oficio identificado con el radicado número 17-424418-6 del 28 de junio de 2018, adjuntando un dispositivo USB que tenía la información y documentación requerida.

De la respuesta enviada por **POSTOBON S.A.**, la Dirección revisó el mencionado dispositivo UBS allegado, y encontró que dicha sociedad omitió:

1. Aportar todas las piezas de comunicación a través de las cuales anunció la bebida "HIT". Esto, ya que el *a quo* no encontró las correspondientes a la promoción del refresco de fruta en su variedad de maracuyá, no obstante haber sido publicitado en la cuña radial "HIT JUGOS 500 ML -LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20" y el comercial "HIT JUGOS-REF 30-30".
2. Los empaques y/o etiquetas de la bebida "HIT" en las variedades mandarina, naranja y maracuyá, ni sus respectivas fichas técnicas.
3. El Registro Sanitario del refresco de frutas "HIT".
4. El porcentaje de fruta de la misma bebida según su sabor para las mencionadas variedades (mandarina, naranja y maracuyá), en el cuadro de la información aportado por la sancionada.

Así las cosas, para este Despacho, no obstante **POSTOBON S.A.**, hubiera explicado a esta Superintendencia los términos en los que entendió las órdenes impartidas por el *a quo* creyendo que como bajo la marca "HIT" ofrecía un portafolio variado de bienes, y que específicamente en la denuncia radicada se hizo referencia al "refresco de frutas pasteurizado", así lo había respondido, lo cierto es que la mencionada sociedad debió haber dado cumplimiento al oficio identificado con el radicado número 17-424418-6 del 28 de junio de 2018 en los términos del mismo sin haberse guiado por la denuncia presentada por la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz. Esto, pues como ya se explicó, el mencionado oficio inició señalando que dicho requerimiento hacía referencia al bien denominado "jugos Hit", y que para los efectos del mismo en adelante lo nominaría como "el producto", sin que de ninguna manera se le hubiera permitido a la sancionada interpretar de una manera diferente las órdenes impartidas no obstante haber aclarado la interpretación que ella sola hizo sin que le fuera permitido.

Así, esta Instancia considera que la mencionada sociedad solo tenía una opción en relación con el cumplimiento de los requerimientos realizados por la Dirección:

1. Remitir todas las piezas de comunicación a través de las cuales anunció la bebida "HIT", cualquiera fuera su presentación, tamaño, variedad, etc., sin que hubiera ninguna duda frente a la promoción del refresco de fruta en su variedad de maracuyá.
2. Anexar todos los empaques y/o etiquetas de la bebida "HIT" cualquiera fuera su presentación, tamaño, variedad, etc., sin que se le diera a **POSTOBON S.A.**, la posibilidad de interpretar la orden en el sentido de que no tenía que aportar aquello en relación con las variedades mandarina, naranja y maracuyá, ni allegar sus fichas técnicas.
3. Aportar el Registro Sanitario del refresco de frutas "HIT".
4. Informar el porcentaje de fruta de "Jugos Hit" en todas sus presentaciones, tamaños, variedades, etc., sin que fuera aceptado que **POSTOBON S.A.**, hubiera creído que no tenía que cumplir dicha obligación respecto de las variedades mandarina, naranja y maracuyá.

25 en la ciudad de Medellín, Antioquia, y que según la certificación de entrega y trazabilidad número RN 976649696CO expedida por Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72, el mismo se entregó el día 9 de julio de 2018.

<sup>226</sup> Mediante escrito identificado con el número 17-424418-8 de 24 de julio de 2018.

<sup>227</sup> A través del oficio identificado con el radicado número 17-424418-9 de 30 de julio de 2018, señalando que tendría en cuenta la información aportada hasta el día 8 de agosto de 2018.

<sup>228</sup> Radicado número 17-424418-10 el día 8 de agosto de 2018.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Precisamente, para este Despacho las órdenes impartidas en el oficio identificado con el radicado número 17-424418-6 del 28 de junio de 2018, eran suficientemente claras y no daban lugar a ningún tipo de interpretación ni facultaba a su destinatario para guardar silencio o no decir nada respecto de algunas de las variedades de la bebida "HIT". Por el contrario, le exigía notoriamente un pronunciamiento, ya que las órdenes fueron, entre otras, "2. Remitir la totalidad de piezas publicitarias (...) emitidas durante los dos últimos años en relación con el producto; (...) 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 (...)", respecto de "el producto denominado 'jugos Hit'. (En adelante el producto)", lo que implica una respuesta sin que se le permitiera ningún tipo de aclaración o advertencia.

Adicionalmente, en el mencionado oficio se dejó claro que el plazo u oportunidad para dar cumplimiento a las órdenes impartidas era perentorio y el mismo vencía diez (10) días hábiles siguientes contados a partir del recibido de dicha comunicación, y aun así, **POSTOBON S.A.**, solicitó una prórroga para dar cumplimiento a lo ordenado, la cual se le otorgó advirtiéndole que solo se tendría en cuenta la información que se aportara hasta el día 8 de agosto de 2018. También, se le indicó, que de no dar respuesta dentro del término concedido para tal fin y según lo requerido, se iniciaría un procedimiento administrativo sancionatorio por el incumplimiento de las normas de Protección al Consumidor previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 y el numeral 1 del artículo 12 del Decreto 4886 de 2011.

Consecuentemente, no es de recibido el argumento del recurrente según el cual con su escrito de descargos hubiera allegado la información y documentación faltante, ya que aunque es cierto que del material probatorio obrante en el expediente, tanto el *a quo* como este Despacho verificaron que **POSTOBON S.A.**, allegó dispositivo USB con la copia del registro sanitario, la ficha técnica, la etiqueta y el porcentaje del contenido de fruta de la bebida "HIT" en sus variedades maracuyá y mandarina, y del jugo cien por ciento (100%) de naranja, lo cierto es que tal información solo fue allegada a esta Autoridad hasta el día 12 de julio de 2019 con el escrito identificado con el consecutivo número 17-424418-50, cuando las órdenes impartidas debieron haberse cumplido en los términos exigidos hasta el día 8 de agosto de 2018.

Así las cosas, si bien la sancionada dentro del término concedido otorgó respuesta al citado requerimiento de información, lo cierto es que allegó de manera incompleta la información solicitada, pues solamente aportó las piezas de comunicación a través de las cuales anunció la bebida "HIT" promocionando el refresco de fruta en su variedad de maracuyá, no obstante haber sido publicitado en la cuña radial "HIT JUGOS 500 ML –LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20" y el comercial "HIT JUGOS-REF 30-30", los empaques y/o etiquetas de la bebida "HIT" en las variedades mandarina, naranja y maracuyá, y sus respectivas fichas técnicas, el Registro Sanitario del refresco de frutas "HIT", e informó el porcentaje de fruta de la misma bebida según su sabor para las variedades mandarina, naranja y maracuyá, hasta el día 12 de julio de 2019 junto con el escrito de descargos bajo el radicado número 17-424418-50.

Asimismo, el hecho de que en todo caso hubiera aportado con el escrito de descargos de fecha 12 de julio de 2019, la información faltante, con lo cual el fallador de instancia tuvo todo el material probatorio necesario para poder realizar la actuación administrativa, lo cierto es que las órdenes deben cumplirse en los específicos términos en los que fueron expedidas y por lo tanto esa no era la oportunidad para allegar lo requerido pues el plazo otorgado fue hasta el día 8 de agosto de 2018, incumpliendo lo ya mencionado.

En consecuencia, esta Instancia no acepta la justificación del incumplimiento de la orden impartida dada por la defensa, según la cual la sancionada entendió que como nunca había comercializado el refresco de frutas pasteurizado variedad naranja, sino jugo cien por ciento (100%) de naranja, y que como la orden solo se refería al refresco de frutas identificado con la marca "HIT", no le asistía obligación de allegar las etiquetas, fichas técnicas y registro sanitario de aquel, pues como se señaló

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

la orden se impartió en el sentido “el producto denominado ‘jugos Hit’. (En adelante el producto)”.

