



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 37544 DE 2020

(10 de julio de 2020)

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Radicación N° 17-424418

VERSIÓN PÚBLICA

LA DIRECTORA DE INVESTIGACIONES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales, en especial por las conferidas por la Ley 1480 de 2011, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y el Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus facultades legales, conoció de la queja interpuesta por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-**, radicada con el número 17-424418 (fls. 1 a 42), en contra de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** identificada con el Nit 890.903.939 - 5, por considerar que la publicidad de los productos “**HIT**” con el slogan “*Elige Hit, la fruta de Verdad*” anunciada por la nombrada sociedad estaba destinada a incentivar, de manera engañosa, el consumo de dicha bebida en niños, niñas y adolescentes.

Adicionalmente, la quejosa manifestó que su denuncia pretende que se proteja a la población infantil en su calidad de consumidores y como grupo de especial protección respecto de dos comerciales publicitarios de los productos “**HIT**” con el slogan “*Elige Hit, la fruta de Verdad*”, los cuales se encuentran contenidos en el CD obrante a folio 42 de expediente y anexo a la queja, distinguidos con los nombres de “*1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s*” y “*1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s*” de la subcarpeta denominada “*Anexo 3 – Pruebas documentales*” de la carpeta “*Anexos*”.

Dentro de su queja, **RED PAPÁZ** realizó un amplio análisis de los mensajes publicitarios de los citados comerciales, del contenido nutricional de productos “**HIT**” y de los fundamentos de derecho, en los cuales incluyó normatividad nacional e internacional relacionada con el trámite prevalente e interpretación a favor de los menores de edad, así como con la regulación sobre alimentos no saludables; para concluir que “*los mensajes objetivos que contiene la publicidad de productos HIT con el slogan ‘Elige Hit, la fruta de verdad’: i) que Hit es jugo, ii) que Hit es fruta [de verdad], iii) que Hit es saludable y iv) que Hit es un alimento ideal para la lonchera, es decir para el consumo diario de los niños, no coinciden con la realidad del producto, no es información veraz, idónea ni precisa. De acuerdo con los conceptos de nutricionistas y dietistas profesionales sobre el producto (...) su contenido presenta un exceso de azúcar, no es un jugo y su contenido de fruta no presenta una contribución positiva a la nutrición ni al desarrollo del cuerpo humano. En conclusión, la publicidad de los productos Hit con el slogan ‘Elige Hit, la fruta de verdad’ induce engañosamente a NNA, padres, madres y cuidadores a adquirir un producto con la idea de que este posee características nutricionales beneficiosas para los NNA, las cuales no tiene.*”

Junto con su queja, la denunciante adjuntó en medio magnético (CD) los siguientes documentos:

1. “*Videos correspondientes a piezas publicitarias de productos Hit con el slogan ‘Elige Hit,*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

- la Fruta de Verdad’.*
- 2. Muestras de los empaques de los productos Hit.*
- 3. Documento ‘Modelo de perfil de nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud’.*
- 4. Concepto técnico de la nutricionista dietista, Adriana Zuleta Franco, sobre el contenido nutricional de los productos anteriormente descritos.*
- 5. Concepto técnico de la Mg. en Nutrición Humana y Fisiología, Mercedes Mora Plazas, sobre el contenido nutricional de los productos anteriormente descritos.*
- 6. Resultados del estudio de laboratorio de productos Hit, solicitado por la organización Educar Consumidores.*
- 7. Firmas de apoyo a petición ‘Abramos la Lonchera’.”*

SEGUNDO: Que mediante radicado 17-424418-1, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor procedió a remitir copia íntegra de la queja descrita en el considerando anterior al **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA-** para lo de su competencia.

TERCERO: Que con base en el considerando primero, en cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, en especial las establecidas en el Decreto 4886 de 2011 y acorde con lo dispuesto en la Ley 1480 de 2011, esta Dirección, mediante el oficio con radicado N° 17-424418 -6 (fl. 50) requirió a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** para que allegara la información que se relaciona a continuación:

- “1. Informar desde qué fecha está comercializando el producto denominado ‘jugos Hit’. (En adelante el producto).*
- 2. Remitir la totalidad de piezas publicitarias (indistinto del medio de divulgación, televisión, redes sociales, etc) emitidas durante los dos últimos años en relación con el producto. Discriminando los medios y frecuencia con la cual se emitieron.*
- 3. Aportar los estudios técnicos, científicos y/o académicos en idioma español en los cuales se sustenten las siguientes afirmaciones:*
 - a) ‘Elige Hit la fruta de verdad’*
 - b) ‘Porque Hit es fruta de verdad’*
 - c) ‘Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugo Hit’*
 - d) Mi mamá sabe que me encanta la fruta. Por eso en mi lonchera siempre hay Hit. Porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá’*
- 4. Anexar los empaques y/o etiquetas de las diferentes presentaciones del producto.*
- 5. Allegar la ficha técnica del producto.*
- 6. Aportar copia del Registro Sanitario del producto, expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA.*
- 7. Explicar los motivos por los cuales se puede catalogar al producto ‘jugos Hit’ como ‘Lo mejor para la lonchera de tus hijos’ (Aportar las pruebas que sustenten su respuesta).*
- 8. Informar cuál es el contenido de fruta que contiene el referido producto.*
- 9. Explicar de manera clara y concisa a que hace alusión la afirmación ‘fruta de verdad’.*
- 10. Remitir las relaciones de peticiones, quejas y reclamos recibidas durante el año 2017 y lo corrido del 2018 relacionadas con el citado producto, en la que se indique, como mínimo, la siguiente información: i) fecha de presentación, ii) nombre del quejoso, iii) motivo de la queja y, iv) trámite dado a la misma.”*

CUARTO: Que mediante escrito con radicado N° 17-424418- 10 del 8 de agosto de 2018 (fls. 56 - 78), **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. –POSTOBÓN-**, a través de su apoderado, Dr. **LUIS JORGE P. SÁNCHEZ GARCÍA**, dio respuesta al requerimiento de información descrito en el considerando anterior.

QUINTO: Que a través de los oficios distinguidos con los consecutivos 13 y 14 del radicado de la referencia (fls. 81-84), este Despacho reconoció como tercera interesada a la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPÁZ-** para intervenir en el presente asunto en los términos del artículo 38 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: Que dentro de la etapa preliminar, se requirió nuevamente a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** (fls. 86 y 87), ordenándole: *“1. Informar cuántas campañas publicitarias del producto ‘Jugos Hit’ ha realizado para los años 2017 y 2018, identificado e individualizando cada una de ellas; 2. Describir cada una de las campañas publicitarias efectuadas en los años 2017 y 2018 para el producto ‘Jugos*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Hit”; 3. Indicar con precisión y claridad todas y cada una de las fechas de inicio y terminación de las campañas publicitarias y a su vez, las fechas de publicación de las pautas utilizadas con ocasión al producto ‘Jugos Hit’. 4. Precisar cuáles son los medios utilizados -v.gr. radio, televisión, redes sociales, etc.- para las campañas publicitarias del producto ‘Jugos Hit’ realizadas en los años 2017 y 2018; 5. Remitir copia de todas y cada una de las piezas que componen las campañas publicitarias objeto del presente requerimiento, incluyendo las piezas digitales.”.

SÉPTIMO: Que en respuesta al requerimiento anterior, el apoderado **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** previo a dar contestación puntual a cada uno de los ítems indagados, mediante el radicado N° 17-424418-17 (fls. 88-99), manifestó que: “*bajo la denominación ‘HIT’ ofrece un diverso portafolio de productos, dentro de los cuales encontramos : Jugo, Néctar, refrescos de fruta y bebidas con jugo, entre otros y esta es una aclaración que para el suscrito resulta a todas luces relevante porque de esta manera podemos entender de mejor manera el contexto de cada una de las piezas, pero sobre todo, el cómo deben ser observadas las mismas.*”. Particularmente, respecto a lo requerido por este Despacho, el profesional del derecho enlistó las campañas llevadas a cabo durante los años 2017 y 2018, describiendo cada una de ellas e informando las fechas, medios y formatos de emisión, además de incorporar cada una de las piezas publicitarias en el DVD-RW que adjuntó con su respuesta y que obra a folio 99 del expediente.

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

NOVENO: Que esta Dirección, a través del Grupo de Trabajo de Supervisión Empresarial y Seguridad de Producto, practicó visita de inspección administrativa en los sitios web que a continuación se relacionan, cuya navegación se recopiló y grabó en medio magnético -CD-, que hace parte integral del informe que obra a folios 117 y 118 del expediente.:

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

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

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.”

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

DÉCIMO SEGUNDO: Que mediante escrito distinguido con el radicado N° 17-424418-28, la tercera interesada dio respuesta al requerimiento descrito en el considerando inmediatamente anterior, en el que informó que las piezas publicitarias objeto de su denuncia fueron difundidas en “YouTube” hasta el 8 de septiembre de 2018 y aportó como prueba para acreditar su dicho la impresión de un correo

electrónico emitido desde el e:mail ajdiaz@google.com.

DÉCIMO TERCERO: Que para contestar el requerimiento efectuado por este Despacho por medio de los oficios números 17-424418-23/ 24, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, a través de su apoderado y mediante el escrito 17-424418-30 (Fls. 167 – 169), informó los datos requeridos respecto a lo relacionado con el proceso creativo, desarrollo y difusión del material publicitario concerniente a la marca *“HIT”* y adjuntó un CD contentivo de la relación de las piezas publicitarias difundidas entre el año 2015 a 2018, en la que se indica *“refereid, referencia, marca, producto, medio, vehículo, soporte, aviso, cadena - editorial, hora - página, franja, año, mes, día – semana, fecha, total - duración y total – inserción”* de 18.721 emisiones en 2015 y 2016; así como de 69.410 difusiones en los años 2017 y 2018.

DÉCIMO CUARTO: Que en atención a la información recaudada en la etapa preliminar, esta Dirección por medio de la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019 (Fls. 175 - 189), inició investigación administrativa mediante formulación de cargos en contra de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, en donde las imputaciones fácticas endilgadas, fueron las que a continuación se transcriben:

“27.1. Imputación fáctica N° 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.

(...)

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

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

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

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

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

locutor: Elige Hit, la fruta de verdad’

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

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

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

Al indagar a la investigada sobre los estudios técnicos, científicos y/o académicos que soportan esa expresión, ella manifestó, de manera general respecto a todas las proclamas indagadas, que se trataban de ‘afirmaciones pura e indiscutiblemente subjetivas, las mismas, no requieren de soporte técnico o científico alguno que acredite su veracidad’; no obstante, al cuestionarle sobre los motivos por los cuales se puede catalogar al producto ‘jugos Hit’ como ‘lo mejor para la lonchera de tus hijos’, entre otras cosas, indicó lo siguiente:

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

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

² Artículo 3 de la Resolución 3929 de 2013

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

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

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

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

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

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

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

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

‘(...) se busca exaltar las bondades del jugo o pulpa de las frutas como ingrediente que se emplea en todo el portafolio de la marca Hit. En ningún momento se indica que el producto

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

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

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

es 100% fruta, (...) Las declaraciones objeto de revisión, parten de un ingrediente aprobado en el Registro Sanitario y que contiene el producto’.

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

(...)

‘VERDAD

(...)

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

5. f. Cualidad de veraz.

7. f. **realidad** (ll existencia real de algo).

(...)

de verdad

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

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

(...)⁷

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

Conforme a lo expuesto en el presente sub-numeral, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor habrá de verificar si la proclama ‘Elige Hit, la fruta de verdad’

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

⁶ Locución adverbial

⁷ dle.rae.es

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

anunciada por la investigada en su publicidad infringe lo dispuesto en los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con en el artículo 2. 1. 1. y el literal a) del numeral 2.1.1.1. del capítulo 2 del título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

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

‘- Niño1: Haber mamá déjame explicarte ...

-Niña1: si hay un experto en frutas, esa soy yo mami

-2 niños más: yo, y yo mamá.

- Niña2: lo primero que probé en mi vida fue una fruta.

-2 niñas: es que me encanta, me encanta

-niño 2: yo hago lo que sea por la fruta

-Entonces mamá, si me vas a dar algo de tomar...

-Niña 3 y Niño 2: que sea Hit

-Niño 3: porque Hit sabe a fruta de verdad

-Niño 2: en los sabores y formas que más nos gustan

-Niña 1: no te dejen confundir mami

- Niño 1: Hit es fruta de verdad, ¿entiendes?

-locutor: Si les gusta a ellos nos gusta a todos, elige Hit, la fruta de verdad’

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

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

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

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

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

‘**Ser. 1.** copulat⁸. U. para afirmar del sujeto lo que significa el atributo’.

‘**Ser. 2.** m. Esencia o naturaleza’.⁹

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

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

⁸ Verbo copulativo

⁹ dle.rae.es

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

imputación en las publicidades que a continuación se relacionan.

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

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

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

*De lo anunciado en esta pauta publicitaria, considera este Despacho que se estaría realizando una afirmación objetiva sobre las características del producto, en tanto que al informar que ‘contiene 20% de fruta’ se le estaría atribuyendo una condición susceptible de comprobación y como quiera que no obra en el expediente prueba alguna que permita verificar la misma, compete a la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, en el curso de la presente investigación, verificar si el refresco de fruta hit sabor a mandarina fabricado por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** cumple o no con la calidad informada en la publicidad, en los términos de los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

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

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

Partiendo de esa premisa resulta necesario para esta Dirección verificar si la proclama ‘al mejor precio’ anunciada por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** cuenta con los soportes documentales que lo demuestren, tal como lo exige los numerales 2.1.2.2. y 2.1.2.6. de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio; situación que habrá de ser objeto de investigación a efecto de comprobar si la procesada se encuentra incurso en la vulneración de los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1. y 2.1.1.1. literal b) de la mentada Circular Única.

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

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

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

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

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

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

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

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

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

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

‘mucho, cha.

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

(...)

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

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

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

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

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

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

‘natural

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

(...)

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

(...)

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

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

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

En resumen, para concluir todo lo expuesto a través de este numeral **27.1**, considera esta Dirección que la información entregada por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. – POSTOBÓN S.A.** a los consumidores a través [de] su publicidad, aparentemente carece de claridad, veracidad, verificabilidad, precisión, suficiencia e idoneidad en relación con las características atribuidas a su producto refresco de frutas ‘HIT’ (variedades), en la medida que, no hay prueba en el expediente que demuestre el cumplimiento de las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, configurándose con ello además de la imputación endilgada una presunta vulneración de los derechos de los consumidores a recibir productos de conformidad con las condiciones ofrecidas y a obtener una información completa, veraz, transparente oportuna, verificables, comprensible, precisa e idónea respecto del producto refresco de frutas ‘HIT’ (variedades), tal como lo dispone los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3 de la Ley 1480 de 2011.

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

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

(...).

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

- 1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s
- 1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s
- HIT JUGOS-REF 30-30
- 608587-HIT ENTREVISTA ESCUCH JUANITA
- 1789155-HIT LONCHERA
- 1856472-HIT TIENDA RETORNABLE V2
- 1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N
- 1909824-HIT LONCHERA V2
- 1947551-HIT TEMATICA PERRO
- 1947568-HIT CAFETERIA
- 1952801-HIT LONCHERA 10
- 1952990-HIT PERRO 25

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

Así las cosas, del estudio de las anteriores piezas publicitarias, este Despachó evidenció que en los comerciales titulados ‘1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’, ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’, ‘1789155-HIT LONCHERA’, ‘1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N’, ‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’, ‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’ y ‘HIT JUGOS-REF 30-30’, se declaran características y/o condiciones objetivas de los productos ‘HIT’ que pueden ser engañosas o confusas y/o que pueden inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que pueden carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad tal como quedó ampliamente expuesto en el desarrollo de la imputación anterior, cuyos argumentos se tienen por reproducidos en este cargo, configurándose con ello una aparente vulneración al derecho de los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de recibir una información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos ofrecidos (artículo 2.2.2.2.33.3. del Decreto 1074 de 2015); así como un consecuente incumplimiento por parte [de] **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** a las obligaciones de evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con sus características y de no exagerar su naturaleza (artículo 2.2.2.2.33.4. numerales 1 y 2.2. ídem).

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

(...)

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

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

(...)

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

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

27.3.2.1. En cuanto a las piezas publicitarias que anunciaron el producto ‘HIT’ requeridas, aparentemente no se aportaron en su ‘totalidad’, toda vez que no se encontraron aquellas mediante las cuales se promocionó el refresco de fruta Hit en la variedad de maracuyá, a pesar que el mismo fue publicitado mediante la cuña radial denominada ‘HIT JUGOS 500 ML –LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20’ y el comercial titulado ‘HIT JUGOS-REF 30-30’, tal

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

como se evidencia en el CD obrante a folio 116 y aportado por la tercera interesada a través del escrito distinguido con el número 17-424418-20.

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

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

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

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

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

DÉCIMO QUINTO: Que la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019, fue notificada de forma electrónica a la tercera interesada –**CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-** el 6 de junio de 2019 y, mediante aviso, a la investigada el día 18 del mismo mes y año, de conformidad con la certificación obrante a folio 221 de este expediente.

DÉCIMO SEXTO: Que de manera paralela, el 31 de mayo de 2019, esta Dirección también expidió la Resolución N° 19023, por la cual se decidió la solicitud de medidas cautelares elevada por la tercera interesada en su mismo escrito de queja, la cual fue notificada de forma electrónica a la tercera interesada –**CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-** el 6 de junio de 2019.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que dentro del término oportuno para presentar descargos a la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019, la investigada **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, a través de su apoderado, radicó escrito identificado con el N° 17-424418-50 del 15 de julio de 2019 (fls. 224 a 363), en donde se pronunció frente a cada uno de los cargos endilgados, solicitó se le exonerara de responsabilidad y, adicionalmente, entre otras cosas, señaló:

“En vista de esa concentración de cargos antes enunciada, consideramos que solo remitiéndose a las consideraciones del Despacho puede entenderse la estructura de la imputación, lo cual valga decirlo, eventualmente puede resultar contrario a los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionatorio y de allí que para esta parte resulta necesario, más allá de responder a los cargos formulados puntualmente, pronunciarse frente a las consideraciones del acto administrativo para así estructurar y ejercer nuestro derecho de defensa”.

DÉCIMO OCTAVO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, mediante la Resolución N° 51018 del 30 de septiembre de 2019 (fls. 367 - 374), ordenó la apertura del período

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

probatorio, incorporó y otorgó valor probatorio a los documentos recaudados en la etapa de averiguación preliminar, así como a los aportados por la investigada con sus descargos; accedió a la prueba testimonial solicitada por la accionada y negó el decreto de la prueba de inspecciones judiciales también pedida por la investigada, y decretó las siguientes pruebas de oficio: i) Trasladar al presente expediente la copia de la actuación preliminar identificada con el radicado **15-271838** surtida en este Despacho; ii) Oficiar al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA-, para que allegara los registros sanitarios de los refrescos de frutas denominados *“Hit Postobón”, “Soka – Alpina”, “Pulpy – Colanta” y “Pulpy del Valle – Coca Cola”*, con sus respectivas fichas técnicas y todas sus modificaciones, adiciones y/o cualquier otra variación, en todas sus presentaciones y sabores, emitidos desde el año 2017 hasta el 31 de mayo de 2019; y iii) Ordenar a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** que allegara a esta Dirección, en un término de veinte (20) días hábiles contados a partir de la comunicación de la resolución en mención, lo siguiente:

- 8.3.1. *“Balance General vigencias 2017 y 2018, firmado por el Revisor Fiscal.*
- 8.3.2. *Estado de Resultados correspondiente al año 2017 y primer semestre de 2018, firmado por el Revisor Fiscal.*
- 8.3.3. *Relación de ventas en medio magnético formato Excel (.xls), del producto denominado ‘Refresco Hit’ (incluir todas sus presentaciones y sabores), comercializados desde el 1 de agosto al 31 de diciembre de 2017. Deberá indicar: fecha de venta, descripción del producto, referencia, cantidad, y precio total cancelado.*
- 8.3.4. *Peticiones, quejas y reclamos recibidas desde el 1 de agosto al 31 de diciembre de 2017, cuyo motivo esté relacionado con el producto denominado: “Refresco Hit”. Esta información debe ser presentada en medio magnético formato Excel (.xls), debe contener fecha de radicación, quejoso, motivo- breve descripción y tramite.*
- 8.3.5. *Relación de los medios a través de los cuales se emitieron las piezas publicitarias objeto de investigación, donde se mencione el canal (radio, prensa, Tv, entre otros), frecuencia, fecha y ámbito (regional o nacional).*
- 8.3.6. *Ficha técnica del producto ‘Refresco Hit’ (incluir todos los sabores y modificaciones, en caso de haber sufrido alguna)”.*

DÉCIMO NOVENO: Que la Resolución N° 51018 del 30 de septiembre de 2019 fue comunicada en debida forma tanto a la investigada como a la tercera interesada, el 30 de septiembre y el 2 de octubre de 2019, respectivamente, conforme se acredita con la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Notificaciones y Certificaciones de esta Entidad, obrante a folio 434 del expediente.

VIGÉSIMO: Que en cumplimiento a lo ordenado en el artículo sexto del nombrado acto administrativo, esta Dirección practicó dentro del expediente distinguido con el radicado N° **15-271838** el desglose, en fotocopia, de los folios 1, 2, 10, 13, 15-19 y 24-47 y, en original, de las pruebas obrantes a folios **3** -CD, contentivo del comercial de televisión-; **4** –envase refresco de fruta HIT Frutas Tropicales de 500 ml.-; **20** –2 etiquetas de los refrescos de frutas del valle de los sabores lulo y naranja y 1 etiqueta del refresco HIT en la variedad mora-; **21** –empaquete refresco del valle sabor a mora y empaque de refresco HIT en la variedad frutas tropicales-; **22** –USB, contentiva de 3 archivos en formato Excel, uno en Word, dos en PDF y 3 carpetas que contienen *“piezas publicitarias”, “presentaciones comerciales otros productos” y “presentaciones comerciales HIT”* y en el folio **23** -2 botellas del producto HIT Frutas Tropicales en presentación de 300 y 500 ml.-, con destino a la presente investigación administrativa, tal como se acredita con el acta de desglose de fecha 1º de octubre de 2019 y anexos obrantes a folios 378 a 423 del expediente.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en atención a lo resuelto en el artículo cuarto de la resolución de apertura del período probatorio, en el que se accedió al decreto del testimonio la señora **HILDA JULIANA QUINTERO**, nutricionista de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. –POSTOBÓN S.A.-**, solicitado por la investigada, quien fue citada en debida forma para que el 17 de octubre de 2019 se llevara a cabo su testimonio; sin embargo, el día 16 del mismo mes y año, la nombrada sociedad, a través de su apoderado, presentó el memorial radicado con el consecutivo 59 del expediente de la referencia (fl. 427), en el que desistió de dicha prueba testimonial, en los términos del artículo 175 del Código General del Proceso; desistimiento que fue aceptado por esta Dirección durante la diligencia que se llevó a cabo en el lugar, fecha y hora fijados en la Resolución N° 51018 de 2019, en presencia del apoderado de la tercera interesada (Fls. 435 y 436).

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que conforme a lo solicitado al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA-, mediante el oficio N° 17-424418-56 de fecha 1° de octubre de 2019 (fl. 377), en virtud de la prueba decretada en el artículo séptimo de la Resolución N° 51018 de 2019, dicha autoridad a través del consecutivo 70 del radicado referenciado, el 7 de noviembre del mismo año, allegó a esta Dirección los documentos requeridos (fls. 450-778).

VIGÉSIMO TERCERO: Que la tercera interesada por intermedio de apoderado, a través de comunicación de fecha 17 de octubre de 2019, radicada con el número N° 17-424418-60 (fls. 428-432), solicitó, entre otras cosas, que de manera oficiosa se practicaran los testimonios de los profesionales MERCEDES MORA PLAZAS y JUAN CAMILO MESA PINILLA, además que se suspendiera el período probatorio. Cuya petición fue resuelta por esta Dirección mediante el consecutivo 65 del mismo radicado, negando la interrupción del proceso e informándole que la solicitud de pruebas se resolvería en la etapa procesal correspondiente.

VIGÉSIMO CUARTO: Que de manera paralela al trámite de esta investigación administrativa, ante la negativa de esta Dirección de expedirle a la tercera interesada copia del escrito de descargos y anexos presentados por la investigada, la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-** interpuso recurso de insistencia que, en efecto diferido, se tramitó en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien declaró parcialmente mal denegada la petición de información y, consecuentemente, ordenó a este Despacho entregarle a la peticionaria copias del escrito de descargos solicitado, pero sin sus anexos, decisión de fecha 24 de octubre de 2019 que fue radicada en la Superintendencia de Industria y Comercio con los números 19-221680, 19-229474, 19-254629 y 19-255238 (fls. 779 – 805) y a la cual se dio estricto cumplimiento por parte de la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor.

VIGÉSIMO QUINTO: Que dentro del término señalado por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor en la Resolución N° 51018 del 30 de septiembre de 2019 *“Por la cual se ordena la apertura del período probatorio y se decretan pruebas de oficio”*, la investigada mediante los escritos radicados con los consecutivos 68 y 72 del número 17-424418, de fecha 30 de octubre y 14 de noviembre de 2019, respectivamente, aportó los documentos requeridos de oficio, los cuales se encuentran contenidos en medio magnético (CD), obrantes en el cuaderno reservado del expediente (fls. 447 y 814) por tener el carácter de confidenciales al hallarse dentro del supuesto de hecho descrito en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011¹¹, sustituido por la Ley 1755 de 2015.

VIGÉSIMO SEXTO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor mediante la Resolución N° 994 del 21 de enero de 2020 (fls. 815-819), ordenó el cierre del período probatorio, incorporó y otorgó valor probatorio a los documentos desglosados de la actuación distinguida con el radicado N° 15-271838, así como de los aportados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA- y la investigada; así mismo, en ese acto administrativo se rechazó la solicitud de pruebas testimoniales elevada por la tercera interesada, se incorporaron las actuaciones llevadas a cabo con ocasión al recurso de insistencia formulado por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-**, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y se corrió traslado para alegar de conclusión, cuya resolución se comunicó en debida forma tanto a la investigada como a la tercera interesada el 23 de enero de 2020, de conformidad con certificación obrante a folio 822 del expediente.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que la sociedad investigada, a través de su apoderado, allegó los escritos identificados con el radicado N° 17-424418-78/79 del 6 de febrero de 2020 (fls. 851 a 897), contentivos de sus alegatos de conclusión, en donde realizó un resumen de los actos procesales surtidos en esta investigación, así como un análisis de lo probado en el proceso respecto de cada una de la imputaciones endilgadas, reiterando su posición de no infracción a las disposiciones legales y consecuente solicitud de archivo de la investigación y, finalmente, efectuó un estudio de los

¹¹ **“ARTÍCULO 24. INFORMACIONES Y DOCUMENTOS RESERVADOS.** Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

(...)

5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

(...)

PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información”.

presupuestos para la graduación de la sanción, establecidos en el parágrafo 1º del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que la tercera interesada, allegó escrito identificado con el radicado N° 17-424418-77 del 6 de febrero de 2020 (fls. 823 a 850), contentivo de sus alegatos de conclusión y dividido en tres acápite titulados así: *“I. Hechos”, “II Demostración de Cargos Formulados a Postobón y Normas infringidas”* y *“III. Necesidad de Imposición de Sanción a Postobón”*.

VIGÉSIMO NOVENO: Que en el curso de la investigación administrativa se tuvieron en cuenta las siguientes pruebas:

- 29.1. Queja presentada por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-**, radicada con el número 17-424418-0, con sus respectivos anexos (fls. 1 - 42).
- 29.2. Copia del oficio distinguido con el radicado N° 17-424418-1, mediante el cual la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor procedió a remitir copia íntegra de la queja descrita en el considerando anterior al **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA-** (Fl. 43).
- 29.3. Requerimiento de información dirigido a la investigada e identificado con el consecutivo 6 del radicado de la referencia (Fl. 50).
- 29.4. Respuesta de la investigada al requerimiento efectuado por esta Dirección radicada con el número 17-424418-10 (folios 56 a 77) y con la cual adjuntó los siguientes anexos:
 - 29.4.1 Poder otorgado por GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. – POSTOBÓN S.A. al Dr. LUIS JORGE SÁNCHEZ GARCÍA.
 - 29.4.2 Certificado de existencia y representación legal de GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. - POSTOBÓN S.A.
 - 29.4.3 USB que contiene, en medio magnético, los siguientes documentos:
 - 29.4.3.1 *“PIEZAS PUBLICITARIAS”* (33):
 - 29.4.3.1.1. *“595674-HIT 1 LITRO-PRUEBA RETORNABLE FAMILIA*
 - 29.4.3.1.2. *608587-HIT ENTREVISTA ESCUCH JUANITA*
 - 29.4.3.1.3. *618208-HIT NVO SABOR MANDARINA AHORA*
 - 29.4.3.1.4. *622709-HIT 15 LITROS- DÍAS FAMILIA NVO 2000 PES*
 - 29.4.3.1.5. *624321-HIT NVO SABOR GUANÁBANA*
 - 29.4.3.1.6. *1789155- HIT LONCHERA*
 - 29.4.3.1.7. *1856472- HIT TIENDA RETORNABLE V2*
 - 29.4.3.1.8. *1882684-HIT COMERCIAL TEMÁTICO HIT N*
 - 29.4.3.1.9. *1909824-HIT LONCHERA V2*
 - 29.4.3.1.10. *1947551-HIT TEMÁTICA PERRO*
 - 29.4.3.1.11. *1947568-HIT CAFETERÍA*
 - 29.4.3.1.12. *1952801 –HIT LONCHERA 10*
 - 29.4.3.1.13. *1952990–HIT PERRO 25*
 - 29.4.3.1.14. *1953099–HIT 1 LITRO-SERVIDA*
 - 29.4.3.1.15. *1956257–HIT JUGOS-CAFETERÍA 10*
 - 29.4.3.1.16. *1956259–HIT 1 LITRO- SERVIDA 10*
 - 29.4.3.1.17. *1959358–HIT HIT CAFETERÍA 10*
 - 29.4.3.1.18. *1959362–HIT HIT CAFETERÍA 5*
 - 29.4.3.1.19. *1959363–HIT JUGOS-HIT LONCHERA 5*
 - 29.4.3.1.20. *1960039–HIT 1 LITRO-HIT SERVIDA 5*
 - 29.4.3.1.21. *1970750–HIT MANDARINA*
 - 29.4.3.1.22. *1995147–HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017*
 - 29.4.3.1.23. *Acompaña las loncheras de tus hijos con hit*
 - 29.4.3.1.24. *El nuevo hit de mandarina llegó para quedarse, con más fruta*
 - 29.4.3.1.25. *HIT 1 LITRO-FALLE FAMILIA 10-10*
 - 29.4.3.1.26. *HIT 1 LITRO-FAMILIA 5-5*
 - 29.4.3.1.27. *HIT 1 LITRO-FAMILIA 10-10*
 - 29.4.3.1.28. *HIT1 LITRO-HIT SERVIDA 5-5*
 - 29.4.3.1.29. *HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20*
 - 29.4.3.1.30. *HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

- 29.4.3.1.31. HIT CAFETERÍA 5-5
- 29.4.3.1.32. HIT LONCHERA 5-5
- 29.4.3.1.33. HIT MEJOR SABOR A FRUTA”.

29.4.3.2 “Relación de Piezas publicitarias”: “Resumen Pautas publicitarias REFRESCO DE FRUTA HIT”.

29.4.3.3 “EMPAQUES Y/O ETIQUETAS”:
 “REFRESCO DE FRUTA HIT – DURAZNO
 REFRESCO DE FRUTA HIT – LULO
 REFRESCO DE FRUTA HIT – MANGO
 REFRESCO DE FRUTA HIT – MORA
 REFRESCO DE FRUTA HIT – NARANJA PIÑA
 REFRESCO DE FRUTA HIT – TROPICALES”

29.4.3.4 “FICHAS TECNICAS”:
 “F T PRODUCTO HIT LULO
 F T PRODUCTO HIT MANGO
 F T Producto Hit Mora
 Hit durazno
 Hit frutas tropicales
 Hit naranja piña”

29.4.3.5 “COPIA REGISTRO SANITARIO”: “RSA-002557-2016 RefrescoFrutaPasteurizadoHitAddIntensificadorSabor”.

29.4.3.6 “PORCENTAJE DE FRUTA”: “Porcentaje de fruta productos Hit”.

29.4.3.7 “PQR”: “PQR PRODUCTOS HIT”.

29.4.3.8 “DOCUMENTOS INVESTIGACIÓN ANTERIOR ARCHIVADA 15-271838”:
 “REQUERIMIENTO EFECTUADO POR LA SIC
 OFICIO DE ARCHIVO
 RES No. 12078 RESUELVE REVOCATORIA CONFIRMA ARCHIVO”.

29.5. Oficios distinguidos con los consecutivos 13 y 14 del radicado de la referencia, contentivos del reconocimiento como tercero interesado de la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPÁZ-** (fls. 81-84).

29.6. Nuevo requerimiento de información a la investigada, mediante los consecutivos 15 y 16 del radicado número 17-424418 (folios 86 y 87).

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

29.7.1. CERTIFICACIONES MEDIOS DE COMUNICACIÓN:

29.7.1.1. “Cert hit y citrus

29.7.1.2. CERTIFICACIÓN CRC RADIO NÉCTAR HIT

29.7.1.3. CERTIFICACIÓN CRC TV HIT

29.7.1.4. CERTIFICACIÓN CRC TV NÉCTAR HIT

29.7.1.5. CERTIFICACIÓN FOX HIT

29.7.1.6. CERTIFICACIÓN HIT MEDIWISE – DISCOVERY_

29.7.1.7. CERTIFICACIÓN J&M NÉCTAR HIT

29.7.1.8. CERTIFICACIÓN OLÍMPICA HIT

29.7.1.9. CERTIFICACIÓN OLÍMPICA ST NÉCTAR HIT

29.7.1.10. CERTIFICACIÓN OLÍMPICA ST NÉCTAR, HIT, CITRIN

29.7.1.11. CERTIFICACIÓN POSTOBÓN – NÉCTAR J&M COMUNICACIONES

29.7.1.12. CERTIFICACIÓN POSTOBÓN – NÉCTAR UTPDB

29.7.1.13. CERTIFICACIÓN POSTOBÓN – NÉCTAR UTPPC

29.7.1.14. CERTIFICACIÓN RCN TV HIT

29.7.1.15. CERTIFICACIÓN RCN TV NÉCTAR HIT

29.7.1.16. CERTIFICACIÓN UTPBD NÉCTAR HIT

29.7.1.17. CERTIFICACIÓN UTPPC Néctar HIT

29.7.1.18. Certificaciones hit

29.7.1.19. CERTIFICACIONES OMD FINAL”

29.7.2. "PAUTAS PUBLICITARIAS": Cuatro (4) carpetas denominadas: Citrus, Digital, Néctar y Refrescos:

CITRUS: "Radio":

"619810 - CITRUS PET LITRO Y MEDIO

619811 - CITRUS PET LITRO Y MEDIO

622709 - CITRUS PET LITRO Y MEDIO

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

DIGITAL: "Piezas con pauta digital Enero 2017 a Septiembre 2018"

NÉCTAR:

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

"RADIO": "597026 - CARNAVAL DE BARRANQUILLA"

"TV": "1940713 - NECTAR HIT TETRA 200ML"

REFRESCOS:

HIT EMOCIONAL:

"RADIO": "608587 - HIT EMOCIONAL ENTREVISTA"

"TV NACIONAL":

"1947551 - HIT EMOCIONAL PERRO 40

1947568 - HIT EMOCIONAL CAFETERIA 20

1952801 - HIT EMOCIONAL TETRA 200 ML 10

1952990 - HIT EMOCIONAL PERRO 25

1953099 - HIT EMOCIONAL LITRO RETORNABLE 20

1956257 - HIT EMOCIONAL CAFETERIA 10

1956259 - HIT EMOCIONAL LITRO RETORNABLE 10

1959358 - HIT EMOCIONAL CAFETERIA 10

1959362 - HIT EMOCIONAL CAFETERIA 5

1959363 - HIT EMOCIONAL TETRA 200 ML 5

1960039 - HIT EMOCIONAL LITRO RETORNABLE 5"

"TV SUSCRIPCIÓN":

"1952801 - HIT EMOCIONAL TETRA 200 ML 10

1956257 - HIT EMOCIONAL CAFETERIA 10

1956259 - HIT EMOCIONAL LITRO RETORNABLE 10"

"HIT LITRO RETORNABLE":

"RADIO": "595674 - HIT LITRO RETORNABLE"

"HIT Y HAMBURGUESAS EL CORRAL":

"RADIO": "599865 - HIT Y HAMBURGUESAS EL CORRAL"

"LANZAMIENTO DE HIT GUANABANA":

"RADIO": "624321 - LANZAMIENTO DE HIT GUANABANA"

"LANZAMIENTO DE HIT MANDARINA":

"RADIO": "618208 - LANZAMIENTO DE HIT MANDARINA"

"TV NACIONAL": "1970750 - LANZAMIENTO DE HIT MANDARINA"

"LITRO TETRA HIT":

"RADIO":

"628738 - LETRA 1 LITRON

629669 - LITRO TETRA HIT MENCION
630278 - LITRO TETRA HIT MENCION"

"TV NACIONAL": "1995147 - LITRO TETRA HIT"

29.7.3. "RELACIÓN PAUTAS": "RESUMEN INVERSION HIT".

- 29.8. Requerimiento dirigido a la investigada a través de los oficios número 17-424418-18 / 19 (Fls. 100 y 101).
- 29.9. Escrito radicado con el consecutivo 20 del número de la referencia presentado por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPAZ-**: (fls. 103-116), mediante el cual anexó CD con los siguientes archivos:
"HIT JUGOS 500 ML-LLEGO NVO MARACUYA MUCHA-20"
"HIT JUGOS-REF 30-30"
"Invima"
- 29.10. Informe de visita administrativas de inspecciones a sitios web utilizados por la investigada (fls. 117 y 118).
- 29.11. Respuesta a requerimiento efectuado por la investigada, mediante radicado número 17-424418-22 (Fls. 119 – 155), a través del cual aportó CD contentivo de los archivos que a continuación se relacionan y que hacen parte de la carpeta denominada "MECÁNICA HOLA HIT":
- 29.11.1 "Estrategía talkers HIT 17102018
 - 29.11.2 FB SCREENSHOT POST 1
 - 29.11.3 FB SCREENSHOT POST 2
 - 29.11.4 FB SCREENSHOT POST 3
 - 29.11.5 FB SCREENSHOT TALK PROFILE
 - 29.11.6 IG SCREENSHOT 3
 - 29.11.7 IG SCREENSHOT POST 1
 - 29.11.8 IG SCREENSHOT POST 2
 - 29.11.9 IG TALK PROFILE
 - 29.11.10 INFORMACION PARA VALIDADORES
 - 29.11.11 Reporte talkers Hit - Oct 16"
- 29.12. Requerimiento a la investigada a través de los oficios 17-424418-23 y 17-424418-24 (fls. 156 y 157).
- 29.13. Requerimiento identificado con el número 17-424418-25 dirigido a la tercera interesada (fl. 158).
- 29.14. Contestación a requerimiento presentado por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPAZ-**, distinguida con el radicado N° 17-424418-28, a través de la cual aportó como la impresión de un correo electrónico emitido desde el e:mail ajdiaz@google.com (fls. 162-165).
- 29.15. Respuesta radicada por la investigada con el número 17-424418-30 (fls. 167-169), mediante la cual anexó CD con el archivo denominado "RELACIÓN DE PIEZAS EN ALTA 2015 al 2018".
- 29.16. Certificación de fecha 2 de julio de 2019 expedida por AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA., que contiene los precios de los productos refrescos de fruta comercializados por diferentes empresarios durante el año 2017 (fls. 277-278).
- 29.17. Certificación de fecha 28 de junio de 2019, contentiva de la investigación de mercados cualitativa practicada en mayo de 2019, expedida por SL RESEARCH COLOMBIA S.A.S. (fls. 279 – 286).
- 29.18. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como "TEMÁTICA VERSIÓN 1" y reportada con el código IBOPE 1789977 (fl. 287).
- 29.19. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como "TEMÁTICA REDUCCIÓN V1" y reportada con el código IBOPE 1841774 (fl. 288).
- 29.20. Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como "TEMÁTICA REDICCIÓN" y reportada con el código IBOPE 1798443 (fl.

289).

- 29.21.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“TEMÁTICA”* y reportada con el código IBOPE 1788954 (fl. 290).
- 29.22.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“TEMÁTICA 1”* y reportada con el código IBOPE 1806020 (fl. 291).
- 29.23.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“REF 30”* y reportada con el código IBOPE 2054355 (fl. 292).
- 29.24.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“REF 20”* y reportada con el código IBOPE 2054354 (fl. 293).
- 29.25.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“MANDARINA”* y reportada con el código IBOPE 1970750 (fl. 294).
- 29.26.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“LONCHERA V3”* y reportada con el código IBOPE 1928977 (fl. 295).
- 29.27.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“LONCHERA V2”* y reportada con el código IBOPE 1909824 (fl. 296).
- 29.28.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“LONCHE”* y reportada con el código IBOPE 1789155 (fl. 297).
- 29.29.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“LANZAMIENTO2017”* y reportada con el código IBOPE 1995147 (fl. 298).
- 29.30.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“HIT TEMÁTICA + PULPAS”* y reportada con el código IBOPE 1907766 (fl. 299).
- 29.31.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“FAMILIA 5”* y reportada con el código IBOPE 2011341 (fl. 300).
- 29.32.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“FAMILIA 10”* y reportada con el código IBOPE 2017252 (fl. 301).
- 29.33.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“FALLA FAMILIA 10”* y reportada con el código IBOPE 2019837 (fl. 302).
- 29.34.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“COMERCIAL TEMÁTICA HIT N”* y reportada con el código IBOPE 1882684 (fl. 303).
- 29.35.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“20SEGV1”* y reportada con el código IBOPE 2058004 (fl. 304).
- 29.36.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“TETRA V2”* y reportada con el código IBOPE 2092573 (fl. 305).
- 29.37.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“TETRA”* y reportada con el código IBOPE 2094370 (fl. 306).
- 29.38.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como *“TETRA”* y reportada con el código IBOPE 2091133 (fl. 307).
- 29.39.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

- publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “CAFETERÍA 10” y reportada con el código IBOPE 1956257 (fl. 308).
- 29.40.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “SERVIDA 10” y reportada con el código IBOPE 1956259 (fl. 309).
- 29.41.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “CAFETERÍA” y reportada con el código IBOPE 1947568 (fl. 310).
- 29.42.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “CAFETERÍA 10” y reportada con el código IBOPE 1959358 (fl. 311).
- 29.43.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “LANZAMIENTO2017” y reportada con el código IBOPE 1995147 (fl. 312).
- 29.44.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “TIENDA RETORNABLE V2” y reportada con el código IBOPE 1856472 (fl. 313).
- 29.45.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “LONCHERA 10” y reportada con el código IBOPE 1952801 (fl. 314).
- 29.46.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “PERRO 25” y reportada con el código IBOPE 1952990 (fl. 315).
- 29.47.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar que no ordenó ninguna pauta publicitaria para POSTOBÓN S.A. con su marca HIT en canales infantiles durante los años 2017, 2018 y enero a mayo de 2019 (fl. 316).
- 29.48.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “MEJOR SABOR A FRUTA” y reportada con el código IBOPE 2011348 (fl. 317).
- 29.49.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “HIT LONCHERA 5” y reportada con el código IBOPE 1959363 (fl. 318).
- 29.50.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar que no ordenó ninguna pauta publicitaria para POSTOBÓN S.A. con su marca HIT en televisión nacional y cable de la referencia HIT MARACUYÁ (fl. 319).
- 29.51.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “HIT CAFETERÍA 5” y reportada con el código IBOPE 1959362 (fl. 320).
- 29.52.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “TEMÁTICA PERRO” y reportada con el código IBOPE 1947551 (fl. 321).
- 29.53.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “SERVIDA” y reportada con el código IBOPE 1953099 (fl. 322).
- 29.54.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar la orden de publicación en televisión nacional y cable de la pauta publicitaria del producto marca HIT referenciada como “HIT SERVIDA 5” y reportada con el código IBOPE 1960039 (fl. 323).
- 29.55.** Certificación expedida por OMD Colombia S.A.S., mediante la cual hace constar que POSTOBÓN S.A. no tiene participación publicitaria en la franja familiar del fin de semana (6:00 a 11: 59 am.) en los canales nacionales, ni en los locales ni regionales, así como en el total de la programación de todos los canales infantiles de televisión por suscripción (fl. 324).
- 29.56.** Certificación de fecha julio de 2019, expedida por Postobón S.A., mediante la cual describe el programa Hit social (fl. 325).
- 29.57.** Certificación expedida por la Asociación de Productores de Mora del Municipio de Belén de Umbria Risaralda _Asmobel, mediante la cual hace constar que es proveedora de Nutrium S.A.S. desde el año 2007 dentro del marco del programa HIT social (fl. 326).

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

- 29.58.** Certificación expedida por la Asociación de Moreros de Santa Rosa de Cabal, mediante la cual hace constar que es proveedora de Nutrium S.A.S. y Postobón (fl. 327).
- 29.59.** Certificación expedida por la Asociación de Productores Orgánicos de Tolda Vieja Ronces Valles - Tolima –Asotolda-, mediante la cual hace constar que es proveedora de Nutrium S.A.S. desde el año 2015 dentro del marco del programa HIT social (fl. 328).
- 29.60.** Certificación expedida por la Asociación de Productores de Lulo del Municipio de Belén de Umbría, mediante la cual hace constar que es proveedora de Nutrium S.A.S. desde el año 2015 dentro del marco del programa HIT social (fl. 329).
- 29.61.** Constancia expedida por el Director Nacional de Producción de **POSTOBÓN S.A.**, donde certifica que desde el año 2015 no se fabrica el producto “*HIT REFRESCO DE NARANJA*” (fl. 330).
- 29.62.** Constancia expedida por la Coordinación de Investigación y Desarrollo de **POSTOBÓN S.A.**, donde certifica que no existe en la base de datos de la sociedad referencia de la etiqueta Hit refresco de naranja (fl. 331).
- 29.63.** Constancia expedida por la Coordinación de Investigación y Desarrollo de **POSTOBÓN S.A.**, donde certifica el porcentaje de fruta contenido en los refrescos de fruta HIT (fls. 332 y 333).
- 29.64.** Certificación expedida por la sociedad MARKET TEAM S.A., a través de la cual acredita la realización de un estudio de percepción de “HIT” (fls. 334-361).
- 29.65.** USB que contiene los siguientes archivos digitales (fl. 362):
- 29.65.1. *“Certificación de fecha 5 de julio de 2019, expedida por la Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia (ANDA), mediante la cual hace constar la afiliación de Postobón S. A., a la citada Asociación.*
 - 29.65.2. *Copia del Acta de visita de inspección sanitaria realizada por el INVIMA a la planta de Gaseosas LUX Bogotá (centro productos de HIT, por medio de la cual se certifica que la planta cumple con Buenas Prácticas de Manufactura (BPM).*
 - 29.65.3. *Copia del Acta de visita de inspección sanitaria realizada por el INVIMA a la planta de Postobón Malambo (centro productos de HIT, por medio de la cual se certifica que la planta cumple con Buenas Prácticas de Manufactura (BPM).*
 - 29.65.4. *Copia del Acta de visita de inspección sanitaria realizada por el INVIMA a la planta de Postobón Medellín (centro productos de HIT, por medio de la cual se certifica que la planta cumple con Buenas Prácticas de Manufactura (BPM).*
 - 29.65.5. *Copia del Acta de visita de inspección sanitaria realizada por el INVIMA a la planta de Postobón Pereira (centro productos de HIT, por medio de la cual se certifica que la planta cumple con Buenas Prácticas de Manufactura (BPM).*
 - 29.65.6. *Copia del Acta de visita de inspección sanitaria realizada por el INVIMA a la planta de Postobón Yumbo (centro productos de HIT, por medio de la cual se certifica que la planta cumple con Buenas Prácticas de Manufactura (BPM).*
 - 29.65.7. *Certificados de Estabilidad Microbiológica efectuada por la Dirección de Investigación y Desarrollo de Postobón S. A., para el producto refresco de fruta HIT en sus variedades Naranja Piña, Mora, Lulo, frutas tropicales, Mango, Durazno, y Maracuyá, en el año 2017.*
 - 29.65.8. *Certificación de fecha 3 de julio de 2019 expedida por Nutrium S.A.S., proveedora de la pulpa de fruta que sirve de materia prima para la fabricación del producto refresco de fruta HIT, mediante la cual se describe el proceso de las pulpas antes señaladas.*
 - 29.65.9. *Certificación de fecha 27 de junio de 2019 expedida por Nutrium SAS, proveedora de la pulpa de fruta que sirve de materia prima para la fabricación del producto refresco de fruta HIT, mediante la cual certifica el valor de las ventas de pulpa de fruta (mora, Guayaba, Mango, Lulo, Banano, Fresa, Uva y Maracuyá), para los años 2015 a 2019.*
 - 29.65.10. *Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO 9001:2015 para la producción y venta de pulpas de fruta.*
 - 29.65.11. *Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO 14001:2015 para la producción y venta de pulpas de fruta.*
 - 29.65.12. *Copia de la Certificación expedida por Kosher Parve a Nutrium SAS en la cual hace constar que las pulpas de fruta comercializadas por la citada sociedad cumplen con las leyes religiosas judías.*
 - 29.65.13. *Copia de la Certificación expedida por BCS ÖKO _GARANTIE COLOMBIS S.A. a Nutrium SAS en la cual hace constar que las pulpas de fruta comercializadas por la citada sociedad cumplen con la norma NTC-ISO/IEC 17067.*
 - 29.65.14. *Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO ISO 22000:2005, ISO/TS 22002-1:2009 Y FSSC 22000 para la producción y venta de pulpas de fruta.*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

- 29.65.15. Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO 22000:2005 para la producción y venta de pulpas de fruta.
- 29.65.16. Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO ISO/TS 22002-1 para la producción y venta de pulpas de fruta.
- 29.65.17. Copia de la Certificación expedida por Icontec a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de la norma ISO NTC 5830:2010 para la producción y venta de pulpas de fruta.
- 29.65.18. Copia del Certificado N° 33206 de abril 11 de 2019 expedido por SGF International E.V., a Nutrium SAS en la cual hace constar el cumplimiento de las condiciones requeridas para la producción y venta de pulpas de fruta.
- 29.65.19. Certificación expedida por OMD Colombia SAS, mediante la cual hace constar la orden de publicación de las pautas publicitarias de productos identificados con la marca HIT, indicando la fecha de emisión de la respectiva Pauta y el código IBOPE de cada uno de los comerciales relacionados a continuación, mismos que el [D]espacho indic[ó] en la imputación fáctica N° 2 como vulneradores de los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015.