Tampoco es aceptable que como la denuncia presentada por la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, hizo referencia a las piezas de comunicación en las cuales se incluyeron las proclamas “*Elige Hit la fruta de verdad*”, “*Porque Hit es fruta de verdad*”, “*Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugo Hit*”, “*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*”, entendió que las órdenes impartidas por la Dirección de documentación e información, solo hacían referencia a las variedades que aparecían en los comerciales que fueron objeto de denuncia, de los cuales no hacían parte mandarina, naranja y maracuyá, pues de la misma manera que con el argumento anterior, el oficio identificado con el radicado número 17-424418-6 del 28 de junio de 2018, no obstante se solicitó información relacionada con las proclamas “*Elige Hit la fruta de verdad*”, “*Porque Hit es fruta de verdad*”, “*Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugo Hit*”, “*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*” (numerales 3<sup>229</sup>, 7<sup>230</sup> y 9<sup>231</sup>), los numerales 1<sup>232</sup>, 2<sup>233</sup>, 4<sup>234</sup>, 5<sup>235</sup>, 6<sup>236</sup>, 8<sup>237</sup> y 10<sup>238</sup>, se dirigieron a solicitar información y documentación de la bebida “HIT” de manera general y no respecto de una campaña promocional en particular.

Con base en lo expuesto, esta Instancia desestimaré el argumento del contradictor según el cual la ficha técnica, las etiquetas o empaques, el registro sanitario y el porcentaje de fruta de las variedades maracuyá y mandarina, no hacían parte del objeto de la queja presentada por la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, ya que las órdenes impartidas fueron claras en establecer que el requerimiento de información y documentación eran respecto de “el producto denominado ‘jugos Hit’. (En adelante el producto)”, sin que de ninguna manera fuera lógico que la sancionada concluyera que la información requerida estuviera relacionada únicamente con las piezas publicitarias que utilizaban la expresión “*Elige Hit, la fruta de verdad*”.

En complemento de lo anterior, tampoco es procedente la advertencia que hizo la sancionada en el escrito por medio del cual contestó los requerimientos, según la cual si esta Autoridad requería más información de otros bienes identificados con la marca “HIT”, POSTOBON S.A., procedería a responder requisitos adicionales, y que el a quo pudo haber aclarado el sentido de la solicitud y requerir lo que faltaba, o que en los otros tres requerimientos adicionales expedidos por el fallador de instancia, en ninguno se refirió al “*jugo de naranja 100% de fruta HIT*” ni aclaró el sentido de su solicitud, ya que esta Autoridad impartió la orden inicial y así debió haberse cumplido, sin que de ninguna manera se le exija dar alcance a la misma. En dicho sentido, es pertinente recordar que el legislador ha otorgado las facultades administrativas de inspección, vigilancia y control en materia de protección al consumidor a la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo a lo señalado en el artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, así:

**“Artículo 59. Facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio.** Además de la prevista en el capítulo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las siguientes facultades administrativas en materia de protección al consumidor, las cuales ejercerá siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad:

<sup>229</sup> 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*”

<sup>230</sup> Explicar los motivos por los cuales se puede catalogar el producto “*jugos Hit*” como “*Lo mejor para la lonchera de tus hijos*” (Aportar las pruebas que sustenten su respuesta).

<sup>231</sup> Explicar de manera clara y concisa a qué hace alusión la afirmación “*fruta de verdad*”.

<sup>232</sup> “1. Informar desde qué fecha está comercializando el producto denominado ‘jugos Hit’. (En adelante el producto)”

<sup>233</sup> 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.

<sup>234</sup> 4. Anexar los empaques y/o etiquetas de las diferentes presentaciones del producto

<sup>235</sup> 5. Allegar la ficha técnica del producto.

<sup>236</sup> 6. Aportar copia del Registro Sanitario del producto, expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA.

<sup>237</sup> 8. Informar cuál es el contenido de fruta que contiene el referido producto.

<sup>238</sup> 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

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

1. *Velar por la observancia de las disposiciones contenidas en esta ley y dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento, así como imponer las sanciones respectivas; (...)*
4. *Practicar visitas de inspección, así como cualquier otra prueba consagrada en la ley, con el fin de verificar hechos o circunstancias relacionadas con el cumplimiento de las disposiciones a las que se refiere la presente ley; (...)*".

Por su parte, el Decreto 4886 de 2011 determina que la Superintendencia de Industria y Comercio, ostenta entre otras, las siguientes funciones:

*"ARTÍCULO 1o. FUNCIONES GENERALES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de República. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

- (...)*
22. *Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso y ordenar las medidas que resulten pertinentes. (...)*
62. *Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.*
63. *Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones*<sup>239</sup>.

De igual forma, es necesario aclarar que las normas de protección al consumidor no se agotan con la Ley 1480 de 2011, sino que se encuentran, entre otras, en las órdenes impartidas por esta Superintendencia en ejercicio de sus funciones, como bien lo señala el artículo 12 del Decreto 4886 de 2011.

*"Artículo 12. Funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor. Son funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor:*

1. *Decidir y tramitar las investigaciones administrativas que se inicien de oficio o a solicitud de parte por presunta violación a las disposiciones vigentes sobre protección al consumidor cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, e **imponer de acuerdo con el procedimiento aplicable las medidas y sanciones que correspondan de acuerdo con la ley, así como por inobservancia de órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia***". (Destacado fuera de texto original).

En concordancia con lo anterior, el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 señala:

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

En consecuencia, de acuerdo con estas facultades que le han sido otorgadas a esta Superintendencia, en virtud de sus funciones de inspección, vigilancia y control, puede practicar

<sup>239</sup> Artículo 1 del Decreto 4886 de 2011.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información pertinente, con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete; con lo cual, de no mediar un cumplimiento por parte del sujeto pasivo de la orden o requerimiento en el marco de la etapa de averiguación preliminar de un procedimiento administrativo sancionatorio, se constituirá una conducta trasgresora del ordenamiento administrativo.

Igualmente, la infracción administrativa puede entenderse en términos generales como los actos u omisiones en el incumplimiento de obligaciones administrativas definidas por el legislador o por la entidad pública que le corresponda vigilar, controlar, supervisar y desarrollar el sector en especial.

Relacionado con las normas anteriores, el Consejo de Estado<sup>240</sup> ha manifestado que:

"(...) el derecho administrativo sancionador se caracteriza por la exigencia de puesta en peligro de los bienes jurídicos siendo excepcional el requerimiento de la lesión efectiva.

(...)

La reacción de la administración no es otra cosa distinta que una respuesta habilitada por el ordenamiento jurídico cuando se presenta un incumplimiento de una norma (incumplimiento que está tipificado como infracción administrativa) al incurrir en el desconocimiento de un deber, abusar de una situación subjetiva reconocida o incurrir en una prohibición.

Siempre se ha sostenido que el derecho penal reprocha el resultado, incluso en los denominados delitos de peligro, comoquiera que se requiere una puesta efectiva en riesgo del bien jurídico objeto de protección. Esta situación no se presenta en el ámbito administrativo en el que por regla general la "...esencia de la infracción radica en el incumplimiento de la norma", de allí que se sostenga que el reproche recae sobre "la mera conducta". (...). (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, para declarar la responsabilidad administrativa y proceder a la imposición de una sanción, esta Entidad solo entrará a verificar que se hayan incumplido las órdenes impartidas por la Dirección, sancionando el mero incumplimiento de la norma por el actuar del infractor.

En dicho sentido, no encuentra este Despacho que la Dirección tuviera la obligación de requerir el complemento de información que no fue aportada oportunamente ni aclarar el asunto, pues ya la infracción se habría configurado y por lo tanto dio lugar a la formulación de la imputación fáctica número tres del pliego de cargos evidenciando así el incumplimiento cometido, sin que por ello se hubiera vulnerado el derecho al debido proceso y el principio de presunción de inocencia de **POSTOBON S.A.**

Por lo anterior, también se desestimará el argumento del impugnante según el cual la información en relación con el bien "HIT naranja" no era necesaria para adelantar el procedimiento administrativo, pues aun cuando la actuación tuvo como uno de sus objetos el estudio de las piezas de comunicación a través de las cuales se ofreció el bien "refresco de frutas pasteurizado", lo cierto es que las órdenes impartidas deben darse en estricto cumplimiento de lo requerido.

Adicionalmente, considera esta Instancia que el *a quo* respetó los postulados del derecho fundamental al debido proceso, apreció y valoró integralmente las pruebas obrantes en el expediente, pues lo cierto es que la conducta reprochada y por la cual se decidió imponer la multa fue no haber cumplido las órdenes impartidas en el oficio identificado con el radicado número 17-424418-6 del 28 de junio de 2018 dentro del término y según las instrucciones impartidas. Por lo tanto, se logró verificar que en efecto se configuró el incumplimiento de las órdenes impartidas, ratificando en consecuencia lo considerado en el numeral 31.15 del acto impugnado.

Respecto de la manifestación de la sancionada según la cual siempre estuvo dispuesta a entregar toda la información que se le requiriera y que la información que faltaba debió haber sido aclarada por la Dirección, y que no podía desconocer que desde la respuesta al primer requerimiento manifestó estar a disposición de allegar la documentación necesaria, demostrando su ánimo de colaboración, este Despacho advierte que siguiendo lo considerado por la Dirección en el acto

<sup>240</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (22 de octubre de 2012). Radicación número. 20738. [CP Enrique Gil Botero ]

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

administrativo sancionador, el incumplimiento de la mencionada orden impidió el adecuado ejercicio de sus funciones en relación con el esclarecimiento de una posible conducta transgresora de los derechos de los consumidores (artículo 12 del Decreto 4886 de 2011) y obstaculizó el proceso sancionatorio al dilatar en forma injustificada el cumplimiento de un deber objetivo, este es, el de informar lo requerido dentro del término establecido en el acto administrativo.

Lo anterior, encuentra justificación en el hecho de que los requerimientos, órdenes y/o instrucciones impartidas por esta Entidad cobran especial relevancia, pues constituyen cuestiones sustanciales y de fondo al instituirse como eje fundamental para que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerza adecuadamente sus funciones.

Finalmente, este Despacho advierte que la voluntad de **POSTOBON S.A.**, de entregar toda la información solicitada alegada por la defensa y que la Dirección tuvo a su disposición con la totalidad de la documentación pedida, no es un argumento válido para exonerar de responsabilidad el incumplimiento de las órdenes impartidas, pues según lo explicado, las mismas debieron haberse observado en los precisos términos en los que fueron impartidas y al no haber dado cumplimiento a las mismas se configuró la infracción y por ello la mencionada sociedad se hizo acreedora de la sanción impuesta.

#### vii) Cuantía de la sanción.

Respecto de la cuantía de sanción, **POSTOBON S.A.**, señaló que la Ley 1480 de 2011 disponía los criterios que debían ser considerados para la graduación de la misma por parte de la Dirección, y que su aplicación dependía de las pruebas obtenidas durante la actuación sancionatoria. Añadió, que el *a quo* debía exponer las razones para su ponderación y cuantificación, para que la sanción resultara proporcional a la infracción.

Para dar respuesta a los reparos presentados por la sancionada, este Despacho se permite clarificar que tratándose del ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control bajo el espectro de la Ley 1480 de 2011, esta Entidad a través de sus Delegaturas busca que los derechos de los consumidores estén salvaguardados frente a algunas prácticas en las que pueden incurrir los agentes del mercado. Estas actuaciones administrativas, de conformidad con lo previsto en la ley pueden terminar con multas con el objeto de generar una disciplina en el mercado y a la vez, una real confianza entre los consumidores quienes podrán acudir ante las autoridades con la certeza de que sus derechos serán defendidos.

Esta Instancia considera importante aclarar que la sanción a imponerse debe cumplir una serie de requisitos para que la misma sea acorde con las normas que la regulan: el primero de ellos es la legalidad de la sanción, es decir, que esté creada en la ley, el segundo requisito es que se dosifique dentro de los parámetros cuantitativos establecidos por el legislador y, por último, que al momento de la graduación, se vele por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y motivación.

La Corte Constitucional en Sentencia C-412 de 2015, analizó el principio de proporcionalidad de la sanción y expuso:

*"La potestad sancionadora de la administración es una manifestación del ius puniendi estatal que consiste en la aplicación de medidas represivas por parte de las autoridades administrativas frente a los particulares (administrados) y a los servidores públicos cuando éstos incurrir en actuaciones que afectan y/o amenazan el ordenamiento jurídico.*

*Sobre la naturaleza jurídica de esta rama del derecho público, la jurisprudencia constitucional<sup>241</sup> ha señalado de manera constante que si bien este cuerpo normativo tiene por finalidad la preservación de bienes jurídicos protegidos, aun así está sometido a unos principios que operan como límites, a saber:*

<sup>241</sup> Sentencia C-616 de 2002, reiterado en Sentencia C-595 de 2010, C-089 de 2011, C-748 de 2011.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*(i) el principio de legalidad, que se traduce en la existencia de una ley que la regule; es decir, que corresponde sólo al legislador ordinario o extraordinario su definición. (ii) El principio de tipicidad que, si bien no es igual de riguroso al penal, sí obliga al legislador a hacer una descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción y a determinar expresamente la sanción<sup>242</sup>. (iii) El debido proceso que exige entre otros, la definición de un procedimiento, así sea sumario, que garantice el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, lo que incluye la designación expresa de la autoridad competente para imponer la sanción. (iv) **El principio de proporcionalidad que se traduce en que la sanción debe ser proporcional a la falta o infracción administrativa que se busca sancionar<sup>243</sup>** y (v) La independencia de la sanción penal; esto significa que la sanción se puede imponer independientemente de si el hecho que da lugar a ella también puede constituir infracción al régimen penal."*

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

*"(...) La segunda perspectiva en la que puede ser abordado el postulado se relaciona con el momento efectivo de la imposición de la sanción.<sup>244</sup> En este caso, la autoridad en mención deberá estar a las consecuencias del respeto del postulado de proporcionalidad, pues la sanción administrativa no puede resultar excesiva en rigidez "frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"<sup>245</sup>, ya que el principio busca que la autoridad se esté a las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción, limitando con ello el poder del funcionario administrativo para la imposición de la sanción<sup>246</sup> y obligándolo, en todo momento, a cumplir con lo prescrito por la ley."<sup>247</sup>*

En esta misma línea, la proporcionalidad "(...) no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos."<sup>248</sup>; igualmente, la Corte Constitucional en Sentencia C -564 de 2000, analizó el principio de proporcionalidad de la sanción y expuso lo siguiente:

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

*Este sistema de correspondencia entre sanciones y grupos de infracciones es una característica muy singular del derecho administrativo sancionador, puesto que lo propio del Derecho Penal es la correlación individualizada de delitos y penas... se trata de que con ella pueda superarse la dificultad técnica de individualizar normativamente varios miles*

<sup>242</sup> Sentencia SU-1010 de 2008

<sup>243</sup> Sentencia C-401 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>244</sup> En este evento, aun cuando el legislador no haya previsto un cuadro de dosimetría punitiva, no impide que la autoridad administrativa no deba aplicar el principio en mención. Así las cosas, la ausencia de criterios legales no autoriza a la Administración a imponer sanciones arbitrarias. En palabras de la Corte Constitucional, C-738/2006: "La apreciación del operador sancionatorio al momento de decidir sobre la aplicación de la multa no es una figura ajena al ordenamiento jurídico y, por tanto, no puede ser descalificada por el hecho de que los criterios de graduación no estén taxativamente indicados en la ley. (...) En últimas, aunque el legislador ejerce con amplia competencia la función de diseñar los procedimientos administrativos y judiciales, la observancia de la realidad fáctica y jurídica sometida a regulación constituye una exigencia de la normativa que garantiza, entre otras, la legitimidad constitucional del procedimiento".

<sup>245</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003. Expediente: D- 4059. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>246</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-564 del 17 de mayo del 2000. Expediente: D - 2542. Magistrado ponente: Alberto Beltrán Sierra.