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

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

HIT JUGOS-REF 30-30

608587-HIT ENTREVISTA ESCUCH JUANITA

1789155-HIT LONCHERA

1856472-HIT TIENDA RETORNABLE V2

1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT N

1909824-HIT LONCHERA V2

1947551-HIT TEMÁTICA PERRO

1947568-HIT CAFETERÍA

1952801-HITLONCHERA 10

1952990-HIT PERRO 25

1953099-HIT 1 LITRO-SERVIDA

1956257-HIT JUGOS-CAFETERIA 10

1956259-HIT 1 LITRO-SERVIDA 10

1959358-HIT HT CAFETERA 10

1959362-HIT HT CAFETERIA 5

1960039-HIT 1 LITRO-HIT SERVIDA 5

1959363-HIT JUGOS-HIT LONCHERA 5

1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO02017

Acompaña las loncheras de tus hijos con Hit

HIT 1 LITRO-FALLA FAMILIA 10-10

HIT 1 LITRO-FAMILIA 5-5

HIT 1 LITRO-FAMLIA 10-10

HIT 1 LITRO-HT SERVIDA 5-5

HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO02017-20

HIT CAFETERA 5-5

HIT LONCHERA 5-5

HIT MEJOR SABOR A FRUTA-20

- 29.65.20. Copia del análisis publicitario (Benchmark) efectuado por la sociedad SANCHO BBDO WORLDWIDE S.A., en junio de 2019, relacionado con el uso de niños en las pautas publicitarias de diferentes productos, entre ellos los identificados con las marcas Frutiño, Pony Malta, Milo, Klim, Bonice, Kinder, Maggi, Popetas, Ariel, Fab, entre muchas otras pertenecientes a diferentes sectores de la economía.
- 29.65.21. Certificado de fecha 4 de julio de 2019 efectuado por Marketteam respeto de la percepción de la palabra HIT, indicando las respuestas obtenidas en una encuesta realizada a nivel nacional durante los días 26 y 27 de junio de 2019.
- 29.65.22. Certificación de fecha 2 de julio de 2019 expedida por AC NIELSEN DE COLOMBIA LTDA., que contiene los precios de los productos refrescos de fruta comercializados por diferentes empresarios durante el año 2017.
- 29.65.23. Certificación Expedida por Invamer mediante la cual hace constar que desde el año 2017 hace estudios del precio promedio de los productos de la categoría "refrescos de fruta" para Postobón S. A.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

- 29.65.24. *Certificación mediante la cual se hace constar el contenido de fruta de los refrescos de fruta pasteurizada HIT en sus diferentes variedades.*
- 29.65.25. *Certificación expedida por Kantar Millward Brown Colombia SAS, de fecha junio 28 de 2019 mediante la cual se hace constar que desde el año 2016 realiza estudios en la categoría de jugos en el cual se indaga por el atributo ‘ideales para los niños’ para cada marca.*
- 29.65.26. *Certificación expedida por Kantar Millward Brown Colombia SAS, de fecha junio 28 de 2019 mediante la cual se hace constar que desde el año 2016 realiza estudios en la categoría de jugos en el cual se indaga por el atributo ‘son bebidas saludables’ y ‘son bebidas naturales’ para cada marca.*
- 29.65.27. *Certificación expedida por La Asociación de Productores de Orgánicos el Tolda Vieja RoncesValles— Tolima Asotoldol, mediante la cual certifica que dicha asociación es proveedor de Nutrium SAS desde el año 2015 dentro del marco del programa HIT social.*
- 29.65.28. *Certificación expedida por La Asociación de productores de Mora del Municipio de Belén de Umbria Risaralda -Asmobel, mediante la cual certifica que dicha asociación es proveedor de Nutrium SAS desde el año 2007 dentro del marco del programa HIT social.*
- 29.65.29. *Certificación de fecha julio de 2019 expedida por Postobón S. A., mediante la cual se hace constar en qué consiste el programa Hit social.*
- 29.65.30. *Certificación expedida por la Asociaci[ó]n de Mioreros de Santa Rosa de Cabal, mediante la cual certifica que dicha asociación es proveedor de Nutrium SAS desde hace 20 años dentro del marco del programa HIT social.*
- 29.65.31. *Dos (2) Folletos que explican el Programa HIT Social.*
- 29.65.32. *Copia de los videos de las pautas publicitarias emitidas durante los años 2015 a 2019, relacionadas a continuación, con la respectiva certificación expedida por OMD Colombia SAS, mediante la cual hace constar su orden de publicación, indicando la fecha de emisión y el código IBOPE, Pautas publicitarias que el [D]espacho indic[ó] en la imputación fáctica No. 2 como vulneradores de los artículos 2.2.2.33.3 y 2.2.2.33.4 numerales 1 y 2.2 del Decreto 1074 de 2015.*
- 1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s
 1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s
 HIT JUGOS-REF 30-30
 608587-HIT ENTREVISTA ESCUCH JUANITA
 1789155-HIT LONCHERA
 1856472-HIT TIENDA RETORNABLE V2
 1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT N
 1909824-HIT LONCHERA V2
 1947551-HIT TEMÁTICA PERRO
 1947568-HIT CAFETERÍA
 1952801-HITLONCHERA 10
 1952990-HIT PERRO 25
 1953099-HIT 1 LITRO-SERVIDA
 1956257-HIT JUGOS-CAFETERIA 10
 1956259-HIT 1 LITRO-SERVIDA 10
 1959358-HIT HT CAFETERA 10
 1959362-HIT HT CAFETERIA 5
 1960039-HIT 1 LITRO-HIT SERVIDA 5
 1959363-HIT JUGOS-HIT LONCHERA 5
 1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO02017
 Acompaña las loncheras de tus hijos con Hit
 HIT 1 LITRO-FALLA FAMILIA 10-10
 HIT 1 LITRO-FAMILIA 5-5
 HIT 1 LITRO-FAMLIA 10-10
 HIT 1 LITRO-HT SERVIDA 5-5
 HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO02017-20
 HIT CAFETERA 5-5
 HIT LONCHERA 5-5
 HIT MEJOR SABOR A FRUTA-20
- 29.65.33. *Soporte de las denuncias de los videos relacionados a continuación, mediante las cuales Postobón S.A., solcito a Youtube retirar de la citada plataforma por haber sido publicados sin su autorización, videos que contienen pautas publicitarias de los productos identificados con la marca HIT.*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

<https://www.youtube.com/watch?v=KHpkhzvHaJJw>
<https://www.youtube.com/watch?v=TWbK9TNYOvA>
<https://www.youtube.com/watch?v=IcfBL52Bms4>
<https://www.youtube.com/watch?v=k6vTFUSf03Y>
<https://www.youtube.com/watch?v=M5vxGIYc6DI>
<https://www.youtube.com/watch?v=IJJwsw-DCI0>
<https://www.youtube.com/watch?v=TekTOZsaSUK>
<https://www.youtube.com/watch?v=UYuiw07Y0bQ>
<https://www.youtube.com/watch?v=H2RRKuaW5DI>
<https://www.youtube.com/watch?v=UD8sQJ3kX3U>
<https://www.youtube.com/watch?v=PiBa-wvYc8U>
<https://www.youtube.com/watch?v=5LEBUrJKTAw>
<https://www.youtube.com/watch?v=MDSc0uX0rrE>
<https://www.youtube.com/watch?v=S20g2PJCwig>
<https://www.youtube.com/watch?v=8nrXtSmpeL0>
https://www.youtube.com/watch?v=9P_qaljZAc
<https://www.youtube.com/watch?v=RWvsC6Z6QQA>
<https://www.youtube.com/watch?v=ZCX14eOi4vY>
<https://www.youtube.com/watch?v=FVllnyhveMw>

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

29.66. *Desglose del expediente distinguido con el radicado **15-271838**, en fotocopia, de los folios 1, 2, 10, 13, 15-19 y 24-47 y, en original, de las pruebas obrantes a folios 3 -CD, contentivo del comercial de televisión-; 4 –envase refresco de fruta HIT Frutas Tropicales de 500 ml.-; 20 –2 etiquetas de los refrescos de frutas del valle de los sabores lulo y naranja y 1 etiqueta del refresco HIT en la variedad mora-; 21 –empaquete refresco del valle sabor a mora y empaque de refresco HIT en la variedad frutas tropicales-; 22 –USB, contentiva de 3 archivos en formato Excel, uno en Word, dos en PDF y 3 carpetas que contienen “piezas publicitarias”, “presentaciones comerciales otros productos” y “presentaciones comerciales HIT” y en el folio 23 -2 botellas del producto HIT Frutas Tropicales en presentación de 300 y 500 ml. (folios 378 a 423).*

29.67. Respuesta suministrada por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA-, mediante el oficio 17-424418-70 de fecha 7 de noviembre de 2019 (fls. 450-452), con el cual allegó a esta Dirección los documentos que a continuación se relacionan (fls. 453-778):

29.67.1. "TITULAR: COCA-COLA PRODUCTO: DEL VALLE REFRESCOS

Número de folios: Veintidós (22)

- 29.67.1.1. Resolución N° 2012022874 de 10 de agosto de 2012 'Por la cual se concede un Registro Sanitario'
- 29.67.1.2. *Ficha técnica producto refresco de mango, fresa-banano, granada-berries. Marca: Minute Maid Smoothies, de 02 de junio de 2012.*
- 29.67.1.3. Resolución N° 2018055089 'Por la cual se concede un Registro Sanitario de Alimentos (Alto Riesgo)'.
 - 29.67.1.4. *Información de ingredientes y aditivos. Producto: Refresco de mango y fresa. Marca: Del Valle Frutal (SL-036-18).*
 - 29.67.1.5. *Resolución 2018021175 del 18 de mayo de 2018, por la cual se concede un Registro Sanitario.*
- 29.67.1.6. *Resolución 2018052407 Por la cual se modifica una resolución (modificación de Registro Sanitario).*
- 29.67.1.7. *Ficha técnica Refresco de Guayaba*
- 29.67.1.8. *Ficha técnica Refresco de mango*
- 29.67.1.9. *Ficha técnica Refresco de piña y mandarina*
- 29.67.1.10. *Ficha técnica Refresco de mango*
- 29.67.1.11. *Resolución 2018013895 del 06 de abril de 2018, por la cual se concede un Registro Sanitario.*
- 29.67.1.12. *Ficha técnica Refresco de naranja*
- 29.67.1.13. *Ficha técnica Refresco de naranja, uva, mora, mango y frutas mixtas*
- 29.67.1.14. *Resolución 2010014371 del 20 de mayo de 2010, por la cual se concede un Registro Sanitario.*
- 29.67.1.15. *Resolución 2018018131 Por la cual se modifica una resolución (modificación de Registro Sanitario)*
- 29.67.1.16. *Ficha técnica refresco de Naranja."*

29.67.2. "TITULAR: COLANTA PRODUCTO: PULPY REFRESCOS

Número de folios: Sesenta y tres (63)

- 29.67.2.1 *Resolución 2011016209 del 16 de mayo de 2011 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario.*
- 29.67.2.2 *Ficha técnica Refresco de mora pasterizado.*
- 29.67.2.3 *Ficha técnica Refresco de mora pasterizado, con fibra prebiótica*
- 29.67.2.4 *Ficha técnica Refresco de maracuyá pasterizado*
- 29.67.2.5 *Ficha técnica Refresco de maracuyá con fibra*
- 29.67.2.6 *Resolución 20110162008 de 16 de mayo de 2011 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario*
- 29.67.2.7 *Ficha técnica Refresco de maracuyá con fibra.*
- 29.67.2.8 *Resolución 2012002087 de 01 de febrero de 2012 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario*
- 29.67.2.9 *Formulario de expedición de Registro Sanitario Nuevo y Renovación*
- 29.67.2.10 *Formato ficha técnica Registro Sanitario*
- 29.67.2.11 *Poder especial*
- 29.67.2.12 *Resolución 2012002087 de 01 de febrero de 2012 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario*
- 29.67.2.13 *Información técnica. Descripción del proceso de elaboración*
- 29.67.2.14 *Resolución 2011016207 de 16 de mayo de 2011 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario*
- 29.67.2.15 *Ficha técnica Refresco de mango pasteurizado*
- 29.67.2.16 *Ficha técnica Refresco de mango pasteurizado con fibra prebiótica*
- 29.67.2.17 *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de mango*
- 29.67.2.18 *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de maracuyá*
- 29.67.2.19 *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de mora*
- 29.67.2.20 *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de mango*
- 29.67.2.21 *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de maracuyá*
- 29.67.2.22 *Ficha técnica producto terminado refresco Pulpy® de mora*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

- 29.67.2.23 *Ficha técnica Refresco de maracuyá pasteurizado*
- 29.67.2.24 *Ficha técnica Refresco de maracuyá con fibra*
- 29.67.2.25 *Resolución 2019003750 del 8 de febrero de 2019 por la cual se modifica una resolución (Cambio de nombre de producto por adición de variedad)*
- 29.67.2.26 *Resolución 2018056451 de 24 de diciembre de 2018 por la cual se modifica una resolución (Adición de fabricante)”*

29.67.3 “TITULAR: ALPINA PRODUCTO: SOKA -Número de folios: Sesenta y seis (66)-

- 29.67.3.1. *Resolución 2010023127 de 29 de julio de 2010 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario*
- 29.67.3.2. *Ficha técnica refresco de limón tipo limonada*
- 29.67.3.3. *Resolución 2013003472 de 12 de febrero de 2012 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario*
- 29.67.3.4. *Ficha técnica de Refresco de maracuyá, refresco de mandarina, refresco de mora, refresco de fresa, refresco de limón, refresco de naranja, refresco de mango y refresco de lulo*
- 29.67.3.5. *Respuesta al auto No. 2013000121 por la cual se concede la renovación de Registro Sanitario*
- 29.67.3.6. *Ficha técnica refresco de mandarina, mango, mora, maracuyá, fresa, frutas tropicales, lulo, guanábana, limonada, naranja, reducido en azúcar.*
- 29.67.3.7. *Resolución 2010034596 de 25 de octubre de 2010 por la cual se concede la renovación de un Registro Sanitario*
- 29.67.3.8. *Resolución 2016055178 de 30 de diciembre de 2016 por la cual se revoca una resolución.*
- 29.67.3.9. *Ficha técnica refresco de fresa, mora y mango*
- 29.67.3.10. *Resolución 2017005964 de 15 de febrero de 2017 por el cual se modifica una resolución*
- 29.67.3.11. *Ficha técnica producto terminado Soka regular refresco de fruta sabor a mora, refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de mora con sabor a mango.*
- 29.67.3.12. *Ficha técnica producto terminado Soka Zero: Refresco de fruta con sabor a mora, Refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de fruta con sabor a mango*
- 29.67.3.13. *Resolución 2016044103 de 25 de julio de 2016 por le cual se concede Registro Sanitario.*
- 29.67.3.14. *Ficha técnica producto terminado Soka regular refresco de fruta sabor a mora, refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de mora con sabor a mango*
- 29.67.3.15. *Ficha técnica producto terminado Soka Zero: Refresco de fruta con sabor a mora, Refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de fruta con sabor a mango*
- 29.67.3.16. *Resolución 2017005964 de 15 de febrero de 2017 por el cual se modifica una resolución (modificación por cambio de vida útil)*
- 29.67.3.17. *Ficha técnica producto terminado Soka regular refresco de fruta sabor a mora, refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de mora con sabor a mango*
- 29.67.3.18. *Ficha técnica producto terminado Soka Zero: Refresco de fruta con sabor a mora, Refresco de fruta con sabor a mandarina, refresco de fruta con sabor a maracuyá, refresco de fruta con sabor a mango*
- 29.67.3.19. *Resolución 2017053740 de 18 de diciembre de 2017 por el cual se modifica una resolución (cambio de composición del producto)*
- 29.67.3.20. *Resolución 2016044105 de 25 de octubre de 2016 por el cual se concede un Registro Sanitario*
Ficha técnica de producto terminado Frúper: Refresco de fruta sabor a fresa adicionado con vitamina C, zinc, vitamina B12 y ácido fólico. Mezcla de jugo de fresa y pupa de manzana concentrada. Refresco de fruta con sabor a mora adicionado con vitamina C, zinc, vitamina B12 y ácido fálico. Mezcla de jugo de mora y pupa de manzana concentrada. Refresco de fruta con sabor a mango adicionado con vitamina C, zinc, vitamina B12 y ácido fólico.”

29.67.4 “TITULAR: POSTOBÓN PRODUCTO: HIT -Número de folios: Ciento setenta (170)-

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

- 29.67.4.1. Resolución No. 2015033629 de 26 de agosto de 2015 por la cual se concede un Registro Sanitario
- 29.67.4.2. Información rotulado Refresco de fruta carbonatado variedad manzana verde
- 29.67.4.3. Ficha técnica Refresco de fruta carbonatado variedad manzana verde
- 29.67.4.4. Información técnica Refresco de fruta carbonatado variedad manzana verde
- 29.67.4.5. Resolución N° 2017042173 de 9 de octubre de 2017 por la cual se modifica una resolución (Cambio en la razón social del titular, cambio en la razón fabricante, adición de composición del producto)
- 29.67.4.6. Ficha técnica de producto terminado. Refresco de fruta con gas
- 29.67.4.7. Información técnica Refresco de fruta carbonatado variedad manzana verde
- 29.67.4.8. Ficha técnica Refresco de fruta carbonatado variedad manzana verde
- 29.67.4.9. Resolución No. 2016051095 de 6 de diciembre de 2016 por la cual se concede un Registro Sanitario
- 29.67.4.10. Información técnica Refresco de fruta pasteurizado variedad durazno
- 29.67.4.11. Ficha técnica refresco de fruta durazno
- 29.67.4.12. Ficha técnica Refresco de frutas tropicales
- 29.67.4.13. Ficha técnica Refresco de fruta mora
- 29.67.4.14. Ficha técnica Refresco de fruta mango
- 29.67.4.15. Ficha técnica Refresco de fruta lulo.
- 29.67.4.16. Ficha técnica Refresco de fruta naranja piña
- 29.67.4.17. Resolución No. 2016044802 de 28 de octubre de 2016 por la cual se concede un Registro Sanitario
- 29.67.4.18. Información técnica Bebida a base de refresco de fruta con extracto de té sabor a naranja
- 29.67.4.19. Ficha técnica de Bebida a base de refresco de fruta con extracto de té sabor a naranja
- 29.67.4.20. Ficha técnica de Bebida a base de refresco de fruta con extracto de té sabor a durazno
- 29.67.4.21. Ficha técnica de Bebida a base de refresco de fruta con extracto de té sabor a limón
- 29.67.4.22. Resolución No. 2016004281 de 10 de febrero de 2016 por la cual se concede un Registro Sanitario
- 29.67.4.23. Ficha técnica de producto terminado Refresco concentrado de frutas tropicales
- 29.67.4.24. Ficha técnica de producto terminado Refresco concentrado de lulo
- 29.67.4.25. Ficha técnica de producto terminado Refresco concentrado de mango
- 29.67.4.26. Ficha técnica de producto terminado Refresco concentrado de mora
- 29.67.4.27. Ficha técnica de producto terminado Refresco concentrado de naranja piña
- 29.67.4.28. Información técnica Refresco concentrado de frutas tropicales, refresco concentrado de mora, Refresco concentrado de mango, Refresco concentrado de naranja piña, Refresco concentrado de lulo
- 29.67.4.29. Resolución No. 2019000760 de 14 de enero de 2019 por la cual se modifica una resolución (modificación en la denominación del producto, en la composición de la variedad y en la presentación comercial)
- 29.67.4.30. Información técnica de Refresco concentrado de naranja piña
- 29.67.4.31. Resolución No. 2019014221 de 17 de abril de 2019 por la cual se modifica una resolución (cambio de nombre del producto)
- 29.67.4.32. Ficha técnica de producto terminado Hit express frutas tropicales
- 29.67.4.33. Ficha técnica de producto terminado Hit express mango
- 29.67.4.34. Ficha técnica de producto terminado Hit express mora
- 29.67.4.35. Ficha técnica de producto terminado Hit express naranja piña
- 29.67.4.36. Resolución No. 2017013904 de 06 de abril de 2017 por la cual se modifica una resolución (modificación del nombre del producto)
- 29.67.4.37. Información técnica Refresco de fruta pasteurizado variedad guanábana
- 29.67.4.38. Ficha técnica de producto terminado refresco de fruta guanábana
- 29.67.4.39. Resolución No. 2018036014 de 22 de agosto de 2018 por la cual se modifica una resolución (cambio de nombre del producto por adición de variedad)
- 29.67.4.40. Información técnica Refresco de fruta pasteurizado variedad naranja
- 29.67.4.41. Resolución N° 20189015919 de 02 de mayo de 2019 por la cual se modifica una resolución (cambio de denominación del producto)
- 29.67.4.42. Información técnica Refresco de fruta pasteurizado variedad lulo – pera
- 29.67.4.43. Ficha técnica de producto terminado refresco de fruta pasteurizado Lulo pera
- 29.67.4.44. Resolución No. 2019022026 de 31 de mayo de 2019 por la cual se modifica una resolución (adición de nombre de fantasía)

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

- 29.67.4.45. Resolución No. 2017029061 de 18 de julio de 2017 por la cual se modifica una resolución (Adición de variedad y adición de composición)
- 29.67.4.46. Información técnica Refresco de fruta pasterizado variedad mandarina
- 29.67.4.47. Resolución No. 2017053738 de 18 de diciembre de 2017 por la cual se modifica una resolución (cambio de composición)
- 29.67.4.48. Información técnica Refresco de fruta pasterizado variedad mora, mango, frutas tropicales, naranja piña, durazno y lulo.
- 29.67.4.49. Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta mora
- 29.67.4.50. Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta mango
- 29.67.4.51. Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta frutas tropicales
- 29.67.4.52. Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta naranja piña
- 29.67.4.53. Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta lulo
- 29.67.4.54. Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta durazno
- 29.67.4.55. Resolución No. 2017028263 de 13 de julio de 2017 por la cual se concede un Registro Sanitario
- 29.67.4.56. Información técnica Refresco de fruta pasterizado variedad guanábana
- 29.67.4.57. Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta guanábana.
- 29.67.4.58. Ficha técnica producto terminado Refresco de fruta maracuyá.”

29.68. CDs aportados por la investigada, mediante los oficios números 17-424418-68/72 (fls. 444 – 447 / 812-814), y contenido de los siguientes documentos:

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

TRIGÉSIMO: MARCO JURÍDICO.

A partir de las imputaciones efectuadas por este Despacho mediante la formulación de cargos en contra de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, resulta necesario efectuar las precisiones normativas correspondientes a fin de determinar el contenido y alcance de las disposiciones presuntamente vulneradas, concretamente las relativas a lo previsto en 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 2.1.1, 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, así como los artículos 2.2.2.33.3. y 2.2.2.33.4. (numerales 1 y 2.2.) del Decreto 1074 de 2015 y de igual manera los artículos 59 y 61 del mismo Estatuto del Consumidor, si hay lugar a su aplicación.

En primera medida, es necesario referir los fundamentos constitucionales que cimientan la regulación en materia de Protección al Consumidor, por lo cual resulta pertinente traer a colación lo que sobre el particular consagra el artículo 78 de la Constitución Política:

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

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

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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”.

En segunda medida, para determinar las facultades que se encuentran radicadas en cabeza de esta Superintendencia, es necesario traer a colación los artículos que le otorgan competencia para velar por el cumplimiento de las normas de protección al consumidor y, en esa medida, actuar conforme a la ley cuando haya quebrantos en su acatamiento. Tales disposiciones son las consagradas en los numerales 22, 39 y 62 del artículo 1° del Decreto 4886 que establecen:

“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.*

(...)

39. *Imponer, previa investigación, de acuerdo con el procedimiento aplicable, sanciones por violación de las normas sobre protección al consumidor y del régimen de protección a usuarios de los servicios de postales.*

(...)

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.*

(...)”.

Por otra parte, el numeral 1° del artículo 12 del Decreto 4886 de 2011, establece dentro de las funciones de la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor lo siguiente:

“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.*
(...)”.

De otro lado, el artículo 1° de la Ley 1480 de 2011, establece entre los principios orientadores, el siguiente:

“ARTÍCULO 1. PRINCIPIOS GENERALES. *Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:*

(...)

2. *El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.*

(...)”.

En la misma línea, la Ley 1480 de 2011 define el alcance de su objeto así:

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

“ARTÍCULO 2. OBJETO. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.

Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados”.

Además, la referida ley señala como derechos de los consumidores, entre otros, los siguientes:

“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:

1.1. Derecho a recibir productos de calidad: Recibir el producto de conformidad con las condiciones que establece la garantía legal, las que se ofrezcan y las habituales del mercado.

(...)

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

1.4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa.

(...)”. (Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, en lo que concierne a la calidad de los productos que se ponen en circulación en el mercado colombiano, el artículo 6º de la Ley 1480 de 2011, prevé:

“Artículo 6º. Calidad, idoneidad y seguridad de los productos. Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a:

1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.
2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.
3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley.

(...)”. (Original sin subrayas).

Por otra parte, frente a la información mínima que productores y proveedores deben suministrar a los consumidores respecto de los productos que ponen en el mercado, el Estatuto del Consumidor -Ley 1480 de 2011- en su artículo 23 señala lo siguiente:

“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. (...)”.

Ahora, frente a la publicidad, los artículos 29 y 30 de la normatividad en cuestión, disponen:

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

“Artículo 30. PROHIBICIONES Y RESPONSABILIDAD. Está prohibida la publicidad engañosa.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En concordancia con los artículos transcritos, a través de su Circular Única, la Superintendencia de Industria y Comercio, determina el contenido de dicha información mínima y la publicidad, así:

“2.1 Información al consumidor y propaganda comercial

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:

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

2.1.1.1. ELEMENTOS DE LA INFORMACIÓN ENGAÑOSA. 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.

b) El precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios.

(...)

2.1.1.2. CRITERIOS. (...) se entenderá que la información o la propaganda comercial es engañosa, entre otros casos cuando:

a) Se omite información necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda comercial.

(...)” (Subrayados y negrillas fuera de texto).

En consonancia con lo anterior, el Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, define la propaganda comercial de precios y comparativa y los criterios para determinarla, así:

“2.1.2.2. Propaganda comercial de precios

Si en la propaganda comercial se indica el precio del producto o servicio deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

Cuando se afirme que el precio del producto o servicio es el más barato, el de menor precio o el más económico o se compare con el precio del mercado de otros establecimientos o empresas, dicha información deberá tener los soportes documentales pertinentes.”

“2.1.2.6. Propaganda comercial comparativa

Se entiende por propaganda comercial comparativa aquella en la cual se alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor de forma que se realice una confrontación entre la actividad, las prestaciones mercantiles,

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

servicios o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero. 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.

Para la cabal aplicación de los requisitos señalados en la ley, a continuación se señalan algunos criterios técnicos y jurídicos aplicables a la propaganda comercial comparativa:

a) La comparación debe ser entre bienes, servicios o establecimientos que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad.

b) La comparación debe referirse a características objetivas o comprobables de las actividades, los establecimientos y bienes o servicios, por lo tanto debe efectuarse entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los mismos. Los juicios o apreciaciones subjetivas no constituyen término válido de comparación ante el consumidor pues corresponden a la afirmación personal de quien emite el juicio.

c) Deberán indicarse las características reales de las actividades, establecimientos, productos y servicios que se comparan y no podrá inducirse a error sobre las mismas.

d) Se considera que los extremos no son análogos y que se induce a error cuando se comparan actividades, establecimientos, productos y servicios de calidades diferentes sin indicar su precio, o en los casos en que se informa el precio y no se advierte sobre la diferencia de calidad.” (Subrayas fuera de texto).

Por otro lado, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1480 de 2011, mediante el Decreto 975 de 2014 se reglamentaron 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, cuyo decreto fue compilado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo N° 1074 de 2015, que en sus artículos 2.2.2.33.3., 2.2.2.33.4. y 2.2.2.33.9. 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.*

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.

Los anuncios publicitarios 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”.

“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. 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.*
- 2. En toda información o publicidad en la que se exponga el funcionamiento o uso de un producto, se encuentra prohibido:
(...)
2.2. Exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad y usos del producto;
(...)”. Subrayas fuera de texto.*

“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”.*

Finalmente, el artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, establece las facultades administrativas con las que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección al consumidor de la siguiente manera:

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

“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;*
(...)
9. *Ordenar las medidas necesarias para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores por la violación de normas sobre protección al consumidor (...).”*

En relación con lo anterior, y respecto a la facultad sancionatoria con la que cuenta esta Superintendencia, el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, establece y enumera las sanciones previstas para tal efecto de la siguiente manera:

“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:

1. *Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.*
2. *Cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días;*
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;*
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;*
5. *Ordenar la destrucción de un determinado producto, que sea perjudicial para la salud y seguridad de los consumidores.*
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. (...).”

Bajo las anteriores consideraciones, queda plasmado el marco jurídico dentro del cual se procederá a tramitar la presente actuación administrativa, con miras a resolver el problema jurídico derivado de la situación fáctica bajo examen.

TRIGÉSIMO PRIMERO: CONSIDERACIONES DE LA DIRECCIÓN.

31.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Previo al análisis de responsabilidad, resulta imperante para esta Dirección referirse a los argumentos “preliminares” expuestos por la investigada en su escrito de descargos, específicamente, a aquél donde manifiesta que: *“Mi poderdante como agente del mercado, tiene más de un siglo de experiencia, lapso este a través del cual, se ha caracterizado por ser íntegramente respetuoso de la buena fe comercial, los usos honestos en materia industrial y comercial y no menos importante, ser siempre*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

respetuoso de los derechos de los consumidores de sus productos”; y respecto de la apreciación realizada por el apoderado defensor, en la cual estimó “En vista de esa concentración de cargos antes enunciada, consideramos que solo remitiéndose a las consideraciones del Despacho puede entenderse la estructura de la imputación, lo cual valga decirlo, eventualmente puede resultar contrario a los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionatorio y de allí que para esta parte resulta necesario, más allá de responder a los cargos formulados puntualmente, pronunciarse frente a las consideraciones del acto administrativo para así estructurar y ejercer nuestro derecho de defensa” (Subrayas fuera de texto).

31.1.1. Frente al principio de buena fe:

Antes de abordar los cargos endilgados a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. -POSTOBÓN S.A.-**, su apoderado especial consideró oportuno contextualizar al Despacho sobre aspectos relevantes de la sociedad investigada en el mercado colombiano, acentuando, entre ellos, su *“buena fe comercial, los usos honestos en materia industrial y comercial y no menos importante, ser siempre respetuoso de los derechos de los consumidores de sus productos”*, por lo que este Despacho frente a lo expuesto, debe poner de presente que, el principio de buena fe, es una exigencia de honestidad y confianza a la cual deben someterse las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume y constituye un soporte esencial del sistema jurídico, así como también se aplica respecto de que cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico, por cuanto deben ser interpretadas a la luz de dicho principio, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulan el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre han de ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes de la misma¹².

En tal sentido, la buena fe rige en las actuaciones de cada uno de los miembros del conglomerado social, en tanto éste es el que permite la regulación y desarrollo de las relaciones entre los individuos, de allí que el legislador le haya dado un lugar preponderante en la Carta Política, ya que lo instituye como un deber constitucional de todos los particulares e instituciones públicas¹³.

Por lo anterior, puede indicarse que la buena fe es un principio que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Fundamental, se presume y conforme con éste **(i)** las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deben desarrollarse y ser gobernadas por el principio de la buena fe y; **(ii)** éste se presume en las actuaciones que los particulares adelantan ante las autoridades públicas, es decir que, cobra relevancia en las relaciones jurídico administrativas¹⁴.

De lo expuesto, es oportuno advertir que este principio debe ser tenido en cuenta por las autoridades administrativas y judiciales como fundamento de sus fallos y como elemento de interpretación; sin embargo, no conlleva de ningún modo que su empleo pueda reemplazar el contenido del derecho aplicable, tal y como lo ha expuesto la Honorable Corte Constitucional, así:¹⁵

*“(…) El juez debe siempre tener como fundamento de su fallo las disposiciones jurídicas relativas al caso; **el principio de buena fe no puede reemplazar el derecho aplicable**, aunque sí debe ser una guía en la lectura, interpretación y aplicación del mismo, puesto que los deberes de lealtad, claridad, equilibrio, solidaridad y colaboración, entre otros, están implícitos en cualquier relación contractual –aunque con un contenido específico de acuerdo a la naturaleza de la misma-, de manera que aunque las partes no los mencionen en las cláusulas contractuales, sus actuaciones deben realizarse y ser valoradas teniendo en cuenta dichos postulados (...)”¹⁶. (Resaltado fuera de texto).*

Así las cosas, en cuanto al principio de buena fe, se hace necesario señalar que éste es directriz y lineamiento en la actuación de los sujetos en todas las relaciones comerciales, siendo que estos deben ser diligentes en sus actos. En otras palabras, el principio de buena fe no puede ser tomado como una

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Sentencia C-131 de 2004. Expediente D-4599 de 19 de febrero de 2004. Actor: Manuel Alberto Restrepo Medina.

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. “ARTÍCULO 83: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

¹⁴ Cfr. Ibíd.

¹⁵ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para la Protección al Consumidor. Resolución N° 58111 de 18 de septiembre de 2017.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-537 de 6 de agosto de 2009. Expediente T-1.954.426. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

justificación o eximente de responsabilidad administrativa, dado que el mismo es una presunción en derecho que se le tiene a toda persona en cuanto a sus actuaciones, por lo tanto, la misma no implica el desvincularse de sus obligaciones y cargas que debe cumplir. En ese entendido, es preciso indicarle a la investigada que, esta Superintendencia no discute la buena fe con la que haya procedido; no obstante, las normas de protección al consumidor, que son normas de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, propenden por la protección especial de los consumidores. Además, se reitera que, en esta clase de actuación administrativa sancionatoria, no se analiza la intención del administrado en el despliegue de la conducta infractora o la involuntariedad, sino la infracción misma, es decir, la transgresión del principio de legalidad o de la norma.

31.1.2. Frente a la concentración de cargos:

Así mismo, el apoderado de la investigada manifestó inconformidad por el hecho que los cargos endilgados se encuentran *“concentrados”* en el artículo primero de la parte resolutive de la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019 y que ello *“eventualmente puede resultar contrario a los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionatorio”*, frente a lo cual es preciso aclarar dos aspectos importantes, a saber, i) el contenido del acto administrativo de formulación de cargos; y ii) los principios fundamentales del derecho administrativo sancionatorio.

En ese orden de ideas, para determinar el contenido del acto administrativo sancionatorio, se debe partir de lo previsto en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, que a la letra dispone:

“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”. (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

De lo resaltado en la norma transcrita es posible determinar un listado de requisitos que debe contener en acto administrativo contentivo del pliego de cargos, así:

- Los hechos que originan la investigación administrativa,
- Las personas naturales o jurídicas contra quienes se inicia la misma,
- Las normas presuntamente vulneradas y
- Las sanciones o medidas procedentes en caso de resultar probadas las imputaciones.

Ahora bien, al revisar la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019, por la cual se inició la investigación administrativa de marras y que es objeto de reproche por parte de la investigada, es evidente que en ella se encuentran cumplidos todos los presupuestos propios del acto de formulación de cargos conforme lo dispone el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que en los considerandos *“décimo segundo”* a *“vigésimo séptimo”* se hallan relatados los hechos que dieron a la investigación; en los considerandos *“décimo segundo”* y *“vigésimo séptimo”*, entre otros, así como en la parte resolutive de dicho acto administrativo, en especial en el *“artículo primero”*, se nombró de

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

manera clara y precisa la persona jurídica en contra de quien se inició la investigación y que presuntamente ejecutó las conductas objeto de reproche; en el considerando “vigésimo séptimo” se transcribieron las disposiciones presuntamente vulneradas, seguidas de su correspondiente conducta constitutiva de la posible infracción y la descripción de la prueba en la que se encuentra contenida, sin perjuicio del resumen que de tales normas se hizo en el considerando “vigésimo noveno” y en el “artículo primero” de la parte resolutive y, finalmente, en el considerando “trigésimo primero” se encuentran enlistadas las sanciones o medidas procedentes en caso de resultar probadas las imputaciones.

De la simple lectura de la anterior exposición se evidencia de forma clara y precisa que la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019, contentiva de la formulación de cargos en contra de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** proferida dentro del expediente de la referencia, cumple a cabalidad con los requisitos que para ese tipo de actos administrativos exige el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011-.

Entonces, en consideración con el orden planteado, ahora corresponde traer a colación los principios fundamentales del derecho administrativo sancionatorio, a efectos de determinar la presunta contrariedad entre ellos y el descrito acto administrativo, alegada por la investigada, para ello a continuación se transcribe el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011:

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

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

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

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

En atención a que el defensor de la investigada no manifestó explícitamente los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionatorio que, a su juicio, eventualmente se podrían contrariar con la supuesta “concentración de cargos antes enunciada”, este Despacho centrará su atención en el inciso segundo del numeral 1 del artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, que como se lee de su transcripción el mismo fija expresamente los principios adicionales aplicables en materia administrativa sancionatoria, como lo es el proceso que nos ocupa y, particularmente, esta Dirección se pronunciará sobre los principios de **legalidad y presunción de inocencia** aplicables al acto administrativo increpado (Resolución N° 19022 de 2019 “Por la cual se inicia una investigación administrativa mediante formulación de cargos”), toda vez que los de “no reformatio in pejus y non bis in ídem”, no resultan atribuibles al mismo.

Para comenzar, estima pertinente este Despacho traer de presente lo dicho por la jurisprudencia al respecto, la cual en gran parte fue recogida por la Corte Constitucional en Sentencia C-699 de 2015¹⁷ en la que, con base en la sentencias C-242 de 2010¹⁸, C-343 de 2006¹⁹, C-1011 de 2008²⁰, entre otras, se determinaron “elementos estructurales de los tipos sancionatorios en materia administrativa”, así:

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-699 del 18 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente Dr. ALBERTO ROJAS RIOS

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2010, Magistrado Ponente Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-343 de 2006, Magistrado Ponente Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1011 de 2008, Magistrado Ponente Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

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

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

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

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

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

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

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

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

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

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

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

(...)” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De la lectura de los anteriores elementos y de una interpretación integral de los mismos frente al caso *sub-examen*, debe este Despacho reiterar, que el acto administrativo contentivo de la imputación de cargos, no sólo cumple con los requisitos formales exigidos por el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, sino que también se ajusta a los principios fundamentales del derecho administrativo sancionatorio, en tanto que, en primera medida, cumple con el principio de legalidad al describir con claridad y precisión en su considerando “vigésimo séptimo” cada una de las normas presuntamente infringidas por parte de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, conforme con el análisis de las diligencias preliminares, enseguida se hizo el relato de los hechos y/u omisiones que dieron lugar a su posible vulneración y su correspondiente soporte probatorio y, posteriormente, en el considerando “trigésimo primero” se realizó la citación expresa de las posibles sanciones de las que sería objeto la investigada en caso de comprobarse las infracciones señaladas.

Así las cosas, la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019 acata cabalmente los elementos esenciales del tipo sancionatorio administrativo, toda vez que además de contener los considerandos señalados en el inciso precedente, contiene el marco normativo que faculta a esta Dirección para adelantar la presente investigación, así como incluye el procedimiento aplicable a la misma y su respectivo régimen sancionatorio.

En segunda medida, respecto a la presunción de inocencia, es evidente para esta Dirección, que en el acto administrativo atacado se respetó de manera íntegra dicho principio, en tanto que no se realizó dentro del mismo ningún juicio de responsabilidad ni se tomó ninguna decisión definitiva en contra de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, sino que en aquél simplemente el Despacho se limitó a realizar una descripción clara y precisa de los hechos que aparentemente se encontraban en desconocimiento de las disposiciones normativas que la investigada estaba obligada a cumplir en el desarrollo de su

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

actividad económica²¹, razón por la cual, tales conclusiones preliminares fueron señaladas como posibles, presuntas y/o aparentes. De manera tal, que siempre se le garantizó en la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019 la presunción de inocencia a la investigada y el ejercicio de sus derechos defensa y contradicción.

En ese orden de ideas, es lógico que para ejercer su derecho de defensa y contradicción el apoderado haya tenido que remitirse a *“las consideraciones del Despacho”* no sólo para entender la estructura de la imputación, como él lo afirma, sino por el simple hecho de que se trata de un solo acto administrativo, vale decir, de una unidad y por tanto no puede interpretarse de manera parcializada o sólo teniendo en cuenta la parte resolutive aislada de los demás acápite que componen el acto, toda vez que, no puede perderse de vista que la parte resolutive es producto de la concatenación de hechos, pruebas y normas que concreten los cargos endilgados, razón por la que cobra sentido el hecho que siempre previo a la parte resolutive de un acto administrativo se anuncie *“en mérito de lo expuesto”*.

En síntesis, concluye la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor que no le asiste fundamento jurídico ni fáctico al apoderado de la investigada cuando afirma que la concentración de cargos contenida en el *“artículo primero”* de la parte resolutive de la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019 *“eventualmente puede resultar contrario a los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionatorio”*, toda vez que, como quedó ampliamente descrito en los incisos precedentes, dicho acto administrativo cumple con los requisitos exigidos para ese tipo de actuación y se encuentra enmarcado dentro de los principios del derecho administrativo sancionatorio, tanto así que la investigada en su escrito de descargos realiza un pronunciamiento explícito a cada uno de los sub-numerales que componen las imputaciones fácticas endilgadas a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** y que se encuentran contenidas de manera clara, expresa y precisa en el considerando *“vigésimo séptimo”* de la citada resolución.

31.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, se encargará de determinar si la conducta desplegada por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, configura o no una vulneración a las disposiciones relativas a los derechos previstos en los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3° de la Ley 1480 de 2011, los artículos 6°, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1, 2.1.1.1., 2.1.1.2., 2.1.2.2. y 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, así como los artículos 2.2.2.33.3. y 2.2.2.33.4. (numerales 1 y 2.2.) del Decreto 1074 de 2015 y de igual manera los artículos 59 y 61 del mismo Estatuto de Protección al Consumidor, si hay lugar a su aplicación.

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

Para realizar el juicio de responsabilidad de este cargo, es preciso iniciar por señalar que el mismo tuvo como fundamento la presunta vulneración de las normas relacionadas con la calidad, información y publicidad engañosa contenidas en el Estatuto del Consumidor –Ley 1480 de 2011-, por parte de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** en atención a las proclamas anunciadas en diferentes piezas publicitarias emitidas durante la promoción de su producto denominado *“refrescos de frutas HIT variedades”*, imputación esta que se resume como lo muestra el cuadro N° 1, razón por la cual el correspondiente análisis se hará por cada pieza publicitaria.

²¹ *“Ha de indicarse que el Auto de Pliego de Cargos es, por un lado, aquella relación de faltas o infracciones que concretan la imputación jurídico fáctica reprochada al funcionario público o particular que cumple funciones públicas sometido a investigación, y de otro, la pieza que delimita el debate probatorio y plantea el marco de imputación para su defensa y al investigador para proferir congruentemente y conforme al debido proceso el fallo correspondiente. (Sentencia 2012-00067/0285-12 de febrero 19 de 2018 - CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B - Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés).*

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

Cuadro 1 –RESUMÉN IMPUTACIÓN FÁCTICA N° 1-

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

En consideración a lo anterior, este Despacho en atención a los principios que rigen las actuaciones administrativas como el de eficacia, economía y celeridad contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²², procederá a realizar un estudio conjunto del cargo, conforme a las temáticas previstas en las disposiciones normativas presuntamente infringidas por la investigada. Así las cosas, se tendrá en cuenta, la conducta de la investigada, los argumentos expuestos tanto por ella como los argüidos por la tercera interesada y las pruebas que obran en el expediente, pues resulta indispensable establecer si en este caso, se transgredió o no la mencionada normatividad.

Así, para contextualizar la necesidad de protección de los citados bienes jurídicos, esta Dirección estima pertinente recordar que la Constitución Política en el artículo 78, prevé que "[l]a 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", razón por la que la Ley 1480 de 2011, en los numerales 1.1., 1.3. y 1.4. del artículo 3º, fijó como derechos de los consumidores, los de recibir productos de calidad de conformidad con las condiciones que le fueron ofrecidas; obtener información completa, veraz, transparente, precisa e idónea de los productos que se encuentran en circulación y recibir protección contra la publicidad engañosa, tal como se transcribió en el marco jurídico del presente acto administrativo.

En el mismo sentido, el artículo 1º de la Ley 1480 de 2011 garantiza como principio fundamental el acceso de los consumidores a una información apropiada, para que así cuenten con elementos de juicio suficientes que les permitan elegir fundadamente entre la diversidad de bienes y servicios que se ofrecen en el mercado y define la calidad, la información y la publicidad engañosa en los numerales 1, 7, 12 y 13 del artículo 5º, así:

"1. Calidad. Condición en que un producto cumple con las características inherentes **y las atribuidas por la información que se suministre sobre él**". –Destacado fuera de texto-

"7. Información. 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". (original sin subrayas)

"12. Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo".

²² Ibíd. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 3.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

“13. Publicidad Engañosa: *Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”.*

De esta manera, de la lectura de las definiciones apenas citadas, se encuentra que existe un elemento común entre los derechos objeto de protección en la presente investigación; este es la información, vista como lo comunicado al público en general con el propósito de dar a conocer los aspectos objetivos y toda característica relevante de los productos que se ponen en circulación, motivo por el cual en este caso, se entrelazan en una misma imputación el bien jurídico tutelado de calidad con el de la información y, a su vez, con el de la protección contra la publicidad engañosa.

Siendo así, de las normas endilgadas en la imputación fáctica N° 1 de la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019, tenemos entonces que confluye un elemento común a todas: la información, la cual se dio a conocer a los consumidores a través de las piezas publicitarias objeto de reproche y que directamente incidió en la decisión de consumo, por tanto, cualquier falla en el suministro de esa información a los consumidores puede tener la capacidad de vulnerar varios artículos a la vez, pues no puede perderse de vista que una conducta puede involucrar varias adecuaciones normativas y, por ende, varias situaciones a estudiar, en razón a que pueden existir conductas que aun siendo aisladas y no relacionadas directamente con imprecisiones de la información den lugar a la infracción de todos o algunos de esos mismos supuestos normativos de forma independiente.

Entonces, para empezar, se tiene la obligación que recae tanto en proveedores como en productores de garantizarles a los consumidores información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, de tal modo que los elementos mínimos que deben verificarse respecto de la información, conforme a las reglas jurídicas del artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 de cara a las imputaciones endilgadas son los siguientes:

Claridad: *“Que no dé lugar a dudas, inteligible, fácil de comprender”²³, “que sea inequívoca, indiscutible e incuestionable la información que se suministra al consumidor sobre el producto. Que se indique los componentes, el modo o calidad de fabricación, las propiedades, calidad e idoneidad de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación de manera clara e inequívoca”.*²⁴

Veracidad: *“Este elemento se refiere a la realidad y certeza de la información, implica que de estar ajustada a la realidad, además que debe ser cierta y comprobable. Así las cosas, debe existir correspondencia entre los atributos que se ofrecen respecto del bien y los que efectivamente se otorgan al consumidor”.*²⁵

Suficiencia: *“Implica que la información que se suministre a los consumidores, debe ser completa, esto con el fin de que el consumidor cuente con los elementos de juicio suficientes para elegir entre la variedad de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, para que adopte decisiones de consumo razonables”.*²⁶

Oportunidad: *se debe entender que implica que la información se de en el momento adecuado, “cuando el consumidor la necesite, de tal forma que una información extemporánea puede alterar la capacidad de decisión del consumidor (...)”*²⁷.

Verificabilidad: *“Que se puede verificar. Que permite comprobar su verdad y examinar el método por el que se ha alcanzado”*²⁸.

Precisión: *“adj. Dicho de una cosa: Perceptible de manera clara y nítida”*²⁹.

Idoneidad: *“adj. Adecuado y apropiado para algo”*³⁰.

²³ VILLALVA, J. “Introducción al derecho del Consumo”, Universidad Militar Nueva Granada, Pág. 171.

²⁴ Resolución SIC No. 43142 de 24 de julio de 2012.

²⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Folleto “Guía General de Protección al Consumidor”, Pág. 39.

²⁶ Ibídem.

²⁷ VILLALVA, J. “Introducción al derecho del Consumo”, Universidad Militar Nueva Granada. Pág. 171.

²⁸ Diccionario de la Real Academia Española RAE. <http://lema.rae.es/drae/?val=verificable>

²⁹ Diccionario de la Real Academia Española RAE. <https://dle.rae.es/preciso>

³⁰ Diccionario de la Real Academia Española RAE <https://dle.rae.es/id%C3%B3neo?m=form>

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Por otro lado, la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del Capítulo Segundo del Título II de su Circular Única, en los numerales 2.1. a 2.1.1.2. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, establecen que toda la información que sea suministrada a los consumidores debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir o poder inducir a error sobre la actividad, productos, servicios y establecimientos; asimismo, señalan que será considerada como información engañosa, la propaganda comercial que de cualquier manera, induzca o pueda inducir a error dado su carácter engañoso y pueda afectar el comportamiento económico de los usuarios; de igual manera, los referidos numerales aluden a los elementos a tener en cuenta para la determinación de una publicidad como engañosa y disponen de manera clara que la información o la propaganda comercial resulta engañosa, entre otros casos, cuando se omite información necesaria para la adecuada comprensión de la misma.

A su turno, el numeral 2.1.2.2. de la misma Circular Única, pone de presente que cuando en la propaganda comercial *“se afirme que el precio del producto o servicio es el más barato, el de menor precio o el más económico o se compare con el precio del mercado de otros establecimientos o empresas, dicha información deberá tener los soportes documentales pertinentes”*, obligación esta que resulta pertinente en tanto que tales proclamas u otras análogas relacionadas con el precio de los productos buscan destacar ese aspecto relevante y objetivo frente a sus competidores en el mercado, resultando esa característica determinante para los consumidores en su decisión de compra.

En igual sentido, el numeral 2.1.2.6 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio define la publicidad comparativa y establece sus criterios técnicos y jurídicos aplicables, la cual se caracteriza por exaltar uno o varios de los atributos y/o características del producto o servicio en comparación con uno o varios de sus competidores o productos análogos en el mercado, cuya confrontación puede ser explícita o implícita.

En cuanto a la calidad, debe resaltarse el alcance del significado *“calidad”* en materia de protección al consumidor, por cuanto el mismo hace referencia a la condición en que un determinado producto efectivamente cumple con las características inherentes a él y las que se le han atribuido a través de la información que se les suministra a los usuarios.

Por ello, resulta oportuno indicar que las fallas o falencias respecto de la calidad e idoneidad no solo se presentan ante un desempeño defectuoso o deficiente de un producto, sino también cuando las expectativas del consumidor se defraudan por la falta de conformidad entre lo que se promete y lo que realmente se entrega o se suministra o porque no cumplen con ellas³¹.

Así también fue reconocido por la doctrina cuando expresó que *“de conformidad con la definición de calidad que trae la Ley 1480 de 2011, **esta se extiende a la información proporcionada al consumidor por el productor o proveedor. De esta forma, la calidad de un producto también estará integrada por las condiciones y características que hubieran sido atribuidas al bien o servicio, y que hubieran sido informadas al consumidor** (...) En conclusión, la calidad del producto está determinada, en adición a los demás parámetros que establece la ley, por la información suministrada por el productor o proveedor sobre el bien o servicio, incluidas todas las afirmaciones de carácter objetivo que se encuentren en los anuncios publicitarios sobre el producto”*³². –Destacado fuera de texto–.

Continuando con las precisiones normativas, en cuanto a la fuerza vinculante a que hace referencia el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011, el mismo es expreso en exigir al anunciante el cumplimiento de las condiciones objetivas y específicas conforme con los términos indicados en su publicidad, las cuáles 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 guíen en su decisión de compra, por tanto, tales afirmaciones objetivas capaces de inducir a engaño al consumidor están expresamente prohibidas, bien sea porque son literalmente falsas, o bien porque a pesar de ser verdaderas, debido a la forma como son presentadas, distorsionan la realidad del producto ofrecido.

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones SIC 61420 del 23 de octubre de 2013; 63352 del 5 de octubre de 2017.

³² Carmen Ligia Valderrama (2013), *De las garantías: una obligación del productor y el proveedor*. Valderrama Rojas Carmen Ligia, (Ed). (2015). *Perspectivas del derecho de consumo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Págs. 236 - 239.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Ahora, en cuanto al tema de la publicidad, es ésta la forma de comunicación o divulgación para direccionar la atención del público a través de cualquier canal, con el fin de incentivar a los consumidores a que adquieran los productos que se ofrecen en el mercado y además el medio por excelencia que tienen los productores y/o proveedores para ofrecer sus productos con el fin de atraer la atención de los consumidores, lo que a su vez implica un incremento de la competencia y la garantía de libertad de empresa contenida en la Carta Política de 1991. Sin embargo, hay casos en donde la publicidad se torna engañosa, razón por la cual el control legal de la publicidad adquiere especial relevancia jurídica.

Así se tiene que 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 mercantiles, puede causar un grave daño, no sólo 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, pues ante todo la publicidad debe cumplir con la función orientadora, esto es, lograr que el consumidor elija fundamentadamente entre la variedad de bienes y servicios que se ofertan en el mercado, pues ese derecho a recibir información veraz y honesta en la publicidad es justamente el interés jurídico protegido.

Así las cosas, a continuación, se procede a realizar el juicio de responsabilidad respecto de cada uno de los hechos que componen la imputación fáctica número 1 del pliego de cargos mediante el cual se dio inicio a la presente investigación, toda vez que la misma se fundamentó en cuatro (4) hechos distinguidos en la Resolución N° 19022 de 2019 con los numerales 27.1.2.1. al 27.1.2.4.:

31.3.1. Se tiene que en el **primer hecho** base de esta imputación, que fue identificado con el numeral 27.1.2.1. en la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019, se le endilgó responsabilidad a la investigada por una presunta información no veraz, confusa, imprecisa, insuficiente, inverificable e inidónea respecto a la afirmaciones *“lo mejor para la lonchera de tus hijos”, “jugos hit”, “me hace más fuerte”, “Elige Hit, la fruta de verdad”* y *“Hit es fruta de verdad”* anunciadas en los comerciales denominados **“1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA”** y **“1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT”**, emitidos a través de diferentes medios masivos de comunicación para anunciar y promocionar el producto refresco de frutas *“hit”*, por considerar esta Dirección que el producto podría no cumplir con los atributos informados y con las condiciones objetivas ofrecidas; además, que los mensajes transmitidos podían no corresponder con la realidad y ser insuficientes, teniendo la potencialidad de inducir en error, engaño o confusión a los consumidores.

Frente a este hecho constitutivo de posible infracción de los artículos 3 (num. 1.1. y 1.3.), 6°, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo señalado en los numerales 2.1.1., 2.1.1.1. (lit. a) y 2.1.1.2. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** en su escrito de descargos, se pronunció así:

“Del análisis de la consideración 27.1 -al tiempo formulación de cargo No. 1- se desprende que el Despacho ha realizado una serie de juicios respecto de diversas piezas publicitarias a través de las cuales mi Poderdante ha promocionado desde el año 2015 sus productos identificados con la marca HIT, análisis que si se quiere, con el debido respeto, consideramos han sido errados, básicamente por haber optado por cercenar los mensajes allí contenidos generando así, una descontextualización innecesaria pero sobre todo improcedente al afirmarse la supuesta transmisión de mensajes que no existen tal y como lo acreditarán las pruebas que serán aportadas por el suscrito y las demás que oportunamente sean practicadas

1.1 .1. Análisis derivado de la Campaña ‘HIT TEMATICA’

Comprende el análisis que ha sido elaborado por el Despacho a piezas publicitarias en las que se consignó -pero dentro de un contexto propio e idóneo para las piezas- las siguientes proclamas:

- *‘Lo mejor para la Lonchera de tus Hijos es JUGOS HIT’*

En términos generales, siguiendo las manifestaciones realizadas por el Despacho de la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, la proclama en cuestión representa presuntamente una eventual infracción normativa al Estatuto de Protección al

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Consumidor en términos de ‘Calidad’, ‘Información’ y ‘Condiciones Objetivas’; todo derivado del análisis que se le imprimió -pero también de forma descontextualizada- a la respuesta que en su momento y de manera oportuna fue presentada por el suscrito en atención al requerimiento de información sobre el particular a través de la cual se explicó la procedencia o justificación del uso de la proclama ‘lo mejor para la lonchera de tus hijos’ frente a lo cual, se dejó claro que:

1. Se trata de una declaración abiertamente subjetiva.
2. Puede considerarse como una declaración laudatoria.
3. Por ende, no requiere justificación y/o prueba alguna.

Naturalmente, lo que expresamos en la averiguación preliminar se refirió al carácter nutricional del producto, no por otra razón a la que el producto en cuestión es un alimento, tal y como lo declara el permiso sanitario que para tal fin ha concedido la Autoridad Sanitaria de nuestro país -Invima- sin entrar a realizar juicios de valor objetivos, como comparaciones con otro (s) producto (s) en específico; sino en términos evidentes de practicidad -fácil portabilidad- además de un aporte nutricional que se ajusta a los parámetros que en términos de la normativa aplicable vigente le permitía y le permite hoy inclusive, considerarse como un alimento:

La Resolución 2674 de 2013 en su artículo 3 literalmente expresa:

‘ARTÍCULO 3º. DEFINICIONES. Para efectos de la presente resolución adóptense las siguientes definiciones:

(...)

ALIMENTO. Todo producto natural o artificial, elaborado o no, que ingerido aporta al organismo humano los nutrientes y la energía necesaria para el desarrollo de los procesos biológicos. Se entienden incluidas en la presente definición las bebidas no alcohólicas y aquellas sustancias con que se sazonan algunos comestibles, y que se conocen con el nombre genérico de especias.

...’

Nótese entonces, como es que por definición técnica y legal, se desprende que el producto promocionado en la pieza comercial analizada por el Despacho, en efecto cuenta con un[a] característica o aporte nutricional que le permite catalogarse así(sic) mismo como un alimento y el descriptor ‘MEJOR’ en la medida que no establece en términos de qué o en función de qué, NO implica la fijación de una condición objetiva en específico, más allá de que, como bien en su oportunidad se señaló y aquí se reitera, se comunica de manera subjetiva y laudatoria por parte del fabricante para quien considera su producto como ‘Lo mejor’.

Para la doctrina aplicable en la materia, empleada inclusive por esta misma superintendencia en desarrollo de sus conceptos, se ha dejado claro que los criterios objetivos de un material publicitario consisten en aquellos elementos susceptibles de ser objeto de medición a través de cualquier variable determinable:

‘Constituye mensaje objetivo aquella información que se refiere a características propias del producto o servicio (calidad, cantidad, precio) o aspectos medibles del 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, ej.: **el mejor jabón del mundo**’³³ (Destacado y subrayado es propio)

Adicional a lo anterior, no es cierto que pueda configurarse una infracción relativa a calidad y/o información del producto, toda vez que el comercial no transmite mensajes con información falsa y en todo caso, para todos los efectos, la decisión de consumo no se adopta con ocasión de la recepción del mensaje publicitario, sino que ello ocurre en otro momento que es dónde y cuándo el consumidor cuenta con la oportunidad de verificar y corroborar la información suficiente del producto, que oportuno sea decirlo, se encuentra consignada con absoluta claridad y suficiencia en la etiqueta presente en el envase del producto.

³³ “Tomado de Concepto Sic 18-142794. Crédito a 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”

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

En cuanto al uso del descriptor ‘Jugo’, de cara a la imputación que compete a esta investigación, vale la pena destacar dos aspectos particulares. El primero es que si bien le asiste razón al Despacho en cuanto a que el producto en referencia técnicamente hablando se le denomina refresco y no jugo, no menos cierto es que deben diferenciarse aspectos propios de percepción del consumidor frente a lo que comúnmente se entiende bajo el concepto de jugo en nuestro país, y el segundo aspecto, también de gran importancia para la investigación, es que si nos referimos a un eventual incumplimiento de aspectos eminentemente técnicos, dada la especificidad del producto, no es esta Superintendencia la autoridad competente para investigar y sancionar, pues para ello, la competencia estaría en el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos — Invima.

Al margen de lo anteriormente referido pero recapitulando lo relacionado con el aspecto ‘percepción’, considera el suscrito apoderado viable el que el Despacho tenga presente, que de acuerdo con la doctrina que ha sido avalada en la materia, ha quedado claro que tal y como ya se señaló previamente, los mensajes publicitarios no deben ser analizados de forma seccionada o descontextualizada, por el contrario, estos deben ser vistos como un todo en donde realmente se encuentra el mensaje y en todo caso, debe analizarse desde la óptica de un consumidor promedio o racional, no uno especializado -que valga la pena anotar, eventualmente se convierte en temerario- pues es desde dicha óptica que se puede crear una idea de cómo puede llegar a ser recibido por la generalidad de la población.

Sobre este aspecto encontramos que la doctrina expresa lo siguiente:

‘Cuarto paso: establecer cuál es la actitud y el entendimiento que el consumidor racional asume frente a la oferta presentada.

(...)

Así las cosas, el parámetro que universalmente se utiliza para evaluar si un mensaje es o no engañoso, es el del consumidor medio o racional. Este parámetro se fundamenta en la realidad de la forma cómo los consumidores entienden la publicidad, pues parte de la base de reconocer que las personas que reciben los anuncios, realizan un examen superficial de ellos y no uno profundo y detallado.

(...)

Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor.’ Una interpretación adecuada es aquella que busca entender el contenido y las afirmaciones que se hacen en los anuncios en la forma natural y obvia en la que la mayoría del público objetivo al que se dirige la publicidad lo haría. En este orden de ideas, las normas sobre publicidad engañosa buscan que los consumidores a los cuales se dirigen los anuncios, adopten una posición razonable frente a los mismos, dándole a la información que les es transmitida una interpretación natural y obvia, que sin llegar a ser profunda, científica y técnica, les permita separar los elementos puramente creativos, de aquellos objetivamente comprobables y creíbles. (...)’³⁴(El **destacado** es propio)

Sobre el particular es válido señalar, que, para la generalidad de la población, lo cual se refleja en el mercado y en los consumidores de este tipo de productos, por ser parte de su propia idiosincrasia y cotidianidad desde siempre, que no por cuenta de este mensaje publicitario en particular el uso de la expresión ‘Jugo’ lo encuentra válido para identificar prácticamente cualquier bebida que contenga agua, fruta y azúcar, sin importar la cantidad de cada uno de estos componentes, de manera que más allá de que eventualmente pudiera pregonarse una falla con cargo a mi Poderdante por el uso de la expresión ‘Jugo’ en esa pieza publicitaria en específico, lo cierto es que su presunto incumplimiento se estimaría únicamente respecto de una norma de carácter técnico que no respecto a lo relativo a la protección de los derechos de los consumidores, máxime si se tiene en cuenta que dicha pieza publicitaria tal y como dan cuenta los soportes documentales que ya obran en el expediente, precisando aquí que la pieza publicitaria posteriormente ajustada y la expresión ‘jugos’ desapareció de la misma.