<sup>247</sup> Ramírez-Torradó, María-Lourdes. "Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano", Revista Estudios Socio-Jurídicos, enero - junio 2010, volumen 12(1), Registro ISSN 0124-0579 ISSN 2145-4531. Pp. 155-172

<sup>248</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 18 de agosto de 2005. Expediente No. 524-01, Consejero Ponente. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

*de infracciones, que en el Código Penal no existe por el reducido número de delitos y faltas que se tipifican (...) <sup>249</sup>*”.

De conformidad con lo anterior, en el ejercicio de la potestad sancionadora, el Estado está habilitado para imponer sanciones correctivas destinadas a castigar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias<sup>250</sup>; por lo que los efectos derivados de la sanción son “(...) una carga a la cual está obligada a soportar como resultado de su no acatamiento a las disposiciones reglamentarias (...) <sup>251</sup>”.

En este sentido, la doctrina ha definido el concepto de sanción administrativa de la siguiente forma:

*“Así, Jorge Bermúdez distingue entre una noción amplia de sanción, como ‘toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta’, mientras que la noción estricta de sanción administrativa sería aquellas retribuciones negativas previstas como tales en el ordenamiento jurídico como consecuencia de una infracción administrativa (...) <sup>252</sup>”.*

Respecto del objeto de esta clase de sanción, en la cual “es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, de modo tal que cumpla con los fines públicos<sup>253</sup>”, se identifica como sus finalidades, además del correctivo, el generar un efecto sancionatorio, ejemplarizante y disuasivo.

Conforme con lo citado, el principio de proporcionalidad encuentra su desarrollo normativo en la creación por parte del legislador de los criterios para graduar la sanción a imponer, los cuales, para el caso en estudio, se encuentran en el párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, el cual establece lo siguiente:

*“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 los criterios anteriores, **POSTOBON S.A.**, indicó que la Dirección debía considerarlos para la graduación de la multa a ser impuesta, lo que en efecto este Despacho pudo constatar, pues el *a quo*, en el acto sancionatorio se refirió a los criterios establecidos en el numeral primero, el daño a los consumidores; en el numeral tercero, la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor; el numeral cuarto, la disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores; el numeral quinto, la disposición o no de colaborar con las autoridades competentes; el numeral sexto, el beneficio económico; el numeral séptimo, 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; y, el numeral octavo, el grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes.

<sup>249</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 564 del 17 de mayo de 2000. Magistrado ponente: Alberto Beltrán Sierra.

<sup>250</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-853 del 17 de agosto de 2005. Expediente: D- 5637.

<sup>251</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección “A”. Bogotá D.C., Sentencia del 27 de enero de 2005. Rad. No. 2001 – 0066.

<sup>252</sup> Cordero Quinzacara, Eduardo. “Concepto y Naturaleza de las Sanciones Administrativas en la Doctrina y Jurisprudencia Chilena”. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Volumen 20 N°. 1. Versión On-line ISSN 0718-9753 Coquimbo – Chile 2013.

<sup>253</sup> INDECOPI. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N°. 3346-del 16 de noviembre del 2012/SPC-INDECOPI Expediente 502-2010/ILN-CPC. Perú.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Ahora bien, esta Instancia se permite aclarar que del análisis del párrafo precitado no se desprende la obligatoriedad para el fallador de fundamentar la sanción en cada uno de los ocho criterios allí relacionados, por cuanto la aplicación de esas reglas de valoración de la sanción depende de su procedencia, es decir, la autoridad administrativa solo deberá tasar la sanción a imponer con base en los criterios que sean aplicables según las circunstancias probadas y propias del caso.

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

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

De otra parte, debe considerarse que la Corte Constitucional en materia de imposición de sanciones por parte de la administración, ha establecido en su jurisprudencia lo siguiente:

*"Para la Corte es claro que la potestad de evaluación de la gravedad de la falta debe dejarse a juicio de la Administración, pues sólo ella tiene conocimiento inmediato de la dimensión y repercusiones de la conducta reprochable. Por ello no resulta violatorio del principio de reserva de ley en materia sancionatoria que la Administración evalúe la gravedad de la conducta e imponga las sanciones dentro del marco establecido por el legislador, pues con que la ley haya determinado las faltas y las sanciones se entiende satisfecho el principio de legalidad"<sup>254</sup>*

Adicionalmente, se advierte que el artículo 61 de la norma en cita estableció unos rangos máximos que sirven de parámetro a la autoridad sancionadora para la determinación de la correspondiente sanción, permitiendo la imposición de multas por una cantidad que oscila entre uno (1) y dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este sentido, se observa que en el acto administrativo recurrido se valoró la gravedad de las faltas, se adecuó el monto de la sanción pecuniaria a la finalidad perseguida por las normas, se tuvieron en cuenta los criterios establecidos por las normas obligantes, asimismo se dio debida observancia y respeto a los rangos establecidos para su fijación, lo cual se tradujo en la aplicación del principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción. Así las cosas, la solicitud de la defensa de la reducción de la multa impuesta pues la misma correspondía al noventa y cinco por ciento (95%) de la suma máxima, es improcedente porque la sanción equivalente a mil novecientos (1.900) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de su imposición, se encuentra comprendida dentro de los límites establecidos por la norma y es proporcional frente a las infracciones verificadas.

En ese orden de ideas, en el ejercicio de la facultad discrecional con la que cuenta esta Entidad, se procedió a efectuar el ejercicio de la dosimetría de la sanción sin perder de vista los extremos máximos y mínimos previstos en la norma.

La sanción administrativa, traducida en el presente caso en la multa recurrida, ostenta un carácter preventivo. Tiene como objeto evitar la comisión de infracciones, buscando de este modo preservar los bienes jurídicos que el legislador decidió proteger, que en la presente actuación no son otros que los derechos de los consumidores. De tal manera que, si a pesar de lo anterior la infracción de las normas se comete, es necesario imponer una sanción para restablecer el ordenamiento jurídico y reafirmar la confianza en el derecho.

<sup>254</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1153 del 11 de noviembre del 2005. Expediente PE-024. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Tal como fue expuesto anteriormente, la decisión de sancionar a **POSTOBON S.A.**, se tomó teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, atendiendo a la naturaleza de la infracción y las implicaciones del incumplimiento de lo previsto en la normatividad cuya vulneración se reprocha en los derechos de los consumidores. Asimismo, el poder coercitivo de esta Entidad no fue ejercido en forma absoluta, toda vez que el monto de las multas fue impuesto atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen las actuaciones de la administración.

En los términos anteriores, coincide esta Instancia con lo señalado por la Corporación Colombiana de Padres y Madres - Red PaPaz<sup>255</sup> en el sentido que la multa impuesta tiene, entre otros propósitos, el objetivo de prevenir que **POSTOBON S.A.**, divulgue mensajes que resulten engañosos sobre las calidades atribuidas a los bienes por ella ofrecidos en el mercado, pudiendo inducir a error a los consumidores, entre los que se encuentran los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, las decisiones adoptadas por esta Entidad pretenden proteger a dicho sector de la población que tiene una relevancia significativa en el ordenamiento jurídico colombiano según las normas de rango constitucional e internacional. Por ello, y siguiendo lo solicitado por la tercera interesada, se rechazará la petición de la sancionada de reducir el monto de la multa impuesta, al encontrarse plenamente demostrado la infracción de los derechos de los consumidores a recibir información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, a recibir bienes de calidad de conformidad con las condiciones ofrecidas, a cumplir con las condiciones objetivas ofrecidas en la publicidad, a no recibir publicidad engañosa, a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a recibir información y publicidad en los términos dispuestos en el artículo 2.2.2.33.3 y en los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015, entre otros.

En complemento de lo anterior, encuentra este Despacho que de una lectura analítica del párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480, los criterios taxativos de graduación de la sanción enumerados allí, pueden categorizarse, según su aplicación, en tres grupos a saber: atenuantes, agravantes y mixtos.

En el primer grupo, atenuantes, se encuentra el criterio descrito en el numeral 8, "*(...) El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes (...)*".

En el segundo grupo, se encuentran como agravantes, los criterios números 1, 2, 3, 6 y 7 que corresponden a "*(...) el daño causado a los consumidores (...)*", "*(...) la persistencia en la conducta infractora (...)*", "*(...) la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor (...)*", "*(...) el beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción (...)*" y, "*(...) la utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos (...)*".

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

Pasa entonces este Despacho, a verificar la aplicación de los criterios de graduación de la sanción dispuestos en el párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 por parte de la Dirección en el acto administrativo impugnado y las inconformidades manifestadas por **POSTOBON S.A.**, en su escrito impugnatorio.

a) El daño causado a los consumidores:

<sup>255</sup> Radicado No. 17-424418-97.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

En lo que se refiere al criterio establecido en el numeral primero del párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, esto es el daño causado a los consumidores, la sancionada señaló que de conformidad con una lectura literal de la norma, el daño al que se hacía referencia no era, como lo consideró la Dirección, el potencial que pudiera perjudicar al universo de consumidores. Agregó, que el criterio debía aplicarse en cada caso, y no haciendo una evaluación general para todos los eventos.

Al hacer una revisión del acto administrativo sancionatorio, este Despacho evidenció que el *a quo* justificó la aplicación del criterio en cuestión, en el hecho que la afectación a la que hacía referencia, era diferente del daño cierto y resarcible, y aclaró que el mismo representaba la potencialidad con que la conducta infractora pudo perjudicar a un universo de consumidores por haber infringido las normas imputadas, las cuales correspondían a la vulneración de los derechos de los consumidores y de los niños, niñas y adolescentes a recibir bienes conforme a la calidad ofrecida, a obtener información adecuada y a ser protegidos contra la publicidad engañosa.

En relación con lo anterior, esta Instancia encuentra que la posición del fallador de instancia es correcta puesto 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 (...)**"<sup>256</sup>. (Destacado fuera del texto original).

En ese sentido, para el Despacho queda claro que con la sola existencia de potencialidad de daño frente a los consumidores por el incumplimiento, por parte de **POSTOBON S.A.**, de 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 la Superintendencia de Industria y Comercio, así como por la inobservancia a las órdenes impartidas por la Dirección, y el incumplimiento de lo establecido en el artículo 2.2.2.33.3 y en los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015, se corrobora la necesidad de protegerlos.

Así lo ha confirmado la Corte Constitucional en Sentencia T-466 de 2003, al señalar 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 (...)**". (Destacado fuera de texto original).

Al respecto, vale la pena citar las consideraciones hechas por la Corte Suprema de Justicia en atención a dilucidar la protección hecha por esta Superintendencia en las relaciones de consumo:

*"La relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente **el consumidor**, quien, **por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa**; por supuesto que **la profesionalidad del productor que lo hace experto en las materias técnicas científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras particularidades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja negocial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a reestablecer el equilibrio perdido**"<sup>257</sup>". (Destacado fuera del texto original).*

<sup>256</sup> 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".

<sup>257</sup> Sentencia del 30 de abril de 2009. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Por ello, en el régimen jurídico colombiano los derechos de los consumidores son tratados como derechos colectivos, intereses difusos y de grupo que exigen una protección especial, que le permite a la autoridad adelantar las averiguaciones que correspondan incluso de oficio, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el Régimen de Protección al Consumidor.

Así las cosas, para este Despacho es claro que en procedimientos administrativos sancionatorios como el que actualmente se analiza, ha de observarse que para la toma de una decisión, es suficiente evaluar si **POSTOBON S.A.**, cumplió con las obligaciones establecidas 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 la Superintendencia de Industria y Comercio, así como por la inobservancia a las órdenes impartidas por la Dirección, y el incumplimiento de lo establecido en el artículo 2.2.2.33.3 y en los numerales 1 y 2.2 del artículo 2.2.2.33.4 del Decreto 1074 de 2015, en salvaguarda del interés general, por lo que en este tipo de actuaciones no es necesario establecer el daño particular y ni siquiera la reclamación de un consumidor.

Adicionalmente, resulta necesario aclararle a la sancionada que el fin último que persiguen todas y cada una de las disposiciones en materia de protección al consumidor, es la defensa efectiva de los derechos de los consumidores, lo cual resulta acorde con lo previsto por el artículo 78 de la Constitución Política, conforme al cual *"La ley regulará el control de **calidad de bienes** y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, **así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización**. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios"* (Destacado fuera de texto original).

La ley, según este precepto constitucional, alude el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como a la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Para el fallador de instancia, **POSTOBON S.A.**, afectó el derecho de los consumidores a recibir información completa, transparente, oportuna, comprensible, precisa e idónea, transgrediendo sus derechos a elegir libremente e incidiendo en la decisión de consumo, por haber utilizado información no veraz, imprecisa y no verificable, haber incurrido en publicidad engañosa, e incumplido las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad y los requisitos de la propaganda comercial comparativa, junto con el hecho de haber comercializado bienes que no cumplieron con la calidad atribuida en la publicidad, entre otras.

Asimismo, señaló que dicha sociedad indujo a engaño, error o confusión los niños, niñas y adolescentes, como consumidores, por haber exagerado la verdadera naturaleza de la bebida *"HIT"*, con el objetivo de influir en sus decisiones de consumo, afectando sus derechos, ya que el impacto causado por la publicidad en ellos era mayor por su inmadurez mental y la facilidad para influenciarlos.

En el mismo sentido, para la Dirección, las conductas reprochadas y ejecutadas por **POSTOBON S.A.**, tuvieron la potencialidad de afectar la legítima confianza de los consumidores, quienes al comprar el bien *"HIT"*, lo hicieron convencidos de que aquello que les ofrecieron correspondía con la realidad, viendo frustradas sus expectativas al no haber sido así. Con ello, para el *a quo*, dicha sociedad infringió las normas que le imponían, en su calidad de anunciante y productor, la obligación de cumplir con los anuncios objetivos incluidos en la publicidad, y que los mismos realmente correspondieran con la realidad y fueran suficientes para evitar cualquier tipo de confusión.

El fallador de instancia, también tuvo en cuenta que la sancionada generó una percepción falsa y equivocada en los consumidores sobre los atributos y naturaleza de la bebida *"HIT"*, con la potencialidad de influenciar la decisión de consumo. Esto, ya que los elementos objetivos anunciados no se adecuaron con la realidad, afectando los derechos de los consumidores y de los niños, niñas y adolescentes. Evaluando la gravedad de las conductas, la Dirección consideró que

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

para la realización de las mismas, **POSTOBON S.A.**, utilizó medios para su difusión masiva, incluyendo la red social *YouTube*, y que las piezas de comunicación cuestionadas hicieron parte de campañas publicitarias grandes y voluminosas, dando continuidad a los mensajes transmitidos para persuadir a los consumidores de la compra de la bebida.

Así las cosas, como ya se explicó previamente, no se trata de restaurar los derechos de un individuo en particular sino de que las normas se cumplan con la seriedad prevista en aras de conservar la confianza de los administrados en la labor de las autoridades.

En el mismo sentido, en materia de infracción a los normas de protección del consumidor, el daño surge por el solo hecho de la infracción, cuya circunstancia implica la imposición de sanciones entre las cuales se contempla una multa cuyo monto no puede considerarse que sea destinado a la reparación de posibles consumidores afectados sino que dicha erogación dineraria pasaría a hacer parte del tesoro público: *“Esta figura **sanción**, que presenta un **claro sentido punitivo**, supone siempre una decisión administrativa como secuela de la realización de un ilícito y que **obliga al sujeto pasivo a una erogación dineraria a favor del tesoro público**”<sup>258</sup>.*

Por su parte, el Consejo de Estado ha considerado adecuada la valoración del número potencial de consumidores afectados realizada por esta Entidad en desarrollo del ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción impuesta, como se advierte a partir de lo siguiente:

*“(...) atendiendo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que de él se derivan, para lo cual razonó dentro de la siguiente perspectiva: ‘(...)Teniendo en cuenta los parámetros antes descritos, y **como resultado de un ejercicio de proporcionalidad y razonabilidad**, en que se tomó en cuenta la naturaleza de la infracción, los medios empleados para la divulgación de la información sobre el precio de los productos y servicios, así como **el correlativo número potencial de destinatarios de la misma**, se fijó el valor de la multa (...)”<sup>259</sup>.*

De conformidad con lo anterior, es preciso aclarar a **POSTOBON S.A.**, que el daño considerado por esta Delegatura es el contingente, el cual obedece a la potencialidad con que la conducta infractora puede afectar a un universo de consumidores. Consideración que fue validada por el Consejo de Estado, lo cual se corrobora a partir de la sentencia citada previamente, en la que se tuvo en cuenta para la tasación de la sanción impuesta el número potencial de consumidores que se pudieron ver afectados como consecuencia de la conducta infractora.