Junto con el presente documento, se presenta para consideración y análisis del Despacho, soportes documentales que dan cuenta como(sic) percibe el consumidor promedio colombiano la expresión ‘jugo’, no derivado de la recepción de mensajes publicitarios como

³⁴ “Jaeckel Kovacs Jorge, Publicidad Engañosa: Análisis Comparativo, Boletín Latinoamericano de Competencia, Tomo número 20, junio 2005”.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

los de mi Poderdante, sino por cuestión, insisto propiamente cultural; con esto no se quiere decir y sea oportuno dejarlo anotado, que no se trata de que mi Poderdante esté aceptando que ‘saca provecho’ de ‘la costumbre’ entre los consumidores, por cuanto el mensaje que este documento quiere transmitir, es que la conducta que aquí se reputa como eventualmente antijurídica ciertamente no ha resultado lesiva en ningún nivel para los derechos de los consumidores, estos han sido siempre suficientemente informados sobre la naturaleza y calidad de cada uno de los productos que son fabricados por mi Poderdante, a través de los rótulos o etiquetas de sus productos.

- ‘Mi Mamá sabe que me encanta la fruta, por eso en mi lonchera siempre hay HIT, porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá’

Lo primero que quiero advertir y en todo caso, precisar y aclarar es que los recursos empleados por el suscrito como asesor y representante de la sociedad investigada ante esta Superintendencia, contienen mensajes que conviene sean leídos, analizados e interpretados de forma íntegra, por cuanto, no corresponde a la verdad que el acto de formulación de cargos, el Despacho señale que mi Poderdante por conducto mío haya justificado de manera categórica el uso de esta expresión de la siguiente manera:

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

Se centra mi inconformidad en que de acuerdo con el documento que obra al interior del expediente y que fue radicado bajo el consecutivo 17-424418-00010, lo que se señaló frente al requerimiento de justificar técnicamente las proclamas cuestionadas por esta Delegatura, es que las mismas, **todas**, carecen de un carácter objetivo y por ende no requieren ser comprobadas y están diseñadas para el entendimiento común de un consumidor racional que no será susceptible de engaño cuando perciba las mismas y sin descontextualizar; el mensaje transmitido por el suscrito cuando se respondió fue lo siguiente en su tenor literal:

(...)

De antemano, de manera respetuosa me permito manifestar, que como quiera que la(sic) expresiones en referencia se tratan de afirmaciones pura e indiscutiblemente subjetivas, las mismas, no requieren de soporte técnico o científico alguno que acredite su veracidad; Sin embargo, la documentación técnica que respalda la formulación del producto, da cuenta de que en efecto, las características organolépticas del producto responden íntegramente a la promesa de venta que se le hace al consumidor destinatario del mensaje, pues el producto fabricado por mi Representada, sabe a fruta de verdad y su contenido, garantiza indiscutiblemente que cada porción de las presentaciones comerciales, contiene por lo menos un 9% de fruta en su contenido -el cual puede variar de acuerdo al sabor o variedad-.

En el presente punto debe tenerse en cuenta que los de fruta, deben garantizar ser ‘elaborados a partir de jugo o pulpa de frutas concentradas o no, clarificado o no ó la mezcla de éstos, con un contenido mínimo de fruta del 8%, adicionado con agua y aditivos permitidos, sometidos a un tratamiento de conservación’; en el presente caso, tal y como lo puede verificar ese Respetado Despacho de acuerdo con la información que se presenta para su conocimiento a través de las fichas técnicas anexas junto con el presente escrito, así como las que ya reposan en sus archivos con ocasión a la investigación que se adelantó y archivó bajo el radicado N° 15-271838 y la copia de las etiquetas, el refresco identificado con la marca HIT es fabricado a partir de pulpas de fruta asépticas o congeladas, fabricadas en su mayoría por la Compañía NUTRIUM S.A.S.

Es por esto que dentro de las declaraciones ‘...porque Hit es fruta de verdad...’, ‘...elige Hit la fruta de verdad...’, ‘...mi mamá sabe que me encanta la fruta por eso en mi lonchera siempre hay Hit Porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá. ‘lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugo Hit’, se busca exaltar las bondades del jugo o pulpa de las frutas como ingrediente que se emplea en todo el portafolio de la marca Hit. En ningún momento se indica que el producto es fruta, razón por la cual no se hace alusión a una categoría diferente

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

a la indicada y aprobada bajo el registro sanitario RSA-002557-20i6, ni tampoco se indica en ningún momento que es el único ingrediente en los productos marca Hit. Las declaraciones objeto de revisión, parten de un ingrediente aprobado en el Registro Sanitario y que contiene el producto, diferente a lo comunicado por otras marcas de la industria de bebidas donde se habla de fruta, cuando realmente carecen de este ingrediente o en el mejor de los casos, simplemente acuden a extractos o aditivos saborizantes que solo asemejan el sabor a fruta en sus productos.

Frente a la expresión ‘...Porque me gusta, me hace más fuerte...’ Debe tenerse en cuenta que la población promedio de Colombia pertenece a los estratos 2 y 3, situación social que disminuye la accesibilidad al consumo de frutas. Este contexto se soporta con los datos de la ENSIN 2010 (Encuesta Nacional sobre la situación nutricional en Colombia), que presenta en sus resultados que 1 de cada 3 Colombianos entre los 5 y 64 años no consume frutas diariamente, razón por la cual se transmite un mensaje a la población infantil sobre la importancia de consumir este grupo de alimentos, que como fue indicado en numerales anteriores, es uno de los ingredientes de los productos de la marca Hit, sin que se esté informando que el producto es 100% fruta o que es un equivalente a la misma, sin embargo, llevar de alguna manera por lo menos el sabor de las frutas -sin que este (el sabor) se altere significativamente ayuda a sensibilizar el gusto de las personas por dichos alimentos, sin que, insisto, se pretenda dar entender que el consumo de ninguno de los productos que se identifican y promocionan bajo la mara HIT puede suplir el consumo de frutas-.

Nótese como por la razón que sea, que para los efectos de este documento, la calificaremos como un simple error humano de quien extrajo el fragmento del escrito de respuesta, el Despacho citó únicamente parte de la respuesta aportada por el suscrito, omitiendo tanto la puntuación y el contexto como la conclusión de la premisa seleccionada y así, por supuesto, que cualquier mensaje lucirá errado al ser tergiversado.

‘errare humanum est, sed perseverare diabolicum’

Sea esta entonces la oportunidad para que ese criterio sea ajustado, y que las consideraciones base de los cargos trasladados se ajusten a la realidad, se estimen de manera correcta los argumentos y en consecuencia, podamos llegar a una verdad que corresponda con la realidad de los hechos.

*No es cierto, o por lo menos a juicio del suscrito no luce acertado lo dicho por el Despacho en relación con que el empleo de la declaración ‘me hace más fuerte’ dentro del **contexto general de la publicidad**, implique que se le esta(sic) atribuyendo una propiedad en salud y de cualquier manera objetiva al producto de mi Poderdante; precisamente, desde la óptica del análisis en contexto general de la publicidad, que no es otro que un escenario lúdico o de juego, donde los protagonistas son niños, no se aprecian elementos que de verdad lleven a pensar o transmitir un mensaje como el que sugiere el Despacho. Distinto sería, si el mensaje, el mismo si se quiere, fuera enunciado por un profesional en salud (médico, pediatra, nutricionista) y en un ambiente profesional (consultorio), pero ello no es así, de manera que, más allá de esa simple percepción del Despacho, lejana por demás del análisis de un consumidor racional, el mensaje sigue siendo puramente emocional y subjetivo; con todo, aún a fuerza insistiendo en que la proclama pudiera calificársele(sic) como objetiva, válido resulta entonces recordar que en los términos de la resolución 2674 de 2013, cuando se define alimento, se indica que se trata de todo producto natural o artificial, elaborado o no, que ingerido aporta al organismo humano los nutrientes y la energía necesaria para el desarrollo de los procesos biológicos y cabe entonces preguntarse ¿cómo se manifiesta el desarrollo de cualquier proceso biológico? Y la respuesta a dicho interrogante es que esencialmente y por naturaleza este es en función del concepto arraigado de ‘fuerza’.*

-Elige HIT, la Fruta de Verdad y HIT es Fruta de Verdad.

Sin perjuicio de la argumentación expuesta en el acto administrativo de apertura, -frente a la cual me pronunciaré en breve- llama principalmente la atención del suscrito la variación de criterio por parte de la Superintendencia, en la medida que este mismo Despacho ya ha analizado con anterioridad la proclama bajo juicio concluyendo en más de una ocasión, inclusive, que la misma no representa la potencialidad de resultar lesiva para los intereses de los consumidores a la luz o bajo los postulados de la Ley 1480 de 2011.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Recordemos que esta misma Dirección, mediante sendos actos administrativos, ejecutoriados y en firme, concluyó previo análisis de la proclama ‘HIT ES FRUTA DE VERDAD’ que:

‘De conformidad con lo expuesto, y tras analizar las piezas publicitarias aportadas por la denunciada en el dispositivo de almacenamiento de datos (USB) obrante a folio 20 a luz de lo previsto en los artículos 23 y 30 de la Ley 1480 de 2011 que a texto dicen: “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.” “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”, esta Instancia concluye que la afirmación “fruta de verdad” alusiva al producto en discusión no enmarca una publicidad engañosa, habida cuenta que como se dijo en líneas precedentes, el mismo contiene fruta, información visible en los envases y soportada con la ficha técnica (fl. 20). Así entonces y teniendo en cuenta que en la publicidad no se indica a los consumidores que el producto cuenta con un porcentaje determinado de fruta o que el mismo es en su totalidad elaborado a base de fruta, no es posible endilgar una presunta publicidad engañosa. Por lo que se considera que se suministra una información clara, veraz, suficiente y oportuna a los consumidores frente a las cualidades y propiedades del producto.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, este Despacho resuelve dar por terminadas las averiguaciones preliminares adelantadas con ocasión de los hechos denunciados por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, en contra de Postobón S.A., iniciadas con motivo de la queja radicada bajo número 15-271838 y se abstiene de adelantar investigación administrativa en su contra³⁵.

Dentro de dicho expediente, el allí quejoso, con el ánimo de persistir en su reclamación, formuló una solicitud de revocatoria, frente a la cual esta misma Delegatura que ahora nos convoca señaló que:

‘Estando claro lo anterior y abordando tema en concreto, encuentra esta Dirección que después de la revisión conjunta de la información allegada por el quejoso, así como de la aportada por POSTOBÓN S.A, como consecuencia del requerimiento de información, de cara al Estatuto del Consumidor, se encuentra que la proclama empleada por dicha sociedad, según la cual sus productos contienen ‘fruta de verdad’, no son susceptibles de generar error o engaño en el consumidor, en la medida en que la información dispuesta en las etiquetas de los empaques tanto en los comerciales difundidos a través de los medios de comunicación, indican que aquellos productos contienen fruta, sin que se hubiere informado que se trate de un producto elaborado en su totalidad a base de fruta, lo que hace que la proclama ‘fruta de verdad’ se ajuste a la realidad.

En ese orden de ideas, y en la medida en que la información puesta a disposición de los consumidores es veraz y que no induce en engaño a los consumidores, pues allí se indican cualidades y propiedades del producto, se tienen entonces que no es dable iniciar investigación administrativa en contra de POSTOBÓN S.A., por la proclama ‘fruta de verdad’, empleada en los productos que fueron objeto de estudio³⁶.

Ahora bien, ciertamente ni el suscrito ni mi Poderdante, entendemos qué ha podido variar fáctica y jurídicamente hablando para que el análisis de una pieza publicitaria pueda variar pero tan radicalmente en un lapso de 3 años y que ahora, motive la apertura de una investigación en contra de mi Representada; con todo respeto, considero que por lo menos en cuanto a este rubro, el problema jurídico a resolver no debería centrarse ya en que si el mensaje publicitario realmente puede llegar a infringir el Estatuto de Protección al Consumidor; sino más bien, si el hecho de ‘reactivar’ una investigación con una orden de archivo, debidamente motivada, ejecutoria(sic) y en firme, supone una contradicción sobre algo que ya ha hecho transito(sic) a cosa juzgada, generando así un desgaste innecesario e injustificado del aparato investigador actual de esta Superintendencia.

De cualquier manera y sin perjuicio de lo anterior, estima nuevamente el suscrito que el análisis que es efectuado ahora por la Superintendencia de Industria y Comercio, (respecto de la proclama ‘Elige HIT, la fruta de verdad’, con el ánimo de calificarla como publicidad engañosa), omite aplicar criterios correctos de cara al análisis de piezas publicitarias,

³⁵ “Oficio 15-271838-9-0. Agosto 17 de 2016”

³⁶ “Resolución SIC 12078 de 16 de Marzo de 2017, suscrita por la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor, dentro del expediente administrativo 15-271838”

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

regularmente aceptados y empleados por esta misma entidad, entre otros tales como:

‘...’

- **El análisis del mensaje publicitario se hace desde el punto de vista del consumidor**, es decir, se mira el contenido del mensaje que recibió el público consumidor, independientemente de las consideraciones que haga el comerciante o anunciante sobre el anuncio las cuales no tienen relevancia, tales como ‘eso no fue lo que quisimos decir’ o ‘no debe entenderse de esa forma’.
- **Se debe tener en cuenta siempre la noción de consumidor racional**, es decir, en la publicidad se suelen hacer exageraciones que una persona racionalmente puede entender que no es cierta. Por esta razón la publicidad hipérbole y **los mensajes de tipo subjetivo no se tienen como engañosos**.
- **El análisis del mensaje no debe ser exclusivamente gramatical**, dice García Sais que ‘el anuncio induce a error si la mayoría de los consumidores lo entienden en un sentido diferente al gramatical’
- El análisis que se hace de un anuncio es de carácter integral, **no parcializado**, se debe examinar la totalidad del anuncio, mensajes sonoros, escritos, gráficos, tal y como lo percibe el consumidor.
- El análisis que se hace del anuncio es de carácter superficial, debe tenerse en cuenta que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, por lo tanto **no se puede recurrir a interpretaciones forzadas o complejas**.
(..)
- El deber de información será directamente proporcional con el nivel de **peligro potencial del producto que se está ofreciendo**³⁷
(Destacado propio).

Pues bien, es a todas luces evidente e indiscutible que más allá de la posible ligereza o superficialidad con que se ha podido analizar la pieza publicitaria pero particularmente el claim en cuestión, las conclusiones de dicho análisis están soportadas en una falacia, máxime si se tiene en cuenta que:

1. La generalidad del mercado y los consumidores conocen el producto que se esta(sic) anunciando y difícilmente (realmente imposible), van a esperar que les entreguen una fruta en lugar de un refresco de fruta pasteurizado (o un ‘jugo de cajita’ como lo conocen de manera genérica).
2. HIT es una marca notoriamente conocida y eso garantiza que el mensaje que se transmite a sus consumidores NO se distorsione, mucho menos al punto propuesto por la Delegatura en su análisis. Y
3. Para cualquier consumidor, sin importar su formación académica o nivel social, es claro cuál es el concepto de fruta, de manera que el riesgo o peligro de generar engaño o confusión en los términos propuestos por el Despacho resulta imposible”.

En el mismo sentido, aunque con estructura diferente, en sus alegatos de conclusión la investigada sobre esta imputación, se pronunció así:

- **“Aspectos Concernientes a la “Calidad” de los productos, de cara a los presupuestos de responsabilidad planteados en la formulación de cargos.**

Partiendo de los postulados del artículo 6 de la Ley 1480 de 2011, es claro que los fabricantes de productos y anunciantes de los mismos, deben garantizar que estos -los productos- responden en términos de calidad, conforme a lo que es anunciado y en igual sentido, se entiende previsto que incumplir dicha obligación deriva en determinados tipos de responsabilidad, como lo que nos reúne en el curso de la presente investigación.

Así, de un análisis detallado y pormenorizado de la situación y de los elementos que probatoriamente soportaron la queja, como génesis de la actuación administrativa, advierte el Despacho, que más allá de las posiciones subjetivas de la quejosa, no existe, conforme a lo que obra al interior del expediente, que alguna de las piezas publicitarias que fueron observadas y cuestionadas tanto por la quejosa como por el Despacho, hubiesen llegado a determinar una infracción a los presupuestos de calidad de los productos ofrecidos por mi Poderdante, máxime si se tiene en cuenta que contrario a lo acusado, se encuentra probado

³⁷ “Villalba Cuellar, Juan Carlos, Introducción al Derecho del Consumo, Editorial Universidad Nueva Granada, 2012, página 160. Tomado de [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/OS2018\(Rad1801427941\)“AsimetriaenPublicidad”](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/OS2018(Rad1801427941)“AsimetriaenPublicidad”)

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

que la investigada es una Compañía que dedica inmensos esfuerzos por ofrecer a sus consumidores, productos de alta calidad, seguros y en consecuencia aptos para el consumo sin representar ningún tipo de afectación o tan siquiera riesgo para la salud de los consumidores.

En términos generales, para el Despacho de la Dirección de Investigaciones de la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio el presupuesto de calidad, luce eventualmente afectado en consideración a un error de concepción en la mente de los consumidores, relacionado con la naturaleza de los productos que se anuncia, no obstante es oportuno apuntar que contrario al señalamiento de responsabilidad de dicho error que pueda ser atribuible a proceder alguno de mi Poderdante, objetivamente hablando, puede inferirse que ello consistiría realmente en un error propio de la idiosincrasia del consumidor promedio de nuestro país, para quien toda bebida elaborada a partir de fruta o su extracto y adicionada con agua, la denomina comúnmente como ‘jugo’.

Lo anterior no quiere decir -y así se expresó desde el escrito de descargos mismo- que mi Representada, hubiera querido sacar provecho de ese error o falta de conocimiento del consumidor habitual, pues dicho sea de paso, de todo el universo de piezas publicitarias que ocupan la presente investigación tan solo se evidencia una en la que infortunadamente -con ocasión de un error involuntario, ajeno a los intereses de la compañía- fue empleada la expresión en cuestión, no obstante de manera muy eficiente y oportuna y en un plazo sumamente corto, fueron tomadas las acciones correctivas pertinentes y por ende, más allá de esa única pieza que estuvo al aire durante el año 2015; nunca más han sido referidos este tipo de productos con la expresión en cuestión.

Por el contrario, día a día, mi Poderdante ha incrementado esfuerzos por asegurarse de brindar información cada vez más precisa a los consumidores de sus productos a través de sus piezas publicitarias respondiendo íntegramente en términos de calidad tanto de la información como la de sus productos que son anunciados, inclusive.

No existe al interior del expediente, una sola prueba que demuestre o permita inferir que mi Poderdante ha faltado a su promesa de garantizar productos de calidad o que hubiera afectado tan siquiera levemente los derechos de sus consumidores en dicho sentido, por el contrario, las documentales que obran al interior del paginario y que han sido admitidas como prueba por el Despacho, acreditan que la investigada, cumple satisfactoria e íntegramente con condiciones de buenas prácticas en manufactura para la elaboración de sus productos; que eventualmente, cuando se reciben quejas por parte de los consumidores sobre las condiciones de los productos, ello obedece a circunstancias relacionadas con la indebida manipulación del producto por parte de terceros y en todo caso, derivado de situaciones que no dependen o significan la responsabilidad de mi Poderdante.

En cuanto al presupuesto de Información como derecho de los consumidores, presuntamente vulnerado por mi Representada.

Se parte de un presupuesto claro e indiscutible de que es obligación de los anunciantes y en este caso, de mi Poderdante, en desarrollo de sus piezas publicitarias, el que se suministre a los consumidores, información clara, veraz, suficiente, comprensible, suficiente, comprensible, precisa e idónea sobre los productos ofrecidos y es así como ha actuado siempre mi Poderdante en desarrollo de sus actividades de comunicación y promoción de sus productos tal y como dan cuenta el material probatorio recaudado y que obra al interior del expediente.

Contrario a lo que se ha querido hacer ver, nunca se ha brindado información engañosa o que pueda tan siquiera inducir a error a los consumidores sobre la naturaleza o bondades de los productos, más allá de aquellos juicios de valor, o empleo de expresiones laudatorias que naturalmente solo pretenden resaltar el good will de la marca y/o producto en sí.

Es importante tener presente, que sin perjuicio del hecho de que el producto que es fabricado por mi Poderdante esta(sic) dirigido a una población que va a partir de los 4 años de edad, no menos cierto es que la decisión de compra del producto en función de la información que se transmite a través de las piezas publicitarias es tomada por un consumidor racional, y en todo caso maduro, que cuenta con la capacidad suficiente para procesar y entender la información y en función de ello adoptar de manera consciente una decisión de compra.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Sin que lo anterior resulte suficiente, oportuno resulta recordar, que el producto o los productos en torno a las cuales gira la presente actuación administrativa, se trata de un producto regulado, cuya comercialización se encuentra supeditada a la vigencia de un permiso de orden sanitario y que respecto del mismo sobrevienen una serie de obligaciones relacionada con los contenidos de las etiquetas, en las que valga la pena decirlo, se les suministra información, aún más que suficiente a los consumidores en relación con la naturaleza del producto, sus ingredientes, información nutricional, entre otros; que son perfecta y naturalmente apreciables al momento de que se toma la decisión de compra.

Frente al Presupuesto de una presunta publicidad engañosa.

Lejos de estar provistos de elementos que pudieran llegar a generar engaño o confusión sobre los productos, las piezas publicitarias anunciadas por mi Poderdante a través de las cuales promociona sus productos identificados con marca HIT, están compuestas por mensajes que resaltan sus características principales, sin perjuicio de que en los mismos se haga uso o alusión a expresiones subjetivas, que no necesariamente afecta la legalidad de la pieza en sí.

El empleo de expresiones subjetivas, laudatorias o similares es perfectamente legítimo y no representa ningún riesgo de confusión o engaño, bajo la premisa de que los mensajes son apreciados por consumidores promedio, racionales y los mensajes de mi Poderdante no son la excepción; obviar este requisito de cara al ejercicio de análisis de material publicitario, es hilar demasiado delgado, más allá de lo que exige la normatividad aplicable vigente.

A la fecha no existe prueba alguna de que un consumidor, espontaneo, promedio, aquellos de los cuales habla tanto la norma como la doctrina hubiera incurrido en error alguno sobre la naturaleza de los productos, indistintamente que los mensajes publicitarios hubiesen destacado algunos de sus ingredientes, como por ejemplo. La fruta”.

Por otro lado, respecto al mismo hecho constitutivo de esta imputación, la tercera interesada –RED PAPAZ-, arguyó en su escrito de alegatos de conclusión:

“(…)

23. Los cargos que se formulan a POSTOBÓN se apoyan en hechos específicos que a continuación se refieren de forma individual. En primer término, se encuentra la pauta comercial identificada en el expediente como «1-1 -Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155». Esta pauta presenta el siguiente diálogo:

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.

24. Del minuto 0.00 al 0.20 la escena se desarrolla en un salón de clases donde hay alrededor de 12 niños de aproximadamente nueve (9) años. En seguida se presentan capturas de imagen de la antedicha escena:



“Por la cual se decide una actuación administrativa”



25. En la anterior pauta comercial tanto el diálogo como las imágenes giran en torno a la lonchera escolar, la cual constituye una porción de alimentos de base diaria que los niños llevan al colegio para consumir en su receso escolar. En este caso, el mensaje del comercial recomienda a padres, madres, cuidadores y NNA incluir los productos Hit en su lonchera escolar. Finalmente cierra con la siguiente imagen:



26. En orden a analizar si la pieza publicitaria recién aludida contraría las disposiciones en materia de información y publicidad conviene revisar de manera independiente cada uno de los mensajes objetivos que ésta contiene.

a. Hit es «Lo mejor para la lonchera de tus hijos»

Los mensajes objetivos son aquellos que se refieren a características propias y aspectos medibles del producto, son susceptibles de ser verificados y que deben ser veraces y suficientes³⁸. Estos mensajes corresponden con la promesa que el producto hace al consumidor.

Con fundamento en lo anterior, el primer mensaje objetivo que se advierte en la pauta antes descrita, es el que predica que Hit es «Lo mejor para la lonchera de tus hijos». Aun cuando **POSTOBÓN** se esfuerce en sostener que el mensaje «Lo mejor para la lonchera de tus hijos» es subjetivo, lo cierto es que no lo es. Los mensajes subjetivos corresponden a juicios estimativos u opiniones que el anunciante hace de su producto, y que no son susceptibles de comprobación como son los gustos y las preferencias. Por el contrario, los mensajes objetivos sí pueden contrastarse con la realidad del producto, y son aquellos que hacen referencia a características como el precio, los contenidos del producto o su idoneidad³⁹. En el caso de la frase «Lo mejor para la lonchera de tus hijos», se trata de una afirmación verificable, por cuanto la palabra mejor hace referencia a la idoneidad del producto y a su valor nutritivo para los **NNA**, y puede contrastarse con las características de otros productos como las frutas reales, u otros alimentos que pueden ser consumidos por los **NNA** durante el recreo.

Una vez precisado el primer mensaje objetivo contenido en la pauta publicitaria, es preciso revisar cuáles son las características del bien anunciado para enfrentarlas con las del comercial transmitido.

³⁸ “Concepto: 18-142794 de 2018 de la SIC”

³⁹ “Ibid”.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

En este orden de ideas, es necesario aclarar como lo hace la Nutricionista Mercedes Mora Plazas, que los productos Hit no son más que bebidas ultraprocesadas compuestas de varios ingredientes artificiales, un contenido muy reducido de fruta, entre uno por ciento (1%) y catorce por ciento (14%), y azúcar en exceso. Sobre este último punto, cabe resaltar que entre un ochenta y cuatro por ciento (84%) y un cien por ciento (100%) de las kilocalorías de estas bebidas son aportadas por el azúcar, lo cual supera con creces los límites recomendados por el Modelo de Perfil de Nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud (OPS)⁴⁰. En efecto, el consumo de azúcar en exceso está vinculado con el desarrollo de enfermedades no transmisibles como el sobrepeso, la diabetes e incluso algunos tipos de cáncer⁴¹. Adicionalmente, es conveniente anotar que incluso los jugos de verdad no constituyen la mejor alternativa para la lonchera en la medida en(sic) son las azúcares de la fruta. La mejor alternativa de hidratación es el agua.

Con fundamento en lo anterior, no es posible afirmar que las bebidas ultraprocesadas Hit sean «Lo mejor para la lonchera de tus hijos» puesto que de ninguna(sic) de estos productos podrían ser más idóneos o nutritivos que otros, tales como las frutas reales, cuyos beneficios se encuentran ampliamente apoyados en las Guías Alimentarias Basadas en Alimentos (GABAS) desarrolladas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)⁴².

Así mismo, la inclusión de este producto en la lonchera de NNA, fomenta su consumo habitual, y en consecuencia aumenta los riesgos de padecer enfermedades no transmisibles como las ya mencionadas. Debido a esto, la consigna «Lo mejor para la lonchera de tus hijos» induce a engaño y promueve que consumidores lo adquieran con la expectativa de que éste estimule el desarrollo positivo de NNA. Sin embargo, no es sino una bebida ultra-procesada alta en ingredientes críticos como el azúcar, y cuyo consumo habitual es nocivo para la salud de los NNA.

Además de comparar el mensaje con la realidad del producto, es necesario determinar si la información transmitida es suficiente para el consumidor. En este punto se evalúa que la información comunicada sea relevante y suficiente. Por relevante, se entiende que sea esencial, es decir que la transmisión o no de esta información pueda cambiar la decisión del consumidor frente a adquirir o no el producto en cuestión. Por otra parte, que la información sea suficiente significa que la información sea la que regularmente se considera necesaria o idónea, para que el consumidor se forme una opinión acerca de la oferta planteada y tome una decisión de si aceptar o rechazar la misma.

Con fundamento en lo descrito en el análisis para la pauta, dado que el aporte del azúcar dentro de las kilocalorías de estos productos ultra procesados oscila entre el ochenta y cuatro por ciento (84%) y el cien por ciento (100%), debe concluirse que este es una (sic) producto que contiene un exceso de este ingrediente crítico a la luz del Modelo de Perfil de Nutrientes de la OPS. A pesar de que a los productos con exceso de azúcares libres, como las bebidas Hit, se les atribuye la promoción de enfermedades no transmisibles, esta advertencia no puede colegirse a partir de la información que la pauta brinda. Por el contrario, el mensaje «Lo mejor para la lonchera de tus hijos» engaña al consumidor al hacerlo pensar que los productos Hit no tienen efectos nocivos en la salud.

Teniendo en cuenta que el exceso de azúcar de estos productos es información relevante para la toma de decisiones de los consumidores, es necesario que el anunciante deba que advertir la presencia de estos ingredientes críticos. De hecho, el no prevenir a los consumidores de los efectos nocivos de estas bebidas ultraprocesadas, perpetúa la asimetría de información entre el anunciante y los consumidores, impidiéndoles tomar una libre decisión de compra.

Lo anterior, resulta aún más importante, si se tiene en cuenta que la pretensión del anunciante en esta pauta es promover el consumo habitual de las bebidas Hit y vender la idea de que este producto contribuye positivamente a la nutrición. Sin embargo, la evidencia muestra que Hit es un producto ultraprocesado con un exceso de azúcar y poco contenido de frutas reales, sin los beneficios que la publicidad le atribuye. Por lo tanto, dada la falsedad de la frase «Lo

⁴⁰ “OPS (2016)”

⁴¹ “Organización Mundial de la Salud y Organización Panamericana de la Salud (2014). Consumo de alimentos y bebidas ultra-procesados en América Latina: Tendencias, impacto en obesidad e implicaciones de política pública. Disponible en: http://www.audyn.org.uy/sitio/repo/arch/OPSe_AlimentosybebidasultraprocesadosyobesidadenAmericalatinaej_sep14.pdf

⁴² Guías Alimentarias Basadas en Alimentos, ICBF, 2015. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SNA/guías-alimentarias-basadas-en-alimentos.pdf>

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

mejor para la lonchera de tus hijos» a la luz del exceso de azúcar de las bebidas Hit, se concluye que estas consignas no son información relevante para el consumidor. Por el contrario, es una aseveración falsa que contradice las verdaderas cualidades del producto.

De otra parte, es necesario establecer cuál es la actitud y el entendimiento que el consumidor racional asume frente a la oferta presentada. Este parámetro se fundamenta en la manera como los consumidores entienden la publicidad, reconociendo que las personas que reciben los anuncios realizan un examen superficial, típico de quien no tiene mayor experiencia o nivel de conocimiento de ellos.

En el caso del mensaje «Lo mejor para la lonchera de tus hijos» que viene acompañada por el lenguaje visual de la pauta, que incluye espacios de colegio y niños activos, le sugieren al consumidor racional la idea de vitalidad y salud. Así mismo, el ambiente escolar de la escena, junto con el anuncio: «Lo mejor para la lonchera de tus hijos», proyecta sobre los productos Hit una idea de familiaridad, de salud, nutrición y de ser adecuados para los **NNA**. Estas imágenes le dan la idea a los padres, madres y cuidadores que los productos Hit son ideales para el desarrollo y fortalecimiento de los **NNA** que deben consumirlos habitualmente en la lonchera.

No obstante, como ya se ha advertido anteriormente, este mensaje contiene escenas y asociaciones, que constituyen una promesa o expectativa del producto, y que inducen a error. Esto, por cuanto los productos Hit, lejos de ser «lo mejor para la lonchera», son bebidas ultraprocesadas hechas a partir de una variedad de ingredientes artificiales, cantidad mínima de fruta y un exceso de azúcar. Aun cuando los consumidores creen adquirir un producto saludable e ideal para **NNA**, obtienen un refresco cuyo consumo resulta nocivo para la salud, y que en todo caso, que no puede ser equiparado con las frutas, ni se puede decir que sea el mejor producto para la lonchera de los niños.

(...)

Por otro lado, tampoco tiene cabida que **POSTOBÓN** se apoye en la definición que la Resolución 2674 de 2013 establece de los alimentos para decir que «aportan al organismo humano los nutrientes y la energía necesaria para el desarrollo de procesos biológicos». Esto no demuestra de manera alguna que el producto Hit sea superior en términos nutricionales a los demás que pueden llevar **NNA** en la lonchera.

Así mismo, no es admisible que se presente como sustento de esta afirmación falaz, información correspondiente a otros productos que tienen cantidades inferiores de fruta o mayores de azúcar para decir que Hit es «mejor». Esos no son todos los productos que se ofrecen en el mercado, ni mucho menos son la totalidad de las bebidas que los **NNA** pueden llevar en la lonchera.

Finalmente, respecto del argumento según el cual la publicidad no tiene nada que ver con la decisión de consumo porque esta se toma con fundamento en la información consignada en la tabla nutricional de los productos, conviene anotar que la inmensa mayoría de las personas no entienden la información contenida en la tabla nutricional que toma como referencia la dieta de una mujer adulta europea. Además, esta información no alerta sobre cuándo es alto en alguno de los ingredientes críticos como ocurre en el caso que se revisa. Pero además implica la realización de operaciones aritméticas, que en el caso de **NNA** resultan aún más complejas, y que no alcanzan a realizarse en el tiempo que disponen las personas para adoptar decisiones de consumo. Si fuera cierto lo que plantea **POSTOBÓN** las empresas fabricantes de productos comestibles y bebibles no harían publicidad porque esto no afectaría nada las decisiones de consumo de las personas. Esto es manifiestamente contrario a la realidad.

En este orden de ideas, resulta palpable que el mensaje transmitido por **POSTOBÓN** viola lo dispuesto en los artículos 6, 23 y 29 de la Ley 1480 de 2011 en la medida en que no es verdadero y además omite información relevante para la adopción de decisiones de consumo, como que el producto tiene exceso de azúcar. Así mismo contraría los numerales 2.1.1., 2.1.1.1 y 2.1.1.2 del Capítulo 2 del Título II de la Circular Única de la SIC.

b. Hit es «jugo»

El segundo mensaje objetivo en la pauta comercial identificada como «1-1-Video Hit Elige la

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Fruta de Verdad 20s / 1789155», es el que califica los productos Hit como «jugo». Tal como lo advierte la SIC en la Resolución 19022 de 2019, el Ministerio de Salud y Protección Social estableció mediante la Resolución 3929 de 2013 una definición técnica de «jugo». La citada norma, establece que son «jugos» los: «Líquidos obtenidos por procedimientos de extracción mecánica a partir de frutas frescas, sanas y limpias (...) 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».⁴³ De lo anterior, se desprende que los únicos ingredientes que puede tener una bebida denominada «jugo» son: fruta y agua. Sin embargo, los productos Hit no sólo tienen una cantidad muy reducida de fruta, esto es, entre el ocho por ciento (8%) y el catorce por ciento (14%) del producto, sino que además incluyen una gran cantidad de azúcares y aditivos. Por lo tanto, de acuerdo con la Resolución 3929 de 2013, los productos Hit no pueden ser considerados «jugos», ni mucho menos pueden ser promocionados como tales, de lo contrario se estaría llevando a los consumidores a un error.

Por otro lado, como lo menciona la SIC en la citada actuación, los productos Hit corresponden a la denominación «refresco de fruta», el cual de acuerdo con la Resolución 3929 de 2013 es un producto: «elaborado a partir de jugo o pulpa de frutas concentrados o no, clarificado o no o la mezcla de estos, con un contenido mínimo de fruta del 8%, adicionado con agua y aditivos permitidos, sometidos a un tratamiento de conservación»⁴⁴. Al corresponder esta definición técnica con la esencia de los productos Hit, queda claro que **POSTOBÓN** ha faltado a la verdad al publicitar sus bebidas como «jugo» y no como «refresco de fruta». Esta conducta contraría las normas en materia de protección al consumidor, específicamente aquellas que le obligan a suministrar información mínima que sea veraz e idónea.

En sus descargos, **POSTOBÓN** acepta que sus productos Hit no son «jugo» sino «refresco de fruta». Sin embargo, alega que la pauta publicitaria hizo uso de la acepción popular de la palabra «jugo», la cual, según indica, corresponde a «cualquier bebida que contenga agua, fruta y azúcar, sin importar la cantidad de cada uno de estos componentes», para comunicar y promocionar sus bebidas a los consumidores. Por lo tanto, **POSTOBÓN** menciona que su conducta no condujo a ningún tipo de engaño o error a los consumidores. Esta justificación carece de todo sustento por las razones que se exponen a continuación.

La acepción popular de la palabra «jugo» no se opone de ninguna manera a lo establecido en la norma técnica. En efecto, este término se asocia con una bebida que se percibe como nutritiva y saludable, por haber sido obtenida de la fruta. Sin embargo, los productos Hit tienen apenas un contenido mínimo de fruta, y una cantidad significativa de azúcar y otros aditivos. Por lo tanto, el producto no sólo no corresponde con lo que la norma técnica define como «jugo», ni con lo que las personas entienden por este término. Tal como lo evidencia el análisis de la nutricionista Mercedes Mora Plazas, los refrescos Hit son productos ultraprocesados con un altísimo contenido de azúcares libres, que exceden las recomendaciones de la **OPS**. Sin embargo, **POSTOBÓN** se ha aprovechado de la buena percepción que tienen los «jugos» en el imaginario de los consumidores, para venderles un producto que a todas luces no reporta los beneficios nutricionales de éstos. Lo anterior configura un engaño, puesto que promete a los consumidores un producto cuyas características no corresponden al de los refrescos Hit. El uso de la palabra «jugo», para denominar el producto Hit, lesiona los derechos de los consumidores, que de buena fe asumen que el producto corresponde a lo que la normativa establece que es un «jugo», y que además corresponde con lo que el común de las personas también entiende por este vocablo.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Registro Sanitario expedido por el INVIMA para los productos Hit los califica como «Refrescos de fruta pasteurizada». No obstante, **POSTOBÓN** tomó la ingeniosa decisión de publicitar sus refrescos como «jugo», aun cuando el numeral 2 del párrafo del artículo 11 de la Resolución 3929 de 2013 expresamente se lo prohíbe⁴⁵. **POSTOBÓN** ha inducido dolosamente a los consumidores a pensar que adquieran un «jugo» y no un refresco ultraprocesado. Este engaño le ha reportado a **POSTOBÓN** enormes réditos como se advierte en los documentos financieros de la empresa allegados a la **SIC**.

⁴³ «Artículo 3 de la Resolución 3929 de 2013 expedida por el Ministerio de la Salud y la Protección Social”.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ «El numeral 2 del párrafo del artículo 11 de la Resolución 3929 de 2013 expedida por el Ministerio de la Salud y Protección Social establece: «2. Los refrescos de fruta y las bebidas con jugo (zumo) o pulpa de fruta o concentrados de fruta, clarificados o no o la mezcla de estos no deben ser comercializados y publicitados bajo la denominación de jugo (zumo)»».

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Adicionalmente, cabe mencionar que la conducta constituye una falta al deber consignado en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, por medio de la cual los productores y comercializadores deben comunicar información suficiente, veraz e idónea de sus productos a los consumidores. De igual forma, viola el artículo 29 de la citada ley, el cual obliga al anunciante a los términos de su publicidad. De forma tal, que si ofrece un producto que denomina «jugo» está obligado a ofrecer un producto que cumpla con estas características técnicas. En razón de lo anterior, es preciso anotar que la sola transgresión de estas normas implica una lesión a los derechos de los consumidores, razón por la cual la conducta de **POSTOBÓN** debe ser sancionada.

Finalmente, **POSTOBÓN** señala que la **SIC** no es la autoridad competente para investigarla y sancionarla, puesto que las normas violadas son de naturaleza técnica, razón por la cual sólo el **INVIMA** podría llevar a cabo este procedimiento. Sin embargo, este argumento resulta falso porque al publicitar como un «jugo» un «refresco de frutas» menoscabó los derechos de los consumidores. Esta conducta en sí misma considerada transgrede la Ley 1480 de 2011 como se demostró en el párrafo anterior. Por lo tanto, dado que la conducta fue violatoria tanto de la Resolución 3929 de 2013 como de la Ley 1480 de 2011, la **SIC** tiene competencia para adelantar la actuación de la referencia y proteger los derechos de los consumidores. Lo anterior, sin perjuicio de que el **INVIMA** sea también competente para investigar y sancionar a **POSTOBÓN** por transgredir las normas técnicas citadas.

De otra parte, resulta contradictorio que **POSTOBÓN** sostenga que la norma técnica no pueda ser invocada por la **SIC** en la formulación de cargos, pero recurra a otras disposiciones técnicas sanitarias para atribuirle calidades específicas a sus productos, como es el caso de la permanente referencia a la Resolución 2674 de 2013 que incorpora una definición de «alimento».

c. Hit «me hace más fuerte»

El tercer mensaje objetivo de esta pauta publicitaria es la consigna que indica que Hit «me hace más fuerte». **POSTOBÓN** alega que no se trata de una frase objetiva, puesto que ésta es pronunciada por niños en un espacio lúdico, y no por profesionales de la salud en un consultorio. Al respecto, cabe anotar que el hecho de que la consigna sea pronunciada por una niña no le resta objetividad o seriedad a la frase; lo contrario llevaría a suponer que todas las frases pronunciadas por **NNA** son inverosímiles, lo cual no es cierto. Además, el entorno y las imágenes de juego y alegría que se aprecian en el momento en que se dice la frase, dan la idea a los padres, madres y cuidadores que los productos Hit son ideales para su desarrollo y fortalecimiento. La asociación del vocablo «fuerza» con la vitalidad y buen estado de salud, son aspectos verificables como lo destaca la **SIC** en la Resolución 19022 de 2019.

El mensaje «me hace más fuerte», es una afirmación en sí misma engañosa si se tiene en cuenta la composición de las bebidas Hit. Como se advirtió anteriormente, estos productos no son más que bebidas ultraprocesadas compuestas de varios ingredientes artificiales y azúcar en exceso. Sobre este último punto, cabe resaltar que entre un ochenta y cuatro por ciento (84%) y un cien por ciento (100%) de las kilocalorías de estas bebidas son aportadas por el azúcar, lo cual supera con creces los límites recomendados por el Modelo de Perfil de Nutrientes de la **OPS**⁴⁶. En efecto, el consumo de azúcar y sodio en exceso está vinculado con el desarrollo de enfermedades no transmisibles como el sobrepeso, la diabetes, enfermedades cardiovasculares e incluso algunos tipos de cáncer⁴⁷. Debido a esto, la consigna «me hace más fuerte» induce a engaño y promueve que los menores de dieciocho (18) años consuman bebidas Hit con la expectativa de que éstas estimulen su desarrollo positivo. Sin embargo, obtienen una bebida ultraprocesada alta en un ingrediente crítico como el azúcar, cuyo consumo habitual es nocivo para la salud.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el exceso de azúcar de estos productos es información relevante para la toma de decisiones de los consumidores, es necesario que el anunciante advierta la presencia de estos ingredientes críticos. De hecho, el no prevenir a los consumidores acerca del alto contenido de azúcar de estas bebidas ultraprocesadas, contraría lo dispuesto en el numeral 1.3 del artículo 3 y el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011,

⁴⁶ Op. Cit. OPS (2016).

⁴⁷ “Organización Mundial de la Salud y Organización Panamericana de la Salud (2014). Consumo de alimentos y bebidas ultra-procesados en América Latina: Tendencias, impacto en obesidad e implicaciones de política pública. Disponible en: <http://www.audyn.org.uy/sitio/repo/arch/OPSeAlimentosybebidasultraprocesadosyobesidadenAmericatinaejsep14.pdf>”

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

en los cuales se estipula el derecho de los consumidores a recibir y la obligación de los anunciantes de comunicar información completa, suficiente e idónea.

Lo anterior resulta aún más importante si se tiene en cuenta que la pretensión del anunciante en esta pauta es promover el consumo habitual de las bebidas Hit y vender la falsa idea de que este producto fomenta el crecimiento, el desarrollo positivo de **NNA** y un buen estado de salud. Sin embargo, la evidencia muestra que Hit es un producto ultraprocesado con un exceso de azúcar y poco contenido de frutas reales, sin los beneficios que la publicidad le atribuye. Por lo tanto, dada la falsedad de la frase «me hace más fuerte» a la luz del exceso de azúcar de las bebidas Hit, se concluye que esta consigna es una aseveración falsa que contradice las verdaderas cualidades del producto.

De otra parte, el argumento de **POSTOBÓN** según el cual, el mensaje «me hace más fuerte» es emocional y subjetivo, como quiera que la frase no fue pronunciada por profesionales de la salud, sino por niños y niñas en un ambiente lúdico y de juego, resulta falso. Dado que «fuerte» es un adjetivo que se refiere a un estado de vigor y de actividad, las imágenes de niños en un ambiente lúdico refuerzan estas ideas. Por lo tanto, a partir de un análisis holístico de la pieza publicitaria se desprende que la consigna «me hace más fuerte» no es un mensaje emocional, sino que es una promesa objetiva de que el consumo de productos Hit promueve mayor vitalidad y un buen estado de salud. Así, esta promesa permite ser contrastada con la realidad del producto, el cual, como se ha mencionado anteriormente, es una bebida ultraprocesada con excesos de azúcar y un contenido insignificante de frutas. Por lo anterior, el consumo habitual de estos productos, en vez de promover la vitalidad y «hacer más fuerte», se relacionaría con el desarrollo de enfermedades como la obesidad, la diabetes tipo II y algunos tipos de cáncer. Por lo tanto, el mensaje de «me hace más fuerte» es falso.

Por otro lado, tampoco es aceptable el argumento de **POSTOBÓN** por el cual se apoya en la definición de «alimento» consagrado en la Resolución 2674 de 2013 para indicar que los productos Hit «aportan al organismo humano los nutrientes y la energía necesaria para el desarrollo de procesos biológicos», y que el concepto de «procesos biológicos» sea análogo al de «fuerza», para concluir que los refrescos Hit sí hacen más fuertes a los consumidores. Como se ha referido anteriormente, los refrescos Hit son productos ultraprocesados que dado su contenido excesivo de azúcar, no deberían ser ingeridos de manera habitual por **NNA**. La citada definición no puede ser invocada por **POSTOBÓN** para apoyar una cualidad, que de acuerdo con el concepto técnico de la nutricionista Mercedes Mora Plazas, no tiene. En este punto, es preciso mencionar que la **SIC** debe valorar las pruebas aportadas que demuestran cuáles son las verdaderas cualidades nutricionales del producto Hit.

En síntesis, la frase «me hace más fuerte» constituye un mensaje objetivo, que al ser contrastado con los conceptos de expertos nutricionistas, resulta ser engañosa en los términos del artículo 2.1.1 y 2.1.1.1 de la Circular Única de la **SIC**. Ciertamente, conlleva a la asociación del producto con mayor vitalidad, desarrollo y buena salud. Esto, a pesar de que tal como lo evidencian nutricionistas y dietistas, el consumo habitual de estas bebidas ultraprocesadas está coligado al mayor riesgo de padecer enfermedades crónicas no transmisibles. Por lo tanto, el mensaje bajo examen vulnera el numeral 1.3 del artículo 3 y el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, que estipula el derecho de los consumidores a recibir, y la obligación de los anunciantes a comunicar información completa, veraz, verificable e idónea respecto del producto que se les ofrece.

d. «Elige Hit, la fruta de verdad»

El cuarto mensaje objetivo de esta pieza publicitaria es «Elige Hit, la fruta de verdad». Con esta frase **POSTOBÓN** busca equiparar los productos Hit con las frutas. Lo anterior se hace por medio de referencias explícitas e implícitas sobre las cualidades del producto y cómo éste se equipara a la fruta. La igualación implícita se hace con la imagen de la niña en el comercial diciendo «mi mamá sabe que me encanta la fruta», mientras sostiene un refresco Hit. Por otra parte, la referencia explícita se hace hacia el final del comercial cuando el narrador dice «elige Hit, la fruta de verdad» y en la parte superior izquierda de la pantalla aparece un sello que replica textualmente la anterior consigna.

Como bien lo señaló la **SIC** en la Resolución 19022 de 2019, es necesario realizar un análisis semántico de los vocablos utilizados en esta frase, es decir «fruta» y «de verdad». En cuanto a «fruta», existe una definición para las mismas dentro de la Resolución 3929 de 2013, la

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

cual establece que se entiende por «fruta» cualquier: «órgano comestible de la planta vegetal, constituido por el ovario fecundado y maduro de la flor, que por lo general contiene una o más semillas y cualquier parte de la flor que tenga íntima asociación con dicho ovario». En lo que respecta a la locución «de verdad», el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como: «1. loc.adj. Auténtico, verdadero. 2. loc.adv. De manera cierta, realmente». A partir del análisis anterior se colige que el mensaje «elige Hit, la fruta de verdad» en su tenor literal iguala los productos Hit a las frutas, comoquiera que la locución «de verdad» sugiere que estos refrescos ultraprocesados son frutas auténticas o que realmente son fruta. Esta homologación tiene la finalidad de atribuir a los productos Hit las mismas las calidades saporíferas y nutricionales de las frutas, y por ende, insinuar engañosamente que el consumo de Hit es equivalente al consumo frutas.

Esta supuesta equivalencia nutricional entre las frutas y los refrescos Hit sugerida por el mensaje «elige Hit, la fruta de verdad» es falsa comoquiera que los productos Hit son bebidas ultraprocesadas compuestas de varios ingredientes artificiales, un contenido muy reducido de fruta, entre uno por ciento (1%) y catorce por ciento (14%), y azúcar en exceso, el cual aporta entre un ochenta y cuatro por ciento (84%) y un cien por ciento (100%) de las kilocalorías de estas bebidas. A partir de lo anterior, se desprende que la frase bajo análisis sea doblemente engañosa en los términos de los artículos 2.1.1 y 2.1.1.1 de la Circular Única de la **SIC** comoquiera que no sólo busca inducir al consumidor a asociar las bebidas ultraprocesadas Hit con frutas -a pesar de que su contenido de fruta es mínimo- sino que el uso del adjetivo «de verdad» asegura una supuesta equivalencia nutricional e intrínseca entre la fruta y estos productos, que de acuerdo con la evidencia no es real. Por esta razón, como lo indica la **SIC**, si bien el consumidor racional promedio no pensará que al adquirir un refresco Hit literalmente obtiene una fruta real, también es cierto que la frase «elige Hit, la fruta de verdad», sugiere que hay una correspondencia entre el consumo de Hit y de frutas. Esto crea en el consumidor la expectativa, ya sea de recibir un jugo hecho enteramente a partir de fruta, o al menos un producto con las mismas calidades nutricionales de la fruta, ninguna de las cuales es cierta.

En sus descargos, **POSTOBÓN** arguye que la frase «elige Hit, la fruta de verdad» corresponde a una hipérbole y que los consumidores racionales promedio entienden que la consigna es una exageración, y por ende, ningún consumidor espera obtener una fruta al adquirir un refresco Hit. Por lo tanto, según **POSTOBÓN** la consigna bajo análisis no podría tenerse como engañosa. Sin embargo, este argumento resulta problemático. La hipérbole es una figura retórica que consiste en tomar un aspecto o un atributo de un elemento y aumentarlo de una manera excesiva para darle mayor fuerza o énfasis a esa característica. En este caso, la hipérbole consiste en igualar los productos Hit a una fruta, con el efecto de exaltar el valor nutricional de estas bebidas. No obstante, como se explicó en el párrafo inmediatamente anterior, estas bebidas son productos ultraprocesados que contienen azúcares libres en exceso y no son nutritivos. Por lo tanto, exaltar la calidad nutricional de un producto que no lo es, es engañoso. El otro problema derivado de esta consigna es que es especialmente engañosa para **NNA** que debido a su grado de madurez y desarrollo mental no distinguen el discurso del mercado de la realidad, por lo que son más susceptibles de comprar la falsa idea de que los productos Hit son tan nutritivos como una fruta.

El otro argumento esbozado por **POSTOBÓN** en el escrito de descargos es en el que reprocha a la **SIC** por abrir una investigación y formularles cargos, cuando en 2015 hubo una averiguación preliminar contra productos Hit por infracciones al estatuto del consumidor, la cual fue archivada. Teniendo en cuenta lo anterior, **POSTOBÓN** alega que frente estos hechos hay cosa juzgada, y que sería un desgaste innecesario para la **SIC** llevar a cabo esta investigación. No obstante, este argumento es falso, toda vez que las averiguaciones preliminares archivadas por la **SIC** no hacen tránsito a cosa juzgada, y la **SIC** tiene la competencia de investigar todos los hechos que considere que pueden violar la normativa de protección al consumidor. La **SIC** no se encuentra obligada por las averiguaciones preliminares que archiva, y puede abrir los casos cuando considere que hay méritos suficientes para formular cargos, aun cuando en el pasado no hubiera continuado con la investigación. Dado que el archivo de una averiguación preliminar no hace tránsito a cosa juzgada la **SIC** no está obligada a justificar fáctica o jurídicamente la apertura de un caso basado en hecho(sic) semejantes o cercanos. Ahora bien, cabe recalcar que el caso actualmente en curso no es el mismo que **POSTOBÓN** referencia, por cuanto la **SIC** no sólo investiga a **POSTOBÓN** por la consigna «Hit, la fruta de verdad», sino por los demás mensajes que la **SIC** ha incluido en la Resolución 19022 de 2019.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

En conclusión, la frase «elige Hit, la fruta de verdad» transgrede los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011. Lo anterior, comoquiera que es información engañosa para los consumidores al prometerles un producto con las mismas calidades nutricionales y saporíferas de frutas auténticas, cuando en realidad los refrescos Hit son bebidas ultraprocesadas altas en azúcares libres y sin el mismo valor nutricional de las frutas”.

27. La segunda pieza publicitaria que denunció **RED PAPAZ** se identifica en el expediente como «1-2-Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684 — HIT COMERCIAL TEMÁTICA». Esta pauta presenta el siguiente diálogo:

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 la vida fue una fruta

Niña 1: Es que me encantan

Niña 3: Me encantan

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.

28. Del minuto 0.00 al 0.40 se perciben nueve (9) diferentes escenarios, como actores principales con diálogo hay nueve (9) niños entre los cinco (5) y los once (11) años aproximadamente, y como actores secundarios sin diálogo en el comercial aparecen 1 adulto y 16 niños entre los 0 y los 11 años aproximadamente.

29. En la anterior pauta comercial, tanto el diálogo como las imágenes giran en torno a lugares relacionados con alimentación saludable, estilos de vida saludables y espacios infantiles y donde generalmente comparten padres o niños, a saber: (i) madre e hijo esperando en el paradero de un bus escolar, (ii) plaza de mercado con 4 niños y varias frutas naturales alrededor, (iii) una cocina con dos niños disfrazados de cocineros y varias frutas naturales a su alrededor, (iv) una cancha deportiva con un niño con un balón de fútbol y varios en la parte trasera, (v) una niña en la sala de una casa alimentando a un bebé, (vi) un niño en una casa del árbol con un perro, (vii) un comedor escolar donde hay varios niños alimentándose, (viii) un supermercado con refrigeradores llenos de productos Hit, (ix) una fiesta infantil. La premisa del comercial trata de varios **NNA** explicándole a sus madres que así como les encantan las frutas, les gustan los refrescos Hit, porque según el Niño 1: «Hit es fruta, ¿entiendes?». Durante el desarrollo del comercial, se muestran varios niños y niñas sujetando frutas naturales, mientras consumen refrescos Hit. En este caso, el mensaje del comercial recomienda a padres, madres, cuidadores y **NNA** consumir los productos Hit puesto que como menciona el Niño 1 y sugieren las imágenes de frutas y refrescos Hit, éstos tienen las mismas características nutricionales que las frutas. Finalmente cierra con la siguiente imagen:



“Por la cual se decide una actuación administrativa”

30. Con el propósito de corroborar por qué la pieza publicitaria recién aludida contraría las disposiciones en materia de información y publicidad conviene el mensaje objetivo que la **SIC** ha señalado en su formulación, y es el siguiente:

e. «Hit es fruta de verdad ¿entiendes?»

Al igual que en el mensaje analizado en el punto (d) anterior, la consigna «Hit es fruta de verdad ¿entiendes?» busca homologar el consumo de los refrescos Hit con el consumo de frutas naturales. Una vez más, en el caso de este comercial la equivalencia entre estos dos productos se hace de forma implícita y explícita. La igualación explícita se hace por medio del niño que se encuentra con su madre en la parada del bus escolar, y le dice: «Hit es fruta de verdad ¿entiendes?». De igual forma, el narrador recalca explícitamente este mensaje al pronunciar: «Elige Hit, la fruta de verdad», mientras se visualiza un sello de la marca Hit en la esquina superior derecha, y la misma frase escrita dentro del mismo. Por otra parte, la equivalencia implícita se hace a través de las imágenes de varios niños y niñas sosteniendo o cerca de frutas naturales mientras sostienen o consumen bebidas Hit.