De lo anterior, se entiende que la calidad de los bienes ofrecidos, la información, la prohibición de incurrir en publicidad engañosa, la obligación de cumplir con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, y la protección especial de los niños, niñas y adolescentes, como bienes jurídicos protegidos, no se relacionan con un interés particular y privado, sino con los derechos de los consumidores en general, que pueden verse afectados cuando no se cumple con las características ofrecidas del bien, no se suministra información de conformidad con las exigencias legales, se incurre en publicidad engañosa, se incumplen las condiciones objetivas ofrecidas en la publicidad, y se irrespetan los derechos de un grupo poblacional en particular, sometido a protección especial por parte del Estado, por lo que el hecho de que no exista un daño cierto y particular no es óbice para que esta Superintendencia en ejercicio de sus funciones no pueda imponer las correspondientes sanciones por la transgresión de los citados deberes.

Asimismo, en lo relacionado con aquello que debe entenderse como afectación dentro del ámbito del derecho del consumidor el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

*“Es un hecho notorio que los almacenes **CARREFOUR** tienen una gran afluencia de público, la cual se debe, precisamente, a las promociones que ofrecen a través de los diferentes medios de publicidad (prensa, radio, televisión, etc.) y a la imagen que han creado en el público consumidor, quien acude al establecimiento atraído por las ofertas y convencido de que las mismas son serias y confiables, **razón por la cual, conductas***

<sup>258</sup> OSSA ARBELÁEZ Jaime, *Derecho Administrativo Sancionador*, Legis 2009, segunda edición, p. 559.

<sup>259</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 26 de septiembre de 2013. Radicación No. 25000-23-24-000-2007-00489-01. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

**como la observada por la actora tienen que ser ejemplarmente sancionadas, pues con ellas se ve afectada la credibilidad que el cliente tiene en el hipermercado**, quien en su condición de expendedor, en este caso, fue un intermediario entre el productor y el consumidor, recayendo en él, por tanto, la responsabilidad de que la información que suministra sea veraz y suficiente, cuestión que no ocurrió en el asunto en debate”.

Tales argumentos resultan aplicables tratándose de Carulla Vivero S.A., propietaria de numerosos supermercados e hipermercados ubicados en todo el territorio nacional, a los que confluye un número importante de consumidores **quienes confían en la información que brinda dicha cadena sobre los bienes y servicios allí ofrecidos**, entre otras, por el posicionamiento que sus supermercados han logrado dentro de ese sector, de donde se sigue que los errores allí detectados deben ser sancionados rigurosamente, **no sólo en razón de las ganancias adicionales percibidas por el establecimiento, sean o no significativas, sino, esencialmente, por el número de consumidores que vio afectada su credibilidad en dicha empresa**.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera Subsección 'A'), puesto que la demandante no logró desvirtuar la legalidad de los actos administrativos demandados<sup>260</sup>. (Destacado fuera del texto original).

En este orden de ideas, es posible concluir que no se requiere de un daño específico a uno o a algunos consumidores para que pueda tenerse por configurada la infracción administrativa, puesto que el juicio de reproche no depende de la existencia de una afectación de tipo particular, sino de la demostración de una infracción a un deber legal, en el entendido que con su materialización se está generando una situación que pone en riesgo los derechos de los consumidores.

Así, para el Despacho es claro que en actuaciones como ésta, el insumo para dar inicio a la actuación puede provenir de una queja, denuncia o del ejercicio oficioso de las actividades de inspección, vigilancia y control, pero para la toma de una decisión es suficiente evaluar si la sancionada cumplió con sus obligaciones establecidas en el régimen de protección al consumidor y si estaba a salvo la protección del interés general; por tal motivo, en este tipo de actuaciones no es necesario establecer el daño particular y la actuación de la administración no está condicionada a la queja de un consumidor.

Así las cosas, el recurrente confunde el concepto del daño que es propio de las actuaciones administrativas del daño que se exige en los procesos de responsabilidad civil en donde lo que se busca es una reparación del mismo. Sobre este último, la Corte Suprema de Justicia ha explicado “que consiste en la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana que repercute, en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible la desaparición del agravio<sup>261</sup>”.

Por lo anterior, el argumento del impugnante en el sentido de que el tenor literal de la norma no habla del daño contingente para un juicio de responsabilidad, queda desvirtuado.

Superado lo anterior, continúa este Despacho con la revisión de los reparos de la sancionada respecto de los demás criterios de graduación de la sanción.

b) Reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor:

En lo que corresponde a la aplicación del criterio establecido en el numeral tercero del párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, esto es la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor, el contradictor solicitó que el mismo se tuviera en cuenta para la dosificación de la multa, no obstante la Dirección consideró que el mismo no

<sup>260</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 25 de agosto de 2010 Rad. No. 25000-23-24-000-2002-00598-01.

<sup>261</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de abril de 2001, rad. 5502.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 4 1 13 2 DE 2021

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

resultaba aplicable, ya que la decisión de imponer una sanción en el expediente identificado con el radicado número 16-109447 no estaba en firme.

Este Despacho verificó que el *a quo* en el acto administrativo impugnado, advirtió que al momento de proferirse el mismo, se encontraba en trámite otra actuación administrativa sancionatoria en contra de **POSTOBON S.A.**, bajo el expediente número 16-109447 en la que, en primera instancia, se impuso una sanción por infracciones a las normas de protección al consumidor. No obstante, el fallador de instancia aclaró que dicha situación no sería tenida en cuenta como agravante, ya que la decisión no estaba en firme al no haberse resuelto el recurso de apelación interpuesto.

Respecto de las dos consideraciones anteriores, esta Instancia reconoce que bajo la actuación número 16-109447, se impuso a **POSTOBON S.A.**, una multa por la suma de mil cuatrocientos noventa millones seiscientos ocho mil ochocientos pesos M/cte. (\$1.490.608.800), equivalentes a mil ochocientos (1.800) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la imposición de la sanción, por la transgresión de los artículos 3 (numerales 1.1. y 1.3.), 6, 23, 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1., 2.1.1.1., 2.1.1.2., 2.1.2.1 y 2.1.2.3 del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Resolución No. 40215 del 28 de agosto de 2019<sup>262</sup>, que a su vez fue confirmada por la Resolución No. 56663 del 16 de septiembre de 2020<sup>263</sup>, a través de la cual la Dirección resolvió el recurso de reposición<sup>264</sup>.

Asimismo, esta Delegatura tuvo la oportunidad de resolver el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 40215 del 28 de agosto de 2019, en el sentido de confirmar en todos sus apartes, por las razones expuestas en la parte motiva de la Resolución No. 65868 de 20 de octubre de 2020<sup>265</sup>.

Así las cosas, de aplicar el criterio establecido en el numeral tercero del párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, esto es la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor, el mismo aplicaría como un agravante según lo que se explicó previamente al hacer una lectura analítica de la norma en cuestión.

No obstante lo anterior, este Despacho no puede aplicar dicho criterio como agravante de la sanción que se impuso por la Dirección mediante la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020, pues se estaría vulnerando el principio de *no reformatio in pejus* establecido en el numeral primero del artículo tercero de la Ley 1437 de 2011, según el cual:

**"Artículo 3o. 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. (...)"*

<sup>262</sup> Radicado 16-109447-36.

<sup>263</sup> Radicado 16-109447-46.

<sup>264</sup> También resolvió incorporar la documentación aportada por el recurrente, confirmar el acto impugnado en el entendido que la multa equivale a 41.862,80225798298 UVT, conceder el recurso de apelación y desglosar los documentos obrantes a folios 649 y 652 (CD's) archivándolos en el cuaderno reservado del cuaderno principal.

<sup>265</sup> Radicado 16-109447-52.



Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

En este orden de ideas, en aras de cumplir a cabalidad la garantía al debido proceso y el principio de *non reformatio in pejus*<sup>266</sup>, el cual impide en esta Instancia agravar la situación del apelante único, y actuando el Despacho de conformidad con la ley, se procederá a confirmar la multa impuesta a **POSTOBON S.A.**, identificada con el 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), equivalentes a mil novecientos (1.900) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la imposición de la sanción, correspondientes a 4.6839,82643862162 UVT.

Lo anterior, pues de aplicar el criterio para la graduación de la sanción invocado por el recurrente, sería como agravante de la multa aumentando su valor ya que existe una sanción previa en firme bajo el radicado número 16-109447, lo que infringiría el mencionado principio.

Consecuentemente, los argumentos de la defensa para la aplicación del criterio establecido en el numeral tercero del parágrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, esto es la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor, serán desestimados.

c) Disposición o no de colaborar con las autoridades competentes:

En lo que se refiere al criterio establecido en el numeral quinto del parágrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, esto es la disposición o no de colaborar con las autoridades competentes, el impugnante rechazó las consideraciones hechas al respecto por la Dirección, en cuanto a que durante el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado, se presentaron algunas contradicciones que en apariencia pretendían inducir a error a esta Superintendencia, debido a que las piezas publicitarias suministradas en la etapa de averiguación preliminar, y que fueron objeto de reproche, fueron cambiadas.

Respecto de este asunto, el *a quo* advirtió que la información relacionada con la difusión de dos de las piezas de comunicación bajo estudio, había sido modificada por **POSTOBON S.A.**, durante el procedimiento sancionatorio. Así, según el fallador de instancia, a través del radicado número 17-424418-30, se indicó que el comercial identificado con el código "IBOPE 1789155", fue transmitido en televisión nacional hasta el día 31 de mayo de 2017<sup>267</sup>. Sin embargo, de conformidad con lo señalado por la tercera interesada, dicha pieza estuvo publicada en *YouTube* hasta el día 8 de septiembre de 2018<sup>268</sup>. Además, de los anexos aportados con el escrito de descargos<sup>269</sup>, la sanciona adjuntó certificaciones expedidas por OMD COLOMBIA S.A.S. como su agente de medios, en las que constaba que la transmisión de dicha pieza finalizó el día 13 de octubre de 2015.

En igual forma, de la misma información aportada con el radicado número 17-424418-30, pero respecto del comercial identificado con el código "IBOPE 1882684", la Dirección comprobó que la sancionada acreditó que había sido transmitido por televisión nacional hasta el día 22 de mayo de 2017<sup>270</sup>. No obstante, de acuerdo con lo reportado por la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz<sup>271</sup> dicha pieza de comunicación estuvo disponible en *YouTube* hasta el día 8 de septiembre de 2018. Ahora bien, de los anexos aportados con el escrito de descargos<sup>272</sup>, se allegaron certificaciones expedidas por OMD COLOMBIA S.A.S., informando que la transmisión de dicho comercial finalizó el día 27 de octubre de 2016.

En lo que se refiere al asunto bajo cuestión, este Despacho advirtió las mismas irregularidades invocadas por el *a quo* en el acto impugnado. Tal y como se señaló en el acápite i) *Caducidad de*

<sup>266</sup> "Como se observa, el segundo inciso de la norma en cita, constitucionalizó, a su vez, el postulado del rechazo a la *reformatio in pejus*, esto es, la prohibición de reformar en peor la providencia cuando se trate de apelante único. (...) Pues bien, la prohibición de la *reformatio in pejus* se torna en un principio constitucional con carácter de derecho fundamental para el apelante único, por habérlo incansablemente profesado esta Corporación. En sana lógica, es evidente que quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales. La situación del apelante puede mejorarse pero nunca hacerse más gravosa. Cobra, por supuesto, mayor vigor esta garantía cuando quiera que se trate de actuaciones penales, pues si el apelante es único frente a una sentencia de condena, es claro que su objetivo es lograr que se mejore su situación disminuyendo la pena, pero jamás, que se empeore." Corte Constitucional. Sentencia T- 291 del 6 de abril de 2006. Expediente T-1249393. Magistrado Ponente. Jaime Araújo Rentería

<sup>267</sup> Esto, fue respaldado con la certificación expedida por Caracol Televisión S.A

<sup>268</sup> Consecutivo 28 dentro del expediente número 17-424418

<sup>269</sup> Consecutivo 50 dentro del expediente número 17-424418

<sup>270</sup> Esto, fue respaldado con la certificación expedida por Caracol Televisión S.A.

<sup>271</sup> Consecutivo 28 dentro del expediente número 17-424418

<sup>272</sup> Consecutivo 50 dentro del expediente número 17-424418.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

la facultad sancionatoria del presente acto administrativo, del comercial identificado con el código "IBOPE 1789155", se reportaron varias fechas diferentes para determinar hasta cuándo el mismo estuvo en circulación. En el escrito de descargos, y según las certificaciones expedidas por OMD COLOMBIA S.A.S., agencia de medios de la sancionada, el comercial finalizó su transmisión el **día 13 de octubre de 2015**. De conformidad con lo manifestado por **POSTOBON S.A.**, en el radicado número 17-424418-30, el comercial en cuestión se transmitió por televisión nacional hasta el día **31 de mayo de 2017**, lo cual coincide con la certificación expedida por Caracol Televisión S.A. Por otra parte, la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, aseguró que dicha pieza de comunicación estuvo publicada en *YouTube* hasta el día **8 de septiembre de 2018**.

Asimismo, del comercial identificado con el código "IBOPE 1882684" esto es el "Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40S / 1882684 HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT", este Despacho también identificó tres posibles fechas respecto de las cuales el mismo había salido de circulación. De los anexos aportados junto con el escrito de descargos, las certificaciones expedidas por OMD COLOMBIA S.A.S., el comercial finalizó el **27 de octubre de 2016**. Del radicado número 17-424418-30, el mismo se transmitió por televisión nacional hasta el día **22 de mayo de 2017**, conforme certificación expedida por Caracol Televisión S.A. De lo señalado por la Corporación Colombiana de Padres y Madres –Red PaPaz, la pieza de comunicación estuvo publicada en *YouTube* **hasta el día 8 de septiembre de 2018**.

Así las cosas, este Despacho puede concluir con certeza que del material probatorio obrante en el expediente, se reportaron varias fechas que generaron confusión respecto a la época hasta la cual las piezas publicitarias "IBOPE 1789155" e "IBOPE 1882684" estuvieron en circulación, lo que dificultó la labor investigativa de esta Autoridad en ejercicio de sus funciones como policía administrativa. Por las razones expuestas, es posible concluir que las afirmaciones en cuestión se sustentaron en pruebas y no partieron de suposiciones, como erróneamente lo aseveró el contradictor.

En consecuencia, las alegaciones del recurrente en cuanto a que la política de **POSTOBON S.A.**, era colaborar con todas las autoridades, que la aparente contradicción se debió a un error de **IBOPE** al identificar las piezas de comunicación ya que eran nombres similares, y que dicha sociedad construye país, trabajando con y para los colombianos por más de cien (100) años, con tradición y reputación de ser responsable, viéndose afectada con afirmaciones como las de la Dirección, no son de recibido para este Despacho ya dichas razones no eximen a **POSTOBON S.A.**, del cumplimiento de las disposiciones legales infringidas y tampoco constituyen causales de exoneración de la sanción.