Siguiendo la ruta de análisis trazada por la SIC para esta consigna en la Resolución 19022 de 2019, es necesario examinar semánticamente las palabras utilizadas. En el punto (d) de este documento, en el cual se revisó la frase «Elige Hit, la fruta de verdad» se precisó el vocablo «fruta» a partir de la Resolución 3929 de 2013 y el término «de verdad» a partir de las definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Sin embargo, el mensaje «Hit es fruta de verdad», adicionalmente a los términos ya examinados, incluye el verbo «ser» conjugado en la tercera persona singular del presente indicativo «es». Prosiguiendo con el análisis de la **SIC**, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, detalla que el vocablo «ser», se trata de uno de los verbos copulativos del idioma castellano, es decir que es un verbo cuya función es afirmar o indicar un atributo del sujeto de la oración. Lo anterior significa que la consigna «Hit es fruta de verdad», indica que la «fruta de verdad» es un atributo de Hit, el sujeto de la frase. Lo que tiene como resultado hacer una equivalencia directa entre ambos productos, afirmándole a los consumidores que en efecto, consumir los productos Hit es igual a consumir frutas reales, lo cual es falso.

(...)

En su escrito de descargos, POSTOBÓN alega que la homologación entre frutas y productos Hit corresponde a una clara exageración, y que dado a que la marca Hit es bien conocida por la generalidad de los consumidores, ninguno de ellos espera que al adquirir una bebida Hit, le entreguen una fruta en vez de refresco pasteurizado de fruta. Sin embargo, este argumento resulta falso, toda vez que POSTOBÓN ignora que si bien, el consumidor racional promedio no espera adquirir una fruta en lugar de una bebida, la falsedad de este argumento radica en que la frase sugiere que se adquiere un producto natural hecho cien por ciento (100%) a partir de frutas naturales, cuando en realidad es un refresco ultraprocesado que contiene un porcentaje mínimo de frutas,

(...)

En conclusión, la frase «Hit es fruta de verdad ¿entiendes?» es una información engañosa en los términos de los artículos 2.1.1 y 2.1.1.1, al sugerirle a los consumidores características de naturaleza y composición de los refrescos Hit que no son reales, induciendo en error a los consumidores. Así mismo, esta consigna contraria lo dispuesto en los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, al ofrecer en la pauta comercial un producto nutritivo y natural que pareciera estar compuesto en su totalidad por frutas, cuando en realidad venden un refresco de frutas ultraprocesado con altas cantidades de azúcar y aditivos artificiales, y una cantidad mínima de frutas”.

Enunciado el **primer hecho** y transcritos los argumentos defensivos de la investigada, así como los alegatos de conclusión de la tercera interesada frente al mismo, este Despacho procede a realizar su estudio, iniciando por hacer una referencia a las piezas publicitarias contentivas de tal presupuesto fáctico, continuando con el abordaje del cargo a partir de las expresiones sobre las cuales se fundamentó el mismo frente a los argumentos defensivos de la investigada alegadas para desvirtuar cada una de ellas en particular y, finalizando, con el análisis de la publicidad a la luz de las normas imputadas.

Los comerciales bases del hecho primero de la imputación fáctica número 1 de la Resolución N° 19022 de 2019, fueron los siguientes:

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

I. “1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s / 1789155-HIT LONCHERA”

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

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

locutor: Elige Hit, la fruta de verdad ”

En la parte inferior de la pantalla aparece la leyenda *“Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida”*.

Respecto a esta publicidad, en el pliego de cargos se indicó que las proclamas *“Lo mejor para la lonchera de tus hijos es JUGOS HIT”, “me hace más fuerte”* y *“Elige Hit, la fruta de verdad”* podrían carecer de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad y, en consecuencia, el mensaje transmitido podría inducir en error a los consumidores, configurándose así una presunta infracción a los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1.1. y el literal a) del numeral 2.1.1.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

II. “1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s / 1882684-HIT COMERCIAL TEMATICA HIT”:

“- Niño1: Haber mamá déjame explicarte ...

-Niña1: si hay un experto en frutas, esa soy yo mami

-2 niños más: yo, y yo mamá.

- Niña2: lo primero que probé en mi vida fue una fruta.

-2 niñas: es que me encanta, me encanta

-niño 2: yo hago lo que sea por la fruta

-Entonces mamá, si me vas a dar algo de tomar...

-Niña 3 y Niño 2: que sea Hit

-Niño 3: porque Hit sabe a fruta de verdad

-Niño 2: en los sabores y formas que más nos gustan

-Niña 1: no te dejen confundir mami

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

*-locutor: Si les gusta a ellos nos gusta a todos, **elige Hit, la fruta de verdad”***

Sobre este comercial en la resolución que dio inicio a la presente investigación se infirió que al declarar la investigada que *“hit es fruta de verdad”*, estaría afirmando que *“hit”* realmente es una fruta, condición esa que carecería de veracidad y, en el entendido de un consumidor promedio, se podría creer que se trata de una bebida natural en su totalidad a base de fruta y sin ningún aditivo artificial. Por tanto, esta proclama también podría estar infringiendo los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011., en concordancia con en el artículo 2.1.1. y el literal a) del numeral 2.1.1.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En ese orden de ideas, corresponde a esta Dirección abordar el cargo a partir de la confrontación de los hechos constitutivos del mismo frente a la defensa de la investigada, sin dejar de lado lo expuesto por la tercera interesada, y a la luz de las normas endilgadas como presuntamente vulneradas, siendo propio iniciar por relievar que las afirmaciones que fueron catalogadas como objetivas y presuntamente infractoras de las normas de protección al consumidor fueron las siguientes:

“Lo mejor para la lonchera de tus hijos”

“Jugos HIT”,

“me hace más fuerte”

“Elige Hit, la fruta de verdad”

“Hit es fruta de verdad”

Previo al desarrollo individual de las transcritas proclamas, considera oportuno este Despacho dilucidar el concepto de *“consumidor promedio o racional”*, utilizado como fundamento común de defensa por parte de la investigada en su pronunciamiento a cada una de ellas.

En el acápite titulado **“Análisis derivado de la Campaña ‘HIT TEMATICA’.**” el abogado defensor consideró que los mensajes publicitarios deben ser analizados *“desde la óptica de un **consumidor promedio o racional**, no uno especializado -que valga la pena anotarlo, eventualmente se convierte*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

en temerario- pues es desde dicha óptica que se puede crear una idea de cómo puede llegar a ser recibido por la generalidad de la población” (negrilla y subraya fuera de texto), a cuya conclusión llegó a partir de su lectura e interpretación de la jurisprudencia y la doctrina, de la cual transcribió algunos apartes, que obviamente esta Dirección coadyuva, toda vez que los mismos, en su mayoría, tuvieron origen en decisiones adoptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio o conceptos emitidos por ella, en razón a que el consumidor medio es el parámetro o modelo de conducta que ha utilizado esta autoridad para determinar si los mensajes publicitarios inducen, o pueden inducir a error, engaño o confusión en una decisión de consumo racional.

Adicionalmente, a más de los extractos transcritos por el apoderado defensor, también en varios pronunciamientos de esta Entidad se ha indicado que:

“Es importante tener en cuenta que la superficialidad en el análisis que hace el consumidor 'no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo”⁴⁸. (...)

Así las cosas, si se llegara a sancionar a un anunciante por cualquier interpretación absurda que hiciera una persona que observa un aviso, no se estaría protegiendo al consumidor, sino castigando al anunciante por las interpretaciones irracionales y descabelladas de unas cuantas personas que no representan el entendimiento general que los consumidores le dan a los anuncios.

Una interpretación adecuada, entonces, es aquella que busca entender el contenido y las afirmaciones que se hacen en los anuncios en la forma natural y obvia en la que la mayoría del público objetivo al que se dirige la publicidad lo haría. En este orden de ideas, las normas sobre publicidad engañosa buscan que los consumidores a los cuales se dirigen los anuncios, adopten una posición razonable frente a los mismos, dándole a la información que les es transmitida una interpretación natural y obvia que, sin llegar a ser profunda, científica y técnica, les permita separar los elementos puramente creativos, de aquellos objetivamente comprobables y creíbles.

En consecuencia, como lo han afirmado las Cortes Federales de los Estados Unidos de América, “[p]ara determinar cuando la publicidad es o no engañosa (...) no se deben tener en consideración aquellas distinciones o argumentos que se puedan usar como excusa, sino los efectos que podría causar razonablemente el anuncio, en el público general. El criterio importante es la impresión global que genere el anuncio en la población general.”⁴⁹ ⁵⁰ (Resaltado fuera de texto original).

En ese sentido es claro que cuando se trate de brindar una información con unas características previamente establecidas, lo que interesa es la interpretación que le da el consumidor medio; advirtiéndose que cuando en el ejercicio de la facultad sancionatoria, la autoridad examina si determinada información, induce o puede inducir a error, engaño o confusión, debe acudir al parámetro del consumidor medio y preferir, entre las distintas posibilidades de interpretación, la que más se acerque al sentido natural de las expresiones y formas que lo componen como lo haría la mayoría de los destinatarios del ofrecimiento. Por lo tanto y, en concordancia a lo afirmado anteriormente, el ejercicio hermenéutico de la Superintendencia de Industria y Comercio no es subjetivo; por el contrario, está precedido de un análisis en conjunto y acorde con la sana crítica del contenido de la información, con el propósito de establecer si lo incorporado en el mensaje cumple o no con las particularidades exigidas; de tal manera que si el anunciante pretende hacer valer en este escenario administrativo su posición, respeto del cumplimiento u observancia de una disposición, debe sustentar su argumento mediante elementos con el suficiente carácter demostrativo, para probar que lo que aduce es lo más ajustado a lo que podría interpretar un consumidor medio.

Dicho esto, vale la pena aquí hacer una pequeña diferenciación entre el “*consumidor racional o promedio*”, propuesto por el apoderado de la investigada, y el “*consumidor medio*”, tenido como parámetro por esta Entidad para la valoración de la información y los mensajes transmitidos por los

⁴⁸ ⁴¹ Indecopi. Resolución 052-096 TRI – SDC.”.

⁴⁹ ⁴² 4th Circuit - Lorillard Vs. FTC 185 f. 2d 52. Traducción libre.”.

⁵⁰ Resoluciones SIC No. 041 del 13 de enero de 2004 y 3144 del 28 de enero de 2011.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

anunciantes en su publicidad. Así se tiene que el primero es *“aquel que tiene la capacidad de discernir entre la elección de algún producto o servicio determinado haciendo un análisis detallado de sus elementos, pero no conoce en detalle el significado de éstos. Los consumidores racionales en el mercado tienen un nivel de razonamiento tal que les permite evaluar diferentes opciones, y a partir de los elementos muy particulares”, “En relación con la publicidad, el consumidor racional tiene la capacidad de identificar cuándo se trata de exageraciones y no cae fácilmente en error. ‘En la publicidad se suelen hacer exageraciones que una persona racionalmente puede entender que no es cierta’ (Villalba, 2012, pág. 200)”⁵¹*; mientras que el segundo, vale decir, el consumidor medio es *“aquel que hace lecturas naturales de la información que se percibe con facilidad, sin detenerse a analizar el detalle de la que es presentada en letra pequeña o de forma pseudooculta, que a pesar de evaluar la información que es percibida a simple vista, no comprende con exactitud su significado y sentido”⁵².*

Aclarado lo anterior, se procede a realizar el análisis enunciado, así:

31.3.1.1. “Lo mejor para la lonchera de tus hijos”

Respecto a esta proclama, la investigada considera que la misma es una declaración subjetiva y laudatoria y, por ello, no requiere de ser comprobada; adicionalmente estima que esta Dirección realizó un análisis *“descontextualizado”* de la respuesta al requerimiento presentado por ella en la etapa preliminar de la presente investigación y justificó el hecho de haber aludido en dicha contestación el carácter nutricional del producto en razón a que el INVIMA registró el mismo bajo la categoría de *“alimento”*, definido éste como *“Todo producto natural o artificial, elaborado o no, que ingerido aporta al organismo humano los **nutrientes** y la energía necesaria para el desarrollo de los procesos biológicos”*; así mismo argumentó que el calificativo de *“mejor”* no se le atribuyó al producto en función de algo en específico, sino que simplemente fue una apreciación laudatoria de su fabricante y por tanto no implica una condición objetiva.

Así entonces frente a lo expuesto por la investigada, es necesario aclarar dos aspectos relevantes, a saber: i) El supuesto análisis descontextualizado de la respuesta de la investigada; y ii) La diferencia entre mensajes subjetivos y objetivos.

i) Del supuesto análisis descontextualizado de la respuesta de la investigada:

Manifiesta el apoderado de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, realizó juicios errados y cercenó los mensajes contenidos en las piezas publicitarias estudiadas, por cuanto -según la investigada- interpretó de manera descontextualizada la respuesta al requerimiento practicado en la etapa preliminar de este proceso; consideración esta que carece de veracidad, toda vez que las conclusiones preliminares a las cuales llegó este Despacho en la Resolución N° 19022 del 2019, por la cual se inició la presente investigación administrativa, no tuvieron como base dicha contestación al requerimiento de manera aislada, por el contrario, aquellas estuvieron soportadas en un estudio integral y concienzudo de todo el material probatorio recaudado durante la averiguación previa, hecho del que da cuenta ese mismo acto administrativo, donde se transcribió expresamente la respuesta de la investigada a la solicitud realizada por esta Dirección de aportar los estudios técnicos, científicos y/o académicos en los cuales se sustentaran, entre otras, la afirmación *“Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugo Hit”*.

ii) La diferencia entre mensajes subjetivos y objetivos:

En uno de sus argumentos la defensa expuso que el *“descriptor ‘MEJOR’ en la medida que no establece en términos de qué o en función de qué, NO implica la fijación de una condición objetiva en específico, más allá de que (...) se comunica de manera subjetiva y laudatoria por parte del fabricante para quien considera su producto como ‘Lo mejor’.”*; razón por la cual esta Dirección considera oportuno recordar las definiciones de los mensajes tanto objetivos como subjetivos, tomando como

⁵¹ Perilla Granados, Juan Sebastián Alejandro. *“Construcción Antiformalista del Consumidor Medio”*. Rev. derecho priv. No. 54 - ISSN 1909-7794 - julio - diciembre de 2015 - Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, pág. 13.

⁵² Perilla Granados, Juan Sebastián Alejandro. *“Construcción Antiformalista del Consumidor Medio”*. Rev. derecho priv. No. 54 - ISSN 1909-7794 - julio - diciembre de 2015 - Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, pág. 17

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

medio de consulta la misma doctrina citada por la investigada, es decir, el “Concepto Sic 18-142794” en donde se refirió lo siguiente:

“El tratadista Juan Carlos Villalba Cuéllar⁵³, al citar al autor Jorge Jaeckel Kovacs, manifiesta que para este, debe entenderse por elementos o mensajes objetivos y subjetivos en la publicidad lo siguiente:

‘Constituye mensaje objetivo aquella información que se refiere a características propias del producto o servicio (calidad, cantidad, precio) o aspectos medibles del 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, ej.: el mejor jabón del mundo’.

Por su parte, para el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (INDECOPI), los mensajes objetivos y subjetivos, respectivamente, se definen así:

‘Son aquellas afirmaciones contenidas en un anuncio que el consumidor razonable percibe, mediante una interpretación integral y superficial como objetivamente comprobables, es decir, mensurables mediante un sistema de medición comúnmente aceptado. (...).’

‘son las afirmaciones contenidas en un anuncio que, por la forma en que son presentadas al consumidor, dan la impresión de que el anunciante presenta declaraciones de parte mediante las cuales intenta convencer de que se consume el producto anunciado o se adquiera el servicio promocionado.’”

De la lectura de las anteriores definiciones se colige que efectivamente, como lo sostiene la investigada, las afirmaciones y/o mensajes de carácter objetivo son los que requieren de comprobación o “medición”, mientras que los subjetivos no. Sin embargo, no puede perderse de vista que puede existir objetivización de elementos subjetivos, es decir, que se utilicen éstos (elementos subjetivos) en función de factores objetivos del producto que se pretende promocionar, caso en el cual tales mensajes serían sujeto de comprobación; tal como ocurre en la proclama **“Lo mejor para la lonchera de tus hijos”**, donde a pesar de utilizarse un calificativo aparentemente subjetivo (mejor), al estar unido a la frase “para la lonchera de sus hijos” le otorga al producto un atributo objetivo, en tanto que está asociado a una cualidad que lo hace más beneficioso frente a los demás productos de su misma categoría que también pueden incluirse en la lonchera de los niños y niñas.

Así, la mencionada objetivización de elementos subjetivos le resta solidez y precisión al argumento de la defensa en el que sostiene que dicho enunciado es una afirmación “pura e indiscutiblemente subjetiva” que “no requieren de soporte técnico o científico alguno que acredite su veracidad”, toda vez que, desde la etapa preliminar de la presente actuación, la investigada reveló que la cualidad y/o condición que se pretendió resaltar en la proclama “Lo mejor para la lonchera de tus hijos” fue la nutrición, en tanto que expresó “que dentro del plexo de posibilidades que hay en el mercado para suplir la bebida de una lonchera, el refresco de frutas HIT resulta ser, nutricionalmente, una opción - la mejor en un término laudatorio si se quiere, para su fabricante-”.

No obstante lo antedicho, en sus descargos el apoderado defensor justifica que esa referencia sobre el carácter nutricional del producto la realizó en razón a que el mismo “es un alimento, tal y como lo declara el permiso sanitario que para tal fin ha concedido la Autoridad Sanitaria de nuestro país - Invima- sin entrar a realizar juicios de valor objetivos, como comparaciones con otro (s) producto (s) en específico; sino en términos evidentes de practicidad -fácil portabilidad- además de un aporte nutricional que se ajusta a los parámetros que en términos de la normativa aplicable vigente le permitía y le permite hoy inclusive, considerarse como un alimento”, argumento este que considera el Despacho que a más de resultar contradictorio en sí mismo, lo que hace es confirmar la teoría de esta

⁵³ Villalba Cuéllar, Juan Carlos. Derecho del Consumo. Problemáticas Actuales, editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, en el capítulo de nominado “La publicidad engañosa en el Derecho del Consumo. Examen normativo a propósito de la reforma al Estatuto de Protección al Consumidor colombiano”, página 154”.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Dirección de que se trata de una afirmación objetiva, en tanto que bien sea que la declaración *“Lo mejor para la Lonchera de tus Hijos”* estuviese asociada al aporte nutricional del producto o a la *“practicidad –fácil portabilidad–”* requiere ser probada por parte del anunciante, por cuanto que el descriptor mejor indica una calificación –en tono excluyente- de una cualidad del producto, tal como se demostrará más adelante cuando se analice concretamente el mensaje de forma conjunta con los demás elementos que integran la pieza publicitaria que lo contiene.

31.3.1.2. “Jugos Hit”

En cuanto a esta afirmación, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** adujo que, a pesar de asistirle razón a este Despacho en cuanto a que el producto sobre el cual recae el descriptor *“jugo”* técnicamente es un refresco y no un jugo, *“deben diferenciarse aspectos propios de percepción del consumidor frente a lo que comúnmente se entiende bajo el concepto de jugo en nuestro país”* y que en el evento del incumplimiento a ese tecnicismo, teniendo en cuenta la especificidad del producto, la Superintendencia de Industria y Comercio no sería la competente para investigar y sancionar, sino el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –Invima-. Al respecto esta Dirección considera lo siguiente:

En primer lugar, si bien es cierto, como lo afirma la procesada, la percepción del consumidor colombiano de la sustancia *“jugo”* es que es *“cualquier bebida que contenga agua, fruta y azúcar, sin importar la cantidad de cada uno de estos componentes”*, también es muy cierto que en esa representación que el consumidor común se hace de tal bebida la misma no contiene otros ingredientes, y mucho menos de carácter artificial y/o químico (aditivos) y tal como lo asevera la tercera interesada en sus alegatos de conclusión *“La acepción popular de la palabra «jugo» no se opone de ninguna manera a lo establecido en la norma técnica. En efecto, este término se asocia con una bebida que se percibe como nutritiva y saludable, por haber sido obtenida de la fruta”*, en tanto que el artículo 3 de la Resolución N° 3929 de 2013, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, *“por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que deben cumplir las frutas y las bebidas con adición de jugo (zumo) o pulpa de fruta o concentrados de fruta, clarificados o no, o la mezcla de estos que se procesen, empaquen, transporten, importen y comercialicen en el territorio nacional”*, lo define como:

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

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

También se consideran jugos los productos obtenidos a partir de jugos concentrados, clarificados o deshidratados a los cuales se les ha agregado solamente agua en cantidad tal que restituya la eliminada en su proceso”.

Mientras que los refrescos de fruta, como lo es el producto *“HIT”* sobre el cual recae el reproche de la afirmación en estudio, está definido en la misma norma como *“el producto elaborado a partir de jugo o pulpa de frutas concentrados o no, clarificado o no o la mezcla de estos, con un contenido mínimo de fruta del 8%, adicionado con agua y aditivos permitidos, sometidos a un tratamiento de conservación”*. (Énfasis fuera de texto).

Para complementar y/o demostrar su argumento, la investigada presentó *“para consideración y análisis del Despacho, soportes documentales que dan cuenta cómo percibe el consumidor promedio colombiano la expresión ‘jugo’, no derivado de la recepción de mensajes publicitarios (...), sino por cuestión, insisto propiamente cultural”*, por lo que esta Dirección procedió a revisar el dispositivo (USB –fl. 362) aportado junto con el escrito de descargos y contentivo de las pruebas allegadas por el apoderado defensor, con el fin de establecer cuáles eran esos *“soportes documentales”* a los que hizo alusión, toda vez que el apoderado no se refirió ni hizo análisis de algún documento en específico, encontrando una carpeta denominada *“v. - aa. CERTIFICADOS ESTUDIOS”* contentiva de seis

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

carpetas, entre las cuales se halla una titulada “CERTIFICACION BEBIDAS SALUDABLES SEGUN EL CONSUMIDOR” y otra como “CERTIFICACION ENTENDIMIENTO DE LA CATEGORIA Y DE HIT EN EL 2015”, en la primera se observa un documento de nombre “KANTAR - Certificado Jugos 2” y, en la segunda, se hallan dos archivos, a saber: “Certificado Hit - Estudio exploratorio 2015 – Conclusiones” y “Certificado Kantar - exploratorio de categoría”, de cuyos documentos se extrae lo siguiente:

En la certificación “KANTAR - Certificado Jugos 2”, expedida por “Kantar Millward Brown Colombia S.A.S.”, de fecha junio 28 de 2019, se hace constar que desde el año 2016 realiza estudios en la categoría de “jugos” en el cual indaga por los atributos “son bebidas saludables”, “son bebidas naturales”, “Son muy naturales” y “Son nutritivos y saludables” para cada marca que se comercializa en el mercado colombiano. De igual manera, en la misma certificación se aclara que el trabajo de campo de dicho estudio se efectuó en “olas o mediciones puntuales en ciertos momentos del año. En el 2016 y hasta 2017 se realizó un tracking continuo”, con base en la siguiente ficha técnica:

- *Universo: Hombres y Mujeres de 12 a 65 años de los niveles socio-económicos 2-6 de las distintas regiones del país: Centro, Antioquia y Eje cafetero, Sur Occidente, Costa Atlántica, Oriente.*
- *Sistema de muestreo: Para seleccionar la muestra se aplicó un sistema de muestreo ponderado de acuerdo a la muestra poblacional teniendo en cuenta las cuotas previamente establecidas por clase social y sexo para cada ciudad.*
- *Margen de error: Se obtuvo un margen de error de 4,8%, con un 95% de confiabilidad.*
- *Tipo de encuesta: Entrevista vía web por medio de un panel de internet.*
- *Tamaño muestral: 861 encuestas para 2016, y 863 encuestas para 2017”*

Así mismo, según el contenido de la certificación que se describe, el estudio practicado arrojó los siguientes resultados, según el atributo indagado:

Tabla 1 “Son bebidas saludables”
(Contenida en “KANTAR - Certificado Jugos 2” FI 362 USB)

Marca	Ola 1 2017	Ola 2 1017
Tropicana	13%	23%
Citrin	1%	5%
Del Valle	15%	16%
Country Hill	41%	37%
Cifrut	6%	2%
Hit	25%	27%
Tutti Frutti	20%	18%
California	51%	51%
Frutto	46%	51%
Soka	17%	14%
Tampico	7%	6%

Tabla 2 “Son bebidas naturales”
(Contenida en “KANTAR - Certificado Jugos 2” FI 362 USB)

Marca	Ola 1 2017	Ola 2 1017
Tropicana	15%	17%
Citrin	2%	4%
Del Valle	15%	13%
Country Hill	43%	43%
Cifrut	6%	5%
Hit	23%	25%
Tutti Frutti	19%	20%
California	54%	50%
Frutto	46%	43%
Soka	13%	9%
Tampico	6%	7%

Tabla 3 “Son muy naturales”
(Contenida en “KANTAR - Certificado Jugos 2” FI 362 USB)

Marca	Ola 1 2016	Ola 2 1016
Tropicana	32%	20%
Citrin	*	*
Del Valle	11%	9%
Country Hill	34%	34%
Cifrut	8%	4%
Hit	19%	17%
Tutti Frutti	15%	10%
California	44%	38%
Frutto	34%	24%
Soka	8%	7%
Tampico	6%	4%

Tabla 4 “Son nutritivos y saludables”
(Contenida en “KANTAR - Certificado Jugos 2” FI 362 USB)

Marca	Ola 1 2016	Ola 2 1016
Tropicana	28%	22%
Citrin	*	*
Del Valle	11%	12%
Country Hill	29%	28%
Cifrut	8%	5%
Hit	19%	21%
Tutti Frutti	19%	13%
California	43%	35%
Frutto	38%	28%
Soka	13%	6%
Tampico	8%	4%

De los resultados acabados de transcribir, vale la pena destacar que en la certificación aportada no se evidencia con exactitud las preguntas practicadas a los encuestados ni tampoco la forma en que fueron planteadas a fin de establecer si efectivamente se indagó respecto de la percepción de los

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

consumidores de la “*expresión jugo*” de forma cultural y sin tener en cuenta la recepción de los mensajes publicitarios; más aún si se tiene en cuenta que el estudio mismo partió del entendido que los productos sobre los cuales se interrogó hacían parte de la “*categoría jugos*”, lo cual *per se* ya es una premisa errada, en tanto que, si bien es cierto, algunos de esos productos sí pertenecen a tal categoría, la mayoría son refrescos y otros ni siquiera llegan a esta categoría.

Ahora, en cuanto al “*Certificado Hit - Estudio exploratorio 2015 – Conclusiones*”, expedido por “*Kantar Millward Brown Colombia S.A.S.*” el 5 de julio de 2019, en el que se hace constar que en abril 2015 “*se realizó un estudio cualitativo en la categoría de Jugos, en el cual se buscaba conocer el posicionamiento de la marca Hit vs otras marcas del mercado*” y donde se obtuvo los resultados que se muestran a continuación:

Imagen 1 (Contenida en “*Certificado Hit - Estudio exploratorio 2015 – Conclusiones FI 362 USB*”)

Aprendizajes

1. El consumidor aborda el mundo de la fruta desde dos dimensiones: Funcional y Experiencial.
2. De estas dimensiones se desprenden los ejes sobre los cuáles el consumidor aborda el mundo de la fruta: Nutrición – Refrescancia y Fruta Virtual – Fruta Real
3. Adicionalmente: lo perecedero de la fruta, hace que se vuelva relevante el consumo de fruta procesada por parte del consumidor.
4. A partir de la entrada en escena de la fruta procesada, el consumidor de forma radical incluye en esta categoría todo aquello que no sea la fruta en su estado natural.
5. Los “Jugos” viven se dividen en 3 segmentos: combate, más natural y nutritivo.
6. Esta diferenciación se logra a partir de la experiencia organoléptica, subjetiva, de cada producto

Al igual que la anterior certificación, del objeto y los resultados acabados de reproducir, no se evidencia que en el estudio practicado se haya indagado a los consumidores acerca de la manera cultural como ellos percibían la “*expresión jugo*”, aquí ni siquiera se logró determinar, al menos sumariamente, las preguntas planteadas a los encuestados, toda vez que el único dato que la certificación suministra al respecto es que el fin fue “*conocer el posicionamiento de la marca Hit vs otras marcas del mercado*”, sumado al hecho que el trabajo de campo se practicó en abril de 2015 y el comercial reprochado en esta investigación se transmitió entre el 9 de septiembre de 2015 y el 31 de mayo de 2017, es decir, el período de emisión del comercial fue posterior al de la realización de la encuesta.

Finalmente, respecto al “*Certificado Kantar - exploratorio de categoría*”, expedido por “*Kantar Millward Brown Colombia S.A.S.*” el 5 de julio de 2019, en el que se hace constar que en abril 2015 “*se realizó un estudio cualitativo en la categoría de Jugos, en el cual se buscaba conocer el posicionamiento de la marca Hit vs otras marcas del mercado*”, esta Dirección se abstiene de transcribir los resultados, en tanto que su objeto y fecha de realización coinciden con la certificación analizada en el inciso inmediatamente anterior, por lo que se infieren las mismas conclusiones, es decir, que no cumple la finalidad demostrativa pretendida por la investigada y que la fecha de su práctica no coincide con el período de emisión de la publicidad investigada, razones por las cuales este Despacho se releva de hacer más valoraciones sobre esta prueba aportada por la defensa.

De lo anterior se colige que, independientemente de la “*percepción*” que tengan los consumidores del líquido denominado “*jugo*”, que es la acertada conforme a la definición técnica traída a colación en este acto administrativo, no es excusa para que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, sociedad experta en la fabricación y comercialización de gaseosas, refrescos de fruta y jugos, entre otras bebidas, con más de 100 años en el mercado colombiano, abisme más la asimetría de la información que existe entre el productor experto en la materia y los consumidores, induciéndolos en error al generarles la expectativa de que su producto denominado “*HIT*” es un jugo de los que ellos comúnmente conocen, es decir, en palabras mismas de la investigada, la combinación de fruta, agua y azúcar, sin ningún ingrediente adicional y mucho menos químico y/o artificial, cuando en realidad la

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

procesada es consiente que las características de su producto no cumplen con la definición técnica de dicha bebida y mucho menos con el concepto que de jugo tienen los consumidores.

En este punto y teniendo en cuenta lo expuesto líneas atrás sobre “consumidor medio”, es preciso recordar lo afirmado por la investigada tanto en sus descargos como en sus alegatos de conclusión, donde señaló, respectivamente, que “para la generalidad de la población, lo cual se refleja en el mercado y en los consumidores de este tipo de productos, por ser parte de su propia idiosincrasia y cotidianidad desde siempre, que no por cuenta de este mensaje publicitario en particular el uso de la expresión ‘Jugo’ lo encuentra válido para identificar prácticamente cualquier bebida que contenga agua, fruta y azúcar, sin importar la cantidad de cada uno de estos componentes” y “es oportuno apuntar que contrario al señalamiento de responsabilidad de dicho error que pueda ser atribuible a proceder alguno de mi Poderdante, objetivamente hablando, puede inferirse que ello consistiría realmente en un error propio de la idiosincrasia del consumidor promedio de nuestro país, para quien toda bebida elaborada a partir de fruta o su extracto y adicionada con agua, la denomina comúnmente como ‘jugo’”.

Adviértase entonces que la imprecisión en la que incurrió **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** al haber utilizado un término inexacto y no veraz para definir el producto que ofreció, es decir, que haya denominado “jugo” a un “refresco de frutas”, no puede ser justificada en un supuesto “error” de la “idiosincrasia del consumidor”, toda vez que los consumidores no se detienen a hacer un análisis exhaustivo y profundo del anuncio sino que lo hacen de manera común y usual y, como la misma procesada lo afirma, la generalidad de la población denomina cualquier bebida que contenga agua, fruta y azúcar como “jugo”, esto sin necesidad de recurrir a “interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas”, lo que implica que al proclamar la investigada como “jugo” su bebida sin serlo realmente, indefectiblemente hace esa afirmación engañosa, teniendo la potencialidad de inducir en error a los consumidores.

En segundo lugar, acerca de la supuesta falta de competencia de esta Superintendencia para investigar y sancionar el “eventual incumplimiento de aspectos eminentemente técnicos” que resalta la investigada, es preciso traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado que en sentencia proferida el 26 de enero de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr. Gustavo Aponte Santos, indicó:

*“El legislador, a través de las facultades otorgadas por el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución Política ha creado **superintendencias de diversa naturaleza, algunas asociadas a una clase de sujetos (Sociedades, Financiera) o bien delimitadas por su objeto (Industria y Comercio, Salud)**. A partir de esa división, es claro que el control ejercido **puede ser subjetivo, es decir, cuando se controla el ente en sí mismo, u objetivo, cuando el control recae sobre la materia o asunto al cual se dedica el sujeto vigilado**. Esto hace que, en ocasiones, el control sea concurrente o compartido por dos o más Superintendencias. **La concurrencia entonces, implica diferenciar entre el objeto y el sujeto de control, y se presenta como una consecuencia de la especialización de cada superintendencia en ciertas materias.***

(...)

*Ahora bien, teniendo en cuenta la regla de competencia residual contenida en el artículo 228 de la ley 222 de 1995, **al no existir una facultad expresamente asignada** relacionada con la revisión y aprobación de los cálculos actuariales en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, **dicha función le corresponde a la Superintendencia de Sociedades** pues la misma normatividad se la asigna de forma expresa lo cual le confiere carácter de exclusividad. (Artículo 86, numeral 6º)”. (Énfasis fuera de texto).*

Como se observa, el carácter subjetivo y objetivo de la competencia, permite que, las entidades cuya competencia es de naturaleza residual, puedan ejercer funciones de inspección, vigilancia y control respecto de personas (naturales y/o jurídicas), vigiladas por otra autoridad. Esto, siempre que concurren dos supuestos: i) que el asunto objeto de inspección no haya sido expresamente asignado a otra entidad y, ii) que la entidad que se abroga la competencia, tenga un conocimiento especializado en la materia objeto de examen.

Así las cosas, para el caso bajo estudio, si bien es cierto la Resolución N° 3929 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, “por la cual se establece el reglamento técnico sobre los

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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”, en donde no sólo se definió los conceptos de “jugo” y “refrescos de fruta”, sino que también dispuso la prohibición de comercializar y publicitar estas últimas bebidas bajo la denominación de jugo⁵⁴ y, de igual manera, asignó las funciones inspección, vigilancia y control del reglamento que allí se establece al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA-⁵⁵, también es muy cierto que dentro del presente proceso administrativo sancionatorio no se está investigando el cumplimiento o incumplimiento de la nombrada resolución o el uso de tecnicismos, sino que esta investigación administrativa está encaminada a tutelar los derechos de los consumidores a obtener una información veraz, a recibir productos de calidad y a protegerlos de la publicidad engañosa, bienes jurídicos éstos que no están cobijados en esa reglamentación y que, por el contrario, sí son la razón de ser del Estatuto del Consumidor –Ley 1480 de 2011–, sobre la cual tiene la competencia la Superintendencia de Industria y Comercio, tal como lo prevén las normas citadas en el marco jurídico del presente acto administrativo.

En consecuencia, esta Dirección se aparta del argumento esgrimido por la investigada, según la cual, advierte una presunta falta de competencia de esta Entidad, pues como se expuso, está acreditado que esta Superintendencia tiene plena competencia para conocer y ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control respecto a la información y mensajes publicitarios suministrados a los consumidores en relación con la naturaleza del producto “hit” anunciados por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** en las diferentes piezas publicitarias que dieron lugar a la expedición de la Resolución N° 19022 del 2019, por medio de la cual se dio inicio a la presente investigación.

Finalmente, en relación con los argumentos de la defensa en los que manifiesta que la pieza publicitaria que denominó “jugo” al refresco de frutas promovido por la investigada, fue “ajustada y la expresión ‘jugos’ desapareció de la misma” y que además dicha publicidad sólo estuvo al aire hasta el año 2015, este Despacho advierte de la base de datos aportada por la investigada con el radicado N° 17-424418-24 que, contrario a lo argüido por el defensor, este comercial distinguido con el código “IBOPE 1789155”, fue transmitido por la televisión nacional hasta el 31 de mayo de 2017 (Véase cuadro 4 e imagen 98), lo cual fue respaldado con la certificación, contenida en el mismo CD allegado junto con el citado radicado, expedida por Caracol Televisión S.A., quien adjuntó el plano de pauta emitida en su programación, hechos estos que contradicen lo afirmado por la anunciante respecto al tiempo durante el cual se emitió el comercial objeto de reproche, de lo cual se deduce que, en caso de haber existido el ajuste a la pieza publicitaria alegado, el mismo se efectuó después del 31 de mayo de 2017.

31.3.1.3. “me hace más fuerte”

El apoderado de la investigada, en su escrito de descargos, centra su inconformidad sobre la imputación recaída en la proclama “me hace más fuerte”, en el hecho de que “el Despacho citó únicamente parte de la respuesta aportada por el suscrito, omitiendo tanto la puntuación y el contexto como la conclusión de la premisa seleccionada y así, por su puesto, que cualquier mensaje lucirá errado al ser tergiversado”. Esto en razón a que en la imputación fáctica N° 1 de la Resolución N° 19022 de 2019, en el numeral 27.1.2.1.1.2 se realizó la transcripción de un apartado de la respuesta presentada por la investigada a uno de los requerimientos elevados por esta Dirección durante la etapa preliminar, con el cual se entendió que aquella pretendía justificar el uso de la afirmación en estudio.

Adicionalmente, el apoderado de la investigada afirmó que no es acertado decir que “el empleo de la declaración ‘me hace más fuerte’ dentro del **contexto general de la publicidad**, implique que se le esta(sic) atribuyendo una propiedad en salud y de cualquier manera objetiva al producto de mi Poderdante”, porque el ambiente en la que se realizan las proclamas es un “escenario lúdico o de juego, donde los protagonistas son niños, no se aprecian elementos que de verdad lleven a pensar o

⁵⁴ “Artículo 11. Rotulado y Publicidad. (...) Parágrafo: (...) 2. Los refrescos de fruta y las bebidas con jugo (zumo) o pulpa de fruta o concentrados de fruta, clarificados o no o la mezcla de estos no deben ser comercializados y publicitados bajo la denominación de jugo (zumo).” (Subrayado fuera de texto).

⁵⁵ Artículo 12 Resolución 3929 de 2013

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

transmitir un mensaje como el que sugiere el Despacho”, haciendo una distinción entre los sujetos protagonistas del comercial y en ese espacio donde se desarrolla frente a otro profesional, es decir, que fuera un médico o similar quien hiciera el anuncio y que se recreara en un consultorio, concluyendo que esta imputación no es más que “una simple percepción del Despacho, lejana por demás del análisis de un consumidor racional, el mensaje sigue siendo puramente emocional y subjetivo.”, reiterando nuevamente la definición de alimento para deducir que el desarrollo del cualquier proceso biológico que a este se le atribuye se manifiesta “en función del concepto arraigado de ‘fuerza”.

Así las cosas, de la revisión minuciosa de los fundamentos de la imputación en conjunto con lo expuesto por el defensor, encuentra este Despacho que, a pesar que en la exposición del cargo se extrajo una parte de la respuesta de la investigada, la misma se hizo sólo a título ilustrativo, sin que ello significara que fuera la base del reproche, toda vez que, como quedó allí también plasmado, la proclama en cuestión fue estudiada *“dentro del contexto general de la publicidad (diálogo e imágenes)”*, teniendo en cuenta tanto la definición del adjetivo *“fuerte”* como el diálogo comercial y el contenido gráfico de la pauta publicitaria, para llegar a la conclusión preliminar, que *“la afirmación ‘me hace más fuerte’ corresponde a una condición objetiva y específica del producto, que además alude a la calidad del producto, la cual puede carecer de claridad, veracidad, verificabilidad, precisión e idoneidad, al no existir en el expediente soporte alguno que la sustente”.*

Entonces si, en gracia de discusión, como lo afirma el apoderado de la investigada, el Despacho *“omitió tanto la puntuación y el contexto como la conclusión de la premisa seleccionada”*, es necesario aclarar que la transcripción del párrafo contenido en la respuesta de la investigada no fue determinante en la imputación del cargo endilgado y éste estuvo ajustado a la realidad, en tanto que, como se explicó en el inciso precedente, su cita fue únicamente de carácter ilustrativo y no como justificación alguna del uso de la expresión *“me hace más fuerte”* por parte de la encartada o su apoderado; a contrario *sensu*, la calidad de objetiva que se desprende de esa proclama en la resolución de formulación de cargos, tuvo como fundamento una de las acepciones del adjetivo fuerte en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, sumado únicamente a los demás elementos constitutivos del comercial.

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

Un primer argumento de la investigada para atacar la imputación en estudio, específicamente las frases de este título, fue la *“variación de criterio por parte de la Superintendencia, en la medida que este mismo Despacho ya ha analizado con anterioridad la proclama bajo juicio concluyendo en más de una ocasión, inclusive, que la misma no representa la potencialidad de resultar lesiva para los intereses de los consumidores a la luz o bajo los postulados de la Ley 1480 de 2011”.* Esto con ocasión a que con el radicado número 15-271838 la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, tramitó la queja presentada por el señor Luis Enrique Nieto Rodríguez, en la que denunciaba una presunta publicidad engañosa en la promoción del producto *“HIT”*, cuya denuncia culminó con un archivo, por lo que el apoderado defensor consideró que la investigación por dichas afirmaciones hace tránsito a *“cosa juzgada”.*

A efecto de desarrollar este argumento, este Despacho considera pertinente recordar que el acto administrativo mediante el cual se archiva una averiguación preliminar, es uno de los denominados actos de trámite, cuyo único objetivo es darle un correcto proceder a la queja recibida y, por tanto, no se profiere dentro de un proceso administrativo sancionatorio, el cual sólo inicia con la resolución de formulación de pliego de cargos.

En este orden de ideas, la autoridad se encuentra facultada por el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para llevar a cabo averiguaciones preliminares y en atención a su resultado, decidir archivar o iniciar la actuación administrativa mediante la formulación de cargos. Al respecto, es oportuno traer a colación el escrito: *“Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado”*, en el cual la autora española Encarnación Montoya Martín trató en la jurisprudencia de su país el tema denominado actuaciones previas, en los siguientes términos:

“(…) Las investigaciones previas o información previa no forman parte del expediente sancionador, no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente que la ley faculta a la Administración para llevar a cabo y a la vista de su resultado acordar lo

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

procedente; esto es, el archivo de las actuaciones o la orden de incoación del expediente. Tienen lugar extramuros del procedimiento sancionador propiamente dicho, cuya finalidad no va más allá de una apreciación acerca de si, efectivamente, se han producido o no los hechos de que se tiene noticia, y, en su caso, personas que hayan intervenido en aquéllos, así como las circunstancias concurrentes en la producción de aquéllos y la intervención de éstas en los mismos, para poder así, concluir si hay motivos razonables para iniciar el procedimiento sancionador (...).”

Enfoque doctrinario que se acompasa con la posición sostenida por la Delegatura para la Protección al Consumidor de esta Superintendencia, quien en la Resolución N° 2708 de 2016, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto dentro del expediente 12-67660, se pronunció así, posición esta que comparte este Despacho:

“Sin perjuicio de lo anterior, esta instancia considera que no es de recibo el ejercicio de comparación que propone el recurrente toda vez que, cada caso que es ventilado ante esta entidad para efectos de iniciar una investigación administrativa desde la perspectiva de una violación al régimen de protección al consumidor, presenta circunstancias de tiempo, modo y lugar particulares, que obliga a la adopción de una decisión jurídica acorde con su contenido. Pues resulta indispensable hacer énfasis en el hecho que esta Entidad, en ejercicio de funciones administrativas de protección al consumidor, adopta las decisiones pertinentes con base en los elementos de juicio obrantes en el plenario, y acorde con los hechos que delimitan la actuación.

Además, si lo hubiese, la realidad fáctica de cada proceso es diferente, para lo cual, esta Superintendencia con base en los criterios de la interpretación objetiva y razonable, adopta decisiones que no en todos los casos se identifican con situaciones que en apariencia resultan ser semejantes.

Es así, como la Corte Constitucional ha precisado los criterios que deben ser empleados al momento de tomar decisiones de carácter administrativas, en aras de salvaguardar los derechos de los administrados a recibir el mismo trato frente un idéntico supuesto de hecho. Dispuso esta Corporación:

‘Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.’⁵⁶ (Negrilla fuera de texto).

Por otra parte, de acuerdo con lo ya analizado en líneas atrás no es aceptado lo manifestado por el recurrente según lo cual a raíz de la violación del principio de imparcialidad trae como resultado directo la vulneración al principio de proporcionalidad, pues como pudo apreciar este despacho el procedimiento adelantado en la presente investigación se hizo en stricto sensu y conforme a derecho”.

Continuando ahora con las actuaciones desplegadas dentro de la averiguación preliminar distinguida con el número **15-271838**, traído a colación por la investigada para probar la figura de cosa juzgada, encuentra esta Dirección los siguientes hechos:

1. El quejoso fundamentó su denuncia en el hecho que supuestamente la aquí investigada se encontraba *“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 en 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 fruta de verdad”.* (Fl. 379) (Original sin subrayas). Junto con su queja el denunciante aportó un video clip de la publicidad denunciada, así dos ejemplares del envase del producto *“hit frutas tropicales”* (folios 381 y 383).
2. Como consecuencia de lo denunciado, este Despacho requirió a la denunciada para que aportara

⁵⁶ Sentencia del 28 de mayo de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

- toda la publicidad emitida durante ese último año (2015) por medio de la cual hubiera ofrecido el producto *“Jugo Hit frutas tropicales”* presentación de 500 ml, la ficha técnica del mismo, sus empaques, registro sanitario, entre otros documentos (fl. 385).
3. En respuesta al anterior requerimiento, la investigada radicó el escrito distinguido con el número 15-271838-6, adjuntado los documentos solicitados, a través de USB, así como los empaques y etiquetas del producto en cuestión y de su competidor.
 4. Del estudio de la documentación recaudada por este Despacho, el 17 de agosto de 2016, decidió archivar la preliminar por considerar que *“la afirmación ‘fruta de verdad’ alusiva al producto en discusión no enmarca una publicidad engañosa, habida cuenta que como se dijo en líneas precedentes, el mismo contiene fruta, información visible en los envases y soportada con la ficha técnica (fl. 20). Así entonces y teniendo en cuenta que en la publicidad no se indica a los consumidores que el producto cuenta con un porcentaje determinado de fruta o que el mismo es en su totalidad elaborado a base de fruta, no es posible endilgar una presunta publicidad engañosa. Por lo que se considera que se suministra una información clara, veraz, suficiente y oportuna a los consumidores frente a las cualidades y propiedades del producto”*.
 5. Por encontrarse en desacuerdo con la decisión adoptada por la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor (E), un consumidor (anónimo) presentó solicitud de revocatoria directa, con el fin de obtener la *“apertura de una investigación formal en contra de Postobón S.A. por su publicidad ‘La Fruta de Verdad’ (...).”* (fls. 402-416), cuyo recurso fue resuelto, en la misma instancia, desfavorablemente para el consumidor mediante la Resolución número 12078 del 16 de marzo de 2017.

Ahora bien, al realizar un análisis de la actuación distinguida con el radicado 15-271838, esta Dirección, encuentra los siguientes hechos relevantes:

- I La actuación únicamente se centró en determinar si el producto denominado *“HIT FRUTAS TROPICALES”* sabía a *“fruta de verdad”*, como motivo principal de la queja, sin ahondar más allá en el contenido y mensaje integral de la publicidad aportada.
- II En la decisión de archivo no se tuvo en cuenta el *“mensaje publicitario”* sino únicamente una parte de la información suministrada en la pieza publicitaria y se comparó con la contenida en las etiquetas del producto, desconociendo la diferencia entre información y publicidad.

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

Lo antedicho, cobra sustento jurídico en los criterios auxiliares de la actividad judicial como lo son la Doctrina y la Jurisprudencia, que determinaron que existe *“cosa juzgada formal”* y *“cosa juzgada material”*, definidas y diferenciadas así:

Según el tratadista Nattan Nisimblat, en su artículo titulado *“La Cosa Juzgada en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana”*⁵⁷:

“Cosa juzgada material. La protección del principio de seguridad implica la imposibilidad de volver sobre un hecho que ha sido controvertido en juicio, aun frente a la alteración del supuesto de hecho. Lo anterior encuentra fundamento en la necesidad de clausurar los debates jurídicos frente a determinadas situaciones, en la medida en que se busca evitar la perpetuidad en el conflicto y la innecesaria afectación de derechos como la libertad, la intimidad y la dignidad. La alteración en el supuesto fáctico supone el hallazgo de nuevas pruebas que no fueron aportadas durante el proceso, pero que, por razones de lealtad, no son admitidas en debate posterior, salvo que se demuestre que la imposibilidad de revelarlas fue el producto del fraude, el dolo, o el ocultamiento de la contraparte o de terceros, caso en el cual ya no se estará frente a un ‘nuevo proceso’, sino frente al mismo, que debe anularse

⁵⁷ Universitas. Bogotá (Colombia) N° 118: 247-271, enero-junio de 2009.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

para decidir con el verdadero sustento de hecho, previsión que emana del principio general sustancial, según el cual ‘el fraude no crea derecho’, caso en el cual la legislación prevé un recurso exógeno denominado ‘Revisión’, que tiene por objeto quebrar la cosa juzgada material, cuando se demuestra que la sentencia no fue producto del debate leal y justo, sino del ocultamiento, de la colusión, del dolo o del fraude, caso en el cual, insistimos, no se estará ante un nuevo proceso, sino ante el mismo, que, por haber sido anulado, debe ser resuelto mediante una nueva sentencia.

Como ejemplos de sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada material, encontramos la que se dicta en proceso penal, cuando se demuestra la irresponsabilidad del sindicado (absolutoria), la que se dicta en proceso declarativo o contencioso, cuando lo debatido es de libre disposición y la que resuelve el conflicto laboral, entre otras.⁵⁸

Cosa juzgada formal. En oposición a la cosa juzgada material, la regulación procesal admite que un debate no sufra clausura definitiva, cuando lo que se ha discutido envuelve situaciones susceptibles de mutación o alteración en el supuesto de hecho, y que por ello exigen ulterior debate procesal. Como ejemplo de estas sentencias citamos las que se dictan en procesos penales condenatorios; las que resuelven sobre el monto de la cuota alimentaria; las que decretan una interdicción por demencia; aquellas que decretan la interdicción por disipación o sordomudez; las dictadas en procesos ejecutivos, cuando prospera una excepción que no ataca directamente el título sino su exigibilidad;⁵⁹ las que se emiten en procesos disciplinarios y en general las proferidas en procesos sancionatorios”. (Énfasis propio).

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en cabeza del Magistrado Ponente Dr. Ariel Salazar Ramírez, en la Sentencia número CS-10200 de 2016, define y reitera los elementos para determinar la existencia y efectos de la cosa juzgada, así:

“Cuando una controversia ha sido objeto de un juicio lógico por parte de los órganos jurisdiccionales —explicaba Ugo Rocco— dentro del cual fue resuelta, se produce el fenómeno de la cosa juzgada, del cual deriva ‘la fuerza o la eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida’ en el fallo que ‘está destinada a tutelar el quid decisum de la sentencia en un proceso futuro’, en la medida en que impide ‘la reproducción del proceso de cognición’⁶⁰.

De ahí que también se presente como una **obligación del Estado a través de las autoridades judiciales**, y un derecho subjetivo de las partes, pues las primeras tienen ‘la obligación jurídica de **no juzgar una cuestión que ya ha sido objeto de un juicio anterior** entre los mismos sujetos. Y, por otro lado, las partes, actor y demandado, no sólo tienen la obligación jurídica de no pretender, de parte de los órganos jurisdiccionales del Estado, la prestación de la actividad jurisdiccional de cognición una vez que la hayan obtenido mediante la emisión de la sentencia final de mérito pasada en cosa juzgada, sino que tienen también el derecho a que **los órganos jurisdiccionales del Estado no emitan nuevamente otra sentencia de fondo, es decir, no juzquen nuevamente las relaciones jurídicas ya declaradas ciertas mediante sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada**”.⁶¹

En sentido material, la institución de res iudicata pretende evitar que dentro de un nuevo proceso, se profiera una decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esa clase de autoridad, como respuesta a ‘la exigencia social de que no sean perpetuos los pleitos, como igualmente de que los derechos sean ciertos y estables, una vez obtenida la tutela del Estado’⁶².

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

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-047 del 2006.

⁵⁹ Juan Guillermo Velásquez, *Los procesos ejecutivos*, 35, (9ª Ed., Señal Editora, 1999).

⁶⁰ *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Parte General.* Bogotá: Temis – Buenos Aires: Edit. Depalma, 1976, págs. 313 a 315

⁶¹ ROCCO, Ugo. Op. Cit., p. 335-336.

⁶² COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil.* México: Unión Tipográfica Editorial Hispano – Americana, 1949, p. 624.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

el mismo conflicto, buscando con tal proceder una decisión contraria, en todo o en parte, a la inicialmente emitida».

(...)

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

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

Dicho precepto se identifica con una tesis muy extendida en la doctrina procesal sobre las tres identidades de la cosa juzgada, conforme a la cual -anota Guasp- para que un fallo goce de la autoridad de ese instituto en un proceso posterior «es preciso que entre el primer pronunciamiento y el nuevo litigio se dé perfecta concurrencia de tres elementos comunes: los sujetos (eadem personae), el objeto (eadem res) y la causa o razón de pedir (eadem causa petendi)», existiendo en consecuencia tres clases de límites de la cosa juzgada: límites subjetivos, límites objetivos y límites causales». ⁶³

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

Teniendo claro los anteriores preceptos, procedemos entonces a aterrizarlos a nuestro caso concreto, a efectos de determinar si, en cuanto a las afirmaciones **“Elige Hit, la fruta de verdad” y “HIT es fruta de verdad”**, dentro de la presente investigación se configuró o no el fenómeno de “cosa juzgada”, para lo cual ha de tenerse en cuenta tanto su definición como los elementos fijados por la Doctrina y la Jurisprudencia.

En desarrollo de la primera, la definición, se tiene que concurren dos requisitos *sine qua non* opera la figura de “cosa juzgada”: i) la existencia de dos “juicios”, uno en firme y otro en curso, en otras palabras, uno pasado y otro presente o futuro, situación ésta que no se presenta en este asunto, toda vez que no ha existido un juicio pasado y en firme por cuanto, como se explicó anteriormente, la actuación radicada con el número **15-271838** no se tramitó como un juicio de responsabilidad propiamente dicho con las etapas procesales que el mismo conlleva, en tanto que ni siquiera alcanzó a iniciarse una investigación administrativa sancionatoria mediante la formulación de cargos, sino que lo que se adelantó fue una averiguación preliminar; y ii) que la decisión del primer juicio haya resuelto de fondo las relaciones jurídicas que se pretendan ventilar en el segundo, requisito éste que tampoco se considera cumplido, por cuanto, como también se expuso líneas atrás, el acto de trámite que decidió archivar la averiguación preliminar, así como la Resolución N° 12078 de 2017 que resolvió la solicitud de revocatoria directa, no estudiaron de fondo las proclamas objeto del presente litigio, ni mucho menos la publicidad que la contienen a efecto de verificar el cumplimiento o no de las normas de protección al consumidor, especialmente, los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, sobre las cuales recae la presente investigación, razón por la cual, ninguno de los dos actos decisorios tiene la fuerza de cosa juzgada, o por lo menos no de cosa juzgada material.

No obstante, si en gracia de discusión se quisiera predicar la configuración de la figura de “cosa juzgada” en este proceso administrativo sancionatorio, tal como lo pretende la investigada, enseguida se realiza una verificación de cada uno de los elementos que la constituyen, así:

Los sujetos: En el mismo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, frente a este elemento se dijo:

⁶³ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Tomo Primero. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 559.*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

“Entonces, la identidad de partes a la que hace referencia el artículo 332 del ordenamiento procesal, tal como lo explicó esta Sala, «atañe a la posición o situación jurídica de la parte, rectius, titular del interés asignado por el derecho, ab origine o ab posteriore, comprendiendo hipótesis de adquisición originaria y derivativa, traslativa o constitutiva y presupone la ocurrencia a proceso del titular del derecho debatido, relación, situación o posición jurídica para deducir una pretensión frente a alguien, contemplándose los extremos de la relación procesal, esto es, el titular de la pretensión (parte activa o demandante) y vinculado a ésta (parte pasiva o demandada) o, lo que es igual, la coincidencia de los titulares de la relación jurídica sustancial y procesal debatida en juicio (LVI, 307, CLI, 42) (CSJ SC, 19 Sep. 2009, rad. 2003-00318-01).»

De modo que la denominada ‘eficacia extintiva de la autoridad de la cosa juzgada’ se produce en relación con todos los sujetos que son titulares del derecho de acción o del de contradicción, aunque no hubieran concurrido al proceso o no estuvieran presentes realmente en él como demandantes o como demandados”.

De lo anterior se colige, que los sujetos son los “*extremos procesales*”, así se tiene, que tanto en la actuación preliminar número **15-271838**, como en la presente investigación, la sociedad requerida en el marco de la averiguación preliminar, e investigada en la presente actuación, es la sociedad **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, razón por la cual este requisito se consideraría cumplido al identidad de sujeto pasivo.

El objeto: De la lectura de la jurisprudencia citada, se deduce que este elemento es lo que se busca obtener al finalizar el juicio, es decir, la pretensión; que, para el caso sub-lite -investigación administrativa sancionatoria- es la tutela de los bienes jurídicos de los consumidores establecidos en la Ley 1480 de 2011, presuntamente vulnerados por la investigada en la publicidad de sus refrescos de fruta marca “hit”, objeto este que se podría encontrar parcialmente en la actuación preliminar número **15-271838**, en la medida que en la misma se intentó evaluar la afirmación “*fruta de verdad*” respecto al citado producto; sin embargo, no es posible predicar identidad entre los objetos por cuanto que, en la preliminar lo que se evaluó fue el “*sabor a fruta*” y el “*contenido de fruta*” de los refrescos “hit”, mientras que en el presente proceso lo que está en examen es la veracidad de las proclamas “**Elige Hit, la fruta de verdad**” y “**HIT es fruta de verdad**” y su posible inducción a engaño, error o confusión, entre otros derechos de los consumidores protegidos por esta Entidad.

La causa o razón de pedir: Según la Corte Suprema de Justicia, “*cuando el artículo 332 del estatuto procesal alude a la ‘identidad de causa’, está haciendo referencia a que si en el nuevo proceso se ha invocado como fundamento de la pretensión deducida contra la parte demandada, la misma razón de hecho que se alegó en el juicio precedente, es decir, iguales supuestos fácticos a los aducidos en esa oportunidad como soporte o fuente inmediata del petitum de la demanda de los cuales se hacen deducir los efectos que se pretenden obtener con el fallo, se produce el efecto de la cosa juzgada*”.

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

Conforme a lo expuesto, es claro que entre la actuación preliminar número **15-271838** y la presente investigación administrativa, distinguida con el radicado N° **17-424418**, no existe identidad de objeto

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

ni de causa, razón por la cual no se configuran los elementos constitutivos de la *“cosa juzgada”*, esto sin contar que tampoco se demostró, ni siquiera, la existencia de un *“juicio”* precedente a este donde se haya resuelto de fondo el mismo asunto, quedando de esta manera sin sustento alguno la supuesta contradicción invocada por la investigada en sus descargos derivada de la presunta *“cosa juzgada”*.

Pasando ahora al segundo argumento expuesto por la investigada para desvirtuar la imputación en estudio, en relación con las proclamas ***“Elige Hit, la fruta de verdad”*** y ***“HIT es fruta de verdad”***, su apoderado alega que esta Dirección omitió *“aplicar criterios correctos de cara al análisis de publicitarias, regularmente aceptados y empleados por esta misma entidad”*, entre los cuales hace alusión a: i) *“El análisis del mensaje publicitario se hace desde el punto de vista del consumidor”*; ii) *“Se debe tener en cuenta siempre la noción de consumidor racional”*; iii) *“El análisis del mensaje no debe ser exclusivamente gramatical”*; iv) *“El análisis que se hace de un anuncio es de carácter integral, no parcializado”*; y v) *“El deber de información será directamente proporcional con el nivel de peligro potencial del producto que se está ofreciendo”*, donde aduce una supuesta ligereza o superficialidad en el análisis de la pieza publicitaria por parte de esta Dirección, además de alegar que la imputación estuvo soportada en una falacia.

Respecto a los anteriores argumentos, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, se pronunciará frente a ellos en el siguiente acápite, donde se desarrollará el análisis profundo e integral de las piezas publicitarias que contienen dichas afirmaciones (*“Elige Hit, la fruta de verdad”* y *“HIT es fruta de verdad”*), por ser este acto administrativo, el momento procesal oportuno para realizar el juicio de responsabilidad en el cual se deben abordar los aspectos mencionados por la investigada y no en el pliego de cargos, toda vez que si se incluyeran allí podría llegarse a incurrir en un prejuizamiento, en tanto que en esa etapa del proceso no se cuenta con los elementos de juicio suficientes para determinar la comisión de las conductas endilgadas y la consecuente responsabilidad de la procesada, a quién se le debe garantizar su derecho a la defensa y la contradicción, así como la oportunidad de presentar las pruebas que pretende hacer valer hasta antes de que se profiera la decisión de fondo, tal como lo prescribe los artículos 40 y 47 de la Ley 1437 de 2011.

Dilucidados los fundamentos de la investigada frente a las proclamas *“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”*, contenidas en la campaña denominada por la investigada como ***“HIT TEMÁTICA”***, a continuación se pasa a realizar su estudio, teniendo en cuenta que, esta Entidad en otras decisiones ha manifestado que para evaluar si determinada información contenida en un anuncio publicitario cumple con los requisitos de ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, exigidos en el Estatuto del Consumidor, se debe, en primer lugar, establecer en qué consiste el contenido del mensaje que reciben los consumidores –a partir de una apreciación integral del anuncio publicitario– y, posteriormente, una vez delimitado dicho mensaje, este debe ser corroborado con la realidad. En el evento de existir alguna discordancia, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error⁶⁴. Así, resulta acertado traer a colación el informe del estudio sobre la publicidad en Colombia realizado para la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco COMPAL – UNCTAD, en el cual desde la metodología semiótica, se desarrollaron tres (3) *“planos de contenido”* a saber: i) *“Lenguaje visual”*; ii) *“Contenido Lingüístico y texto”*; y, iii) *“Comprobación de la oferta con la adquisición del producto”*⁶⁵.

Para abordar el primer plano de contenido ***“i) Lenguaje visual”***, el cual es alusivo directamente a las imágenes contenidas en la publicidad, es pertinente precisar que sobre ellas podría configurarse publicidad engañosa en el caso de ocurrir alteración negativa en alguna de las siguientes categorías de análisis: proporcionalidad, emulación, comparación, transformación del entorno e iconografía; para el caso que nos ocupa sólo nos vamos a detener, por resultar aplicable, en la **comparación** y la **transformación del entorno**, vistas éstas como, la primera, la valoración por equiparación entre dos o más elementos, con la cual se intenta reconocer similitudes, diferencias; aspectos positivos o negativos; y, la segunda, los aspectos de la imagen en un mensaje publicitario (como la escenografía,

⁶⁴ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual Sala de Defensa de la Competencia 1 Resolución 0465-2012/SC1-INDECOPI Expediente 003-2011/CCD. Dicho análisis fue realizado en una decisión de esta Entidad a través de la Resolución SIC N° 79117 del 16 de noviembre de 2016.

⁶⁵ Informe de resultados UNCTAD, SIC, COMPAL. Publicidad Engañosa. Colombia 2013. Consultado en [presentación en pdf] (<https://unctadcompal.org/wp-content/uploads/2017/03/COLOMBIA-Informe-de-Resultados-de-las-Encuestas..pdf>) 26-agosto -2019

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

la ambientación o accesorios implicados en la puesta en escena) que tienen la función de incrementar el valor percibido de los productos ofertados.

En ese sentido, resulta indispensable traer a debate las dos (2) piezas publicitarias aludidas en el pliego de cargos y que, según la investigada, hicieron parte de la campaña denominada **“HIT TEMÁTICA”**, así:

Capturas de pantalla de algunos momentos del comercial **“1789155-HIT CAJA – 20/ 1789155 LONCHERA”** (carpeta **“Comerciales y Cuñas”** USB FI. 362)

Imagen 2 (00:02')



Imagen 3 (00:03')



Imagen 4 (00:15')



Imagen 5 (00:19')



Dialogo:

Locutor: Lo mejor para la lonchera de tus hijos es jugos Hit

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

Locutor: elige Hit, la fruta de verdad.

Texto:

“Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida”.
“ELIGE HIT, LA FRUTA DE VERDAD”

Campaña: *“HIT EMOCIONAL”*

Referencia: *“LONCHERA”*

Emisiones: 138

Término: Del 9 al 31 de mayo 2017

Medio: Televisión Nacional

Cubrimiento: Nacional

Escenario: Aula de Colegio

Fuente: CD, RELACIÓN PAUTAS / RESUMEN INVERSIÓN HIT, aportado por la investigada mediante el radicado N° 17-424418-17 (FI. 99).

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Cuñas” USB FI. 362)

Imagen 6



Imagen 7



Imagen 8



Imagen 9



Imagen 10



Imagen 11



Diálogo:

"Niño 1: Déjame explicarte

Niña 1: Lo primero que probé en mi vida fue una fruta, si me vas a dar algo de tomar:

Niña 2: que sea Hit

Niño 2: en los sabores y formas que más nos gustan.

Niña 3: No te dejes confundir mami

Niño 1: A nosotros nos gusta Hit.

Locutor: Para tus hijos elige Hit, Sabemos de fruta, sabemos a Hit."

Texto:

"Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida"

"Sabemos de fruta, sabemos a Hit."

Campaña: "HIT TEMATICA "

Referencia: "TEMATICO HIT N"

Emissiones: 210

Medios: TV Suscripción y Televisión Nacional

Cubrimiento: Nacional

Escenario: Paradero de bus, comedor, aire libre, cocina, plaza de mercado, campo, etc.

Fuente: CD, RELACIÓN PAUTAS / RESUMEN INVERSIÓN HIT, aportado por la investigada mediante el radicado N° 17-424418-17 (FI. 99).

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Del análisis del comercial **“1789155-HIT LONCHERA”** es evidente para este Despacho que la investigada en esa pieza publicitaria, hace una evocación a las frutas, de hecho hasta asemeja su producto con ellas, cuando en el diálogo del comercial la niña protagonista, en un salón de clase al lado de sus compañeros, afirma *“Mi mamá sabe que me encanta la fruta, por eso en mi lonchera siempre hay Hit”*, además intenta atribuirle a su producto los mismos efectos positivos que la fruta cuando la misma niña continua su relato diciendo *“porque me gusta, **me hace más fuerte** y eso le encanta a mi mamá”*, como queriendo dar una explicación a la afirmación anterior, realizando de esta manera una valoración por equiparación entre el refresco de frutas **“HIT”** y las **“frutas”**, comparación que no resulta válida en razón a que tales productos no pertenecen al mismo género ni satisfacen la misma necesidad de los consumidores.

Sumado a ello, tal como quedó expuesto en la resolución de apertura de esta investigación, 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”*⁶⁶ 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 imprecisa 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.

Lo mismo ocurre en el estudio del comercial **“1882684-HIT TEMÁTICO HIT”**, que se recrea en diferentes escenarios, pero a la vez registra una conversación entre los niños y su mamá, en cuyo diálogo *“el niño (1)”* exclama *“Déjame explicarte”*, continúa *“la niña (1)”* diciendo *“lo primero que probé en mi vida fue una fruta, si me vas a dar algo de tomar”* e interviene una *“niña (2)”* para completar la frase diciendo *“que sea HIT”*; luego un *“niño (2)”* dice: *“en los sabores y formas que más nos gustan”*, en seguida otra *“niña (3)”* manifiesta *“No te dejes confundir mami”* y concluye el *“niño (1)”* con la afirmación *“A nosotros nos gusta Hit”*, adicionalmente, para terminar, el locutor proclama *“Para tus hijos elige Hit, Sabemos de fruta, sabemos a Hit”* y simultáneamente aparece en la pantalla la frase *“Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida”*, demostrándose con esto que en los comerciales, a través de los cuales la investigada anunció su línea de refrescos de fruta **“HIT”**, intenta comparar y/o asemejar su producto a las frutas, sin que ellos sean extremos comparables, como se explicó en el inciso inmediatamente anterior.

Aunado a lo antedicho, se hace más ostensible el engaño, cuando los escenarios donde se desarrollan los comerciales son lugares que evocan bienestar y sana alimentación, tales como el colegio, el comedor, la cocina, el campo, entre otros; sumado a la ambientación implicada en la puesta en escena, como, por ejemplo, las frutas y la lonchera, sin contar los personajes, quienes en su porcentaje mayoritario son niños, con lo cual se incrementa la convicción en los consumidores que el producto ofrecido en realidad sí es comparable con las frutas y por ello genera efectos positivos en la salud (**“me hace más fuerte”**), sin aportar ninguna prueba que respalde tal aseveración, distorsionando de esa manera la percepción sobre los reales beneficios del producto.

Siguiendo con los planos de contenido de la publicidad, este Despacho pasa a estudiar el **“ii) Contenido Lingüístico y textos”**, que abarca la información implícita y explícita del mensaje, argumentación, atributos ofertados de un producto comunicativo y la justificación de la adquisición de

⁶⁶ dle.rae.es **“fuerte. 5. adj.** Que goza de buena salud.”

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

un producto, dentro de este plano se incluyen ocho (8) categorías de análisis en los que se podría provocar la publicidad engañosa, a saber: *“Referentes de la oferta”, “Términos especializados o legales”, “Superlativo”, “Lecturabilidad y legibilidad”, “Omisión”, “Fragmentación de la información”, “Descuentos o descuentos aplicados” y “Condiciones y restricciones”,* de las cuales esta Dirección encuentra aplicable a los comerciales estudiados, el **“Superlativo”** y la **“lecturabilidad y legibilidad”** con fundamento en las siguientes consideraciones:

Como **“superlativo”** se entiende la calificación máxima de una cualidad asociada al producto que se publicita, para el caso *sub lite* se tiene que la investigada le atribuye a su bebida la cualidad de ser la **“mejor para la lonchera de tus hijos”**, justificando que como no se *“establece en términos de qué o en función de qué, NO implica la fijación de una condición objetiva en específico, más allá de que, como bien en su oportunidad se señaló y aquí se reitera, se comunica de manera subjetiva y laudatoria por parte del fabricante para quien considera su producto como ‘Lo mejor’.”*, sin tener en cuenta que esa afirmación no puede depender de la valoración del mismo productor o anunciante, sino que debe responder a una investigación previa con argumentos verificables o soportes científicos que den veracidad a dicha proclama y que demuestren tal calificación, por cuanto no basta con que el *“descriptor”* por si solo sea subjetivo para que la afirmación también lo sea, sino que, cuando el mismo recae sobre uno de los aspectos objetivos del producto, la afirmación debe ser calificada como verdadera o falsa, en razón a que la misma podría tener la capacidad de transformar el mensaje que se quiere transmitir, induciendo en error al consumidor.

Así las cosas, al realizar la valoración de la afirmación **“Lo mejor para la lonchera de tus hijos”** de manera integral y contextualizada con el comercial en el que se proclama, encuentra esta Dirección que el descriptor *“mejor”* se predica sobre una cualidad medible del producto que se promociona, toda vez que al estar ligado al enunciado *“para la lonchera de tus hijos”* y estar anunciado dentro de un contexto de bienestar, asociado a imágenes de niños en escenarios saludables y siempre con la evocación a frutas, genera la percepción en los consumidores de que tal superlativo está directamente relacionado con la calidad nutricional del refresco, cuya apreciación es coincidente con la justificación que de esta proclama realizó la investigada en la etapa preliminar de esta actuación.

En ese orden de ideas, resulta acertado traer a colación lo manifestado en dicha oportunidad por la procesada *“Téngase en cuenta que no se está manifestando que el refresco de frutas es mejor que las frutas en sí mismos o que está hecho con 100% este ingrediente, sino que dentro del plexo de posibilidades que hay en el mercado para suplir la bebida de una lonchera, el refresco de frutas HIT resulta ser, nutricionalmente, una opción -la mejor en un término laudatorio si se quiere, para su fabricante-, sin contar con los demás factores que inciden en la adquisición de los productos por parte de los consumidores, tales como precio, calidad, fidelidad a una marca, entre otros” (original sin subrayas)*, argumento este que, posteriormente en sus descargos, la investigada pretendió transformar, aduciendo que la referencia al carácter nutricional del producto la realizó en razón a que el mismo está catalogado como un *“alimento”* por parte de la autoridad sanitaria, con lo que se confirma aún más que el calificativo *“mejor”* recae sobre una condición objetiva del nombrado refresco.

De esta manera, al no aportar la investigada a este proceso estudios técnicos, científicos y/o académicos que prueben que el *“Refresco de Frutas Hit”* era o es *“lo mejor para la lonchera de sus hijos”*, enmarca tal afirmación como no veraz, inverificable y/o improbable y, a su vez, también le resta veracidad y suficiencia al mensaje que se transmitió a través de la publicidad, en tanto que un consumidor promedio difícilmente podría diferenciar el elemento subjetivo (mejor) del objetivo – nutrición-, el cual está intrínsecamente expresado tanto en el complemento de la afirmación (para la lonchera de tus hijos) como reflejado en las escenas y entornos en donde se desarrolla el comercial, sin contar con las demás declaraciones que en él se anuncian, como por ejemplo *“Elige Hit, la fruta de verdad”* y *“Toma la decisión, dale lo mejor a tu vida”*, todo lo cual claramente influye en la decisión de compra de los potenciales consumidores, en la medida que resalta un elemento diferenciador entre sus competidores.

En ese orden de ideas, es pertinente hacer alusión a uno de los elementos utilizados por la *Federal Trade Commission*, para el análisis de la publicidad engañosa: la *“net impression”*, con la cual, a juicio de dicha corporación, el juzgador no necesita mirar más allá del primer contacto con el consumidor

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

para determinar cuál es esa impresión general que el mensaje o la pieza publicitaria causó en él⁶⁷; sin importar que posteriormente sea suministrada la información real o precisa, en consecuencia, como una definición genérica, puede entenderse la *“impresión neta”* como lo que se quiere que el consumidor retenga luego de dar a conocer la campaña publicitaria; esto aplicado a la publicidad en estudio, lleva a este Despacho a concluir que la impresión neta recibida por los consumidores respecto a los refrescos de fruta *“hit”*, especialmente en relación con la proclama bajo estudio, es que son la mejor opción para la lonchera de los niños porque les aporta beneficios nutricionales superiores a los demás refrescos del mercado que pudieren suplir la misma necesidad, hecho este que no fue probado por la investigada dentro del presente proceso.

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

Para finalizar con el estudio de los dos (2) comerciales objeto de análisis en este acápite, procede ahora analizarlos desde el plano de la **“iii) Comprobación de la oferta con la adquisición del producto”**, que está directamente relacionada con la confrontación del producto frente a los atributos que de él fueron anunciados en la publicidad, para lo cual se tienen diez (10) categorías que pueden conducir de manera independiente y/o en conjunto a que la publicidad sea engañosa, a saber: *“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”*, pero que en el presente caso sólo se realizará el análisis de la **“sobrevaloración”, “falacia y/o distracción” y la “promesa o beneficio adicional intangible”**, por encontrarlos aplicables al caso particular, de la siguiente manera:

Según el informe del estudio sobre la publicidad en Colombia realizado para la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco COMPAL – UNCTAD, define la **Sobrevaloración** como *“la utilidad provechosa que se implica con la adquisición de un producto.”*, esta categoría se ve reflejada en la campaña objeto de estudio, especialmente cuando los niños proclaman **“me hace más fuerte”**, refiriéndose a la razón del porqué en su lonchera siempre hay *“Hit”*; en tanto que en el comercial se resalta una cualidad o promesa de beneficio del producto promocionado –refresco de frutas hit- que va más allá de sus alcances reales, pues le está otorgando un valor que elevaba las expectativas a los consumidores, pero que no fue demostrado o probado en este proceso.

Respecto de la **falacia y/o distracción** encuentra este Despacho que en la publicidad objeto de análisis se halla presente esta categoría, toda vez que se manipula información en el mensaje transmitido sobre la clase de producto para crear en los consumidores una percepción del mismo que en realidad no es; es decir, al llamar la investigada su producto como **“jugo”**, a sabiendas que en realidad es un refresco de frutas, que por su poco contenido de fruta no cumple con las características o requisitos para denominarse **“jugo”**, transmite un mensaje alejado de la realidad, en tanto que da a entender a los consumidores que es una bebida a base solamente de agua, fruta y azúcar, sin aditivos artificiales, tal como comúnmente ellos identifican a los productos de esa denominación –jugo-, lo cual

⁶⁷ Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América. <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/09/federal-appeals-court-upholds-district-court-order-permanently>. Case: 13-4169 Document: 36-2 Filed: 09/08/2014. En esta decisión la FTC expresó: *“Los acusados no pueden hacer considerables declaraciones falsas a consumidores y luego entregar correcciones y limitaciones de responsabilidad en las comunicaciones posteriores”*.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

tiene la potencialidad de distraer la atención de los consumidores quienes con esa sola afirmación ven afectada su decisión de compra y además se sienten relevados de verificar la tabla de contenido, rótulos o etiquetas del producto, confiados en lo anunciado en la publicidad.

De la misma manera, esta Dirección considera que las proclamas **“Elige Hit, la fruta de verdad” y “Hit es fruta de verdad”**, transmiten a los consumidores el mensaje de que el refresco hit contiene una **promesa de beneficio intangible adicional**, debido a que con esas afirmaciones, tal como se desarrolló literal y gramaticalmente en la imputación de cargos, la investigada declara que su producto en su esencia es una fruta real; no obstante, es claro para esta Dirección que, si bien es cierto, los consumidores no *“van a esperar que les entreguen una fruta en lugar de un refresco”*, como bien lo sostiene la investigada, también es muy cierto que tales pregones si equiparan esta bebida a la fruta, lo cual influye sobre manera en la decisión de compra, en la medida que crea la expectativa en la mente de los consumidores que el *“refresco de frutas hit”* es la bebida procesada más cercana a una natural a base de frutas de verdad y da a entender que aporta los mismos beneficios que ellas.

Bajo esta perspectiva, es claro para este Despacho que aseverar de manera aislada y descontextualizada que el *“refresco de frutas Hit”* es *“la fruta de verdad”*, es una exageración, tal como lo infiere el abogado defensor; sin embargo, más allá de poder ser una *“publicidad hipérbole”*, no debe desconocerse que de la forma como son pregonadas las frases **“Elige Hit, la fruta de verdad” y “Hit es fruta de verdad”** en los comerciales, en conjunto con la puesta en escena, los protagonistas y el entorno, el mensaje que transmiten y la percepción que generan en los televidentes es que el *“refresco de frutas hit”* tiene un valor agregado y diferenciador entre los demás de su misma categoría, por ser supuestamente *“fruta de verdad”*, promesa esa que resulta incumplida porque en realidad este producto, además de no ser *“fruta⁶⁸ de verdad”*, ni siquiera contiene una proporción elevada de fruta o por lo menos lo suficiente para ser considerado como *“jugo”*, tal como se encuentra demostrado mediante su tabla nutricional y ficha técnica, en los que se evidencia que el mismo incluye dentro de sus ingredientes sólo entre un 8 y un 14% de pulpa de fruta, razón por la que se concluye que el mensaje transmitido, a través de dichas proclamas, es a todas luces engañoso.

En síntesis, vistos en conjunto los elementos descritos de los planos de la publicidad, vale decir, i) lenguaje visual (comparación y transformación del entorno), ii) contenido lingüístico y de texto (*Superlativo y lecturabilidad y legibilidad*) y, iii) comprobación de la oferta con la adquisición del producto (*sobrevaloración, falacia y/o distracción y promesa o beneficio adicional intangible*) junto con las pruebas recabadas en el curso de la presente investigación, conforme con lo ampliamente expuesto a lo largo de este sub-numeral 31.3.1., es claro para la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** infringió los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3º de la Ley 1480 de 2011, así como los artículos 6º, 23, 29 y 30 ídem, en concordancia con lo señalado en los numerales 2.1.1., 2.1.1.1. (lit. a) y el literal a) del numeral 2.1.1.2. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, durante la emisión de los comerciales denominados por la investigada como *“1788954-HIT TEMATICO-40 / 1882684-TEMATICO HIT N”* y *“1789155-HIT CAJA – 20/ 1789155 LONCHERA”*, que hacen parte integral de las campañas publicitarias *“HIT TEMÁTICA”* y *“HIT EMOCIONAL”*, respectivamente, mediante las cuales anunció y promocionó su línea de refrescos de fruta pasteurizados *“HIT”*, lo cual se resume así:

Artículo 6º –calidad- esta Dirección evidencia frente al particular que la investigada no cumplió con la calidad informada y ofrecida a los consumidores a través de la publicidad de su producto *“Refresco de Frutas HIT”*, toda vez que al analizar el plenario y, específicamente, los comerciales allegados tanto por la tercera interesada como por la procesada, que hicieron parte de la campaña publicitaria⁶⁹ denominada por la investigada *“HIT TEMÁTICA”*⁷⁰, la tabla nutricional del producto referido en sus diferentes variedades⁷¹; los certificados aportados por la investigada⁷²; así como la ficha técnica; y las etiquetas, se encuentra que efectivamente dicha bebida fabricada y comercializada por la aquí investigada, sólo contiene entre un 9% y un 14% de fruta y está adicionada con ingredientes artificiales,

⁶⁸ Órgano comestible de la planta vegetal, sin haber sido sometido a ningún proceso de extracción.

⁶⁹ Campaña publicitaria: *“Conjunto de estrategias que diseña un anunciante para lograr ciertos objetivos, a fin de dar a conocer un determinado producto o servicio”* (Resolución N° 57974 de 2011 / Superintendencia de Industria y Comercio – Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor. Exp. 11-53874).

⁷⁰ Folio 228, num. 1.1.1. del escrito de descargos presentado por la investigada radicado con el número 17-424418-50

⁷¹ USB obrante a folio 77 del expediente (Cuadernillo reservado) dentro de la sub-carpeta titulada *“5. Rta. Punto 5 Fichas Técnicas”*.

⁷² Ídem

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

por lo que le resta veracidad a sus diferentes afirmaciones, en la medida que no podría catalogarse como *“lo mejor para la lonchera de tus hijos”*, ni que los hace más fuerte, ni tampoco cumple con los requisitos para denominarse *“jugo”*, ni es *“la fruta de verdad”*, razones por las cuales es válido afirmar que existen imprecisiones entre las cualidades atribuidas al *“Refresco de Frutas HIT”* en su publicidad y lo que realmente adquieren los consumidores, defraudando así sus expectativas, por la falta de conformidad entre lo que se promete y lo que realmente se entrega.

En ese sentido y teniendo en cuenta que, la calidad e idoneidad de un bien está determinada entre otros aspectos, por toda la información que suministra el productor o proveedor sobre él y sus características inherentes, tales como su composición y aptitud para satisfacer las necesidades de los consumidores, toda vez que este es el fundamento sobre el cual se erige la voluntad del consumidor y se crean razonablemente las expectativas frente al producto, se advierte que, en el presente caso hay una falta de conformidad entre las *“bondades exaltadas”* por la investigada en la información suministrada en la publicidad sobre el *“REFRESCO DE FRUTA HIT”*, respecto de aquellas que en efecto tiene la bebida objeto de los comerciales cuestionados, en tanto que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** no comprobó dentro de este plenario que su producto fuera *“Lo mejor para la lonchera de tus hijos”*, ni que los *“hace más fuerte”*; a contrario sensu, si quedó demostrado que tal bebida no cumple con la cantidad de fruta requerida para denominarse como *“jugo”*, tal como se evidencia de la simple lectura de la ficha técnica del mismo y sus ingredientes enlistados en la etiqueta; así como también quedó probado que *“Hit”*, no *“es fruta de verdad”*, tal como se explicó en los incisos precedentes.

Así las cosas, la investigada, quien se encuentra en una mejor posición para conocer y asegurar que la calidad, idoneidad y seguridad del producto que pone a circular en el mercado, tenía la obligación de garantizarle a los consumidores, quienes se encuentran en una situación de desventaja dada la asimetría de la información existente en la relación de consumo, que lo prometido en relación con el producto *“REFRESCO DE FRUTA HIT”*, se cumpliera de conformidad con las disposiciones legales que lo regulan, entre otras razones, pues fue ella quien tuvo a su cargo la producción y comercialización de dicha bebida.

En ese orden, la falla de calidad evidenciada hace responsable al productor y expendedor en los términos de las disposiciones vigentes⁷³, razón por la cual este Despacho concluye que la investigada incumplió el artículo 6º de la Ley 1480 de 2011 y, en consecuencia, vulneró el derecho que le asiste a los consumidores de recibir productos de calidad de conformidad con las condiciones ofrecidas de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.1. del artículo 3º de la misma ley, por lo que se procederá a imponer las sanciones a que haya lugar.

Artículo 23 –información mínima- con lo expuesto hasta ahora, queda claro que la información suministrada a los potenciales consumidores a través de las diferentes piezas publicitarias estudiadas, mediante las cuales se anunció y promocionó el producto *“Refresco de Fruta HIT”*, careció de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad, por cuanto las características atribuidas al mismo por parte de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** son cuestionables y discutibles en razón a que la investigada no probó en el curso del presente proceso la veracidad de sus afirmaciones, tales como *“lo mejor para la lonchera de tus hijos”* y *“te hace más fuerte”* y tampoco explicó el método que utilizó para llegar a esas conclusiones, lo cual le resta certeza a sus proclamas, sesgando de esa manera la decisión de consumo razonable al no ofrecer a los potenciales consumidores elementos de juicio suficientes para poder elegir entre la variedad de refrescos que existen en el mercado, aunado al hecho que les suministró una información imprecisa e inapropiada en cuanto a la categoría de la bebida y su contenido cuando anuncia su bebida *“HIT”* como *“jugo”*, *“la fruta de verdad”* y *“es fruta de verdad”*, razones que indefectiblemente contravienen lo dispuesto en 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 la Superintendencia de Industria y Comercio que exigen que la información que se anuncie respecto, entre otros, a la naturaleza y calidad de los productos debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir a error a los consumidores.

⁷³ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para la Protección al Consumidor. Resolución N° 61420 de 23 de octubre de 2013.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Así mismo, en virtud a que la información mínima suministrada con falencias a los consumidores corresponde a la composición del producto, su idoneidad y beneficios, tal conducta también vulnera 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 riegos que puedan derivarse de su consumo o utilización. (...)”*, en los términos del numeral 1.3. del artículo 3º de la misma ley.

Artículo 29 –fuerza vinculante- como quedó precisado en la parte introductoria del análisis de la presente imputación, esta fuerza está relacionada directamente con el cumplimiento de las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, en tanto que las mismas se refieren a las características propias o atribuidas a los productos en la publicidad, así pues, para el caso sub-examen es evidente que las proclamas *“Lo mejor para la lonchera de tus hijos es JUGOS HIT”, “me hace más fuerte”* y *“Elige Hit, la fruta de verdad”* corresponden a condiciones objetivas del producto *“refresco de fruta HIT”*, tal como quedó ampliamente demostrado en el estudio de los planos de contenido de la publicidad, razón por la cual el anunciante estaba obligado a dar estricto cumplimiento a tales características específicas de dicha, hecho este que no fue acatado por la investigada, en tanto que no aportó al expediente las pruebas que acreditaran que el *“refresco de fruta HIT”* cumplía con las cualidades atribuidas en los comerciales analizados, como también fue explicado líneas atrás, dando lugar a la vulneración del artículo 29 de la Ley 1480 de 2011.

Artículo 30 –publicidad engañosa- este artículo, en concordancia con el numeral 2.1.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, resultan infringidos en la medida que, como quedó ampliamente esgrimido, los mensajes contenidos en las piezas publicitarias estudiadas en este acto administrativo, a través de las cuales se anunció que el producto *“refresco de fruta HIT”* era un *“jugo”, “la fruta de verdad”, “Lo mejor para la lonchera de tus hijos”* y *“hacía a los niños y niñas más fuertes”,* no correspondieron a la realidad porque se demostró que dicha bebida no contenía la cantidad de fruta necesaria para ser considerada como jugo y sus características no se enmarcaban a las de una fruta o siquiera como una bebida en su mayoría a base de fruta como lo percibieron los consumidores a través del mensaje transmitido, situación que también soporta la inducción en error y confusión a que fueron sometidos los consumidores que, confiados en esa falsa percepción que del producto habían recibido a través de la publicidad, se sintieron relevados de verificar la tabla de contenido del producto al creer que éste era una bebida que contenía una gran cantidad de fruta y que aportaba beneficios a los niños, niñas y adolescentes, por ser éste el nicho principal al que estuvieron dirigidas las nombradas campañas.

Así las cosas, encuentra esta Dirección que **el primer hecho** que motivó la **imputación fáctica número 1**, con relación a la campaña denominada *“HIT TEMÁTICA”* que promocionó el producto *“Refresco de Fruta HIT”* está llamado a prosperar.

31.3.2. En el **segundo y tercer hecho** contentivos de la imputación fáctica número 1 de la Resolución N° 19022 de 2019, identificados en la misma con los numerales **27.1.2.2. y 27.1.2.3.**, se le endilgó a la investigada una presunta vulneración a lo dispuesto en los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3º de la Ley 1480 de 2011, así como una posible violación de lo establecido en los artículos 6º, 23, 29 y 30 ídem, en concordancia con los numerales 2.1.1., 2.1.1.1. (literal a), 2.1.1.2. (lit. a.) y los literales b) y c) del numeral 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, con ocasión a lo informado y los mensajes suministrados a los consumidores en las piezas publicitarias tituladas *“618208-HIT NVO SABOR MANDARINA AHORA”, “1970750-HIT MANDARINA”, “El nuevo Hit de Mandarina llegó para quedarse, con más fruta”,* a través de las cuales se promocionó el refresco de fruta *“HIT MANDARINA”* y se proclamó sobre dicho producto que *“contiene 20% de fruta”, “el producto con mayor contenido de Fruta de la categoría”* y que *“contiene 2 veces más fruta que otros productos de la categoría: Refrescos de fruta”*. Así mismo, este Despacho consideró necesario verificar si la declaración *“al mejor precio”*, anunciada en las piezas publicitarias distinguidas como *“1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017”, “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20”, “HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25”, “628738 - TETRA 1 LITRON”,* mediante las cuales **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** promocionó el tamaño familiar del refresco de fruta *“hit”*, en sus diferentes sabores, cuenta con los soportes documentales que la demuestre, tal como lo exige las normas imputadas.

Respecto a este hecho la investigada manifestó lo siguiente:

- **Análisis Sobre la Cuña Radial ‘618208 HIT NUEVO SABOR MANDARINA’**

Sobre este particular y en vista de la constancia que deja el Despacho en relación con la ausencia de soportes documentales, que demuestren las características, pero sobre todo, la veracidad de las declaraciones objetivas contenidas en este mensaje publicitario, me permito aclarar preliminarmente-, que si bien las mismas no fueron suministradas con la respuesta al primer requerimiento de información, ello ocurrió toda vez que se advirtió que tanto la queja que fue formulada como el requerimiento de información que fue emitido por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, estaba encaminado a evaluar la legalidad de las piezas publicitarias correspondientes a las campañas temáticas que incluían declaraciones tales como ‘Elige Hit la fruta de Verdad’; ‘Porque Hit es fruta de verdad’; ‘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’, cuyos soportes fueron puntualmente solicitados en dicho oficio de requerimiento y como quiera que las variedades mandarina y maracuyá, no hacían parte de dichas campañas, por esa razón no fueron presentados sus documentos técnicos (fichas técnicas y etiquetas): con el ánimo de garantizar absoluta transparencia e información clara al Despacho en dicho momento, se entregaron los soportes documentales de las variedades que se promocionaban en tales campañas que están siendo hoy ‘cuestionadas’.

Como podrá apreciar el Despacho, no existe ánimo alguno por sustraer ni mucho menos ocultar información de ningún tipo. Por el contrario, la variedad mandarina de la marca HIT, es la que mayor contenido de fruta en su formulación ostenta, en el segmento Refrescos, dentro del portafolio de la marca.

Así las cosas, como quiera que no obstante el Despacho ha extrañado la presencia de documentos para dicha referencia, también ha declarado que dentro de la presente investigación, verificará la veracidad de los mensajes que, como anexo a este documento son presentados, tanto el ejemplar de la etiqueta (Tapa Corona, por tratarse de un producto que únicamente se ofreció en presentación retornable) y la ficha técnica ‘Documento Controlado’ CONFIDENCIAL en el que se expresa la formulación del producto y se acredita el contenido de fruta del mismo, este documento es idéntico a aquel que fue presentado a la Autoridad Sanitaria a efectos de que se autorice la inclusión de la variedad Mandarina dentro el registro sanitario RSA — 2557 - 2016.

En consecuencia, no existe razón alguna para estimar una infracción a la normatividad derivada del contenido del material publicitario en referencia.

‘El Producto con mayor contenido de fruta de la categoría’ y ‘Contiene dos veces más fruta que otros productos’

No hay lugar a discusión sobre el carácter objetivo de las declaraciones en referencia que han sido empleadas en la creación y difusión de la pauta publicitaria en estudio; ahora, debe en todo caso tenerse presente que así como el mensaje contiene dos declaraciones objetivas, las mismas también pueden calificarse y evaluarse a la luz de dos criterios consagrados por la normatividad nacional vigente aplicable, así como criterios doctrinarios y jurisprudenciales conocidos como ‘Publicidad Comparativa’ o ‘Publicidad de Tono Excluyente’.

(...)

De la norma previamente transcrita, se desprende que no es cierto, o por lo menos no como un absoluto el que se exija la referencia exacta respecto del competidor frente al cual se realiza la comparación en piezas publicitarias de esta naturaleza pues claramente se dice que la comparación puede realizarse de manera tanto explícita como implícita, limitándose así a los criterios relacionados con que la comparación se realice entre extremos análogos y que la información sea correcta, verdadera y naturalmente, verificable.

Todos estos presupuestos son aplicables y susceptibles de verificación en la pieza publicitaria objeto de análisis, advirtiendo eso sí, que es evidente que por lo menos una de las frases en cuestión puede considerarse como publicidad de tono excluyente, pero que dada su veracidad y verificabilidad le imprimen un carácter de legítima y por ende ajustada a derecho no susceptible de ser reprochable ni mucho menos sancionable. Es el caso de la declaración

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

‘EL PRODUCTO CON MAYOR CONTENIDO DE FRUTA DE LA CATEGORIA’; de acuerdo con la información a la que se tiene acceso en el mercado y apoyados de ser el caso en información que es reportada por casas de investigación, no se cuenta con rastro de que exista ningún otro producto en la categoría que tenga mayor contenido de fruta que HIT MANDARINA, en todo caso, con absoluta certeza, para las fechas en que fue pautado el comercial y se ofreció activamente en el mercado esta variedad del producto el refresco de fruta pasteurizado HIT MANDARINA no se comercializa por lo menos desde diciembre de 2017, conforme a documental anexo a este escrito- no existía, insisto, producto en la categoría que contara con tal contenido de fruta.

La ‘Publicidad de tono excluyente es una modalidad de propaganda comercial en la cual el anunciante no establece una comparación directa entre los productos y/o servicios ofrecidos por él y los de sus competidores, sino que se limita a destacar su posición de preeminencia en el mercado en forma general o en relación con un aspecto concreto. En esta modalidad publicitaria se encuentra implícita tanto la comparación con otros competidores como con los bienes y servicios ofrecidos por éstos. Las exigencias de la propaganda comercial comparativa serán aplicables a este tipo de propaganda’⁷⁴.

En lo que respecta a la declaración ‘contiene dos veces más fruta que otros productos’; ésta en efecto sí puede considerarse como una declaración propia de publicidad comparativa en la que se alude **implícitamente** a por lo menos uno de los agentes del mercado que, para el caso que nos ocupa, se trata del refresco de fruta marca SOKA -Variedad Mandarina-fabricado y comercializado por la compañía ALPINA, producto este que para la fecha de emisión del comercial en cuestión y comercialización del producto de mi Poderdante se ofrecía con un contenido de fruta de 8%, es decir, la mitad o menos que el contenido de fruta que tenía HIT MANDARINA. Esto hace real y de cualquier manera plenamente verificable la información objetiva contenida en el mensaje publicitario.



- **CUÑA HIT LITRO LLEGÓ ACOMPAÑAR ALMUERZO 25"**

Las cuñas de radio aquí cuestionadas y que para el Despacho eventualmente pueden constituir publicidad comparativa de precios por cuanto en efecto contienen declaraciones objetivas en función de la comunicación del precio de venta sugerido al público; sin embargo, contrario a lo precisado por el Despacho en la resolución de formulación de cargos, el uso del calificativo ‘mejor’ encuadra estas piezas dentro los postulados de material publicitario de tono excluyente que no precisamente publicidad comparativa como se indicó.

Ahora, tal y como ya se ha señalado, a la publicidad de tono excluyente, le son aplicables las reglas de la publicidad comparativa, de manera que el hecho de contar con declaraciones objetivas hace que forzosamente esta información -la objetiva- sea clara, veraz, suficiente, verificable y comprobable.

En dicho orden de ideas, el problema jurídico a resolver se centra en si al referirse al producto como el mejor en términos de su precio de adquisición, -que en todo caso, se aclara es sugerido al consumidor-, respecto de otros de la categoría y competidores del mismo en efecto, este se trata de la mejor opción por cuenta de la relación costo beneficio para el consumidor.

⁷⁴ “Tomado de <http://www.sic.gov.co/informacion-enganosa>”

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

Pues bien, para este fin, mi Representada solicitó a la firma investigadora de mercados 'INVAMER', le certifique las cifras promedio de precios de venta al público de los productos de la categoría 'Refrescos de Fruta en Presentación Familiar' y los resultados de dicha medición son presentados en medio magnético a este Despacho a fin de que evalúe y determine la veracidad de las declaraciones contenidas en los mensajes objeto de censura.

En consecuencia, se entiende que las piezas publicitarias relativas a la calificación del producto como la mejor oferta en su categoría, más allá de calificarse como de tono excluyente, se ajusta a derecho, básicamente porque contienen información, clara, precisa, pero sobre todo veraz".

Relatados los **hechos segundo y tercero**, y transcritos los fundamentos esgrimidos por la investigada en su defensa, este Despacho procede a realizar su juicio de responsabilidad, así:

Para iniciar es preciso resaltar, lo argumentado por el investigado, específicamente el hecho que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** reconoció que sus proclamas "*Hit sabor a mandarina, contiene 20% de fruta*", "*el producto con mayor contenido de Fruta de la categoría*", "*contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría: Refrescos de fruta*" y "*al mejor precio*", son afirmaciones objetivas, que se tratan de publicidad comparativa o en tono excluyente y que, en su criterio, no fue posible para este Despacho verificar su veracidad, previo a la expedición de la Resolución N° 19022 de 2019 que dio inicio a la presente investigación administrativa, por cuanto durante la etapa preliminar de la misma no se hallaban dentro del plenario los soportes documentales necesarios para ello.

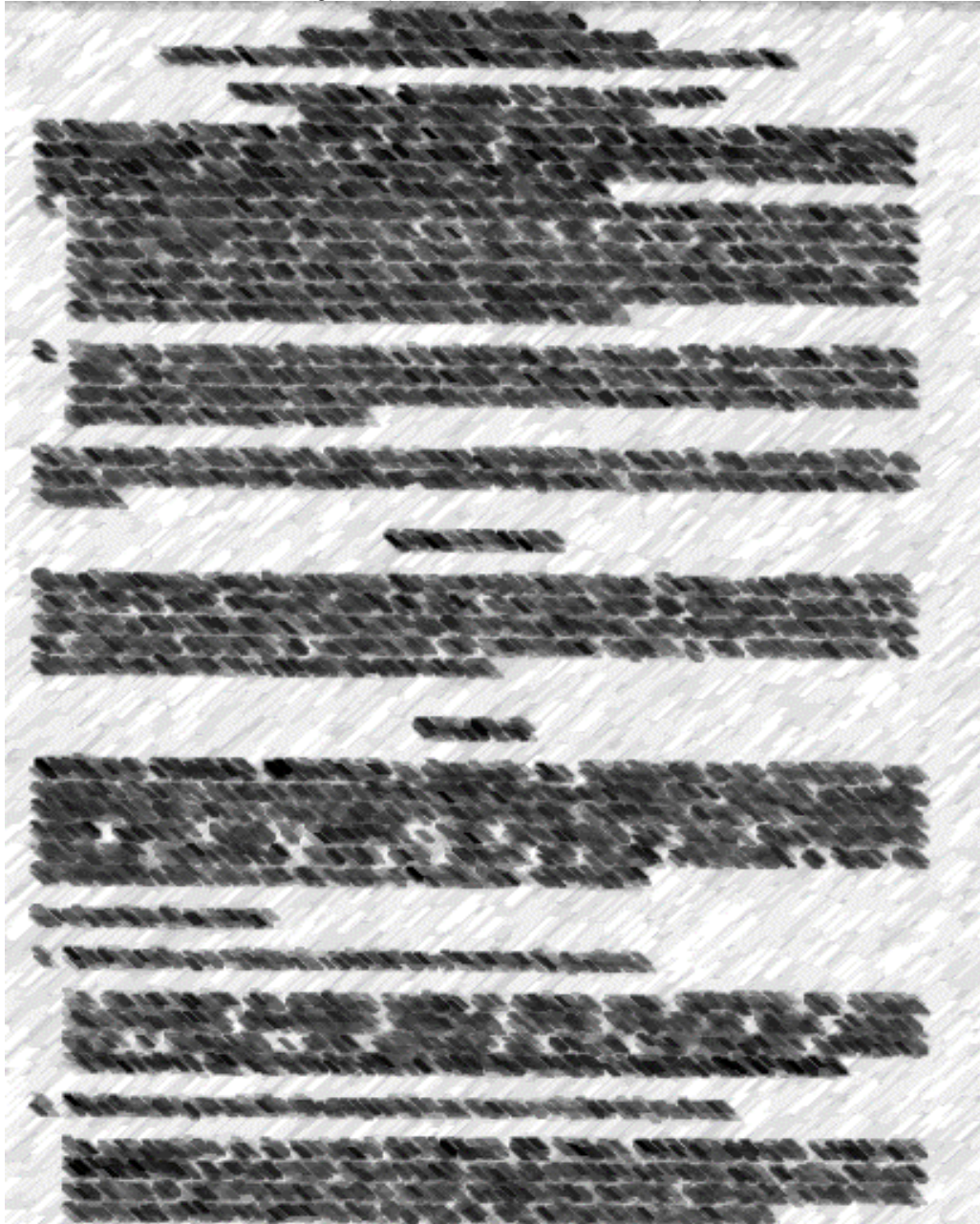
En ese orden de ideas, se procede a realizar el análisis de cada una de las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, así:

31.3.2.1. "hit sabor a mandarina, contiene 20% de fruta": Para demostrar la veracidad de esta afirmación es necesario remitirnos a las pruebas aportadas durante la presente investigación; por su parte, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** junto con sus descargos anexó, a través de una memoria USB, sometida a reserva legal, fotografía de las etiquetas de su producto "*HIT Mandarina*", su ficha técnica y registro sanitario, expedido por el INVIMA, de los cuales se evidencia lo siguiente:



“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen 15 (Resolución INVIMA -USB FI. 362-)



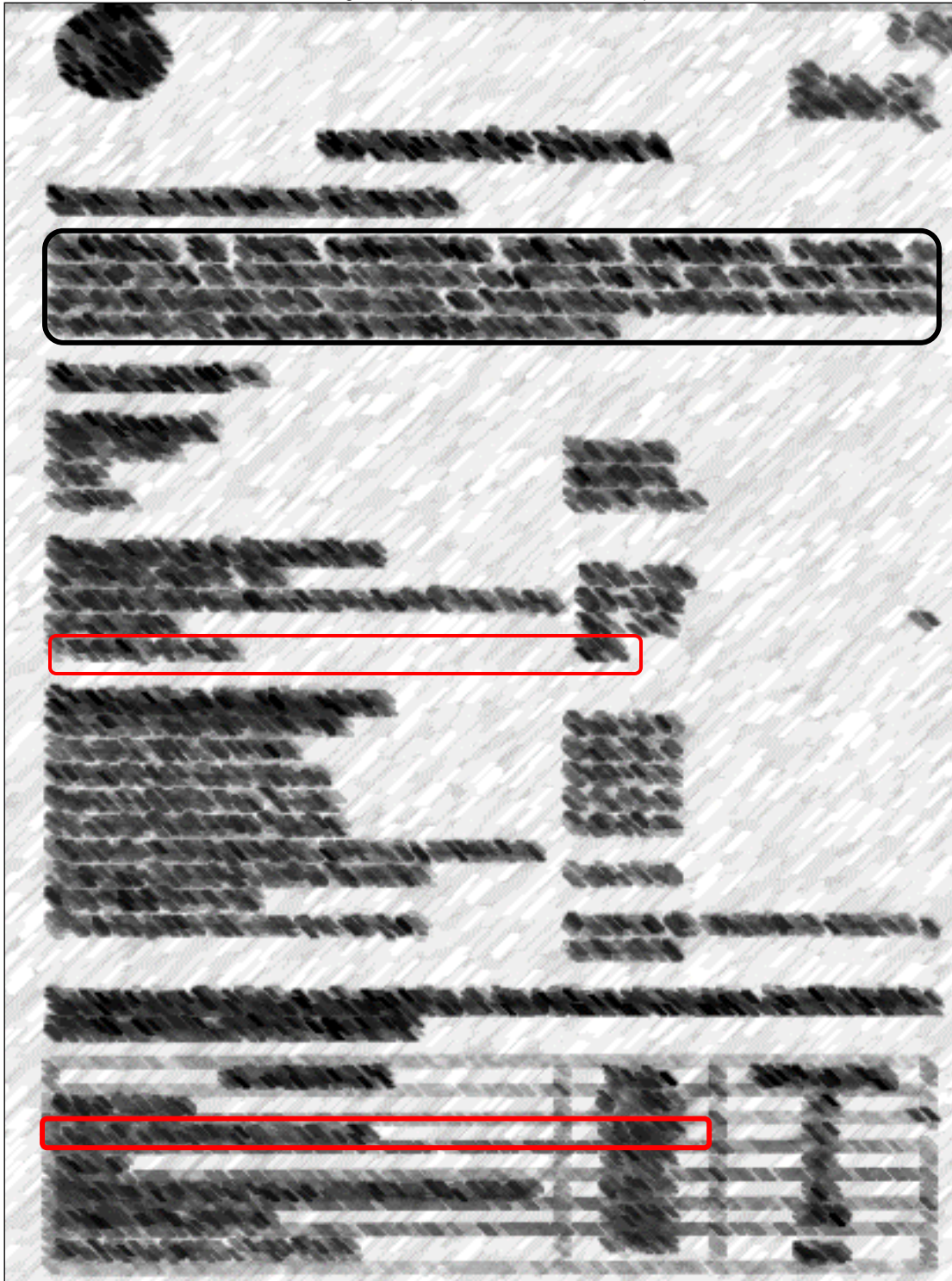
Para confrontar estas pruebas, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor ofició al **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS –INVIMA-** con el fin de que remitiera con destino a la presente investigación, entre otros documentos, la ficha técnica y registro sanitario concedido a la procesada para la fabricación y venta del producto en cuestión, quien

⁷⁵ Registro Sanitario concedido para fabricar y vender refresco de fruta pasteurizado variedades durazno, frutas tropicales, mora, mango, lulo y naranja-piña, marca “HIT, Bebida de fruta Postobón” (imagen N° 13).

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

los aportó a través del consecutivo 70 del radicado 17-424418 que se halla anexo al expediente en cuaderno reservado, por contener documentos sometidos a confidencialidad y de los cuales se encontró que las resoluciones correspondientes a la concesión del registro sanitario y sus modificaciones son coincidentes con las allegadas por la investigada, así como también en su gran mayoría los datos consignados en la ficha técnica, tal como se ilustra a continuación:

Imagen 16 (Ficha Técnica -USB Fl. 362-)



"Por la cual se decide una actuación administrativa"

Imagen 17 (Continuación Ficha Técnica -USB Fl. 362-)

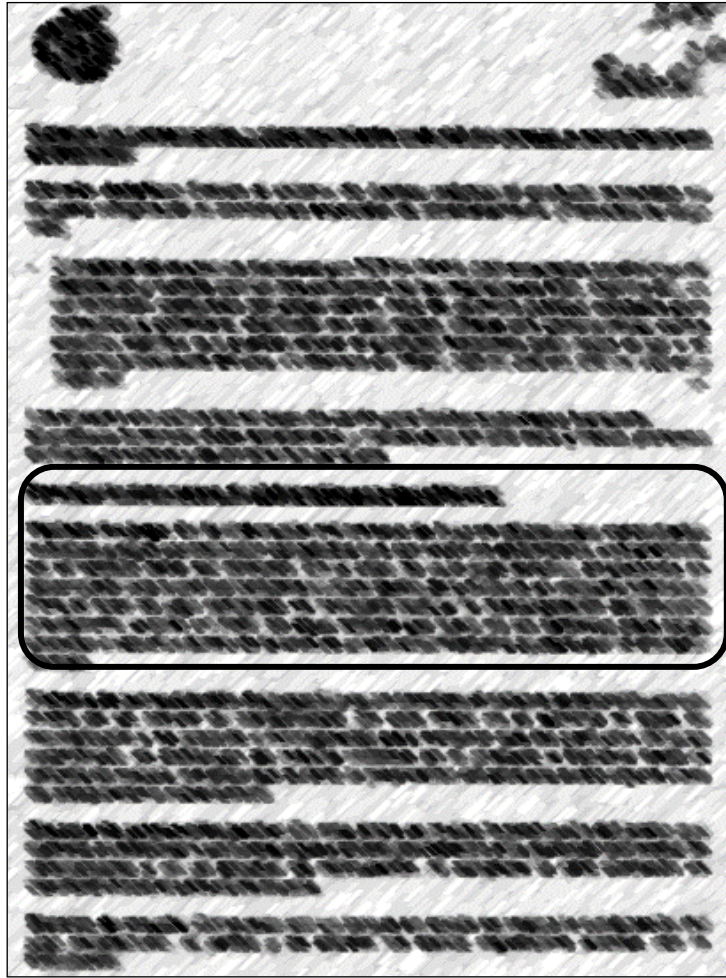
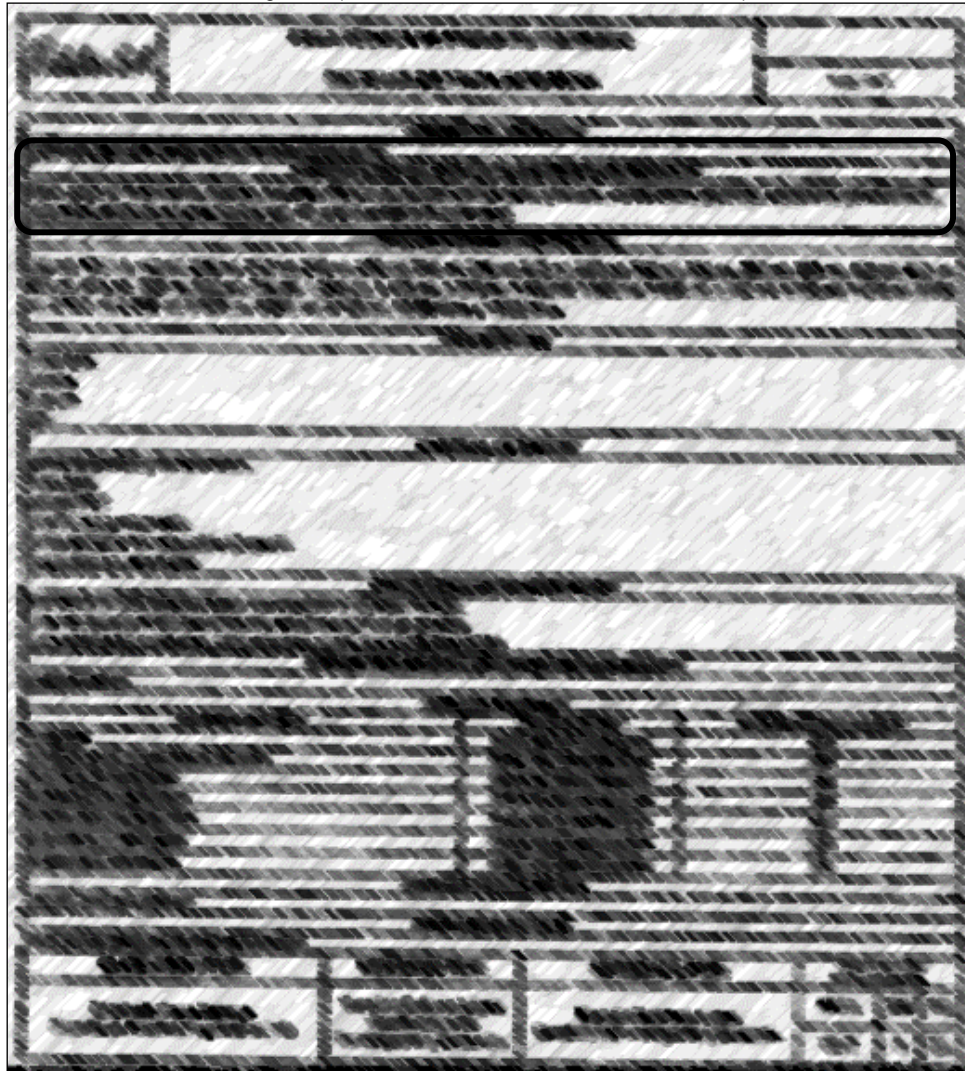


Imagen 18 (Continuación Ficha Técnica -USB Fl. 362-)



“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Del análisis comparativo de las pruebas acabadas de citar y obrantes en el expediente, concluye esta Dirección que la información suministrada a los consumidores, tanto a través de la publicidad como de la etiqueta del producto “*Refresco de Fruta HIT variedad mandarina*”, respecto a su contenido de fruta, equivalente al 20%, es coincidente con la declarada en su ficha técnica y en el registro sanitario concedido por la autoridad competente, [REDACTED]

[REDACTED] por lo que esta Dirección tiene a bien desestimar este hecho incluido dentro de la imputación fáctica número 1 de la Resolución N° 19022 de 2019, toda vez que pudo verificar, mediante de los citados medios probatorios, que la afirmación “**hit sabor a mandarina, contiene 20% de fruta**” fue veraz.