Respecto de los reparos del censor, es pertinente precisar que los eximentes o causales de exoneración de responsabilidad, los ha definido la doctrina, así:

*"Por causal exonerativa de responsabilidad se entiende aquella causa que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad. En este sentido, las causales de exoneración impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad. (...) Las causales exonerativas de responsabilidad pueden liberar totalmente al demandado de responsabilidad (...)"<sup>273</sup>*

Así las cosas, la determinación de las causales de exoneración de responsabilidad, se encuentran a cargo del Legislador, tarea que fue cumplida en la Ley 1480 de 2011 en el parágrafo segundo del

<sup>273</sup> Patiño, Héctor. Responsabilidades extracontractuales y causales de exoneración Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano Ponencia presentada en el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia. Julio de 2007. Pág. 198.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

artículo 61<sup>274</sup> en concordancia con los artículos 16<sup>275</sup>, 22<sup>276</sup>, parágrafo del 24<sup>277</sup> y 32<sup>278</sup>, según el caso en concreto.

Para alegar la concurrencia de una causal de exoneración de responsabilidad, tal y como se citó, se exigen unos requisitos que se deben cumplir para quien solicita su aplicación, entre otros: identificar la causal o causales de exoneración previstas en la norma especial que reglamente la materia, sustentar la ocurrencia de la misma y demostrar el nexo causal<sup>279</sup> de estas con la infracción.

La carga probatoria y de motivación que se debe soportar y cumplir para que opere la causal de exclusión de responsabilidad invocada, se encuentra a cargo de quien la alega, por cuanto estas causales no son un instrumento legal en el que baste ser invocado de forma genérica, sino que debe mediar prueba o al menos condiciones específicas para que prospere.

Respecto del requisito de sustentación de la ocurrencia de la causal de exoneración, se debe precisar que debe determinarse como cumplido en el evento en que se encuentren demostrados los tres elementos generales aplicables a todos los eximientes de responsabilidad, los cuales son: **la irresistibilidad, imprevisibilidad del hecho aducido y su exterioridad respecto del sancionado**<sup>280</sup>.

<sup>274</sup> El parágrafo segundo del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, establece: "Artículo 61. Sanciones La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios: (...) Parágrafo 2°. Dentro de las actuaciones administrativas solo serán admisibles las mismas causales de exoneración de responsabilidad previstas en el Título 1 de esta ley. (...)".

<sup>275</sup> El artículo 16 de la Ley 1480 de 2011, dispone: "Artículo 16 Exoneración de responsabilidad de la garantía. El productor o proveedor se exonerará de la responsabilidad que se deriva de la garantía, cuando demuestre que el defecto proviene de:

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

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

<sup>276</sup> El artículo 22 de la Ley 1480 de 2011, establece: "Artículo 22. Exoneración de responsabilidad por daños por producto defectuoso. Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito;
2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado;
3. Por hecho de un tercero;
4. Cuando no haya puesto el producto en circulación;
5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma;
6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley.

Parágrafo. Cuando haya concurrencia de causas en la producción del daño, la responsabilidad del productor podrá disminuirse."

<sup>277</sup> El artículo 24 de la Ley 1480 de 2011, establece: "Artículo 24. Contenido de la información. La información mínima comprenderá: (...) 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."

<sup>278</sup> El artículo 32 de la Ley 1480 de 2011, establece "Artículo 32. Causales de exoneración de responsabilidad. El anunciante solo podrá exonerarse de responsabilidad, cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación."

<sup>279</sup> Como concepto genérico, por nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la circunstancia aducida y el efecto derivado.

<sup>280</sup> "En cuanto tiene que ver con (i) **la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo** pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados.

Por lo demás, **si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano;** basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:

**«La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida»**

En lo referente a (ii) **la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia", toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación", entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia,** cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho ayuda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

Sin embargo, **el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de "imprevisto" de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual "imprevisible será cuando se trate**

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

Puntualizados los aspectos de las causales de exoneración de responsabilidad y en especial los requisitos relevantes para su procedencia, en análisis del cumplimiento de ellos con lo aducido en el recurso, se encuentra que lo argüido, esto es, que por la intención de **POSTOBON S.A.**, siempre ha sido colaborar con todas las autoridades, que la aparente contradicción se debió a un error de **IBOPE** al identificar las piezas de comunicación, y que construye país, trabajando con y para los colombianos por muchos años, viéndose afectada con sanciones impuestas por esta Superintendencia, no cumplen con los elementos necesarios para tenerse como un eximente o causal de exclusión de responsabilidad y por ende como un argumento que enerve la responsabilidad de la sancionada, por lo que no está llamado a prosperar.

Con base en lo argumentos anteriores, esta Instancia confirmará la decisión adoptada por la Dirección en el acto administrativo impugnado, estimando improcedente su revocatoria y la reducción del monto de la multa.

### viii) Consideración final.

Revisada la actuación, este Despacho encontró que en el artículo primero de la parte resolutive de la Resolución No. 37544 de 16 de julio de 2020, se identificó como sancionada a GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., identificada con Nit. 890.903.939-5.

Sobre el particular, esta Instancia evidenció que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, por escritura pública No. 4596 del 18 de noviembre de 2020, de la Notaría 16 de Medellín, inscrita en la Cámara de Comercio el día 24 de noviembre de 2020, con el No. 26850 del Libro IX, la sociedad GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., cambió su denominación o razón social a **POSTOBON S.A.**, identificada con Nit. 890.903.939-5, situación que no da lugar a duda respecto del sujeto pasivo de la actuación administrativa.

Así las cosas, es preciso traer a colación el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011, conforme al cual "(...) [e]n cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, y sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras (...)".

En consecuencia, como en la resolución que resolvió el recurso de reposición, esto es la Resolución No. 34679 de 4 de junio de 2021, no se efectuó la corrección del nombre de la sancionada con base en la modificación del registro mercantil, es procedente a hacer su corrección, a fin de evitar eventuales confusiones.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

*de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia". La recien referida acepción del vocablo "imprevisible" evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.*

*No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concurra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.*

*Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo "inimaginable" de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones.*

(...).

*Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultar ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración al menos con efecto liberatorio pleno de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirte de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada" Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Ibid.*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación.

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR** el artículo PRIMERO de la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020, "Por la cual se decide una actuación administrativa", únicamente en relación con el nombre de la sancionada, el cual quedará así:

**"ARTÍCULO PRIMERO: IMPONER** una multa a **POSTOBON 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 Mensuales Vigentes, que corresponde a **46839,82643862162** unidades de valor tributario –UVT, a la fecha de la presente resolución de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**PARÁGRAFO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá efectuarse utilizando la forma universal de recaudo, consignando en efectivo o cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No 062-87028-2, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, Código Rentístico No 03, NIT. 800.176.089-2, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución, pago que debe acreditarse en la ventanilla de la Tesorería de esta Superintendencia con el original de la consignación, donde le expedirán el recibo de caja aplicado a la resolución sancionatoria. Vencido este plazo se cobrarán intereses por cada día de retraso, liquidados a la tasa del 12% efectivo anual."

**ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR** en todos sus apartes la Resolución No. 37544 del 10 de julio de 2020, la que a su vez fue confirmada por la Resolución No. 34679 del 4 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente decisión a **POSTOBON S.A.**, identificada con el Nit. 890.903.939-5, a través de su apoderado especial, entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra ella no procede ningún recurso.

**ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente decisión a la tercera interesada la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES - RED PAPAZ** identificada con el Nit. 830.130.422-3, a través de su apoderado especial, entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra ella no procede ningún recurso.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los 01 JUL 2021

### LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

  
**MARÍA CAROLINA CORCIÓN MORALES**

#### Notificaciones

Sancionada:	POSTOBON S.A.
Identificación:	NIT. 890.903.939-5
Apoderado:	Jairo Rubio Escobar
Identificación:	C.C. No. 79.108.890
Tarjeta profesional:	T.P. 35.306 del Consejo Superior de la Judicatura
Dirección 1:	Calle 94 A No. 13-34 of 102
Ciudad:	Bogotá D.C.
Dirección 2:	jrubio@rubioescobar.com

Tercera interesada:	CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPAZ
Identificación:	Nit. 830.130.422-3
Apoderado:	Andrés Vélez Serna
Identificación:	C.C. No 1.020.714.052
Tarjeta profesional:	197.394 del C. S de la Judicatura
Dirección 1:	Calle 103 N° 14A - 53
Dirección 2:	director@redpapaz.org