31.3.2.2. “el producto con mayor contenido de fruta de la categoría”: Como quiera que esta declaración fue incluida dentro de la imputación fáctica número 1 de la Resolución N° 19022 de 2019, por considerar que la misma se enmarcaba dentro la publicidad comparativa y no indicaba de manera precisa la cantidad de fruta que contenían los productos frente a los cuales se realizaba el paragón, la investigada en sus descargos manifestó que, conforme a lo dispuesto en la norma que define la “*propaganda comercial comparativa*”, “*no es cierto, o por lo menos no como un absoluto el que se exija la referencia exacta respecto del competidor frente al cual se realiza la comparación en piezas publicitarias de esta naturaleza pues claramente se dice que la comparación puede realizarse de manera tanto explícita como implícita, limitándose así a los criterios relacionados con que la comparación se realice entre extremos análogos y que la información sea correcta, verdadera y naturalmente, verificable.*”; adicionalmente, alegó en su defensa que esta frase puede considerarse como “*publicidad en tono excluyente*” y que “*de acuerdo con la información a la que se tiene acceso en el mercado y apoyados de ser el caso en información que es reportada por casas de investigación, no se cuenta con rastro de que exista ningún otro producto en la categoría que tenga mayor contenido de fruta que HIT MANDARINA*”.

Así las cosas, en primer lugar, al revisar la memoria USB, sometida a reserva legal, contentiva de las pruebas allegadas por la investigada junto con sus descargos, no se encontró dentro ellas la información reportada por casas de investigación aludida por la procesada y relacionada con el contenido de fruta de productos de la misma categoría de “*hit mandarina*”, aspecto sobre el cual sólo se hallaron las fotografías del producto “*Soka*”, variedad Mandarina, producido por **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. –ALPINA S.A.-**, las cuales se reproducen a continuación:

Imagen 19 20



Imagen 21 22



A esto se añade, que dentro de los documentos aportados por el “*INVIMA*” durante de la etapa

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

probatoria (17-424418-70) [REDACTED]

[REDACTED] confirmándose así que en efecto el refresco de fruta “HIT MANDARINA” contiene un porcentaje de fruta superior respecto a esos dos competidores del mercado, toda vez que, como se demostró documentalmente en el sub-numeral inmediatamente anterior éste contiene 20% de fruta, razón por la que la afirmación “**El producto con mayor contenido de Fruta de la categoría**” anunciada en su publicidad gozó de veracidad y verificabilidad.

En segundo lugar, frente a los criterios técnicos y jurídicos para la propaganda comercial comparativa señalados en el numeral 2.1.2.6 de la Circular Única de esta Superintendencia, se tiene que, en efecto como lo resalta la investigada, la norma en cita la define como aquella en la cual se alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes ofrecidos por él, pero además debe cumplir con ciertos requisitos, entre otros, que satisfagan la misma necesidad o tengan la misma finalidad, que la comparación sea sobre características objetivas o comprobables y reales del producto.

En ese sentido, el autor David López Jiménez señala que: “(...) **[L]os elementos que caracterizan la publicidad comparativa son la confrontación pública, la referencia a uno o varios terceros, el objeto y la finalidad.** La referencia realizada respecto a los competidores o a sus bienes o servicios puede efectuarse de manera explícita o implícita. En todo caso, debe ser susceptible de ser identificada por los receptores de la publicidad. Asimismo, debe indicarse que, a la hora de enjuiciar la publicidad comparativa, ha de tenerse en consideración el lugar que los competidores, así como sus bienes y/o servicios ocupan en el mercado”⁷⁸ (Énfasis fuera de texto).

Para el caso en estudio, la alusión a los refrescos de los competidores y al ofrecido por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, se evidencia que tanto en los comerciales de televisión “denominados ‘1970750-HIT MANDARINA’ y ‘El nuevo Hit de Mandarina llegó para quedarse, con más fruta’”, como en la cuña radial distinguida como “618208 - LANZAMIENTO DE HIT MANDARINA” se pregona: “el producto con mayor contenido de Fruta de la categoría para este sabor”. De esta manera, el Despacho advierte que la sociedad investigada se propone a través de recursos creativos publicitarios, realizar una comparación evidentemente pública, la cual versa sobre el producto refresco de fruta, variedad mandarina, específicamente sobre la cantidad de fruta que contiene.

Ahora bien, en el punto particular criticado en la imputación fáctica contenida en la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019 sobre la inexistencia de elementos que le permitieran a los consumidores verificar la información suministrada, debe tenerse en cuenta que, a pesar que en la publicidad no se hizo mención explícita del producto frente al cual se realizó la comparación, de manera implícita si se presentó un referente que le facilitaba a los consumidores establecer la medida de comparación cuando se pregonó “el producto con mayor contenido de Fruta de la categoría para este sabor”, toda vez que les brindó herramientas para identificar su extremo análogo de confrontación y la característica objetiva, es decir, que el parangón se realizó frente a los refrescos de fruta sabor a mandarina y la cualidad comparada fue la cantidad de fruta que contenían.

Entonces, si el mensaje que se pretendió transmitir radicó en exaltar la cantidad de fruta que contenía el refresco de fruta “hit mandarina” frente al porcentaje que contenían sus competidores en el mercado colombiano y esta afirmación resultó ser verdadera tal como se demostró en la primera parte del análisis de la declaración en estudio y se encontraron ahora cumplidos tácitamente los requisitos para la publicidad comparativa, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor considera que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. -POSTOBÓN S.A.-** no infringió las normas endilgadas respecto de la proclama “el producto con mayor contenido de Fruta de la categoría para este sabor” y por tanto

⁷⁸ López Jiménez, David. “La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital: publicidad denigratoria, confusionista y corporativa”. Revista Bolív. de Derecho. No 15. Enero 2013, ISSN 2070 -8157, págs. 117 -137.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

procederá a desestimar este hecho como constitutivo de la imputación fáctica número 1 de la pluricitada resolución que dio inicio a la presente investigación.

31.3.2.3. “contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría: refrescos de fruta”: Esta declaración, al igual que la anterior, estuvo basada en el posible incumplimiento de los requisitos exigidos para la publicidad comparativa, respecto de lo cual la investigada manifestó que *“ésta en efecto sí puede considerarse como una declaración propia de publicidad comparativa en la que se alude implícitamente a por lo menos uno de los agentes del mercado que, para el caso que nos ocupa, se trata del refresco de fruta marca SOKA -Variedad Mandarina- fabricado y comercializado por la compañía ALPINA, producto este que para la fecha de emisión del comercial en cuestión y comercialización del producto de mi Poderdante se ofrecía con un contenido de fruta de 8%, es decir, la mitad o menos que el contenido de fruta que tenía HIT MANDARINA. Esto hace real y de cualquier manera plenamente verificable la información objetiva contenida en el mensaje publicitario”*.

En atención a ello, lo primero es verificar si la proclama objeto de cuestionamiento es “real” y “plenamente verificable” como lo afirma la investigada y que hace parte de los requisitos esenciales de la publicidad comparativa, para ello es preciso acudir a la ficha técnica del “refresco de fruta pasteurizado, variedad mandarina”, marca “HIT”, ilustrada en la imagen 13 de este acto administrativo, [REDACTED] para compararlo con el porcentaje de fruta que contiene el refresco de nombre “SOKA”, sabor mandarina de la marca ALPINA S.A., respecto del cual, según la procesada, es que su producto “contiene 2 veces más fruta”, cuya bebida conforme se pudo verificar de las fotografías aportadas y reproducidas en el sub-numeral anterior (imágenes 19 y 20), así como de la ficha técnica remitida por el INVIMA, [REDACTED].

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 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”⁷⁹

En ese sentido, partiendo del hecho que en la publicidad anunciada por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. –POSTOBÓN S.A.-** se le informa a los consumidores que el refresco de fruta pasteurizado hit mandarina “contiene 2 veces más fruta que otros productos del mismo sabor de la categoría: Refrescos de fruta”, frente al hecho que, realizada la operación matemática de multiplicar por dos el porcentaje de fruta contenido en el “refresco de fruta SOKA” (8%) más una unidad adicional⁸⁰, cuyo resultado es 24%, y el contenido de fruta del refresco de fruta pasteurizado hit mandarina es 20%, la cantidad de fruta que incluye este producto no es “dos veces más” a la contenida en el refresco “SOKA”; por tanto, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor encuentra que la declaración en examen es falsa o incorrecta o imprecisa y, consecuentemente, no es verificable plenamente como lo afirmó la investigada en sus descargos y como lo exige el numeral 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia que dispone: “La comparación o confrontación no podrá referirse a extremos que no sean análogos, ni comprobables, ni utilizar indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omitir las verdaderas” (Subraya fuera del texto original).

⁷⁹ Sanchis i Marco, Manuel, *Falacias, dilemas y paradojas - La economía de España: 1980-2010*, 2ª Edición, 2011, Valencia España, Puv Publicaciones.

⁸⁰ $8 \times 2 + 8 = 24\%$

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Así pues, teniendo en cuenta la definición, criterios e interpretación de la propaganda comercial comparativa, explicados en el sub-numeral precedente, resulta claro que el objeto de dicha publicidad no se plasmó de manera clara en el mensaje presentado por **POSTOBÓN S.A.** y que la confrontación realizada acerca de características objetivas y comprobables del contenido del producto objeto de la publicidad en estudio, frente al comercializado por sus competidores, en lo relativo al porcentaje de fruta, no se comprobó, toda vez que la información suministrada apunta a señalar que el refresco de fruta HIT Mandarina contiene dos veces más de fruta que otros productos de su categoría, sin tener en cuenta que “dos veces más” significa el triple y que el contenido de fruta de su refresco no alcanza a ser el triple de “8%”, que es la cantidad de fruta declarada por su competidor en el refresco “soka”.

En conclusión, por resultar imprecisa la información contenida en el mensaje publicitario examinada con relación la comparación apenas mencionada, se determina que esta propaganda comercial comparativa es engañosa, toda vez que induce a error, engaño o confusión a los consumidores y, en consecuencia, constituye una violación a lo establecido en los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, así como también configura una infracción al artículo 6º de la misma ley, por considerar que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** no cumplió con la calidad ofrecida a los consumidores respecto del producto “refresco de fruta Hit Mandarina”, en tanto que no guardan correspondencia las características atribuidas a él en la información suministrada en la publicidad y las que realmente posee el producto, lo cual indefectiblemente configura, también, una transgresión a los derechos de los consumidores de recibir productos de calidad e información veraz y precisa sobre ellos, conforme lo dispone los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3º de la Ley 1480 de 2011.

31.3.2.4. “al mejor precio”: En atención a que esta Dirección en la Resolución N° 19022 de 2019 consideró necesario verificar dentro de la presente investigación si la premisa “al mejor precio” pregonada por la investigada en sus publicidades denominadas “1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017”, “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20”, “HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25” y “628738 - TETRA 1 LITRON” cuenta con los soportes documentales que demuestren su veracidad, en tanto que tal premisa contiene una condición objetiva asociada al precio del “refresco de fruta HIT”, presentaciones 1 litro y/o familiar, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** en sus descargos (17-424418-50) manifestó que “*el problema jurídico a resolver se centra en si al referirse al producto como el mejor en términos de su precio de adquisición, (...) respecto de otros de la categoría y competidores del mismo en efecto, este se trata de la mejor opción por cuenta de la relación costo beneficio para el consumidor (...) para este fin, mi Representada solicitó a la firma investigadora de mercados ‘INVAMER’, le certifique las cifras promedio de precios de venta al público de los productos de la categoría ‘Refrescos de Fruta en Presentación Familiar’*”, cuya certificación se encuentra incluida en la USB obrante a folio 362 del expediente y sometida a reserva, en la cuales se evidencia, en lo que respecta al ítem que se pretende demostrar, lo siguiente:

Imagen 23

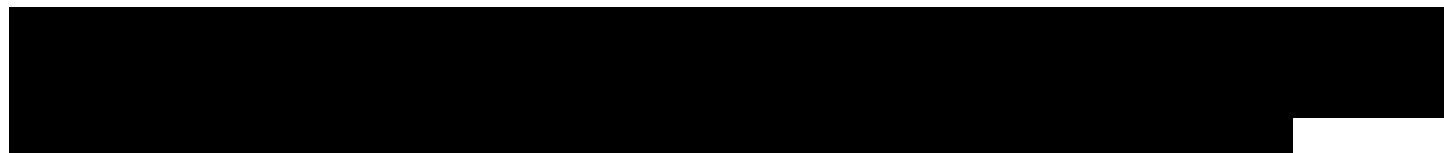
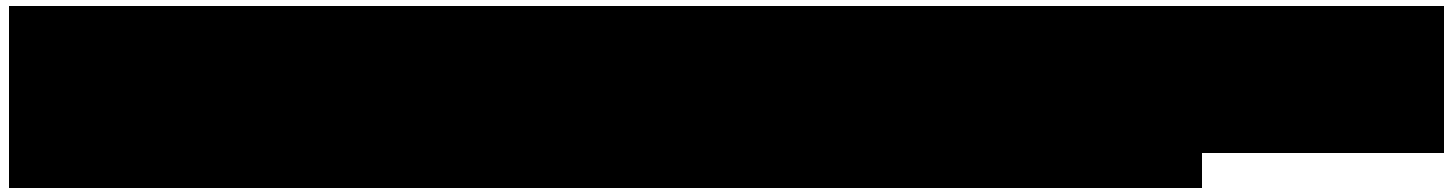
	2017		2018	
	Enero	Diciembre	Febrero	Abril
TALPOMA - BOTELLA PET 1700 FAMILIAR NO RETORNABLE	2,100	2,200	2,100	2,233
...
FRUIT - BOTELLA PET 1700 FAMILIAR NO RETORNABLE	2,076	2,000	2,000	2,076
...
DEL VALLE FRESH - BOTELLA PET 2500 FAMILIAR NO RETORNABLE	2,300	2,176	2,176	2,100
DEL VALLE FRESH - BOTELLA PET 2700 FAMILIAR NO RETORNABLE	2,300	2,296	2,296	2,300
DEL VALLE FRESH - BOTELLA PET 2900 FAMILIAR NO RETORNABLE	2,400	2,300	2,300	2,290
...
HIT - BOTELLA PET 2000 FAMILIAR RETORNABLE	2,210	2,300	2,300	2,300
...
...	2,300	2,500	2,500	2,300
...	2,600	2,300	2,400	2,400

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Ahora bien, previo a practicar el análisis de la certificación aportada por la procesada, es necesario tener de presente el tiempo durante el cual estuvieron al aire las piezas publicitarias que pregonaron la afirmación *“el mejor precio”*, cuyo período transcurrió entre el 11 de diciembre de 2017 y el 28 de marzo de 2018, tal como se extrae del archivo denominado *“Resumen de inversión HIT”* que hace parte de la carpeta titulada *“Relación de Pautas”* contenida en el DVD RW aportado la investigada mediante el radicado 17-424418-17 y que obra a folio 99 del expediente.

Fijado lo anterior, a continuación, se procede a revisar la información contenida en la descrita encuesta (imagen 21) a efectos de verificar si el precio del *“refresco de fruta hit”*, en la presentación familiar y/o litro, es el *“mejor”* frente a los demás productos de la misma categoría dentro del mercado colombiano, entendiendo que el calificativo *“mejor”* que se hace sobre el precio, transmite el mensaje inequívoco que se trata del menor o más bajo respecto a sus competidores; por tanto se tendrán como criterios para su valoración, la identidad entre los extremos comparables, es decir, que se traten de productos análogos, que contengan la misma cantidad de líquido y la misma presentación.

Así, de la encuesta realizada por INVAMER S.A.S., representada en la imagen 21 de este acto administrativo, la cual corresponde a un extracto del anexo 1 de la certificación expedida por dicha sociedad y que consigna los resultados de la misma, donde se indica que en su medición se tuvo en cuenta el período transcurrido entre enero 2017 y mayo de 2019, sólo se tendrá en cuenta los meses durante los cuales estuvieron vigentes las pautas publicitarias cuestionadas en este acápite, es decir, de diciembre de 2017 a marzo de 2018. De esta manera se observa que, teniendo en cuenta el contenido y presentación, podrían existir tres posibles comparaciones, así:



En síntesis, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor concluye que la proclama *“el mejor precio”* declarada por la investigada en sus publicidades denominadas *“1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017”*, *“HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20”*, *“HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO-25”* y *“628738 - TETRA 1 LITRON”*, carece de verificabilidad en cuanto que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** no aportó los soportes documentales pertinentes que demostraran que el precio del producto *“refresco de fruta Hit”* en la presentación familiar y/o litro fuera el menor en el mercado durante la época en que se anunció tal condición objetiva, lo que conlleva a una vulneración de los derechos de los consumidores a recibir productos de conformidad con las condiciones ofrecidas y obtener información veraz, verificable, precisa e idónea sobre los productos

⁸¹ Lifting- Certificación de investigación de mercados cualitativa- Mayo 2019, SL Research Colombia S.A.S.

⁸² Num. 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia *“(…) d) Se considera que los extremos no son análogos y que se induce a error cuando se comparan actividades, establecimientos, productos y servicios de calidades diferentes sin indicar su precio, o en los casos en que se informa el precio y no se advierte sobre la diferencia de calidad.”*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

que se ponen en el mercado, en los términos de los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3º de la Ley 1480 de 2011.

Así mismo, de lo anterior se denota una infracción a 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 la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto la información suministrada a los consumidores en la publicidad sobre el precio del producto ofrecido, sin duda alguna incide directamente en el comportamiento económico de los mismos, en tanto que el mensaje transmitido fue que el refresco de fruta hit era el más económico del mercado y al no probarse ese hecho por parte de la investigada, le resta veracidad, precisión, idoneidad y suficiencia a la condición objetiva anunciada *“el mejor precio”*, toda vez que del documento aportado por la investigada (encuesta realizada por INVAMER S.A.S.) con el fin de demostrar la veracidad de tal declaración, no fue posible establecer siquiera una comparación respecto del precio entre el refresco de fruta *“hit”* y otro producto de su misma categoría, en razón a que la información allí contenida resultó ser insuficiente e imprecisa para realizar el parangón y así poder comprobar el mensaje anunciado, tal como se explicó líneas atrás; motivo por el cual este hecho constitutivo de la imputación fáctica número 1 está llamado a prosperar.

31.3.3. Por su parte en el **cuarto hecho** contenido en el numeral **27.1.2.4.** de la imputación fáctica número 1 de la Resolución N° 19022 de 2019, se concluyó preliminarmente que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** probablemente habría infringido los artículos 3 (numeral 1.1. y 1.3.), 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1., 2.1.1.1. (Literal a), 2.1.1.2. (lit. a.) y los literales b) y c) del numeral 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, en el desarrollo de la campaña mediante la cual anunció y promocionó su producto refresco de frutas hit, en la variedad Maracuyá, por cuanto en las piezas publicitarias *“HIT JUGOS 500 ML –LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20”* y *“HIT JUGOS-REF 30-30”* se hicieron las siguientes afirmaciones: *“el nuevo hit maracuyá con mucha más fruta”*, *“Hit maracuyá contiene 50% más fruta comparado con otro producto de la misma categoría”* y *“lo natural es un hit.”*, sin que la investigada hubiese aportado las pruebas que acreditaran la veracidad de tales aseveraciones.

Para controvertir ese hecho, el apoderado de la investigada alegó en su defensa que:

- CUÑA HIT JUGOS 500 ML - LLEGÓ NUEVO MARACUYA MUCHA 20

De conformidad con lo señalado por el Despacho en la resolución de formulación de cargos a mi Representada, la pieza publicitaria en referencia tiene apariencia, según su criterio, de infringir la normatividad consagrada en los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480, en concordancia con las disposiciones de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, por tratarse de publicidad comparativa sin que se se(sic) brinde -según el Despacho- información suficiente a(sic) cliente para realizar un análisis razonado previo ejercer su opción de consumo.

Al respecto, tal y como ya se indicó a líneas precedentes, vale la pena recordar que en los términos de lo consagrado en el artículo 2.1.2.6 de la circular única de la SIC, en tratándose de elementos que denotan publicidad comparativa, no se exige (sic) que las comparaciones en mención se hagan de manera exclusivamente explícita, los elementos comparativos pueden estar implícitos y este es el caso de la pieza publicitaria en estudio. Tal y como lo acredita la información documental que se anexa como prueba al expediente, para la fecha de lanzamiento del producto HIT Variedad Maracuyá, solo se contaba con referencia de la existencia de un producto equivalente o análogo en términos de naturaleza y sabor y era el producto refresco de fruta marca SOKA sabor maracuyá, producto este que contaba -y cuenta actualmente- en su formulación con un 8% de contenido de fruta de manera que el producto de mi Representada al contar en su formulación con un contenido de fruta equivalente al 12% ratifica y cuenta con el soporte de garantizar, por lo menos un 50% más de contenido de fruta en su formulación, haciendo así, que su declaración objetiva queda plenamente demostrada y desconfigurando así el riesgo de infracción sobre la normatividad que ha puesto de manifiesto este Despacho.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”



- HIT JUGOS REF 30-30 (CLIP DE PELÍCULA) ‘LO NATURAL ES UN HIT’

Este es precisamente un claro ejemplo de lo ambiguo y sesgado que ha sido la formulación de cargos a mi Representada, con exactitud no es posible determinar si el juicio de reproche que realiza en este aparte (27.1.2.4.2.) es planteado respecto de un comercial de televisión o si es respecto de una cuña publicitaria (Nuevo Hit Maracuyá).

En el desarrollo de su análisis, la Dirección propone una relación o silogismo como literalmente lo denomina entre un comercial y otro, de manera que no resulta posible entender respecto de las piezas bajo observancia se pregona el presunto comportamiento, infractor a los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011.

Ahora bien, la posición de la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, parte de la descripción textual de un comercial pautado en televisión aproximadamente durante el tercer trimestre del año 2018 a través del cual se exaltaba el valor emocional que se desprende las frutas como materia prima en la elaboración de los refrescos de fruta pasteurizados HIT.

Cuestiona el Despacho el uso de dos declaraciones en especial en esta pieza, a saber: i. Sabes por qué es natural que te guste HIT, y ii. Lo natural es un HIT; nuevamente llegando a conclusiones que parten de premisas evidentemente subjetivas, como por ejemplo, citar la definición de la palabra ‘natural’ extraída del Diccionario de la Lengua, no obstante sin advertir que rescata solo 2 de los 18 posibles significados que de dicha palabra consigna el recurso aludido por el Despacho y dentro de los cuales a renglón 6 se precisa:

Natural

Del lat. Naturalis

(...)

6 Regular y que comúnmente sucede

No hace falta realizar juicios de razón mayormente elaborados o complejos para determinar que evidentemente la declaración consiste en un cuestionamiento puramente emocional, precisamente porque la declaración es clara: ‘¿Sabes por qué es natural que te guste HIT?’. Si lo que se quisiera fuera destacar un supuesto carácter natural del producto a promocionar con toda seguridad la disposición semántica habría sido diferente. En todo caso, el recurso original de la idea no tiene por qué ser objetado en la medida de que se trata de un recurso válido ofrecido legítimamente por la riqueza misma de nuestro idioma.

Ahora, en lo que respecta a la declaración ‘lo natural es un HIT’, retomamos lo que en tantas ocasiones ya se ha manifestado a lo largo de este documento., La conclusión planteada en la resolución luce abiertamente subjetiva, porque no ha sido analizada con un carácter objetivo y desde la óptica de un consumidor promedio racional.

Contrario a lo concluido por el Despacho, la frase ‘Lo natural es un Hit’ puede tener un inmenso número de interpretaciones según quien sea el receptor del mensaje y lo propio puede ser perfectamente comprobado, gracias al estudio que realizó la Firma ‘Market Team SAS’ y que se aporta como anexo a este documento, por virtud del cual se desprende que la frase en cuestión, se encuentra lejos de ser objeto de asociación con un concepto presunto de naturalidad atribuible al producto, como, insisto, erradamente ha tratado de hacerlo ver este Despacho.

3. El estudio Percepción Hit tiene ficha técnica descrita a continuación:

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Fechas de campo: Junio 26 a 27 de 2019.

Población objetivo: Hombres y mujeres, de 15 a 64 años, en estratos 1 al 6.

Muestra: 381 encuestas distribuidas por ciudad de la siguiente forma:

Bogotá 114

Cali 64

Medellín 73

Barranquilla 62

Bucaramanga 63

Nivel de análisis: Total muestra

Procedimiento de recolección: Encuestas online de 3 minutos de duración.

Los datos fueron ponderados de acuerdo con la distribución poblacional.

A la pregunta ‘¿Qué entiende usted cuando le dicen que algo es un hit?’, se obtuvieron las siguientes respuestas (% total muestra):

Hit como adjetivo 89.0%

Menciones de lo marca Hit 5,3%

Características de producto 2.5%

Hit como sustantivo 1.5%

A la pregunta “¿Qué entiende usted por la expresión Lo natural es un hit?”, se obtuvieron las siguientes respuestas (%total muestra):

Hit como adjetivo 56.8%

Menciones de la marca Hit 16.1%

Características de producto 10.4%

Asociaciones positivas con lo natural y la naturaleza 9.1%”

De igual manera, respecto al mismo hecho constitutivo de esta imputación, la tercera interesada – RED PAPAZ-, sostuvo en su escrito de alegatos de conclusión:

“(…)

31. El último caso que se referirá fue denunciado el 16 de octubre de 2018 por **RED PAPAZ** ante la **SIC** y corresponde a la difusión de la siguiente pieza publicitaria, que además fue suspendida por el **INVIMA** en septiembre de 2018. Esta pieza se identifica en el expediente como «HIT JUGOS-REF 30-30» y tiene el siguiente monólogo:

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

A lo largo de los treinta segundos (30 seg.) se muestran imágenes de frutas. Luego se observa una mesa al aire libre donde una persona va a servir una bebida Hit e inmediatamente se genera una secuencia hacia atrás en donde se muestra que esta proviene de frutas, que éstas fueron cosechadas, y antes fueron cultivadas. En otras palabras, muestran un(sic) secuencia desde la semilla hasta la botella. Lo anterior genera una idea que Hit proviene directamente de la fruta. En seguida se presentan capturas de imagen de la antedicha pieza:



“Por la cual se decide una actuación administrativa”



32. En orden demostrar por qué la pieza publicitaria recién aludida contraría las disposiciones en materia de información y publicidad conviene el mensaje objetivo que la SIC ha señalado en su formulación, y es el siguiente:

f. «Lo natural es un Hit»

Esta pauta comercial desarrolla una narrativa que combina lenguaje verbal y no verbal da a entender que los productos Hit provienen directamente de la fruta y en consecuencia son «naturales». Utiliza imágenes que sugieren que el refresco Hit es una transformación de esa fruta que se cultiva y que se cosecha en el campo. En otras palabras, al sugerir que el producto proviene directamente de la fruta y que es «natural», **POSTOBÓN** está dando al consumidor a entender que su producto es un «jugo» en lugar de un «refresco». Adicionalmente, el último mensaje que ha sido objeto de reproche por parte de la **SIC**, reitera esta calidad que además de no ser cierta induce a engaño y error al consumidor.

En su formulación de cargos, la **SIC** hizo una revisión de las connotaciones del vocablo «natural» y resaltó en particular dos definiciones que guardan correspondencia con el mensaje de la pauta, estas son: «1. Pertenciente o relativo a la naturaleza o conforme a la cualidad o propiedad de las cosas (...) 3. Dicho de una cosa: que está tal como se halla en la naturaleza, o que no tiene mezcla o elaboración». Como se puede constatar estas y otras definiciones cercanas del término «natural» corroboran que el producto Hit proviene de la fruta y en consecuencia, conlleva a que los consumidores entiendan que tiene las mismas propiedad(sic) nutricionales de las frutas. Sin embargo, esto no es verdadero. El producto Hit como se ha repetido en múltiples oportunidades a lo largo de este escrito es un producto ultraprocesado, que contiene diversos ingredientes entre ellos, acidulantes, estabilizantes, reguladores de acidez y colorantes. Así mismo, tiene una mínima cantidad de fruta, la cual oscila entre el uno por ciento (1%) y el catorce por ciento (14%). Pero además de lo anterior, el producto Hit contiene exceso de azúcar en la medida en que supera con creces los niveles de azúcar recomendados por la **OPS**. En efecto, el azúcar añadida(sic) aporta entre el ochenta y cuatro por ciento (84%) y el cien por ciento (100%) de las kilocalorías del producto. Por ello, de ninguna forma puede publicitarse como un producto «natural» o equivalente a las frutas que se cosechan en el campo, porque estos refrescos no solo no tienen las cualidades de los productos provenientes directamente de la naturaleza, sino que además contienen un exceso de azúcares añadidos, los cuales tampoco se encuentran en las frutas ni en los alimentos obtenidos de la tierra.

Por este motivo, la **SIC** de manera acertada ha indicado que lo que corresponde a un «refresco» no puede ser publicitado como un producto «natural». De acuerdo con este Despacho «si bien es cierto que Hit contiene un ingrediente natural (pulpa de fruta), este por sí solo no convierte al refresco en natural, en la medida que la fruta es sometida a procesamiento, y como ya se dijo, es adicionada con otros componentes artificiales». Esta conducta viola lo dispuesto en los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, acerca de la veracidad sobre la calidad y la información de los productos que se anuncian.

Así mismo es preciso resaltar que el **INVIMA** suspendió esta pauta comercial en septiembre de 2018 por contener información contraria a la naturaleza del productos (sic). Ciertamente, la autoridad sanitaria indicó en su acta de imposición de medida sanitaria sobre esta pauta, lo siguiente:

«Genera falsa impresión respecto de la verdadera naturaleza y composición del producto, toda vez que los refrescos de fruta de conformidad con el Artículo 3 de la Resolución No. 3929 de 2013, se definen como: 'Refresco de fruta: Es el producto elaborado a partir de jugo o pulpa de frutas concentrados o no, clarificado o no la mezcla de estos, con un contenido

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

mínimo de fruta del 8% adicionado con agua y aditivos permitidos, sometidos a un tratamiento de conservación’. Así mismo, se verifica la ficha técnica del producto publicitado en el video y presentada por GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. - POSTOBÓN S.A. y de acuerdo a lo autorizado en el registro sanitario No. RSA -0025572016 se puede observar que contiene aditivos (Colorantes, Conservantes) por lo que, el producto alimenticio no se puede publicitar dando a entender que es natural.»⁸³

No obstante, lo anterior **POSTOBÓN** ha negado en su escrito de descargos que el mensaje induzca a error o confusión al consumidor. Según la empresa la expresión solamente exalta el valor emocional que se desprende de la (sic) frutas como materia prima en la elaboración de los refrescos de fruta pasteurizada Hit. Esta afirmación se contradice con el mensaje, en el que no se está diciendo que las frutas sean uno de tantos productos que sirven en la elaboración de los Hit, sino el producto del cual provienen. Un consumidor no deduce que se trate de un producto artificial, sino por el contrario, de uno natural porque el lenguaje verbal y no verbal indican esto de manera inequívoca.

De otra parte, **POSTOBÓN** también indica que la **SIC** no ha sido objetiva en su juicio comoquiera que ha citado dos (2) de las dieciocho (18) definiciones posibles del vocablo «natural» que favorecen su argumento. Al respecto, vale anotar que si bien el término es utilizado en diferentes oportunidades y con distintos alcances, el contenido en el mensaje objetivo: «Lo natural es un Hit» no es el que señala **POSTOBÓN**, y es que sea «6. Regular y que comúnmente sucede». Si se analiza la narrativa en conjunto con las imágenes queda claro que se está dando a entender que se trata de un producto proveniente de la naturaleza. El mensaje no lleva a que el televidente piense que se trate de un producto regular o común como lo insinúa **POSTOBÓN**.

Pero además de negar que el vocablo «natural» tenga que ver con la naturaleza o con la proveniencia de Hit, **POSTOBÓN** también sostiene que la consigna «Lo natural es un Hit» es subjetiva, desde la óptica de un consumidor promedio racional. Este argumento envuelve diferentes falacias. Comoquiera que el mensaje objetivo señalado por la **SIC** en su formulación de cargos, es susceptible de ser verificado en la medida en que se refiere a una calidad específica del producto Hit, se debe asegurar que ésta sea veraz y suficiente. En este orden de ideas, no es dable que **POSTOBÓN** alegue se trata de un mensaje emocional y subjetivo para eludir cualquier tipo de responsabilidad frente a los consumidores respecto de la calidad que le atribuye a su producto.

Por último, es preciso anotar que **POSTOBÓN** pretende desvirtuar el cargo formulado por la **SIC** al señalar que de acuerdo con un estudio conducido por la empresa Market Team S.A.S. el término Hit lo entiende la gente como un adjetivo. Al respecto conviene indicar, que si bien ese vocablo en inglés puede corresponde (sic) tanto a un verbo como a un adjetivo normalmente asimilado con algo positivo, y que debido a la influencia de esta lengua anglosajona, algunas personas identifican el vocablo Hit con el adjetivo recién anotado; lo cierto es que en el contexto de la pieza publicitaria, el término Hit es un sustantivo que identifica a las bebidas producidas por **POSTOBÓN** que personas, y en particular **NNA**, creen que es de carácter natural. Por tanto, no puede **POSTOBÓN** pretender utilizar este estudio como prueba para objetar el cargo formulado por la **SIC**, porque precisamente en el comercial el término Hit es un sustantivo que esta (sic) siendo calificado como natural o proveniente de la fruta, cuando en realidad es un producto artificial, que no admite ser considerado como «natural».

Por las anteriores razones, el cargo formulado por la **SIC** debe prosperar porque constituye una violación de lo dispuesto en los artículos 6, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, acerca de la veracidad sobre la calidad y la información del producto Hit. Tratándose de un producto artificial, no es dable que sea promocionado como «natural» ya sea través del mensaje verbal, como de los mensajes no verbales que conducen a este entendimiento equívoco”.

Después de resumir el hecho endilgado constitutivo de la presunta infracción y de transcribir tanto los argumentos de la investigada como de la tercera interesada, continua ahora el Despacho con el respectivo análisis de la conducta y su correspondiente juicio de responsabilidad de cara a las normas imputadas, para lo cual habrá de tenerse en cuenta todo el acervo probatorio recaudado en el curso de la investigación en lo que resulte conducente, pertinente y útil. Así las cosas, este estudio se dividirá

⁸³ “Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos. Acta de Aplicación de Medida Sanitaria de Seguridad de 14 de septiembre de 2018”.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

en dos partes, una que incluye las afirmaciones “el nuevo hit maracuyá con mucha más fruta” y “Hit maracuyá contiene 50% más fruta comparado con otro producto de la misma categoría”; y la otra parte contentiva de la declaración “lo natural es un hit.”.

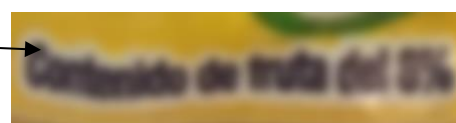
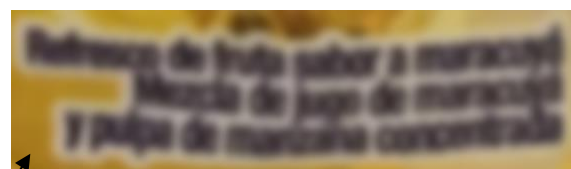
31.3.3.1. “el nuevo hit maracuyá con mucha más fruta” y “hit maracuyá contiene 50% más fruta comparado con otro producto de la misma categoría”: Para este Despacho las declaraciones en cita fueron consideradas como objetivas y enmarcadas dentro de la publicidad comparativa, frente a lo cual la investigada manifestó que “para la fecha de lanzamiento del producto HIT Variedad Maracuyá, solo se contaba con referencia de la existencia de un producto equivalente o análogo en términos de naturaleza y sabor y era el producto refresco de fruta marca SOKA sabor maracuyá, producto este que contaba -y cuenta actualmente- en su formulación con un 8% de contenido de fruta de manera que el producto de mi Representada al contar en su formulación con un contenido de fruta equivalente al 12% ratifica y cuenta con el soporte de garantizar, por lo menos un 50% más de contenido de fruta en su formulación, haciendo así, que su declaración objetiva queda plenamente demostrada y desconfigurando así el riesgo de infracción sobre la normatividad que ha puesto de manifiesto este Despacho”.

Así las cosas, a continuación, se reproducen, a título ilustrativo, las imágenes del producto Soka de Alpina, a efectos de verificar la información esgrimida por la investigada en su defensa y luego compararla con los datos del producto “HIT Maracuyá”:

Imagen 24

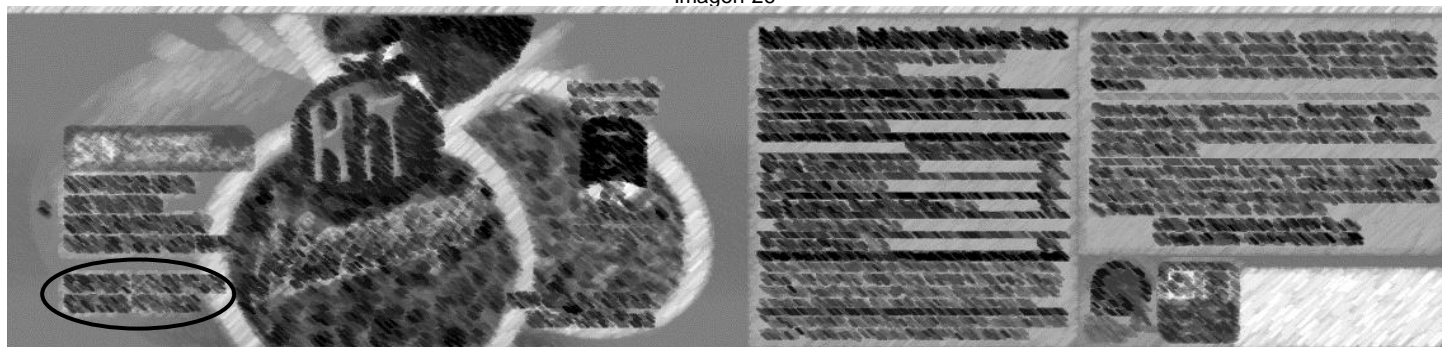


Imagen 25



Por su parte, en cuanto al producto “refresco de fruta hit Maracuyá”, la investigada aportó la etiqueta del mismo, la ficha técnica y el registro sanitario:

Imagen 26

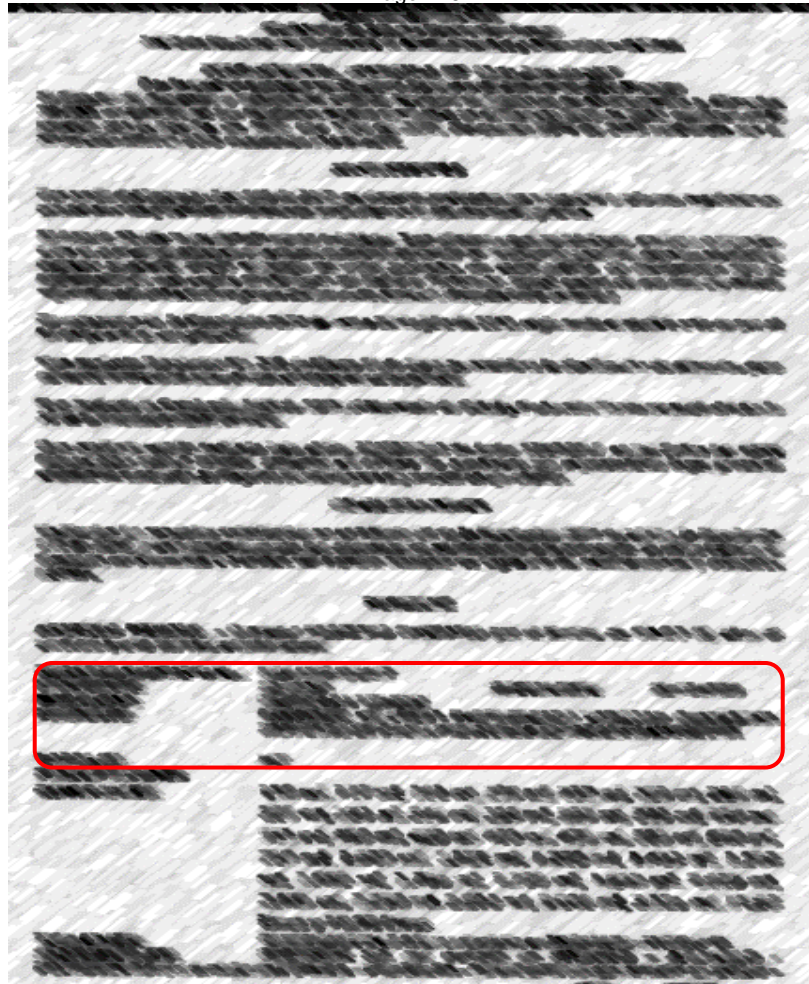


“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen 27



Imagen 28



“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Por otro lado, dentro de los documentos allegados por el **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS –INVIMA–**, [REDACTED]

[REDACTED] cuyo acto administrativo coincide íntegramente con el aportado por la investigada y que se reprodujo en la imagen 26.

Adicionalmente, dentro del radicado 17-424418-70 allegado por el **INVIMA** también se hallan las siguientes Resoluciones, que hacen parte del cuaderno reservado del expediente:

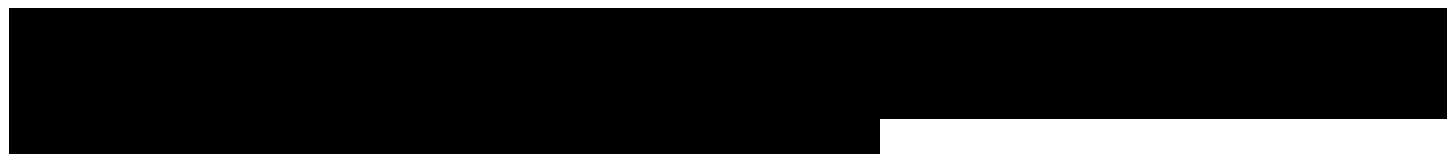


Imagen 29 (Fl. 547 [anverso] Cuaderno Reservado Invima)

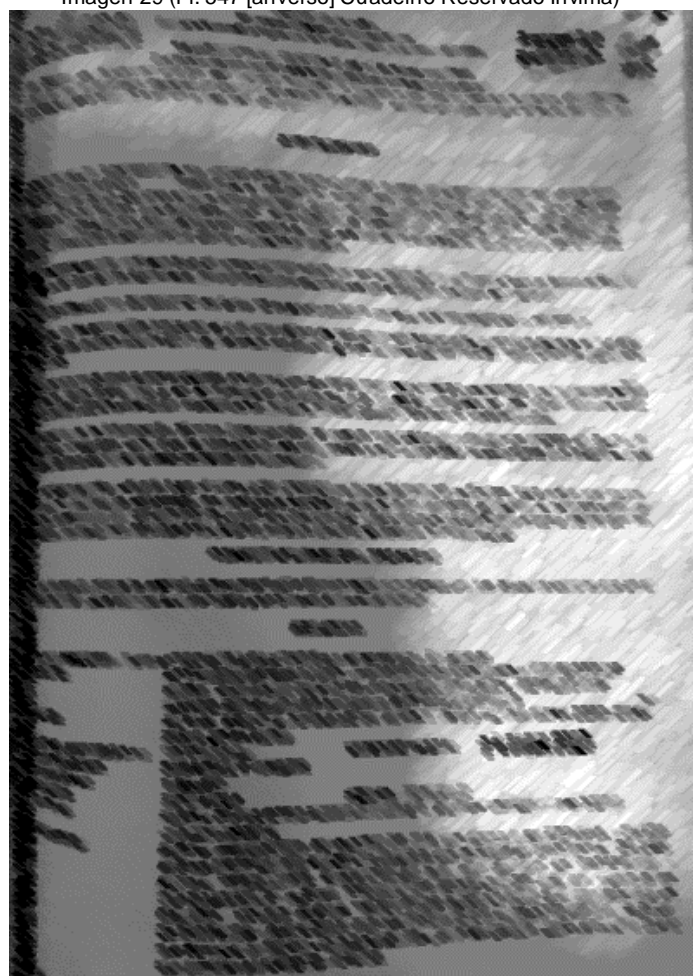


Imagen 30 (Fl. 547 [reverso] Cuaderno Reservado Invima)

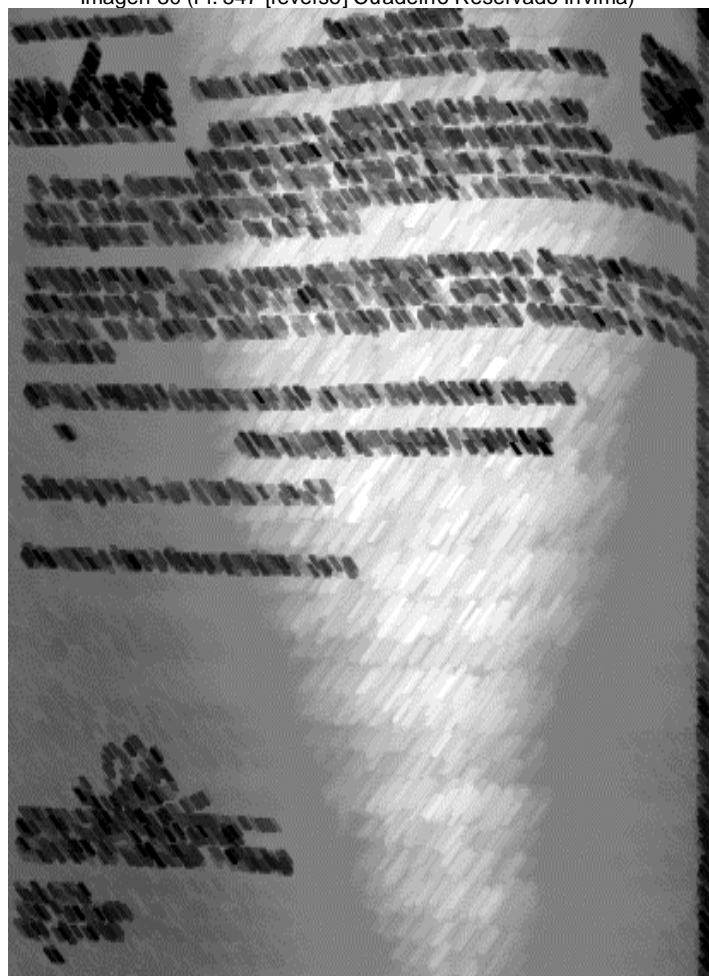
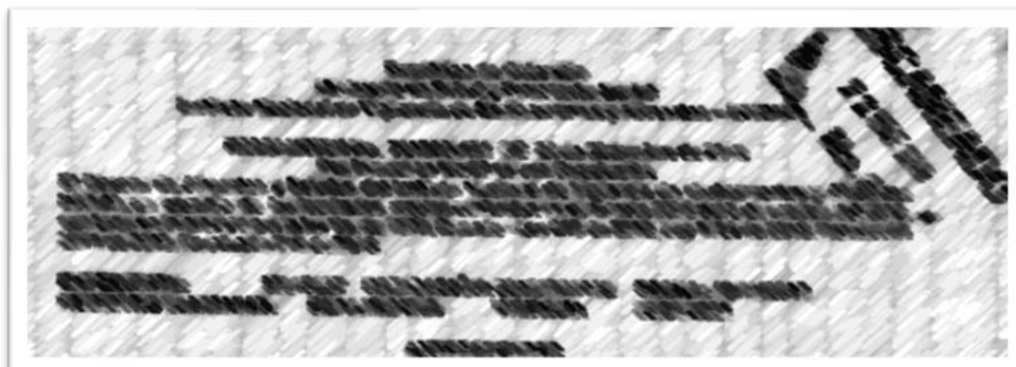


Imagen 31 (fl. 538 anverso – Cuaderno Reservado Invima)



“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen 32 (fl. 538 anverso – Cuaderno Reservado Invima)

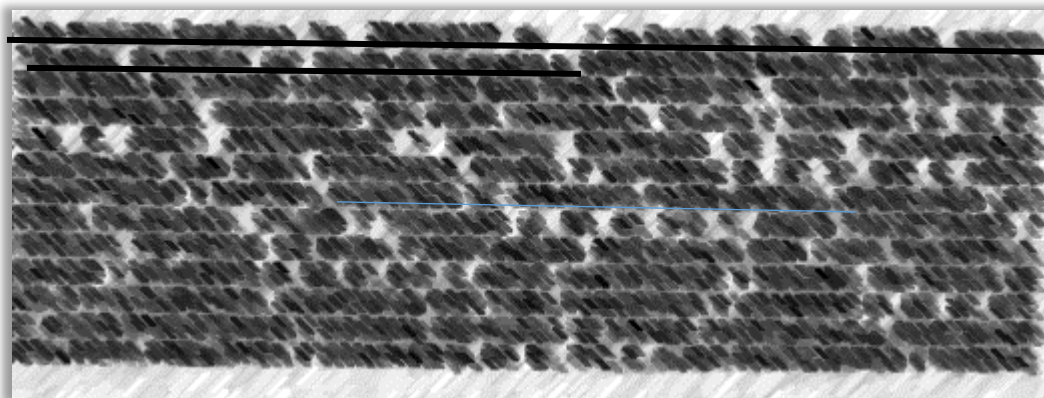


Imagen 31 (fl. 538 reverso – Cuaderno Reservado Invima)

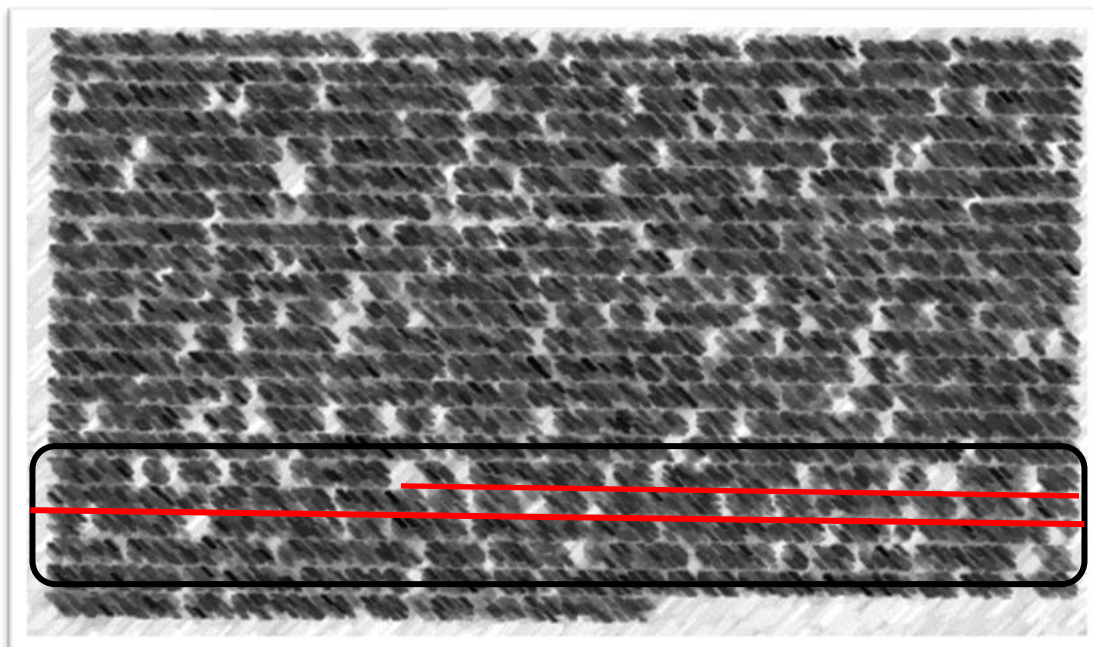
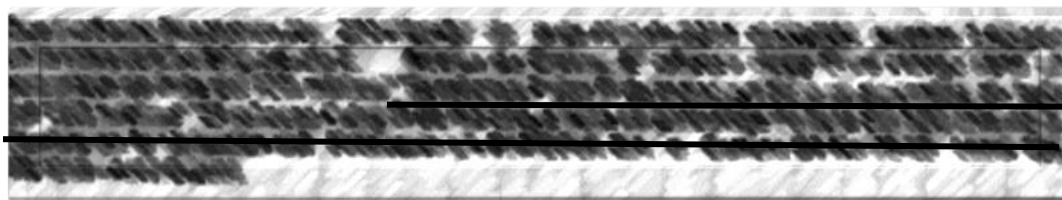


Imagen 33 (fl. 538 reverso – Cuaderno Reservado Invima)



De los anteriores documentos se evidencia que para la fecha de emisión de las publicidades objeto de reproche en esta investigación, específicamente en las que se anunció el refresco de frutas Hit en la variedad maracuyá, también se encontraban en el mercado colombiano otros productos de la misma categoría y sabor y/o variedad (maracuyá), [REDACTED]

Ahora, al confrontar lo alegado por la investigada en su defensa y la documentación allegada por la autoridad sanitaria, encuentra este Despacho que no es del todo cierto lo argüido por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, en tanto que, si bien es cierto el refresco de fruta “SOKA” sabor maracuyá contaba en su formulación con un 8% de contenido de fruta (imagen N° 22), para la fecha de lanzamiento del producto HIT Variedad Maracuyá, no lo es el hecho que para la misma fecha “solo se contaba con referencia de la existencia de un producto equivalente o análogo en términos de naturaleza y sabor”, toda vez que, como se puede evidenciar de las resoluciones citadas anteriormente, [REDACTED]

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

De lo expuesto en el inciso precedente se colige que, para el 21 de abril de 2018, fecha de la primera emisión de la cuña radial denominada *“LLEGO NVO MARACUYA MUCHA”*⁸⁴, el refresco de fruta *“Soka”*, no era el único producto equivalente o análogo al refresco de fruta HIT, Variedad Maracuyá, en términos de naturaleza y sabor, como lo afirmó la investigada en sus descargos, toda vez que, para la misma fecha, también se encontraba en el mercado colombiano la oferta del refresco de fruta

Al llegar a este punto, es oportuno traer a colación otro de los fundamentos de la defensa, donde el apoderado de la investigada recuerda que *“en los términos de lo consagrado en el artículo 2.1.2.6 de la circular única de la SIC, en tratándose(sic) de elementos que denotan publicidad comparativa, no se exige(sic) que las comparaciones en mención se hagan de manera exclusivamente explícita, los elementos comparativos pueden estar implícitos”*, argumento este que comparte esta Dirección, así como su posición frente a la *“publicidad en tono excluyente”*, que tal como bien lo transcribió en sus descargos se define como *“una modalidad de propaganda comercial en la cual el anunciante no establece una comparación directa entre los productos y/o servicios ofrecidos por él y los de sus competidores, sino que se limita a destacar su posición de preeminencia en el mercado en forma general o en relación con un aspecto concreto. En esta modalidad publicitaria se encuentra implícita tanto la comparación con otros competidores como con los bienes y servicios ofrecidos por éstos. Las exigencias de la propaganda comercial comparativa serán aplicables a este tipo de propaganda”*.⁸⁵

Concepto que coincide con el adoptado por la Doctrina Española que define la publicidad de tono excluyente como *“una modalidad publicitaria en la que el anunciante pone de manifiesto **una posición de preeminencia o supremacía en el mercado, posición ésta que no es alcanzada por ningún competidor**. Y lo hace, en particular, a través de mensajes que contienen datos concretos y comprobables, que los destinatarios reconocen y valoran propiamente como información y que, por tanto, toman en serio”*.⁸⁶ (Negrillas originales).

Conforme a lo antedicho, es claro que las afirmaciones reprochadas además de corresponder a condiciones objetivas sobre el contenido del producto, también se enmarcan dentro de la publicidad comparativa, como se determinó en la resolución de pliego de cargos y acertadamente lo reconoció la investigada en sus descargos. En ese sentido y teniendo en cuenta que la base del cargo por esas proclamas fue el hecho que, a pesar de haberse resaltado una característica del refresco de fruta hit, variedad maracuyá, frente a sus competidores sin indicarse de manera expresa el producto o competidor comparado, no se aportó al expediente el material probatorio que permitiera verificar la veracidad de dichas declaraciones como lo exige la ley. En suma, es evidente que se está frente a una comparación implícita, en tanto que en la pieza publicitaria en cuestión (cuña radial) no se hace una mención explícita del producto o la marca respecto del cual se realiza el parangón.

Así, las declaraciones *“con mucha más fruta”* y *“Hit maracuyá contiene 50% más fruta comparado con otro producto de la misma categoría”* involucran una comparación implícita donde se relievra un aspecto o condición (contenido de fruta) del refresco hit maracuyá frente a los demás productos de su misma categoría y sabor de manera general, por cuanto, aunque se anunció que *“comparado con otro producto”* como si se tratara de un solo refresco, al no hacerse mención explícitamente al mismo, se entiende que la comparación se realiza de manera general o en *“tono excluyente”* respecto a los demás productos análogos del mercado, es decir, de igual categoría y sabor.

Dicho esto y después de realizar un estudio en conjunto de las pruebas recabadas dentro de la presente investigación, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor concluye que las proclamas *“con mucha más fruta”* y *“Hit maracuyá contiene 50% más fruta comparado con otro producto de la misma categoría”*, carecen de veracidad y verificabilidad, debido a que no es cierto que el refresco de fruta *“HIT maracuyá”* contiene *“mucha más fruta”*, en un porcentaje del *“50% más fruta comparado con otros de su misma categoría”*, en tanto que, como quedó demostrado en párrafos

⁸⁴ CD, RELACIÓN PAUTAS / RESUMEN INVERSIÓN HIT, aportado por la investigada mediante el radicado N° 17-424418-17 (FI. 99).

⁸⁵ Tomado de <http://www.sic.gov.co/informacion-enganosa>, consultada el 9 de marzo de 2020.

⁸⁶ Artículo *“Publicidad de tono excluyente y publicidad comparativa”*, *“Publicado por Aurea Suñol | Mar 5, 2018 | Aurea Suñol, Mercantil, Sentencias”*. Tomado del link <https://almacenederecho.org/publicidad-tono-excluyente-publicidad-comparativa> consultado el 2 de julio de 2020.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

anteriores, para el período durante el cual estuvo vigente la campaña publicitaria en la que se pregonaron tales afirmaciones, existía en el mercado colombiano el [REDACTED] porcentaje este igual al contenido en el refresco de fruta *Hit*, variedad Maracuyá, producido por la investigada, es decir que este último no contenía una cantidad de fruta mayor al de su competidor.

En síntesis, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. –POSTOBÓN S.A.** omitió la obligación de asegurar que el refresco de fruta HIT, variedad Maracuyá, cumpliera con las condiciones objetivas y específicas atribuidas por la información suministrada a los consumidores en la publicidad, en atención a que no fue posible demostrar su veracidad, toda vez que, de las pruebas obrantes en el expediente y analizadas en los párrafos precedentes, se comprobó que tal producto no contenía 50% más fruta que los demás refrescos de su misma categoría y sabor. Igualmente, tal información careció de precisión e idoneidad, por cuanto si la comparación realizada sólo estaba verificada frente al producto “Soka”, como lo manifestó la investigada en sus descargos, así debió anunciarse en la publicidad; razones por las cuales, el mensaje transmitido no correspondió a la realidad e indujo a engaño y confusión, vulnerándose con ello los derechos de los consumidores a recibir productos de conformidad con las condiciones que les ofrecieron y de obtener información veraz, verificable, precisa e idónea sobre los mismos, además de haber infringido lo dispuesto en 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., 2.1.1.2. (literal a) y los literales b) y c) del numeral 2.1.2.6. del Capítulo 2 del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La anterior conclusión se infiere con base en que la información suministrada a los consumidores a través de la publicidad y que fue considerada por esta Dirección como no veraz, inverificable, imprecisa e inidónea, vale decir, que *“Hit maracuyá contiene 50% más fruta comparado con otro producto de la misma categoría”* y *“con mucha más fruta”*, está directamente relacionada con los componentes del producto y, en esa medida, la investigada estaba obligada a brindarla de manera completa de tal forma que no pudiera inducir a error, tal como lo dispone los numerales 2.1., 2.1.1., 2.1.1.1., 2.1.1.2. (literal a) del Capítulo 2 del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio y, en este caso es evidente que se omitió información necesaria para la adecuada comprensión de la publicidad, en tanto que en la misma no se dijo que el producto sobre el cual se efectuó el parangón fue únicamente “SOKA”, induciendo de esta manera a error a los consumidores que podían interpretar que el *“refresco de fruta hit variedad Maracuyá”* contenía 50% más fruta que los demás refrescos que se comercializan en el mercado colombiano, lo que indefectiblemente, también conduce al incumplimiento de los requisitos de la publicidad comparativa exigida en los literales b y c del numeral 2.1.2.6. del mismo compendio normativo, en la medida que no se comprobó la veracidad de la comparación y, por el contrario, se demostró su inducción a error.

31.3.3.2. “lo natural es un hit”: Dentro de la imputación fáctica número 1 de la Resolución N° 19022 de 2019, se criticó esta proclama, toda vez que se consideró que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** aparentemente había suministrado a los consumidores, mediante un comercial transmitido a través de diferentes canales de la televisión nacional y por cable, información no veraz, confusa e imprecisa al anunciar el refresco de fruta hit 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.

Al respecto el apoderado de la investigada se defendió con los siguientes argumentos:

Empezó por manifestar que *“Este es precisamente un claro ejemplo de lo ambigua y sesgada que ha sido la formulación de cargos a mi Representada, con exactitud no es posible determinar si el juicio de reproche que realiza en este aparte (27.1.2.4.2.) es planteado respecto de un comercial de televisión o si es respecto de una cuña publicitaria (Nuevo Hit Maracuyá)”*, de cara a esta apreciación es preciso aclararle al defensor que el hecho descrito en el numeral **27.1.2.4.** de la Resolución N° 19022 de 2019, se encuentra dividido en dos sub-numerales: uno, el 27.1.2.4.1. en el que se transcribió la cuña radial (*Sonido en Formato MP3*) llamada *“HIT JUGOS 500 ML –LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20”*, se analizó su contenido e inmediatamente se concluyó con las presuntas normas consideradas como infringidas; y el otro, el numeral 27.1.2.4.2 donde se describió el comercial de televisión (*Clip de película*) denominado *“HIT JUGOS-REF 30- 30”*, se realizó su análisis gramatical y legal a la luz de las normas imputadas, lo que denota una discriminación de dos hechos diferentes

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

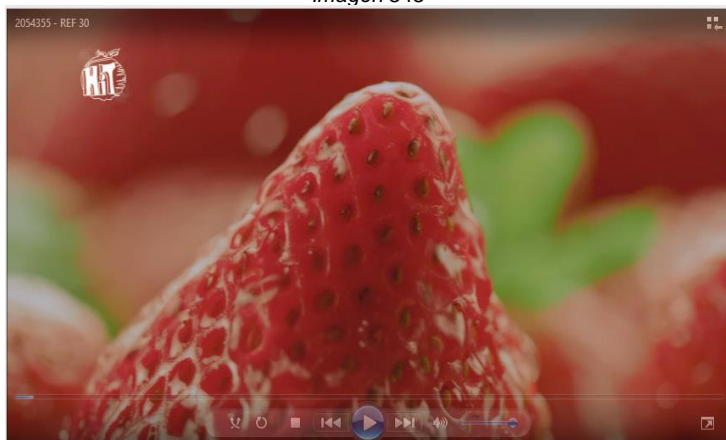
cada uno atado a una pieza y campaña publicitaria independiente (“LLEGO NVO MARACUYA MUCHA” y “HIT NATURALIDAD”), razón por la cual en este acto administrativo también se realiza el juicio de responsabilidad por separado para cada publicidad.

Continuó su defensa el apoderado, manifestando, entre otras cosas que “la declaración consiste en un cuestionamiento puramente emocional, precisamente porque la declaración es clara: ‘¿Sabes por qué es natural que te guste HIT?’.”, “La conclusión planteada en la resolución luce abiertamente subjetiva, porque no ha sido analizada con un carácter objetivo y desde la óptica de un consumidor promedio racional.”, “la frase ‘Lo natural es un Hit’ puede tener un inmenso número de interpretaciones según quien sea el receptor del mensaje y lo propio puede ser perfectamente comprobado, gracias al estudio que realizó la Firma ‘Market Team SAS’ y que se aporta como anexo a este documento, por virtud del cual se desprende que la frase en cuestión, se encuentra lejos de ser objeto de asociación con un concepto presunto de naturalidad atribuible al producto”.

Para desarrollar estos elementos defensivos es necesario realizar el estudio del comercial cuestionado a la luz de lo dispuesto en la Ley 1480 de 2011, teniendo en cuenta los planos de contenido de la publicidad determinados en el informe del estudio sobre la publicidad en Colombia practicado con la metodología semiótica para la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco COMPAL – UNCTAD, descrito en la imputación anterior, a saber: i) “Lenguaje visual en el mensaje (Imagen)”; ii) “Contenidos Lingüísticos y textos (Copy)”; y, iii) “Comprobación de la oferta con la adquisición de producto (producto)”⁸⁷, para ello a continuación se reproducen algunas capturas de pantalla de la publicidad objeto de reproche, distinguida por la investigada como “2054355 - REF 30”, conforme al nombre del archivo contenido en la sub-carpeta “2018” que hace parte de la carpeta “Comerciales y Cuñas” de la memoria USB aportada por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** junto con sus descargos, radicados con el número 17-424418-50:

Capturas de pantalla de algunos momentos del comercial “2054355 - REF 30” (sub-carpeta “2018” / carpeta “Comerciales y Cuñas” USB FI. 362)

Imagen 343



¿sabes por qué es natural que te guste hit?

Imagen 354



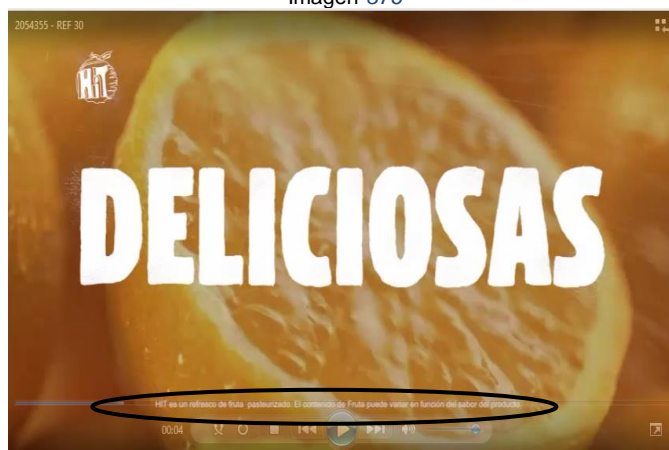
Porque hit está hecho

Imagen 365



con frutas

Imagen 376



Deliciosas

⁸⁷ Informe de resultados UNCTAD, SIC, COMPAL. Publicidad Engañosa. Colombia 2013. Consultado en [presentación en pdf] (<https://unctadcompal.org/wp-content/uploads/2017/03/COLOMBIA-Informe-de-Resultados-de-las-Encuestas..pdf>) 26-agosto -2019

Imagen 387



es que antes de poder disfrutar su sabor
Imagen 399



o con la mejor compañía

Imagen 41



Ellas viajaron por las montañas,

Imagen 43



recorrieron los cultivos,

Imagen 45



y crecieron en el campo.

Imagen 38



en cualquier momento o con la mejor compañía
Imagen 40



pasaron cosas naturalmente increíbles:
Imagen 42



cambiaron de forma,

Imagen 44



fuero cosechadas

Imagen 406



Entonces ya sabes porque es natural que te guste hit.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen 417



Exacto, porque hit tiene fruta

Imagen 428



y es delicioso. Lo natural es un hit'

En primer término, se inicia con el plano de contenido **“i) Lenguaje visual”**, donde se estudiará la categoría de análisis denominada **“Transformación del entorno”**, definida esta como aquellos **“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. Sin embargo, los cambios escenográficos, como en el caso de un ‘antes y un después’ de la utilización de un producto, no pueden incrementar o disminuir de manera irracional los entornos o los accesorios de la ambientación, pues esto podría distorsionar la percepción sobre el beneficio del producto o servicio que se oferta”**.

Así, en atención a que en el transcurso del comercial se observan varios escenarios que van cambiando a medida que avanza el mismo, tales como una tienda (imagen 37), un espacio campestre (imágenes 38 y 39), un camino rural (imagen 41), un área de recolección y selección de frutas (imagen 43), unos cultivos de frutas (imágenes 44 y 45), entre otros, los cuales tienen sus propias escenografías compuestas por diferentes elementos visuales y accesorios, todos relacionados con naturaleza y frutas, cuya ambientación incrementa la importancia del producto promocionado, sin contar el texto y audio que se reproducen simultáneamente, en tanto que genera la percepción en la mente de los consumidores que el **“Refresco de Fruta Hit”**, es una bebida natural a base, en su mayoría, de fruta, características estas que no cumple el mismo, tal como se evidencia de su ficha técnica y registro sanitario, donde se denota que se trata de un producto ultraprocesado⁸⁸ y que dentro de sus ingredientes se incluyen, entre otros, estabilizante (pectina), acidulante (ácido cítrico), colorantes artificiales y antioxidantes, que le restan naturalidad al producto.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que, como se ha manifestado en anteriores decisiones por esta Entidad⁸⁹, en el caso de utilizar en un anuncio imágenes, donde la pieza publicitaria contiene una representación gráfica del producto que se ofrece a los consumidores y en ella se resaltan de manera visual sus características más representativas, las imágenes expuestas en la publicidad revisten mayor importancia al momento de tomar una decisión de consumo, esto, en la medida en que las propiedades de las imágenes contenidas en un anuncio, pueden generar un gran impacto en las impresiones de los consumidores.

En segundo término, se continúa con el plano de **“ii) Contenido Lingüístico y Textos”**, del cual se someten a estudio las categorías de **“lecturabilidad y legibilidad”** y **“fragmentación de la información”**, la primera consistente en la obligación del anunciante de garantizar que todos sus mensajes publicitarios puedan ser leídos, oídos y comprendidos en su totalidad y, la segunda, es una información que aunque está completa y es veraz puede inducir al engaño por el tipo de disposición de la misma, la cual fragmenta o dosifica intencionalmente el mensaje, de tal manera que genera una expectativa errónea en el consumidor.

En cuanto la **“lecturabilidad y legibilidad”**, se debe tener presente que cuando se usa texto en los comerciales el mismo debe aparecer en un espacio reservado en color plano, en alto contraste y

⁸⁸ “Productos comestibles altamente procesados (ultraprocesados): son elaborados principalmente con ingredientes industriales, que normalmente contienen poco o ningún alimento entero. Los productos ultraprocesados se formulan en su mayor parte a partir de ingredientes industriales, y contienen poco o ningún alimento natural”. (Clasificación de los alimentos y sus implicaciones en la salud basado en el documento “Una nueva clasificación de los alimentos”, de Carlos Monteiro y Geoffrey Cannon, et. al. Núcleo de Estudios Epidemiológicos en Nutrición y Salud. Escuela de Salud Pública, Universidad de Sao Paulo, Brasil. Sintetizado y modificado por Manuel Peña, Representante de la OPS/OMS, Ecuador).

⁸⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución SIC N° 33582 del 31 de mayo de 2016 y 11230 del 12 de marzo de 2015, a través de las cuales se resolvieron los recursos de apelación, en las investigaciones radicados números 13-184847 y 13-35110, respectivamente.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

perfecta resolución para que pueda leerse la información sin obstáculos; y que el tiempo durante el cual aparece el texto debe corresponder con el tiempo que se toma el consumidor en leerlo, por lo que resulta necesario evaluarse los puntos de atención.

En consonancia con ello, la Delegatura para la Protección al Consumidor de esta Superintendencia ha reiterado en diferentes oportunidades⁹⁰, *“cuando una publicidad está compuesta por texto e imagen y las características anunciadas en ella coinciden, el consumidor estará predispuesto a creer que el producto las posee. En contraste, si el texto no es claro, el consumidor concluirá las características de un producto con base en lo descrito y contenido en la imagen, toda vez que queda libre a cualquier interpretación que pueda hacer de los elementos que la misma contiene. Lo que indica que las imágenes tienen mayor relevancia que la información escrita ya que ofrecen una mayor persuasión y recordación en los consumidores”*.

Para el caso que nos ocupa, se encuentra que el comercial en estudio contiene mensajes e información en texto que aparecen en diferentes momentos, tales como lo muestran las imágenes 34, 35, 36, 40 y 47, en las cuales se puede apreciar que mientras unos textos son transmitidos en un tamaño de letra grande, en alto contraste y perfecta resolución, donde se puede leer sin obstáculos, como aquellos en que se anuncia *“Hecho con frutas deliciosas”*, *“naturalmente”* y *“Tiene fruta”* (imágenes 34, 35, 36, 40 y 47), hay otros que están en una letra de diminuto tamaño, casi imperceptibles a la vista, como los que informan acerca de la naturaleza del producto promocionado y sus componentes, en los que haciendo una pausa en el comercial y aumentando el zoom de la imagen se lee *“Hit es un refresco de fruta pasteurizado. El contenido de fruta puede variar en función del sabor del producto”* (imágenes 35, 36 y 47).

Así las cosas, al contrastar el texto de la información de la naturaleza y componentes del producto con el fondo de la pantalla y la velocidad en que se transmite el comercial, es evidente que es de imposible lectura o que se dificulta mucho, toda vez que la letra es blanca y muy pequeña y el fondo de la pantalla de color amarillo (imágenes 35, 36 y 47) y, además la velocidad en que cambian los escenarios es tan rápida que el tiempo durante el cual aparece al aire la información en la pantalla es muy inferior al tiempo que se tardaría un consumidor en leerla, más aún si se tiene en cuenta que simultáneamente a cuando aparece el texto de la información en comentario, también se transmite un mensaje en texto de mayor tamaño en el centro de la pantalla (*“con frutas deliciosas”* y *“Tiene fruta”*), el cual concentra la atención del consumidor por ser más relevante y llamativo, convirtiéndose en el punto focal del comercial y que, a su vez, distrae la atención del televidente y hace que pase desapercibido el texto *“Hit es un refresco de fruta pasteurizado. El contenido de fruta puede variar en función del sabor del producto”* que se anuncia en la parte inferior de la pantalla en tamaño diminuto.

Ahora, para el análisis de la categoría de **“fragmentación de la información”** ha de tenerse en cuenta que, no obstante poder ser completa y veraz la información en texto contenida en el comercial (*“Hecho con frutas deliciosas”*, *“Tiene fruta”* y *“Hit es un refresco de fruta pasteurizado. El contenido de fruta puede variar en función del sabor del producto”*), en la forma en que la misma se encuentra dispuesta en la publicidad, induce a error o engaño a los consumidores, toda vez que el mensaje que se transmite se halla fragmentado, por cuanto resalta unas características del producto (*“Hecho con frutas deliciosas”*, *“naturalmente”* y *“Tiene fruta”*), anunciadas de forma visible y en letra grande con el fin de focalizar en ellas la atención de los consumidores, transmitiendo el mensaje de que se trata de un producto natural a base únicamente de fruta; y la información esencial del producto, es decir, la que corresponde a su naturaleza y contenido (*“Hit es un refresco de fruta pasteurizado. El contenido de fruta puede variar en función del sabor del producto”*), se encuentra en la parte inferior del comercial y en letra ilegible de difícil o casi imposible lectura, tal como se describió en los incisos precedentes.

De esta manera, estudiadas como se encuentran las categorías de *“lecturabilidad y legibilidad”* y *“fragmentación de la información”* del plano de **“Contenido Lingüístico y Textos”** es evidente que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** generó la expectativa a los consumidores de que el refresco de fruta pasteurizado **“HIT”** era un producto natural y compuesto en su mayoría de fruta, hechos estos que no corresponden a la realidad, en tanto que el mismo contiene ingredientes artificiales y sólo una cantidad mínima de fruta.

⁹⁰ Ibídem

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Finalmente, en el plano de contenido de **“iii) Comprobación de la oferta con la adquisición del producto”**, visto como la correspondencia entre lo que se ofrece a los consumidores y lo que en realidad reciben, se estudiarán tres (3) de las diez (10) categorías que lo componen: **“sobrevaloración”, “falacia y/o distracción” y “fachada”**, definidas éstas como *“la utilidad provechosa que se implica con la adquisición de un producto.”*, *“la manipulación de la información en un mensaje, con la que se busca demostrar que un producto es algo que no es, o que cuenta con beneficios que no tiene”* y *“la figura o el aspecto de un mensaje publicitario el cual no corresponde con la realidad del contenido que oferta, este conduce al consumidor a la adquisición o búsqueda de un producto distinto del que se oferta inicialmente”*, respectivamente.

Se comienza entonces por explicar la **“sobrevaloración”** acaecida en el comercial objeto de estudio, toda vez que en el mismo se relievaron atributos que superan las cualidades que realmente tiene el refresco de fruta **“HIT”**, tal como el hecho de evocar las frutas y la naturaleza para crear la percepción en los televidentes de que el producto que se ofrece es totalmente natural a base de frutas, elevando de esa manera la expectativa de los consumidores con argumentos falsos al resaltar dicho componente como el principal y/o único, dando a entender que no contiene ingredientes artificiales, tal como se evidencia no sólo de los escenarios, escenografías y demás accesorios puestos en escena, sino también del diálogo del comercial que pregona:

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

Del dialogo transcrito es claro que la cualidad **“natural”** siempre estuvo asociada al refresco de fruta **“HIT”**; no obstante, ese atributo no era ni es propio de tal bebida, por cuanto el mismo no es del todo natural, sino que, por el contrario, la mayoría de sus ingredientes son artificiales y sólo cuenta con una pequeña cantidad de fruta, tal como se evidencia de las fichas técnicas del producto en sus diferentes variedades; razón por la cual al anunciarse de esa manera le estaba otorgando un valor inexistente al producto con el fin de elevar las expectativas de los consumidores que podrían creer que al ingerir el mismo obtendrían iguales beneficios a los que genera el consumo de una bebida natural, demostrándose con ello la **“sobrevaloración”** que el anunciante realizó sobre dicho refresco en el comercial bajo examen.

Después de esta disgregación, se continúa con la **“falacia y/o distracción”**, en cuya categoría también se encontró presente el engaño desplegado por la investigada en su comercial, específicamente cuando utilizó en reiteradas oportunidades el término natural o hizo alusión al mismo, con el objetivo de demostrar que el refresco de fruta **“HIT”** era o es una bebida natural a sabiendas que en realidad no lo era o es, tal como se expuso y describió en el inciso inmediatamente anterior, de lo que se infiere que hubo una manipulación de la información en el mensaje transmitido en la publicidad en estudio.

Ahora, para terminar con el plano de **“comprobación de la oferta con la adquisición del producto”** se somete a análisis la categoría denominada como **“fachada”**, la cual está entrelazada con las dos categorías acabadas de estudiar (**“sobrevaloración”** y **“falacia y/o distracción”**), en tanto que está encaminada a demostrar que el aspecto del mensaje publicitario no corresponde con la realidad del contenido del producto que se ofrece, conducta ésta desplegada por la investigada y que se ve reflejada en el comercial sujeto de este análisis, toda vez que, conforme a su escenografía, el refresco de fruta **“Hit”** se representa como una bebida natural a base en su mayoría de frutas (imagen 42), cuyo mensaje se encuentra alejado de la realidad por cuanto del contenido de dicho refresco se evidencia que se trata de una bebida ultra-procesada en la que la mayor parte de sus ingredientes son artificiales; falacia que conduce a que el consumidor en la búsqueda de un producto natural adquiera uno diferente o contrario al que pretendía consumir debido al error al que es inducido por el anunciante a través del mensaje transmitido en la publicidad.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Evaluado así el comercial de televisión (*Clip de película*) denominado por la tercera interesada como “HIT JUGOS-REF 30- 30” o como se encuentra nombrado en la USB aportada por la investigada “2054355 - REF 30” y que hace parte de la campaña “HIT NATURALIDAD”, según la “relación pautas / resumen inversión HIT”, aportada por la investigada mediante CD adjunto al radicado N° 17-424418-17 (Fl. 99), se procede ahora esgrimir los argumentos defensivos del apoderado de la investigada, así:

De una parte, el apoderado defensor manifiesta que la declaración “¿Sabes por qué es natural que te guste HIT?” consiste “en un cuestionamiento puramente emocional” y para sustentarlo se limita a afirmar que “Si lo que se quisiera fuera destacar un supuesto carácter natural del producto a promocionar con toda seguridad la disposición semántica habría sido diferente. En todo caso, el recurso original de la idea no tiene por qué ser objetado en la medida de que se trata de un recurso válido ofrecido legítimamente por la riqueza misma de nuestro idioma”. Frente a esto el Despacho considera que es innegable la riqueza de nuestro idioma y que el uso del mismo en la publicidad es un recurso válido y legítimo; sin embargo, no puede aprovecharse de ello para transmitir un mensaje publicitario que no corresponda con la realidad del producto que se promociona, en la medida que la retórica también se puede utilizar como un disfraz creativo de la realidad y consecuentemente se puede prestar para el engaño, tal como ocurrió en el comercial en estudio en donde se usaron diferentes figuras retóricas acompañadas de escenarios, escenografías y textos para sobrevalorar el producto ofrecido y exagerar la información de sus ingredientes para obtener una utilidad provechosa para la investigada por la adquisición del “refresco de fruta Hit”, como quedó ampliamente explicado y demostrado en el desarrollo de los planos de contenido de la publicidad.

De otra parte, alegó el apoderado de la investigada que “La conclusión planteada en la resolución luce abiertamente subjetiva, porque no ha sido analizada con un carácter objetivo y desde la óptica de un consumidor promedio racional.”, aduciendo que “Contrario a lo concluido por el Despacho, la frase ‘Lo natural es un Hit’ puede tener un inmenso número de interpretaciones según quien sea el receptor del mensaje y lo propio puede ser perfectamente comprobado, gracias al estudio que realizó la Firma ‘Market Team SAS’ y que se aporta como anexo a este documento, por virtud del cual se desprende que la frase en cuestión, se encuentra lejos de ser objeto de asociación con un concepto presunto de naturalidad atribuible al producto, como, insisto, erradamente ha tratado de hacerlo ver este Despacho”.

En cuanto a este argumento defensivo, lo primero es traer a colación lo expuesto páginas atrás sobre el “consumidor medio racional” (págs. 64 y 65) y en especial la conclusión sobre el tema, en la que se dejó claro que cuando se trate de brindar una información con unas características previamente establecidas, lo que interesa es la interpretación que le da el consumidor medio, para lo cual la autoridad debe preferir, entre las distintas posibilidades de interpretación, la que más se acerque al sentido natural de las expresiones y formas que lo componen como lo haría la mayoría de los destinatarios del ofrecimiento y examinar si determinada información, induce o puede inducir a error, engaño o confusión. Por lo tanto, el ejercicio hermenéutico de la Superintendencia de Industria y Comercio debe ser precedido de un análisis en conjunto y acorde con la sana crítica del contenido de la información, con el propósito de establecer si lo incorporado en el mensaje cumple o no con las particularidades exigidas.

En el caso del comercial que en este acápite atrae nuestra atención, se tiene que durante la emisión del mismo se inició con el interrogante “¿sabes por qué es natural que te guste hit?”, y a continuación la transmisión de imágenes de frutas, tales como fresas, maracuyá, naranja, mora, mangos, etc. (imágenes 33-36); luego apareció una persona tomando de un refrigerador el refresco de fruta hit, quien a su vez lo llevó a un lugar a campo abierto donde se encontraban reunidas varias personas más (imágenes 37-39) y al momento de servir tal bebida se presentó una secuencia de hechos retroactivos, acompañados de una explicación verbal sobre la procedencia del nombrado refresco, dando a entender que el mismo provino de las frutas, en tanto que mostró una transformación del producto en retroceso desde su contenido líquido en la botella (imagen 40) hasta la semilla de la fruta plantada en la tierra (imagen 45), pasando por el transporte de las frutas (imagen 41), su cultivo (imagen 43) y su cosecha (imagen 44), mostrando el proceso natural de las plantas y el “cambio de la forma” sólida de la fruta a líquida (imagen 42) y concluyendo con la expresión verbal “Entonces ya sabes por qué es natural que te guste hit. Exacto, porque hit tiene fruta y es delicioso. Lo natural es un hit”; representación esta que, sin lugar a dudas, es interpretada por cualquier consumidor como

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

que el producto que se está anunciando es una bebida natural, obtenida de un proceso simple del licuado de una fruta mezclada con agua. Motivo este por el que no le asiste razón a la investigada para afirmar que la conclusión que dio lugar a la imputación sobre este comercial fue subjetiva y que no fue analizada con un carácter objetivo desde la óptica de un *“consumidor promedio racional”*.

Respecto al mismo fundamento defensivo, lo segundo es pronunciarse acerca de la prueba aportada por la investigada a efectos de acreditar que *“la frase ‘Lo natural es un Hit’ puede tener un inmenso número de interpretaciones según quien sea el receptor del mensaje”* y que *“se encuentra lejos de ser objeto de asociación con un concepto presunto de naturalidad atribuible al producto”*, consistente en un estudio realizado por la Firma *“Market Team SAS”*, documento este que si bien es cierto contiene las respuestas de diferentes personas de varias edades y en diversas ciudades y estratos socioeconómicos de cara a las preguntas *“¿Qué entiende usted cuando le dicen que algo es un hit?”* y *“¿Qué entiende usted por la expresión Lo natural es un hit?”*, ello no implica que tal encuesta refleje la interpretación del mensaje transmitido en la pieza publicitaria en estudio, toda vez que los cuestionamientos se realizaron de forma simple y descontextualizada, donde ni si quiera hay evidencia que se les haya puesto de presente a los encuestados el comercial o que se les haya preguntado si lo conocían o habían visto.

Como soporte del nombrado estudio de percepción el defensor de la investigada reprodujo en sus descargos la ficha técnica del mismo y sus conclusiones, como se muestra a continuación:

Imagen 49 (ficha técnica estudio realizado por la Firma *“Market Team SAS”*)

Fechas de campo: Junio 26 a 27 de 2019.

Población objetivo: Hombres y mujeres, de 15 a 64 años, en estratos 1 al 6.

Muestra: 381 encuestas distribuidas por ciudad de la siguiente forma:

Bogotá 114

Cali 64

Medellín 73

Barranquilla 62

Bucaramanga 63

Nivel de análisis: Total muestra

Procedimiento de recolección: Encuestas online de 3 minutos de duración

Los datos fueron ponderados de acuerdo con la distribución poblacional.

Imagen 50 (conclusiones estudio realizado por la Firma *“Market Team SAS”*)

A la pregunta *‘¿Qué entiende usted cuando le dicen que algo es un hit?’*, se obtuvieron las siguientes respuestas (% total muestra):

Hit como adjetivo 89.0%

Menciones de la marca Hit 5,3%

Características de producto 2.5%

Hit como sustantivo 1.5%

A la pregunta *‘¿Qué entiende usted por la expresión Lo natural es un hit?’*, se obtuvieron las siguientes respuestas (%total muestra):

Hit como adjetivo 56.8%

Menciones de la marca Hit 16.1%

Características de producto 10.4%

Asociaciones positivas con lo natural y la naturaleza 9.1%”

A efectos de verificar las conclusiones del informe de percepción, esta Dirección procedió a revisar minuciosamente los documentos aportados por la investigada contentivos de los soportes de la encuesta realizada, dentro de los cuales se encuentra la certificación expedida por *“Market Team S.A.”* y dirigida a la investigada, donde reprodujo el diseño de la programación del cuestionamiento en la plataforma online enviada a los encuestados, en el que se observan las dos preguntas que fueron elaboradas, así:

Imagen 51 (Diseño de la programación del cuestionamiento 1 en la plataforma online enviada a los encuestados por "Market Team S.A.")



Imagen 52 Imagen 51 (Diseño de la programación del cuestionamiento 2 en la plataforma online enviada a los encuestados por "Market Team S.A.")



De la simple lectura de la formulación de la encuesta, se evidencia que las preguntas no fueron contextualizadas o enfocadas al comercial objeto de imputación o al producto protagonista del mismo, por el contrario, se denota que fueron realizadas de manera aislada y abstracta; por lo que claramente, así fueron las respuestas de los encuestados, como se demuestra con los "resultados de percepción HIT", donde se muestra que frente a la primera pregunta se recibieron 311 respuestas diferentes⁹¹, pero que, sin explicar los criterios de caracterización o agrupación, la firma encuestadora categorizó y/o unificó en cuatro (4) grupos, a saber: "Hit como adjetivo", "Menciones de la marca Hit", "Características de producto" y "Hit como sustantivo".

Así se tiene que, a pesar de no conocerse tales criterios de agrupación, lo cierto es que si se pregunta a una persona de forma indeterminada "¿Qué entiende cuando le dicen que algo es un HIT?" (imagen 51), difícilmente ella lo podría asociar con el refresco de frutas "HIT", toda vez que al usarse el vocablo "algo" (cualquier cosa), inmediatamente dispersa la atención del encuestado y lo lleva a pensar en una definición o sinónimo del término "Hit" como calificativo, en tanto que el interrogante está planteado de manera general y se desconoce la identidad del producto a que se refiere, es decir, que induce la respuesta de los participantes y es por ello que la misma sociedad encuestadora encontró que la respuesta con el 89% del total de la muestra fue "Hit como adjetivo".

Lo mismo ocurre con el segundo interrogante: "¿Qué entiende usted por la expresión 'Lo natural es un Hit'?" (imagen 52), en el que, a pesar de plantearse también de manera general y de recibirse 322 respuestas diferentes, la sociedad que practicó el estudio, sin explicaciones, las agrupó en cuatro (4) acepciones, a saber: "Hit como adjetivo", "Menciones de la marca Hit", "Características de producto" y "Asociaciones positivas con lo natural y la naturaleza", para concluir que la proclama "Lo natural es un Hit", "se encuentra lejos de ser objeto de asociación con un concepto presunto de naturalidad atribuible al producto".

⁹¹ Hoja de cálculo denominada "PG Algo es un hit - Textual", que hace parte del archivo de nombre "Resultados Percepción Hit"

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Planteados así los resultados de la encuesta, contraria a la conclusión llegada por la investigada, esta Dirección considera que no obstante las preguntas contentivas de la misma haberse planteado de manera general, muchos de los encuestados si asociaron las preguntas al producto protagonista del comercial cuestionado en la imputación en estudio, y, lo más importante, lo identificaron con la afirmación **“lo natural es un hit”**, como se denota de las siguientes respuestas a la pregunta “¿Qué entiende usted por la expresión ‘Lo natural es un Hit’?”:

[REDACTED]

“Por la cual se decide una actuación administrativa”



En síntesis, no es cierto, como lo afirma la investigada, que “*la frase en cuestión, se encuentra lejos de ser objeto de asociación con un concepto presunto de naturalidad atribuible al producto*”, a contrario sensu se evidencia que, a pesar que la pregunta se planteó de manera general y descontextualizada del comercial en estudio, más de setenta (70) personas de 322 que contestaron el interrogante “¿*Qué entiende usted por la expresión ‘Lo natural es un Hit’?*” asociaron directamente tal proclama con el producto “*refresco de fruta hit*”, sin contar aquellas que respondieron, por ejemplo: “*que es un alimento, bebida que es diferente a lo que hay en el mercado*”, en las que se denota que el consumidor infiere que se le está interrogando acerca de dicha bebida.

Como consecuencia de lo anterior, el anunciante no puede pretender hacer valer en esta investigación administrativa las mediciones practicadas por la nombrada firma encuestadora, toda vez que tal estudio no está sustentado mediante elementos con el suficiente carácter demostrativo para probar que lo que aduce es lo más ajustado a lo que podría interpretar un consumidor medio de cara al comercial reprochado.

De todo lo expuesto a lo largo de este numeral **31.3.3.2.** se concluye que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** incurrió en la vulneración de los derechos de los consumidores a recibir productos de conformidad con las condiciones ofrecidas y a obtener información veraz, clara y precisa sobre los productos que se ponen en el mercado, en los términos de los numerales 1.1. y 1.3. del artículo 3º de la Ley 1480 de 2011, así como en la infracción de los artículos 6º, 23, 29 y 30 de la misma ley, en concordancia con lo señalado en los numerales 2.1.1., 2.1.1.1. (lit. a) y el literal a) del numeral 2.1.1.2. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, por los motivos que se resumen a continuación:

Artículo 6º –calidad-, De acuerdo con el análisis dogmático de esta norma y la definición de “*calidad*” dispuesta en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, es evidente para esta Dirección que el “*refresco de frutas Hit*” no cumple con la cualidad de naturalidad atribuida al mismo por parte de la investigada en la publicidad, toda vez que de su ficha técnica y registro sanitario, se evidencia que se trata de un producto ultraprocesado que contiene aditivos (colorantes, conservantes, entre otros), lo que desvirtúa el mensaje transmitido por la productora en el que dio a entender que era una bebida natural, configurándose con ello la vulneración al derecho que tiene los consumidores de recibir los productos que adquiere conforme a las condiciones ofrecidas (Num. 1.1., Art. 3. de la Ley 1480 de 2011), así como el incumplimiento a lo establecido en el artículo 6º del Estatuto del Consumidor.

Artículo 23 -información mínima- Con base, entre otros, en el análisis de las categorías “*lecturabilidad y legibilidad*” y “*fragmentación de la información*”, del plano de publicidad “*ii) Contenido Lingüístico y Textos*”, este Despacho concluye que tanto el lenguaje verbal como no verbal utilizado en el comercial que se estudia no contiene información clara, veraz y precisa, en tanto que de los datos que aparecen transcritos en diferentes momentos de la trasmisión de la publicidad, se observó que mientras unos textos fueron emitidos en un tamaño de letra grande, en alto contraste y perfecta resolución, hubo otros que estuvieron en una letra de diminuto tamaño, casi imperceptibles a la vista, logrando centrar la atención y convicción del televidente sólo en la información que se expresó en mayor tamaño, restándole relevancia a aquella que se mostró en letra menuda, la cual

⁹² Hoja de cálculo denominada “PH Lo natural es un hit - Text”, que hace parte del archivo de nombre “Resultados Percepción Hit”

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

correspondía a la naturaleza del producto promocionado y sus componentes, hecho este que generó una fragmentación de la información real del producto, con lo que se sesgó las expectativas de los consumidores a causa de la imprecisión de la información recibida y su falta de claridad, lo que a su vez condujo a que los televidentes percibieran una información no veraz, toda vez que ellos sólo dan por cierta aquella que captan en la primera impresión sin detenerse a revisar los datos de la letra diminuta, demostrándose con esto la vulneración al artículo 23 de la Ley 1480 de 2011.

Artículo 29 –fuerza vinculante- Partiendo del entorno en que se transmitió la pieza publicitaria objeto de estudio, es notorio que la investigada generó en los consumidores la percepción de que su *“refresco de frutas Hit”* era una bebida natural a base de fruta, en tanto que resaltó en todo el comercial sólo la fruta, como si se tratara de su único ingrediente, sumado al hecho que en su lenguaje verbal y visual se reiteraba la cualidad de naturalidad del producto, condición esta que no fue probada por la procesada durante la presente investigación y que, a contrario *sensu*, resultó no ser propia de dicho refresco, toda vez que su composición mayoritariamente corresponde a sustancias artificiales, tales como estabilizante (pectina), acidulante (ácido cítrico), colorantes artificiales y antioxidantes. De esta manera queda demostrado el incumplimiento de la investigada a la obligación que como anunciante le impone el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011, en la medida que el producto promocionado en dicho comercial no cumplió con las condiciones objetivas y específicas anunciadas en el mismo.

Artículo 30 –publicidad engañosa- este artículo, en concordancia con el numeral 2.1.1., 2.1.1.1. (lit. a) y el literal a) del numeral 2.1.1.2. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, se considera infringido, por cuanto el mensaje anunciado en el comercial ampliamente aquí descrito indujo en error, engaño o confusión a los consumidores, en tanto que, analizados en conjunto todos los planos de contenido de la publicidad, la información suministrada fue imprecisa al ser fragmentada y dispuesta de forma tal que, acompañada de los escenarios y textos transmitidos, distorsionó el mensaje anunciado con la intención de incrementar un valor natural que no tiene el producto promocionado y que incide en la decisión de elección y compra de los consumidores, quienes al adquirir el refresco de fruta *“HIT”* ven defraudadas sus expectativas cuando se dan cuenta que el producto que reciben no cumplen con las condiciones objetivas y específicas que se suministraron de él en la publicidad, en cuanto a su naturaleza e ingredientes.

Para finalizar, en este punto es oportuno advertir que, aunado a lo demostrado en este acto administrativo, sobre el comercial en estudio ya se pronunció la autoridad sanitaria, quien suspendió la difusión de esta pieza publicitaria en septiembre de 2018, por contener información contraria a la naturaleza del *“refresco de fruta HIT”*, tal como se advierte del *“Acta de Aplicación de Medida Sanitaria de Seguridad”*, donde el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos — Invima, en lo pertinente expuso:

«Genera falsa impresión respecto de la verdadera naturaleza y composición del producto, toda vez que los refrescos de fruta de conformidad con el Artículo 3 de la Resolución No. 3929 de 2013, se definen como: ‘Refresco de fruta: Es el producto elaborado a partir de jugo o pulpa de frutas concentrados o no, clarificado o no la mezcla de estos, con un contenido mínimo de fruta del 8% adicionado con agua y aditivos permitidos, sometidos a un tratamiento de conservación’. Así mismo, se verifica la ficha técnica del producto publicitado en el video y presentada por GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. - POSTOBÓN S.A. y de acuerdo a lo autorizado en el registro sanitario No. RSA -0025572016 se puede observar que contiene aditivos (Colorantes, Conservantes) por lo que, el producto alimenticio no se puede publicitar dando a entender que es natural.»⁹³

En resumen y para concluir el juicio de responsabilidad de la imputación número 1 de la Resolución N° 19022 de 2019, esta Dirección encuentra probada la infracción a los artículos 3º (numerales 1.1. y 1.3), 6º, 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1.1, 2.1.1.1., 2.1.1.2., 2.1.2.2. y 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, respecto a las campañas publicitarias realizadas por la investigada denominadas ***“HIT TEMÁTICA / HIT EMOCIONAL”***, ***“HIT MANDARINA / NVO SABOR MANDARINA AHORA”***, ***“LITRO TETRA HIT / 1 LITRO-LANZAMIENTO2017 / HIT 1 LITRO-LLEGO ACOMPAÑAR ALMUERZO / NUEVO ACOMPAÑAR ALMUERZOS”***, ***“HIT JUGOS 500 ML- HIT MARACUYÁ /***

⁹³ *“Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos. Acta de Aplicación de Medida Sanitaria de Seguridad de 14 de septiembre de 2018”.*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA” y “HIT NATURALIDAD REF 30”⁹⁴, conforme con lo expuesto en este acápite, por lo que más adelante procederá a imponer la sanción a que haya lugar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

31.4. Frente a la Posible violación al artículo 2.2.2.33.3. y numerales 1 y 2.2. del artículo 2.2.2.33.4. del Decreto 1074 de 2015. Imputación fáctica N° 2:

En este cargo, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor imputó una presunta responsabilidad a la investigada por considerar que en las piezas publicitarias protagonizadas por niños, niñas y adolescentes, a través de las cuales se promocionó el “*refresco de frutas HIT*” y que buscaban influir en su decisión de consumo, aparentemente se vulneró el derecho de los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de recibir una información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos ofrecidos (artículo 2.2.2.2.33.3. del Decreto 1074 de 2015); así mismo se estimó que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** posiblemente incumplió las obligaciones de evitar el uso de imágenes, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondían a la realidad del producto en lo relacionado con sus características y de no exagerar su naturaleza (artículo 2.2.2.33.4. numerales 1 y 2.2. ídem).

En ese sentido, en el relato de esta imputación se enlistaron las 29 piezas publicitarias obrantes en el expediente y que fueron protagonizadas o involucraban niños, niñas y/o adolescentes, entre las cuales su estudio se centró en aquellas donde se realizaban declaraciones de características y/o condiciones objetivas de los productos “*HIT*” que podían ser engañosas o confusas y/o que podían inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, así

‘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 TEMATICA HIT N’,
‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’,
‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’
‘HIT JUGOS-REF 30-30’,

Ante esta imputación, la investigada se pronunció así:

“En este punto de la discusión es relevante tener presente, a quién está dirigida la comunicación de cara a la adquisición del producto. La comunicación de los refrescos de fruta marca Hit, siempre se ha construido sobre la base de la familia, entendiendo que en el núcleo familiar los adultos son quienes históricamente toman las decisiones de compra. Los adultos, entienden objetivamente las pautas publicitarias, hoy objetadas por la SIC, y cuentan con la capacidad intelectual suficiente de verificar la composición de los productos, confrontar los mensajes publicitarios que los promocionan 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; cosa relevante en el marco de la presente investigación por cuanto conforme a la ficha técnica que se aporta para el trámite del registro sanitario, debe ese despacho tener presente que, el producto HIT es para el consumo de los mayores de CUATRO (4) AÑOS (QUE INCLUYE A LOS ADULTOS), 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.

La SIC, siguiendo la posición de la quejosa, considera 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.

Vale la pena resaltar 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 un consumidor promedio cuenta con la suficiente información y capacidad

⁹⁴ Los nombres de las campañas fueron tomados del archivo denominado “Resumen de inversión HIT” que hace parte de la carpeta titulada “Relación de Pautas” contenida en el DVD RW aportado la investigada mediante el radicado 17-424418-17 y que obra a folio 99 del expediente.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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.

A continuación, se realiza un análisis de cada una de las imputaciones realizadas por el despacho, contenidas en las normas citadas por éste. Esto con el ánimo de demostrar cómo es cierto que las piezas publicitarias materia de investigación no infringen la misma:

Normatividad Presuntamente Infringida	Análisis
<p>"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.</p> <p>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.</p> <p>Los anuncios publicitarios 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</p>	<p>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.</p> <p>Así las cosas, es claro, 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.</p> <p>Se reitera que la información brindada en las pautas publicitarias y etiquetas de producto, se pone a consideración de un consumidor promedio racional que cuentan con la capacidad suficiente para determinar si adquiere o no el producto promocionado.</p> <p>Por último, las piezas publicitarias no contienen imágenes violentas, discriminación, acoso, ni conductas que puedan atentar contra la integridad de los menores ni de quienes las escuchan u observan.</p> <p>Así las cosas, claro es, que el artículo 2.2.2.33.3. del Decreto 1074 de 2015, no ha sido vulnerado por mi poderdante.</p>
<p>ARTÍCULO 2.2.2.33.4. Deberes del anunciante respecto de la información y publicidad dirigida a los niños, niñas 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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 2. Evitar el uso de imágenes, textos, 	<p>Tal y como se manifestó en acápites anteriores, 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 sí adquiere un producto para su consumo o el consumo por parte de los menores a su cargo.</p> <p>Ahora bien, analizadas las pautas objetadas por la SIC, tenemos que en las mismas no</p>

<p><i>expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con su funcionamiento o características.</i></p> <p>3. <i>En toda información o publicidad en la que se exponga el funcionamiento o uso de un producto, se encuentra prohibido:</i></p> <p>2.2. <i>Exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad y Usos del producto;</i></p>	<p><i>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.</i></p> <p><i>Por su parte en lo que se refiere a la presunta exageración de la verdadera naturaleza de producto, tenemos que las piezas publicitarias objetadas por la SIC no integran en ninguno de sus apartes exageración alguna. Por el contrario, cada una de sus afirmaciones corresponde a la realidad del producto y características informadas en los rótulos, que pueden ser verificadas por el consumidor racional y por esa respetada entidad.</i></p> <p><i>Así las cosas, tenemos 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.</i></p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Visto lo anterior, claro es, que las pautas publicitarias relacionadas por el despacho en ningún momento tipifican las conductas susceptibles de ser sancionadas en la normatividad traída por el despacho como presuntamente infringida.

Así mismo, sostiene el despacho que las pautas publicitarias materia de investigación al ser protagonizadas por niños, niñas y/o adolescentes buscaban influir en sus decisiones de consumo. Vale la pena aclararle a este despacho, que su apreciación de protagonismo en la piezas publicitarias atribuido a niños, niñas y/o adolescentes, es errada, toda vez que la comunicación de refrescos HIT está hecha para familias en su conjunto y no miembros específicos de los grupos étnicos (sic) mencionados.

Adicionalmente, el hecho de que en el mercado exista un sin número de piezas publicitarias que corresponden a diversos productos, en las cuales los niños, niñas y adolescentes hacen parte constitutiva, no constituye un absoluto de que la intención es influir en la decisión de compra o consumo por parte de los menores.

Adicional a lo anterior, 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.

Por último, se reitera, la información brindada respecto de las cualidades y calidades del producto promocionado en las diferentes piezas de comunicación publicitaria, mismas que son debidamente informadas en las etiquetas del producto, corresponden a las contenidas en las fichas técnicas autorizadas por el Invima al conceder los registros sanitarios requeridos para poder comercializar los refrescos cuya publicidad aquí se investiga".

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

De la misma manera, en sus alegatos de conclusión, el apoderado de la investigada reiteró los argumentos de sus descargos y adicionó:

“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 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.[4] 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.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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 disposiciones legales imputadas, debiendo ese respetado despacho, archivar las presentes diligencias.

Por su parte, la tercera interesada en sus alegatos de conclusión, se manifestó ante esta imputación así:

“B. Fundamento Fático No. 2 Violación de los derechos prevalente de NNA

34. Además de menoscabar los derechos de los consumidores a recibir información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y a no recibir publicidad engañosa, POSTOBÓN también ha violado de manera particular el derecho de NNA a recibir información que sea acorde a su nivel de desarrollo. El derecho constitucional fundamental de NNA a recibir información, se encuentra consagrado en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006 «por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia» y busca asegurar la protección de la seguridad, la salud y la moral de esta población⁹⁵. Adicionalmente, el artículo 28 de la Ley 1480 de 2011 «por medio de la cual de expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones» estableció en el artículo 28 la obligación en cabeza del Gobierno Nacional de reglamentar en el término de un (1) año, «los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores»⁹⁶. Aunque la regulación específica no se expidió dentro del término fijado por el legislador, ni tampoco comprende todos los aspectos que el asunto demanda, el Gobierno Nacional si profirió el Decreto 975 de 2014, que vino a ser incorporado dentro del Decreto 1074 de 2015, y estableció algunas protecciones específicas frente a los NNA.

35. En particular la citada norma reglamentaria incorporó dos provisiones que revisten especial significación en el presente caso. Por una parte, dejó claro que «Toda información y publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes deberá ser respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez intelectual y comprensión media propias de personas de su edad»⁹⁷. Esto implica entre otras que se debe «Evitar el uso de imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con su funcionamiento o características»⁹⁸. Así mismo, también apareja una prohibición consistente en que no se puede «Exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad y usos del producto»⁹⁹.

36. En el presente caso se constata una violación de ambas disposiciones normativas. Por un lado, se han difundido expresiones visuales y auditivas que no corresponden con la realidad del producto. En unas piezas se ha dicho que es «fruta», en otras que es «jugo», y en otras que es «natural». Sin volver sobre los argumentos desarrollados en los puntos anteriores, resulta manifiesto que ninguna de estas características corresponde con la realidad. Ciertamente, Hit no sólo no es un «jugo» como lo indica POSTOBÓN en su publicidad, sino que su contenido de fruta es realmente escaso como se ha podido constatar. Además, su valor nutricional, como lo indican la nutricionista Mercedes Mora Plazas, es casi

⁹⁵ ver artículo 34 de la Ley 1098 de 2006

⁹⁶ Ver artículo 28 de la Ley 1480 de 2011

⁹⁷ Ver artículo 4 numeral 1 del Decreto 975 de 2014, incorporado en el Decreto 1074 de 2015

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Ver artículo 4 numeral 2 del Decreto 975 de 2014, incorporado en el Decreto 1074 de 2015

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

nulo. Tiene, así mismo un contenido de azúcar que excede con creces los límites establecidos por la OPS. Por este motivo resulta engañoso para cualquier NNA que se le haga creer que el producto es casi equivalente a la fruta, o peor aún que es natural. Los NNA, en razón de se(sic) edad y su grado de desarrollo, están apenas comenzando a formarse conocimientos y opiniones acerca de los productos que deben consumir para llevar lograr una alimentación adecuada y nutritiva. Por este motivo, si una empresa presenta un producto atractivo como lo es en efecto Hit y lo asimila con algo natural o equivalente a las frutas, que forman parte de los alimentos que NNA deben consumir de manera frecuente -según lo establecen las GABAS-; éstos se formarán una idea de que los productos Hit son saludables y necesarios para su buena alimentación. Lo anterior, no solo es engañoso, sino contrario a la realidad, porque el producto como se pudo constatar a partir de la evidencia allegada al proceso administrativo de la referencia, no solo no es natural, sino que contiene un nivel tan alto de azúcar que su consumo habitual constituye en sí misma una amenaza contra la salud de NNA.

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

38. *Sin negar que el producto Hit contiene una cantidad ínfima de fruta, POSTOBÓN ha utilizado sus anuncios para hacerle creer al público y de manera especial a NNA que es fruta, que es natural y que los hace fuertes. Todo lo anterior, contraria la verdad. Pero, POSTOBÓN se ha esforzado en decir que todas estas afirmaciones son hiperbólicas, y que no pueden ser entendidas como mensajes objetivos acerca del producto. Pues bien, aún si se admitiera la tesis presentada por POSTOBÓN según la cual su publicidad contiene hipérbolos de toda clase, lo cierto es que esto también constituye una violación de los derechos de los NNA.*

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

40. *A pesar de la claridad de la violación de los derechos de NNA, POSTOBÓN ha sostenido que los NNA no toman decisiones de consumo pues éstas son tomadas por sus padres y en esa medida los mensajes divulgados no los afectan. Así mismo ha sostenido que los padres no caen en ningún tipo de engaño o confusión acerca de las calidades del producto, toda vez que ellos corroboran la información nutricional del producto. En relación con lo primero, conviene anotar que cada día más NNA adquieren productos en las tiendas escolares basados en la información que reciben de los productores. Por este motivo, si Hit se presenta como un producto proveniente de la fruta y «natural», es apenas lógico que los NNA lo adquirirán pensando que se trata de productos que contribuirán positivamente a su alimentación. Sostener que solo los adultos toman todas las decisiones de consumo de NNA contradice un hecho notorio que incluso está siendo revisado actualmente por parte del órgano legislativo.*

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

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

Una vez relatados los argumentos fácticos y jurídicos de la imputación, así como los de la defensa y la tercera interesada, a continuación, se abordará el cargo a la luz de la interpretación jurídica de las normas endilgadas como presuntamente infringidas en conjunto con el material probatorio recaudado dentro del expediente.

Para empezar, es propicio hacer mención que en cumplimiento a lo dispuesto artículo 28 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 5 de su artículo 1º y su artículo 3º, mediante el Decreto 975 de 2014, el Gobierno Nacional reglamentó *“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”*, teniendo como pilar fundamental los artículos 44, 45 y 78 de la Constitución Política de Colombia, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño aprobada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991, específicamente el artículo 17, y el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006.

Constitución Política:

“ARTÍCULO 44. 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”.

ARTICULO 45. 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”.

Estatuto del Consumidor:

“ARTÍCULO 1º PRINCIPIOS GENERALES. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:

- 1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad.*
- 2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.*
- 3. La educación del consumidor.*
- 4. La libertad de constituir organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.*
- 5. La protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia.” (Subrayas fuera de texto).*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

1. Derechos:

1.1. *Derecho a recibir productos de calidad: Recibir el producto de conformidad con las condiciones que establece la garantía legal, las que se ofrezcan y las habituales del mercado.*

1.2. *Derecho a la seguridad e indemnidad: Derecho a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores.*

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

1.4. *Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa.
(...)”.*

Ley 12 de 1991:

“ARTÍCULO 17. 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) Alentarán 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”.

Ley 1098 de 2006:

“ARTÍCULO 34. 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”.

De esta manera, el Decreto 975 de 2014, compilado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo número 1074 de 2015 en su Capítulo 33 del Título 2, Parte 2 del Libro 2, fijó como ámbito de aplicación “en general a todas las relaciones de consumo, a la responsabilidad de los productores, proveedores y en particular a quienes intervengan en el suministro de información a los niños, niñas y adolescentes en calidad de consumidores”¹⁰⁰.

Ahora, para interpretar la nombrada reglamentación debe tenerse de presente que los sujetos a quienes está dirigida la misma son un grupo de la población vulnerables, en razón a su desarrollo mental, edad, capacidad de comprensión y madurez intelectual, motivo por el que se originó la necesidad de establecer una protección especial, con el fin de que no sean indebidamente influenciados en la toma de decisiones de consumo y que se asegure el respeto de sus derechos desde el punto de vista del Estatuto del Consumidor.

En ese orden de ideas, si bien la Ley 1480 de 2011 no define específicamente a los niños, niñas y adolescentes como consumidores, el concepto de consumidor dispuesto en el numeral 3 de su artículo 5º es tan amplio que no requiere distinción alguna, en tanto que abarca a “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial”.

¹⁰⁰ Art. 2.2.2.33.2.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

De lo anterior se colige que, no obstante, los niños, niñas y/o adolescentes, en la mayoría de los casos, no ser parte de la relación de consumo, como consecuencia de ella si son destinatarios finales y disfrutan de los productos adquiridos por su padres o cuidadores. Teniendo claro esto, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor se adentra en uno de los argumentos expuestos por el abogado defensor donde manifiesta que a pesar de su comunicación tener como base a la familia, de cara a la adquisición del producto, está dirigida a los adultos, quienes toman la decisión de compra y entienden objetivamente las pautas publicitarias por tener la capacidad intelectual suficiente de verificar la composición de los refrescos de fruta HIT y confrontarla con los mensajes transmitidos en la promoción del mismo.

En este punto, vale la pena reiterar que no precisamente quien sostiene la relación de consumo, es decir quien adquiere el producto, es el destinatario final del mismo, porque como se explicó líneas atrás el consumidor no sólo es quien adquiere el producto, sino también lo puede ser quien lo disfruta o utiliza.

Por otro lado, también es oportuno aclararle a la investigada que *“la SIC”* nunca presumió que la publicidad en reproche estuviese sólo dirigida a los niños, niñas y adolescentes, como lo plantea el defensor; sino lo que en la imputación se describió fue que las piezas publicitarias relacionadas se encontraban protagonizadas por niños, niñas y/o adolescentes y que buscaban influenciar en su decisión de consumo; tanto así ha estado claro para esta autoridad que dichas piezas no sólo estaban dirigidas a ese sector de la población, sino a todo el conglomerado social, que los mismos comerciales también fueron objeto de imputación de las normas generales de protección al consumidor y no exclusivamente de las que protegen a ese grupo etario.

En este entendido, es evidente que para el caso que nos ocupa, si bien es cierto los adultos son los involucrados en la relación de consumo por adquirir el producto, eso no significa que sean ellos los destinatarios finales del refresco de fruta *“hit”*, toda vez que, como la investigada lo afirmó, en las fichas técnicas del mismo se especifica que el grupo poblacional al que está dirigido es *“para niños mayores de cuatro (4) años y adultos”*, razón por la que le correspondía a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** tener en cuenta el impacto que sus comerciales iba a causar en los niños, niñas y adolescentes y ajustarse a las normas que protegen sus derechos en materia de publicidad, en tanto que la misma repercute en su psiquis y manipula el consumo del producto, porque sin necesidad de que ellos adquieran directamente el producto, son influenciados para su consumo y, a su vez, persuaden a sus padres para que lo compren.

Así entonces, se tiene que, no obstante, quien adquiere el *“refresco de fruta Hit”* ser un consumidor medio racional, como lo sostiene el defensor, esa racionalidad se ve disminuida cuando el destinatario final del mismo es un menor que ha sido influenciado por la publicidad del producto, en tanto que los comerciales que lo promocionan son atractivos para él, por ser protagonizadas por niños, niñas y/o adolescentes, además de desarrollarse en lugares habituales y/o atrayentes para ellos y con una escenografía llamativa, por lo que dicho menor conmina a su padre para que se lo compre y éste por el deseo de darle gusto a su hijo lo adquiere sin detenerse a revisar o confrontar la veracidad de los mensajes transmitidos en la publicidad, más aún si en la misma se crea y/o expresa la necesidad que se vería satisfecha con la adquisición del refresco, como la de suplir la bebida en la lonchera de los hijos.

Con esta disertación se demuestra no sólo que los niños, niñas y adolescentes son consumidores, sino que son altamente influenciados a través de la publicidad, lo que conlleva a que busquen formas de persuasión con sus padres para conseguir los productos que atraen su atención, muestra de ello es, por ejemplo, cuando los padres e incluso otros familiares van en busca de los regalos de navidad o cumpleaños para los niños, aquellos más allá de realizar una compra donde se refleje su voluntad, lo que se ve reflejada es la voluntad del menor, quien previamente ha manifestado el deseo o el interés por algún juguete y/o artículo que ha llamado su atención y que, por lo general, lo ha visto en publicidades, situación que también se presenta, muchas veces, en la adquisición de golosinas y productos para la lonchera; razón por la cual, aunque parezca *“absurdo”*, por más capacidad intelectual que tenga el adulto para tomar la decisión de elección y compra, en la mayoría de casos, esa determinación va estar persuadida por el deseo del infante e influida por la publicidad.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Es por lo antedicho, vale decir, por la falta de discernimiento de los padres al momento de tomar una decisión de compra frente a productos en los que sus hijos han sido influenciados por la publicidad, que nace la necesidad de regular el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, para que no haya un aprovechamiento de su estado de indefensión, a través de publicidad que transmita información y/o mensajes que no correspondan a la realidad, para influir en el consumo de bienes y/o productos, que podrían llegar hasta ser nocivos para ellos, eventos en los cuales se hace imperante la intervención de la autoridad.

Llegando a la defensa en concreto frente a las normas endilgadas como presuntamente infringidas, el apoderado de la investigada, además de reiterar lo dicho respecto a la cantidad de fruta que contiene el “refresco de fruta Hit” y al “consumidor promedio racional”, ya analizado, se limitó a afirmar que “las piezas publicitarias no contienen imágenes violentas, discriminación, acoso, ni conductas que puedan atender contra la integridad de los menores ni de quienes las escuchan u observan” para desvirtuar el aparente incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2.2.33.3. del Decreto 1074 de 2015; y para defenderse del artículo 2.2.2.33.4 arguyó que “en las mismas no se evidencian ni textos ni expresiones visuales o auditivas que no correspondan a la realidad del producto promocionado.” y que “en lo que se refiere a la presunta exageración de la verdadera naturaleza de producto, tenemos que las piezas publicitarias objetadas por la SIC no integran en ninguno de sus apartes exageración alguna. Por el contrario, cada una de sus afirmaciones corresponde a la realidad del producto y características informadas en los rótulos, que pueden ser verificadas por el consumidor racional y por esa respetada entidad”.

Para desarrollar los fundamentos de defensa transcritos, conviene distinguir los comerciales en los cuales se encontraron por parte de este Despacho las presuntas infracciones endilgadas, a saber:

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

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

“1789155-HIT LONCHERA”

“1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N”

“1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017”

“HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20”

“HIT JUGOS-REF 30-30”

En principio es pertinente precisar que los nombres de los comerciales en la Resolución N° 19022 de 2019, fueron tomados, unos, de los anexos aportados por la tercera interesada y, otros, de los allegados por la investigada durante la etapa preliminar, los cuales tienen la siguiente correspondencia entre sí:

Cuadro 2 Comerciales objeto de la imputación (elaboración propia)

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

En síntesis, los comerciales objeto de esta imputación son únicamente cuatro (4), toda vez que los siete (7) enlistados el pliego de cargos se nombraron individualmente sin filtrar su correspondencia entre unos y otros, por cuanto en algunos casos hasta la misma investigada los titula con nombres diferentes en razón a que les recorta o reduce segundos a su emisión.

Aclarado lo anterior, se procede ahora a ahondar lo relativo a la responsabilidad de la investigada en cuanto a la posible vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la información y la publicidad (art. 2.2.2.33.3.) y el aparente incumplimiento de sus deberes respecto de dicha información y publicidad dirigida a los mismos sujetos (art. 2.2.2.33.4.).

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Según el artículo 2.2.2.33.3 del Decreto 1074 de 2015, titulado como *“Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la información y publicidad”*, la información dirigida a los menores debe ser *“clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea”* y toda forma y contenido de comunicación que tenga por finalidad influir en su decisión de consumo no puede inducir a error, engaño o confusión (inciso primero y segundo). Así mismo, este artículo establece que los anuncios publicitarios dirigidos a los menores de edad no podrán contener ninguna forma de violencia, discriminación, acoso o cualquier conducta que pueda afectar la vida o integridad física de una persona (inciso tercero), prohibición esta, que valga la pena sea de paso aclararlo, no fue objeto de imputación, en tanto que la misma sólo estuvo enmarcada dentro de los incisos primero y segundo del citado artículo, por contener los comerciales titulados *“1-1- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 40s’, ‘1-2- Video Hit Elige la Fruta de Verdad 20s’, ‘1789155-HIT LONCHERA’, ‘1882684-HIT COMERCIAL TEMATICO HIT N’, ‘1995147-HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017’, ‘HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20’ y ‘HIT JUGOS-REF 30-30”*, declaraciones de características y/o de condiciones objetivas del producto marca *“HIT”* que podían ser engañosas o confusas y/o que podían inducir a error a los niños, niñas y adolescentes, sin que se hubiese hecho mención en el cargo sobre el inciso tercero del artículo del cual se predica su presunta vulneración, razón por la cual frente al argumento defensivo donde se indica que *“las piezas publicitarias no contienen imágenes violentas, discriminación, acoso, ni conductas que puedan atentar contra la integridad de los menores ni de quienes las escuchan u observan”* esta Dirección no hará pronunciamiento alguno.

Dicho esto, es claro que el citado artículo exige los mismos requisitos de la información que el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 y prohíbe la publicidad engañosa, teniendo en cuenta la definición de publicidad y presupuestos de la publicidad engañosa establecidos en los numerales 12 y 13 del artículo 5º de la misma ley, adicionado con la proscripción de contener alguna forma de violencia, discriminación, acoso o cualquier conducta que pueda afectar la vida o integridad física de una persona, lo que significa que en caso de demostrarse uno cualquiera o varios de estos tres supuestos fácticos sumado a la condición *“sine qua non”* de que esa información y publicidad esté dirigida a niños, niñas y adolescentes, sin que ello implique que sea exclusivamente transmitida para ellos, se configuraría la infracción al artículo 2.2.2.33.3. del Decreto 1074 de 2015.

Para verificar el cumplimiento de los enunciados presupuestos, es procedente reproducir algunas escenas de los comerciales objeto de imputación, así:

Capturas de pantalla de algunos momentos del comercial *“1788954-HIT TEMATICO-40 / 1882684-TEMATICO HIT N”* (carpeta *“Comerciales y Cuñas”* USB FI. 362)

Imagen 53



Imagen 54



Imagen 55



Imagen 56



Imagen 57



Imagen 58



Imagen 59



Imagen 6043



Imagen 61



Imagen 62



Imagen 63



Imagen 64



Imagen 65



Imagen 66



“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen 67



Imagen 68



Capturas de pantalla de algunos momentos del comercial “1789155-HIT CAJA – 20/ 1789155 LONCHERA” (carpeta “Comerciales y Cuñas” USB FI. 362)

Imagen 69



Imagen 70



Imagen 71



Imagen 72



Capturas de pantalla de algunos momentos del comercial “1995147- HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017 y “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20” (carpeta “Comerciales y Cuñas” USB FI. 362)

Imagen 73



Imagen 74



Imagen 75



Imagen 76



“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen 77



Imagen 78



Capturas de pantalla de algunos momentos del comercial “2054355 - REF 30” (carpeta “Comerciales y Cuñas” USB Fl. 362)

Imagen 79

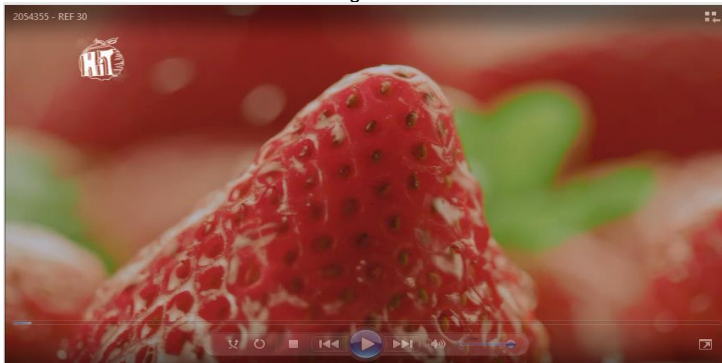


Imagen 80



Imagen 81



Imagen 82



Imagen 83



Imagen 84

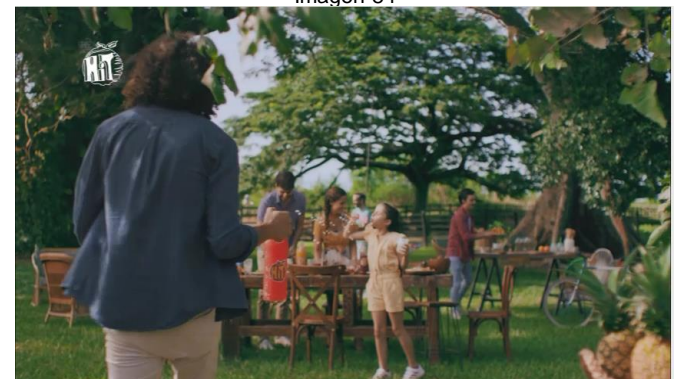


Imagen 85

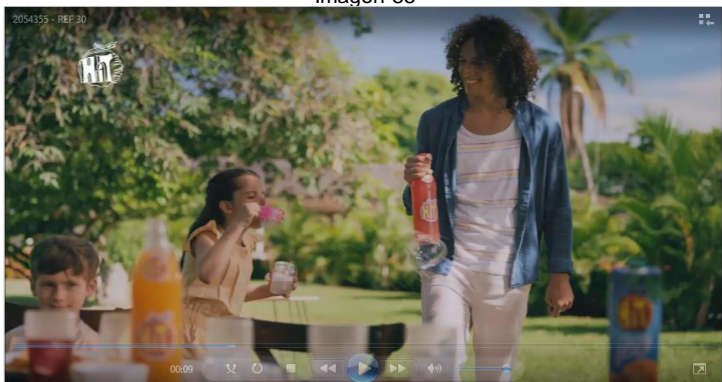
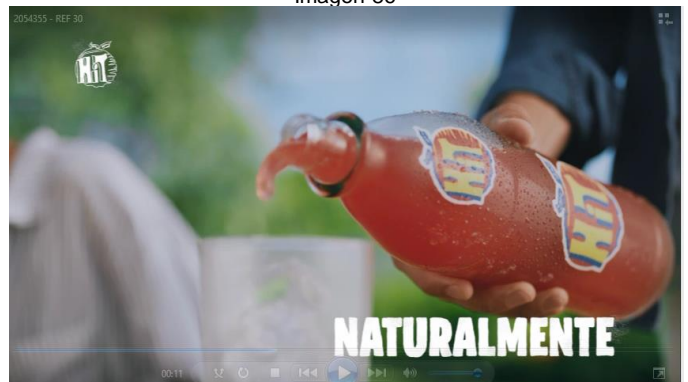


Imagen 86



“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen 87



Imagen 88



Imagen 89



Imagen 90



Imagen 91



Imagen 92



Imagen 93



Imagen 94



Imagen 95



Imagen 96



“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Entonces, de acuerdo con el artículo 2.2.2.33.3 del Decreto 1074 de 2015, cuando una publicidad está dirigida a niños, niñas y adolescentes, debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea; sin embargo, aun cuando no existiera en el Estatuto del Consumidor o en sus decretos reglamentarios una norma expresa donde se distinga entre la publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes y la dirigida a los adultos, hay criterios económicos y culturales que socialmente los determinan y que además fueron tenidos en cuenta por esta Dirección para imputar este cargo a la investigada, a saber, en primer lugar, que el producto tenga como destinatario final a ese grupo poblacional, sin importar que también pueda ser consumido y/o utilizado por el resto del conglomerado social; en segundo lugar, que la pieza publicitaria incluya menores, que haga énfasis a sus emociones, tales como afecto, felicidad, integración, etc., y que aquéllos desarrollen actividades sociales de su entorno, como por ejemplo, estudio, juego, aventura y diversión; y, por último y tercer lugar, que la publicidad incluya recursos que llamen la atención o cautiven a los niños, niñas y/o adolescentes (sitios, colores, personajes, música, entre otros).

Teniendo en cuenta la explicación acabada de señalar, para el caso concreto se evidencia que, en efecto, las veintinueve (29) pautas publicitarias enlistadas en la imputación fáctica número 2 de la Resolución N° 19022 del 31 de mayo de 2019, fueron protagonizados por niños, niñas y/o adolescentes, quienes expresaban sus emociones en escenarios propios de su entorno, incentivando en ellos el interés por el refresco de fruta “HIT” que, conforme a su ficha técnica, el mismo fue destinado para el consumo de la población mayor de 4 años de edad, grupo poblacional en el que se encuentra incluidos los niños, niñas y adolescentes. Teniendo en cuenta estos lineamientos y descendiendo a los comerciales en concreto sobre los cuales se basó dicho cargo, es preciso verificar la existencia de esos elementos que permitan definirlos como publicidad dirigida a menores de edad, así:

Cuadro 3 Descripción de los comerciales objeto de la imputación (elaboración propia)

NOMBRE DEL COMERCIAL SEGÚN LA INVESTIGADA	DESCRIPCIÓN
1788954-HIT TEMATICO-40 / 1882684-TEMATICO HIT N	<i>En este comercial se perciben nueve (9) diferentes escenarios, como actores principales con diálogo hay nueve (9) niños entre los cinco (5) y los once (11) años, aproximadamente; y como actores secundarios sin diálogo en el comercial aparecen 1 adulto y 16 niños entre los 0 y los 11 años, aproximadamente (imágenes 53-68); las escenas se desarrollan en espacios donde generalmente comparten padres y/o niños, a saber: (i) madre e hijo esperando en el paradero de un bus escolar, (ii) plaza de mercado con 4 niños y varias frutas naturales alrededor, (iii) una cocina con dos niños disfrazados de cocineros y varias frutas naturales a su alrededor, (iv) una cancha deportiva con un niño con un balón de fútbol y varios en la parte trasera, (v) una niña en la sala de una casa alimentando a un bebé, (vi) un niño en una casa del árbol con un perro, (vii) un comedor escolar donde hay varios niños alimentándose, (viii) un supermercado con refrigeradores llenos de productos Hit, (ix) una fiesta infantil; El diálogo del comercial trata de varios menores explicándole a sus madres que así como les encantan las frutas, les gustan los refrescos Hit. En este comercial se hace evocación a las frutas tanto en los diálogos como en la escenografía.</i>
1789155-HIT CAJA – 20/ 1789155 LONCHERA	<i>Este comercial se recrea en un salón de clases donde hay alrededor de 12 niños de aproximadamente nueve (9) años (imágenes 69-72). En esta pauta comercial, tanto el diálogo como las imágenes giran en torno a la lonchera escolar, la cual constituye una porción de alimentos de base diaria que los niños llevan al colegio para consumir en su receso escolar. En este caso, se difunden varios mensajes, entre ellos, que “Hit es lo mejor para la lonchera de los hijos”, “Hit es jugo”, “Hit es fruta de verdad” y que “Hit hace más fuerte a los niños”.</i>
1995147- HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017 y “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20”	<i>Este comercial se desarrolla en una cocina y un comedor, donde participa una familia, integrada por papá, mamá e hija, en el que la niña sostiene una caja litro y otra persona del refresco de fruta “HIT”; en la pieza publicitaria se proyectan también varias escenas de frutas y su dialogo evoca la unión familiar, donde se resalta que es un producto para compartir en familia y que contiene fruta. A más de hacer énfasis en el precio (imágenes 73-78).</i>

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

REF 30

A lo largo de los treinta segundos (30 seg.) se muestran imágenes de frutas. Luego se observa una reunión familiar al aire libre, donde intervienen adultos y niños, en él una persona va a servir una bebida Hit e inmediatamente se genera una secuencia hacia atrás en donde se muestra que esta proviene de frutas, que éstas fueron cosechadas, y antes fueron cultivadas, dando la idea que Hit proviene directamente de la fruta y en la parte final se observan niños injiriendo el producto HIT (imágenes 79-96).

Igualmente, para el caso que nos ocupa, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor encuentra que los comerciales objeto de esta imputación se encuadran dentro de dos de los supuestos fácticos citados, toda vez que en ellos se suministró información que careció de veracidad, claridad, suficiencia, verificabilidad, comprensibilidad, precisión e idoneidad y además los mensajes transmitidos en cada una de esas piezas publicitarias indujeron en error o engaño a los consumidores, tal como se demostró en el análisis de la imputación fáctica número 1º de la Resolución N° 19022 de 2019, conforme a lo expuesto en los sub-numerales precedentes y como se resume a continuación:

1788954-HIT TEMATICO-40 / 1882684-TEMATICO HIT N y 1789155-HIT CAJA – 20/ 1789155 LONCHERA

Respecto a estos comerciales, en el juicio de responsabilidad de la imputación fáctica número 1 de la Resolución N° 19022 de 2019 y después de un extenso análisis y estudio de los mismos, se concluyó en el numeral 31.3.1. del presente acto administrativo respecto a los bienes jurídicos en este cargo también protegidos, en resumen, lo siguiente:

Información Mínima- “(...) la información suministrada a los potenciales consumidores a través de las diferentes piezas publicitarias estudiadas, mediante las cuales se anunció y promocionó el producto ‘Refresco de Fruta HIT’, careció de claridad, veracidad, suficiencia, verificabilidad, precisión e idoneidad, por cuanto las características atribuidas al mismo por parte de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** son cuestionables y discutibles en razón a que la investigada no probó en el curso del presente proceso la veracidad de sus afirmaciones, tales como ‘lo mejor para la lonchera de tus hijos’ y ‘te hace más fuerte’ y tampoco explicó el método que utilizó para llegar a esas conclusiones, lo cual le resta certeza a sus proclamas, sesgando de esa manera la decisión de consumo razonable al no ofrecer a los potenciales consumidores elementos de juicio suficientes para poder elegir entre la variedad de refrescos que existen en el mercado, aunado al hecho que les suministró una información imprecisa e inapropiada en cuanto a la categoría de la bebida y su contenido cuando anuncia su bebida ‘HIT’ como ‘jugo’, ‘la fruta de verdad’ y ‘es fruta de verdad’ (...).”

Publicidad- “(...) los mensajes contenidos en las piezas publicitarias estudiadas en este acto administrativo, a través de las cuales se anunció que el producto ‘refresco de fruta HIT’ era un ‘jugo’, ‘la fruta de verdad’, ‘Lo mejor para la lonchera de tus hijos’ y hacía a los niños y niñas más fuertes, no correspondieron a la realidad porque se demostró que dicha bebida no contenía la cantidad de fruta necesaria para ser considerada como jugo y sus características no se enmarcaban a las de una fruta o siquiera como una bebida en su mayoría a base de fruta como lo percibieron los consumidores a través del mensaje transmitido, situación que también soporta la inducción en error y confusión a que fueron sometidos los consumidores que, confiados en esa falsa percepción que del producto habían recibido a través de la publicidad, se sintieron relevados de verificar la tabla de contenido del producto al creer que éste era una bebida que contenía una gran cantidad de fruta y que aportaba beneficios a los niños, niñas y adolescentes, por ser éste el nicho principal al que estuvieron dirigidas las nombradas campañas”.

1995147- HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017 y HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20

En cuanto a estas piezas publicitarias, este Despacho determinó en este mismo acto administrativo, de cara a los bienes jurídicos también tutelados en esta imputación (publicidad e información), que “la proclama ‘el mejor precio’ declarada por la investigada en sus publicidades carece de verificabilidad en cuanto que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** no aportó los soportes documentales pertinentes que demostraran que el precio del ‘refresco de fruta Hit’ en la presentación familiar y/o litro fuera el menor en el mercado durante la época en que se anunció tal condición objetiva”; así mismo, concluyó

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

que *“la información suministrada a los consumidores en la publicidad sobre el precio del producto ofrecido, sin duda alguna incide directamente en el comportamiento económico de los mismos, en tanto que el mensaje transmitido fue que el refresco de fruta hit era el más económico del mercado y al no probarse ese hecho por parte de la investigada”*.

REF 30 (HIT NATURALIDAD)

Frente a este comercial la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor se pronunció en el numeral precedente, respecto a la información y publicidad así:

Información – *“Con base, entre otros, en el análisis de las categorías ‘lecturabilidad y legibilidad’ y ‘fragmentación de la información’, del plano de publicidad ‘ii) Contenido Lingüístico y Textos’, este Despacho concluye que tanto el lenguaje verbal como no verbal utilizado en el comercial que se estudia no contiene información clara, veraz y precisa, en tanto que de los datos que aparecen transcritos en diferentes momentos de la trasmisión de la publicidad, se observó que mientras unos textos fueron emitidos en un tamaño de letra grande, en alto contraste y perfecta resolución, hubo otros que estuvieron en una letra de diminuto tamaño, casi imperceptibles a la vista, logrando centrar la atención y convicción del televidente sólo en la información que se expresó en mayor tamaño, restándole relevancia a aquella que se mostró en letra menuda, la cual correspondía a la naturaleza del producto promocionado y sus componentes, hecho este que generó una fragmentación de la información real del producto, con lo que se sesgó las expectativas de los consumidores a causa de la imprecisión de la información recibida y su falta de claridad, lo que a su vez condujo a que los televidentes percibieran una información no veraz, toda vez que ellos sólo dan por cierta aquella que captan en la primera impresión sin detenerse a revisar los datos de la letra diminuta”*.

Publicidad – *“(…) el mensaje anunciado en el comercial ampliamente aquí descrito indujo en error, engaño o confusión a los consumidores, en tanto que, analizados en conjunto todos los planos de contenido de la publicidad, la información suministrada fue imprecisa al ser fragmentada y dispuesta de forma tal que, acompañada de los escenarios y textos transmitidos, distorsionó el mensaje anunciado con la intención de incrementar un valor natural que no tiene el producto promocionado y que incide en la decisión de elección y compra de los consumidores, quienes al adquirir el refresco de fruta ‘HIT’ ven defraudadas sus expectativas cuando se dan cuenta que el producto que reciben no cumplen con las condiciones objetivas y específicas que se suministraron de él en la publicidad, en cuanto a su naturaleza e ingredientes”*.

En conclusión, es claro que los comerciales sobre los cuales se predicó la presunta infracción son dirigidos a niños, niñas y adolescentes, por incluirlos a ellos como protagonistas o personajes principales, así como por reflejar algunas de sus emociones y desarrollarse en escenarios propios de su entorno; además, por tener el producto anunciado como uno de los destinatarios finales a ese nicho poblacional.

De esta forma, queda demostrada la infracción por parte de la investigada al artículo 2.2.2.33.3. del Decreto 1074 de 2015, por cuanto las piezas publicitarias relacionadas, además de estar dirigidas a niños, niñas y adolescentes, contienen información que no cumplen con los requisitos exigidos por tal norma tal como se explicó ampliamente en el en el juicio de responsabilidad de la imputación fáctica N° 1 de la Resolución 19022 del 31 de mayo de 2019. Razón por la cual esta Dirección facultada para imponerle una sanción a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** en los términos del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.2.33.9. del Decreto 1074 de 2015.

Finalmente, en relación con el artículo 2.2.2.33.4. del Decreto 1074 de 2015 que determina los deberes del anunciante respecto de la información y publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor le endilgó presunta responsabilidad a la investigada por el incumplimiento de su obligación de evitar el uso de imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan con la realidad del producto en lo relacionado con sus características y la prohibición de exagerar la verdadera naturaleza del mismo, en el anuncio de los comerciales relacionados en el cuadro 2 de este acto administrativo, conforme lo disponen los numerales 1 y 2.2. del citado artículo, cuyas piezas se encuentran dirigidas a niños, niñas y adolescentes, como quedó demostrado en la presente resolución con lo descrito en el cuadro 3 y tal como se observa en las imágenes 53 a 96.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

En ese orden de ideas, sea lo primero empezar por el deber del anunciante 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, frente a lo que al revisar cada pieza publicitaria se evidenciaron los siguientes hallazgos:

1788954-HIT TEMATICO-40 / 1882684-TEMATICO HIT N: En este comercial se observan representaciones audiovisuales en las que se asemeja al refresco de fruta HIT con las frutas de “verdad”, a sabiendas que no son productos análogos ni satisfacen la misma necesidad, por el contrario, son tan diferentes que ni siquiera admiten una simple comparación.

Así mismo, los mensajes que afirman que “*HIT es fruta de verdad*” tampoco corresponden con la realidad, en la medida que revisadas las características del refresco de fruta HIT no coinciden con las de las frutas.

1789155-HIT CAJA – 20/ 1789155 LONCHERA: En esta pieza publicitaria además de las representaciones que equiparaban el refresco de fruta HIT a las frutas, también se encontraron mensajes y representaciones que le atribuían a tal bebida los mismos efectos positivos que reciben los niños, niñas y adolescentes por el consumo de frutas, toda vez que en el comercial se usaron expresiones auditivas acompañadas de imágenes y representaciones visuales en los que anunciaron que el refresco de frutas HIT era un jugo, que hacía más fuerte a los niños, que era lo mejor para la lonchera de los hijos, cuyas afirmaciones la investigada no demostró que correspondieran con la realidad.

1995147- HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO 2017 y “HIT 1 LITRO-LANZAMIENTO2017-20”: En estas publicidades se encontró que en ellas se usaron expresiones auditivas en las que se anunció que el producto “HIT 1 LITRO” tenía “*el mejor precio*”, característica que tampoco fue probada por la investigada por lo que no se puede predicar su correspondencia con la realidad, tal como se evidencia con el estudio realizado sobre esa premisa en el numeral 31.3.2.4. de este acto administrativo.

REF 30: En el numeral 31.3.3.2. de esta Resolución se demostró ampliamente que la afirmación contenida en este comercial en la que se predicaba que “*lo natural es hit*”, haciendo alusión al producto fabricado por la investigada y denominado “*refresco de fruta HIT*”, no correspondía a la realidad, en tanto que de la ficha técnica del producto se observó que el mismo contiene ingredientes artificiales que le restan veracidad a esa característica exaltada por la investigada. De la misma manera ocurrió con las representaciones visuales y gráficas donde se daba a entender que el refresco de fruta “HIT” provenía de la fruta, hecho que tampoco corresponde a la realidad.

En un segundo término, se tiene lo establecido en el numeral 2.2. del artículo 4º del Decreto 1074 de 2015, que prohíbe exagerar, entre otras características, la verdadera naturaleza de los productos, frente a lo cual esta Dirección encuentra más ostensible y evidente la vulneración a los deberes del anunciante por parte de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, por cuanto, con el sólo hecho de avocar las frutas en sus comerciales, con el fin de equiparar a éstas su producto “*refresco de fruta HIT*” y crear la falsa y equívoca idea en la mente de consumidores de que el mismo es lo mejor y/o ideal para la lonchera de los niños o para acompañar los almuerzos en familia y/o para que los niños, niñas y/o adolescentes lo consuman en cualquier ocasión dado su supuesto origen natural, exagera la naturaleza del producto, toda vez que no obstante, aquel contener fruta, este ingrediente no supera siquiera el 14%, tal como se evidencia de la ficha técnica del refresco de fruta hit y tal como quedó ampliamente explicado a lo largo de este acto administrativo.

Frente a este aspecto el defensor de la pasiva se pronunció en sus descargos, argumentando que “*Por su parte en lo que se refiere a la presunta exageración de la verdadera naturaleza de producto, tenemos que las piezas publicitarias objetadas por la SIC no integran en ninguno de sus apartes exageración alguna. Por el contrario, cada una de sus afirmaciones corresponde a la realidad del producto y características informadas en los rótulos, que pueden ser verificadas por el consumidor racional y por esa respetada entidad*”, manifestación esta que resulta abiertamente contradictoria, toda vez que al pretender la investigada, a través de las piezas publicitarias sobre las cuales recae esta imputación, significar que el refresco de fruta hit “*es la fruta de verdad*” y anunciarlo en entornos propios de los niños, niñas y/o adolescentes y siempre avocando las frutas, acompañado además de

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

imágenes y diálogos en el mismo sentido, con el objetivo de arraigar la percepción de que se trata de una bebida natural y/o a base en su mayoría de fruta o que proviene de ella, es dar proporciones excesivas a uno de los ingredientes que lo componen, sobrepasando la realidad de la naturaleza de dicho refresco de fruta.

Por otro lado, en cuanto a los demás fundamentos de la defensa, específicamente cuando el apoderado de la investigada afirma 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.*”, esta Dirección considera preciso aclarar lo siguiente:

En primera medida, es claro para este Despacho que no está prohibida la participación de niños, niñas y adolescentes en la publicidad, excepto en las campañas de tabaco¹⁰¹ y de cirugías estéticas¹⁰²; sin embargo, esa libertad en los demás sectores de la economía se ve limitada cuando la publicidad está dirigida a niños niñas y adolescentes y/o cuando se trata de publicidad de alimentos y bebidas¹⁰³, en cuyos casos los anunciantes están sometidos a reglamentaciones específicas y obligados a cumplir con las exigencias que tales normas les imponen.

En segunda medida, frente al silogismo realizado por el apoderado defensor, esta instancia no comparte su conclusión, toda vez que no es acertado predicar que sólo porque no es prohibido que aparezcan menores de edad en la publicidad, entonces no se está atentando contra los derechos de los consumidores y/o de los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, en tanto que, como se dijo en el párrafo inmediatamente anterior, el hecho de no existir tal prohibición no quiere decir que no hayan normas que regulen la publicidad dirigida a ese grupo etario, a las cuales deben ajustarse los anunciantes. Así las cosas, para el caso de marras, en incisos precedentes se dilucidó que los comerciales reprochados en esta imputación estuvieron dirigidos a menores de edad y que los mismos no cumplieron a cabalidad con los requisitos exigidos 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 esta manera queda concluida la imputación fáctica número 2 de la Resolución N° 19022 de 2019, la cual fue debidamente demostrada, y probada la responsabilidad de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** en la infracción al artículo 2.2.2.33.3. y a los numerales 1 y 2.2. del artículo 2.2.2.33.4. del Decreto N° 1074 de 2015, conforme a lo expuesto en este acápite y aunado a lo abundantemente explicado en el desarrollo del primer cargo, específicamente en lo que tiene que ver con las mismas piezas publicitarias aquí analizadas, por lo que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor procederá a imponer la sanción que corresponda conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, en cumplimiento de lo determinado en el artículo 2.2.2.33.9. del Decreto 1074 de 2015.

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

En este cargo, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor imputó presunta responsabilidad a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, por considerar que la investigada no acreditó dentro del plazo establecido para ello la respuesta completa al requerimiento efectuado mediante el oficio 17-424418-6 del 28 de junio de 2018 (fl. 50), cuya omisión podría configurarse como un incumplimiento a las órdenes impartidas por esta Dirección en ejercicio de sus funciones, facultad establecida en el Decreto 4886 de 2011 y en la Ley 1480 de 2011.

Para dar inicio a este análisis, es menester señalar que esta imputación es procedente en la medida en que el incumplimiento de un requerimiento de información u orden emitida por esta Dirección le impide a ésta ejercer sus facultades administrativas conferidas, en tanto que ello implica una obstrucción a la autoridad para verificar el cumplimiento de las normas cuyo control le compete, lo que hace necesario desplegar las facultades sancionatorias pertinentes.

¹⁰¹ Ley 1335 de 2009

¹⁰² Ley 1799 de 2016

¹⁰³ Capítulo 33 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015 y el artículo 12 del Decreto 1355 de 2009.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

De igual forma, debe ponerse de presente que recae en los sujetos vigilados por parte de esta Superintendencia el deber de atender de forma oportuna y completa a las órdenes e instrucciones que le sean impartidas, toda vez que se realizan en virtud de las facultades legales que le fueron conferidas y, en ese sentido, la conducta omisiva frente a dicha obligación constituye una infracción.

Dicho esto, se debe indicar que esta Dirección en cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control, realizó requerimiento de información a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, mediante el oficio número 17-424418 -6, de fecha 28 de junio de 2018 (Fl. 50), cuya orden fue enviada a la dirección física para notificación judicial dispuesta en su certificado de existencia y representación legal¹⁰⁴, esto es, la calle 52 N° 47- 42, Piso 25 en Medellín - Antioquia.

En ese orden de ideas, esta instancia verificó que respecto del requerimiento de información radicado con el número 17-424418 -6 de fecha 28 de junio de 2018, se expidió por parte de Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72, la certificación de entrega y trazabilidad número RN 976649696CO (Fl. 55) en el que se acredita que el nombrado oficio fue entregado a la investigada el 9 de julio de 2018 en la dirección de notificación judicial que tenía registrada para ese momento en el Certificado de Existencia y Representación.

Así, para dar cumplimiento a lo solicitado, la investigada, mediante el radicado N° 17-424418-10 (fls. 56 - 77), a través de su apoderado especial, dio respuesta al citado requerimiento y allegó un dispositivo UBS, mediante el cual dijo haber aportado la documentación requerida; no obstante, al revisar el contenido de tal memoria, se encontró que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, pese a haber dado respuesta a dicho requerimiento, omitió allegar la totalidad de las piezas publicitarias con las que se anunció el producto *“HIT”*, en tanto que no aportó aquellas mediante las cuales se promocionó el refresco de fruta Hit en la variedad de maracuyá, a pesar que el mismo fue publicitado mediante la cuña radial denominada *“HIT JUGOS 500 ML –LLEGO NVO MARACUYÁ MUCHA-20”* y el comercial titulado *“HIT JUGOS-REF 30-30”*. De la misma manera, la investigada tampoco aportó los empaques y/o etiquetas del producto en las variedades mandarina, naranja y maracuyá del refresco de frutas *“HIT”*, ni sus respectivas fichas técnicas. Así mismo, en la citada respuesta también se echó de menos el Registro Sanitario del refresco de frutas *“hit”* y en el cuadro donde la investigada consignó la información sobre el porcentaje de fruta del mismo producto según su sabor, no se hallaron los datos correspondientes a las mencionadas variedades, hallazgos estos que dieron lugar a la imputación fáctica N° 3 de la Resolución N° 19022 de 2019.

En defensa al cargo endilgado, la investigada se pronunció así:

“Manifiesta la SIC en el acto administrativo de imputación de cargos que la investigada infringió el artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, por presunta inobservancia de las órdenes impartidas por ese Despacho en el requerimiento efectuado el 28 de junio de 2018 al interior de la averiguación preliminar adelantada contra la investigada.

(...)

Requerimiento contestado por la investigada el 8 de agosto de 2018, escrito con el cual allegó la totalidad de los documentos solicitados por el despacho.

Concluye el despacho que la investigada no dio respuesta completa a dicho requerimiento por cuanto no allegó las piezas publicitarias mediante las cuales se promocionó el refresco de fruta HIT en la variedad maracuyá, pauta publicitaria posteriormente allegada por la quejosa bajo el radicado 17-424418-20 el 16 de octubre de 2018.

Así mismo reprocha el despacho el no haber allegado las etiquetas, fichas técnicas, registro sanitario y porcentaje de fruta incluido en las variedades mandarina, naranja y maracuyá del refresco de frutas HIT.

Sobre el particular, lo siguiente:

- *Postobón nunca ha comercializado refresco de frutas pasteurizado variedad naranja, sino jugo 100% de naranja, de tal suerte que al limitarse el requerimiento efectuado por el*

¹⁰⁴ De conformidad con la información que se evidencia en el certificado de existencia y representación legal.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

despacho al producto refresco de frutas identificado con la marca HIT, no le asistía obligación a la investigada de allegar las etiquetas, fichas técnicas y registro sanitario de su otro producto, jugo 100% de naranja marca HIT.

Téngase en cuenta que el porcentaje de fruta del jugo sí fue informando a ese despacho, a pesar de no haber sido requerido.

• *El requerimiento efectuado el 28 de junio de 2018, requería allegar la información correspondiente a los dos últimos años, esto es, durante el periodo comprendido entre el 28 de junio de 2016 y el 28 de junio de 2018, de las campañas publicitarias en las que se hayan realizado las siguientes declaraciones:*

- ‘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 mí lonchera siempre hay Hit. Porque me gusta, me hace más fuerte y eso le encanta a mi mamá’.*

De conformidad con lo anterior, (y como bien se explica en el aparte Análisis Sobre la Cuña Radial ‘618208 HIT NUEVO SABOR MANDARINA’), tenemos que la información requerida por el despacho estaba circunscrita, delimitada a una campaña promocional específica y al producto refresco de fruta pasteurizado HIT en las variedades promocionadas con la citada campaña.

Teniendo en cuenta que las variedades Maracuyá y Mandarina no hicieron parte de la campaña antes señalada, las fichas técnicas, registro sanitario, etiquetas y porcentaje de fruta de dichas variedades no estaban siendo requeridas por el Despacho, pues de haber sido así, habrían sido allegadas junto con la información y documentos correspondientes a las demás variedades, más si se tiene en cuenta que son justamente las variedades de maracuyá y mandarina, las que cuentan con mayor porcentaje de frutas en su composición.

No obstante, lo anterior, junto con el presente escrito y ratificando la buena voluntad y su criterio inequívoco de transparencia de mi PODERDANTE, se allega copia del registro sanitario, ficha técnica, etiqueta y porcentaje del contenido de fruta del producto refresco de fruta pasteurizado Hit variedades Maracuyá y mandarina, así como del jugo 100% de naranja.

Conforme a lo anteriormente expuesto, claro es que, la investigada no ha infringido el Artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, toda vez que no ha inobservado orden administrativa alguna impartida por ese despacho en los requerimientos efectuados al interior de la investigación preliminar adelantada bajo el expediente de la referencia, precisamente porque tanto la queja formulada como el requerimiento de información emitido por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, estaba encaminado a evaluar la legalidad de las piezas publicitarias correspondientes a las campañas temáticas que incluían declaraciones tales como ‘Elige Hit la fruta de Verdad’; ‘Porque Hit es fruta de verdad’; ‘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’ cuyos soportes fueron puntualmente requeridos en dicho oficio de requerimiento y como quiera que las variedades mandarina y maracuyá, no hacían parte de dichas campañas, por esa razón no fueron presentados sus documentos técnicos (fichas técnicas y etiquetas). Con el ánimo de garantizar absoluta transparencia e información clara al Despacho en dicho momento, se entregaron los soportes documentales de las variedades que se promocionaban en las campañas en referencia.

Cierro mi argumentación ratificando el compromiso que históricamente, como compañía centenaria y claro dinamizador de la economía nacional, ha tenido mi PODERDANTE, lo cual afianza su calidad jurídica y su comportamiento ético y transparente de cara a los consumidores”.

Teniendo en consideración lo anterior, este Despacho procederá a realizar un estudio de la imputación fáctica frente a la conducta de la investigada y las pruebas que obran en el expediente, pues resulta indispensable para la Dirección, en aras de dar una adecuada protección de los derechos de los consumidores, establecer si en el presente caso se incumplieron o no las órdenes impartidas por esta autoridad.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Para iniciar, se debe precisar a la investigada que en el acto administrativo de imputación de cargos no se le endilgó infracción alguna al artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, como lo afirmó el defensor en sus descargos y alegatos de conclusión, toda vez que dicha norma enlista las *“facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio”* en materia de protección al consumidor y sería una imprecisión y/o un desacierto decir que un vigilado infringe una facultad de la Autoridad. Sin embargo, vale la pena aclarar que la mención que en esa imputación fáctica se hizo del mentado artículo, en concordancia con el artículo 61 de la misma ley, tuvo como objeto contextualizar sobre el fundamento normativo que dio lugar a ella, en tanto que en ese articulado se establece la potestad de esta Entidad para sancionar a sus vigilados por la inobservancia de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de sus facultades, tal como la de *“velar por la observancia de las disposiciones contenidas en esta ley y dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento (...)”*¹⁰⁵, facultad esta que dio origen al requerimiento tachado como incumplido parcialmente.

Continuando con los argumentos defensivos, arguyó el apoderado de la pasiva que *“Postobón nunca ha comercializado refresco de frutas pasteurizado variedad naranja, sino jugo 100% de naranja, de tal suerte que al limitarse el requerimiento efectuado por el despacho al producto refresco de frutas identificado con la marca HIT, no le asistía obligación a la investigada de allegar las etiquetas, fichas técnicas y registro sanitario de su otro producto, jugo 100% de naranja marca HIT.”*; frente a esta declaración, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor la rechaza enfáticamente por carecer de veracidad, por cuanto, contrario a lo que allí afirma el abogado de la investigada, los documentos requeridos en la orden radicada con el número 17-424418-6 se enfocaron en el producto denominado *“jugos Hit”* y nunca se limitó exclusiva y/o únicamente al *“refresco de frutas”* como erradamente lo afirma la investigada, tal como claramente se lee en el citado oficio, del cual a continuación se reproduce el aparte respectivo:

Imagen 97 (Oficio dirigido a la investigada -Fl. 50-)

Asunto:	Radicación:	17-424418- -6-0
	Trámite:	187
	Evento:	328
	Actuación:	456
	Folios:	1

Respetados Señores:

Para efectos de dar trámite a una averiguación preliminar y de conformidad con las facultades asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio por el Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1480 de 2011, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor le ordena lo siguiente:

1. Informar desde qué fecha está comercializando el producto denominado *“jugos Hit”*. (En adelante el producto).
2. Remitir la totalidad de piezas publicitarias (indistinto del medio de divulgación, televisión, redes sociales, etc) emitidas durante los dos últimos años en relación con el producto. Discriminando los medios y frecuencia con la cual se emitieron.
3. Aportar los estudios técnicos, científicos y/o académicos en idioma español en los cuales se sustenten las siguientes afirmaciones:

De la simple lectura de los numerales 1 y 2 del anterior oficio, comparado con lo afirmado por el apoderado defensor, es evidente que no le asiste razón a éste, por cuanto su argumento es falaz conforme a lo expuesto en el inciso precedente.

Así mismo, otro de los fundamentos de la defensa para justificar la omisión de la investigada en la entrega de los documentos requeridos respecto de las variedades mandarina y maracuyá, fue que, según su interpretación, *“la información requerida por el despacho estaba circunscrita, delimitada a una campaña promocional específica y al producto refresco de fruta pasteurizado HIT en las variedades promocionadas con la citada campaña. [y] Teniendo en cuenta que las variedades Maracuyá y Mandarina no hicieron parte de la campaña antes señalada, las fichas técnicas, registro sanitario, etiquetas y porcentaje de fruta de dichas variedades no estaban siendo requeridas por el Despacho”*; argumento este que tampoco es de recibo para esta Dirección.

¹⁰⁵ Numeral 1 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Lo anterior, toda vez que, como se mostró en la imagen 94 que ilustra la orden imputada como inobservada y que obra a folio 50 del expediente, no es cierto que el requerimiento impartido por este Despacho haya estado circunscrito y/o delimitado a una campaña promocional específica, en tanto que el numeral 1 de la citada orden no distingue una campaña específica, sino que simplemente hace alusión a la bebida “jugos hit”, a la cual dentro del resto del documento la denomina como “el producto”, sobre el cual hace una serie de requerimientos de información y documentación de manera general, indistintamente a las solicitudes específicas sobre afirmaciones anunciadas en algunas piezas publicitarias, por lo que no se puede predicar que las fichas técnicas, registro sanitario, etiquetas y porcentaje de fruta de las variedades Maracuyá y Mandarina no fueron requeridas por este Despacho.

En el mismo sentido, sostiene el apoderado de la investigada, tanto en sus descargos como en sus alegatos de conclusión, que “[e]l requerimiento efectuado el 28 de junio de 2018, requería allegar la información correspondiente a los dos últimos años, esto es, durante el periodo comprendido entre el 28 de junio de 2016 y el 28 de junio de 2018, de las campañas publicitarias en las que se hayan realizado las siguientes declaraciones (...)”, inferencia esta parcialmente cierta, en la medida que el defensor mezcló varios numerales de la orden y llegó a una conclusión alejada de lo realmente solicitado, toda vez que, si bien es cierto se solicitó información relacionada con las declaraciones citadas en dichos escritos defensivos, ese requerimiento particular estuvo claramente determinado en los numerales 3, 7 y 9 de la orden, mientras que los otros numerales (1, 2, 4, 5, 6, 8 y 10) se enfocaron en información y documentación del producto de carácter general y no sobre alguna campaña promocional en particular como erradamente lo interpretó la procesada.

Sin perjuicio de lo antedicho, este Despacho no puede pasar por alto el hecho que la investigada junto con sus descargos aportó, a través de dispositivo USB, copia del registro sanitario, ficha técnica, etiqueta y porcentaje del contenido de fruta del producto refresco de fruta pasteurizado Hit variedades maracuyá y mandarina, así como del jugo 100% de naranja, lo que significa que la investigada mantuvo su conducta omisiva hasta el 12 de julio de 2019, fecha en la cual radicó el escrito distinguido con el consecutivo 50 del expediente de la referencia, contentivo de los mencionados descargos.

Siendo así las cosas, conviene aclarar que los requerimientos que efectúa esta Autoridad son de obligatorio cumplimiento y, por lo tanto, los vigilados deben obedecerlos en los términos y dentro de la oportunidad concedida por la administración, toda vez que no se trata de una mera potestad del agente del mercado de atenderlos, sino que se erige como una orden que tiene como finalidad verificar una situación que puede o no estar poniendo en riesgo los derechos de los consumidores.

En este sentido y teniendo en cuenta que el pronunciamiento de la investigada no desvirtuó el cargo endilgado, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor encuentra demostrada la inobservancia a las órdenes impartidas, por cuanto se probó el incumplimiento parcial al requerimiento distinguido con el número 17-424418-6, dentro de la oportunidad concedida a la investigada, por lo que se procederá a determinar el monto de la sanción en los términos que prevé el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Encontrándose demostrada la violación por parte de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, a las disposiciones relativas a calidad, información, condiciones objetivas, publicidad engañosa y propaganda comercial 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., 2.1.1, 2.1.1.1., 2.1.2.2. y 2.1.2.6. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia; así como se encuentra comprobada la inobservancia a las órdenes impartidas por esta Dirección, se debe imponer una sanción pecuniaria en los términos del artículo 61 del Estatuto del Consumidor.

De igual manera, en virtud de lo dispuesto en el artículo número 2.2.2.33.9. del Decreto 1074 de 2015 y como quiera que se probó dentro de la presente investigación el incumplimiento de lo establecido en el artículo 2.2.2.33.3. y numerales 1 y 2.2. del artículo 2.2.2.33.4. del mismo decreto por parte de **POSTOBÓN S.A.**, procede imponer en su contra las sanciones previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Para efectos de la graduación de la multa deberá atenderse a las particularidades del presente caso, de cara a los criterios establecidos en el parágrafo del artículo 61 de la Ley 1480 del 2011¹⁰⁶, que corresponden a: **i)** el daño causado a los consumidores; **ii)** la persistencia en la conducta infractora; **iii)** la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor; **iv)** la disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores; **v)** la disposición o no de colaborar con las autoridades competentes; **vi)** el beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción; **vii)** 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 **viii)** el grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes. Teniendo que, aunque este Despacho revisará los ocho (8) criterios para fijar una sanción ajustada a derecho, y que se observan los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la participación de los mismos dependerá de su pertinencia frente a los hechos probados. De manera que, en la tasación de la multa, algunos afectarán directamente el valor de la misma y otros serán descartados por su incapacidad de alterar la estimación cuantitativa.

Sobre el particular, la investigada realizó, en su escrito de alegatos de conclusión, su propio análisis sobre cada uno de los criterios acabados de indicar, concluyendo que no le aplica ninguno de ellos, excepto el v) y el viii) por los siguientes motivos:

“5) La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes:

Es evidente la absoluta disposición que ha tenido mi representada frente a las autoridades administrativas para colaborar a lo largo del presente procedimiento administrativo, colaboración que advierte desde el momento mismo en que el despacho inicio la averiguación preliminar, hasta el agotamiento de las diferentes fases del presente proceso sancionatorio”.

“8) El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes:

Con las pruebas allegadas al proceso, queda probado que la investigada en el ejercicio de su actividad económica, hacía uso de un alto grado de prudencia y diligencia.

Así mismo, con las pruebas que obran en el acervo probatorio del expediente, se puede observar que la investigada ha atendido de manera correcta los deberes propios de su actividad económica y ha dado estricto cumplimiento a las normas pertinentes”.

En ese sentido, esta Autoridad le reitera a la investigada que, para la graduación de la presente sanción, se tendrán en cuenta los criterios que le sean aplicables según las circunstancias específicas probadas y propias del caso. En este orden de ideas, debe mencionarse en cuanto al daño a los consumidores, que se tendrá en cuenta que la afectación a que hace referencia este criterio difiere del daño cierto y resarcible, y más bien obedece a la potencialidad con que la conducta infractora puede perjudicar a un universo de consumidores, y que el hecho de infringir el marco jurídico de esta investigación, involucra la vulneración de intereses jurídicos tutelados desde la constitución, como lo son los derechos de los consumidores y de los niños, niñas y adolescentes a recibir productos conforme a la calidad ofrecida, así como a obtener información adecuada de los productos que se comercializan en el mercado colombiano y a ser protegidos frente a la publicidad engañosa.

Así las cosas, se tendrá en cuenta que mediante el uso de información no veraz, imprecisa y no verificable, así como de publicidad engañosa, el incumplimiento a las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad y de los requisitos de la propaganda comercial comparativa, al igual que la comercialización de productos que no cumplen con la calidad atribuida en la publicidad, sin perjuicio de las demás conductas que fueron demostradas en el presente proceso, la investigada afectó el

¹⁰⁶ Reglamentado por el Artículo 1º del Decreto 074 de 2012: Criterios para graduar las sanciones administrativas. “Para efectos de imponer las sanciones previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicará los criterios establecidos para la graduación de las multas, previstos en el parágrafo 1º del mismo artículo”.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

derecho de los consumidores a recibir información completa, transparente, oportuna, comprensible, precisa e idónea, y transgredió el derecho de los consumidores a elegir libremente los bienes y servicios que se ofrecieron, lo anterior teniendo en cuenta que mediante las conductas infractoras se incidió en la decisión de compra de los consumidores, a partir de medios que resultaban contrarios a la normativa de protección al consumidor.

Sumado a lo anterior, también habrá de tenerse en cuenta que la conducta desplegada por la investigada al inducir a engaño, error o confusión los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, así como de exagerar la verdadera naturaleza del producto con el fin de influir en sus decisiones de consumo, afectó los derechos de este nicho poblacional, en tanto que el impacto que en él causa la publicidad es mayor que el que se pudiera causar al resto del conglomerado, debido a su inmadurez mental y lo fácilmente influenciable. Razón por la que el grado de cuidado por parte del anunciante de la publicidad debía ser mayor para no afectarlos negativamente.

En ese orden de ideas, es claro que las conductas objeto de reproche no solo tuvieron la potencialidad de afectar la legítima confianza de un consumidor racional que adquiere un producto con la convicción que lo ofrecido corresponde con la realidad, sino que trasgrede, a su vez, las normas que le imponen a los anunciantes/productores la obligación de cumplir con los anuncios objetivos introducidos en su publicidad y que tales anuncios objetivos efectivamente correspondan con la realidad y sean suficientes para evitar cualquier tipo de distorsión en la mente de los consumidores, que genere error o confusión; circunstancias estas que se duplican si se tiene en cuenta que la conducta desplegada por la investigada no sólo afectó al consumidor medio en general, sino que también contrarió las expectativas de los niños, niñas y adolescentes.

Por lo anterior, el incumplimiento de lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor, así como lo establecido en el Capítulo 33 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, con ocasión de la publicidad emitida por la Investigada, la cual genera una percepción falsa y equivocada en los consumidores sobre los atributos y naturaleza del producto ofertado y que tiene la virtud de influenciar la decisión de consumo de sus destinatarios, basada en elementos objetivos que no se adecuaron con la realidad, de suyo implica una afectación directa a los derechos de los consumidores y de los niños, niñas y adolescentes, debe tener como consecuencia la imposición de una sanción que se armonice con la gravedad de la conducta, en tanto que para la realización de la misma empleó medios de difusión masiva que permitieron llevar la publicidad de los productos cuestionados a un número indefinido de consumidores a nivel nacional.

De hecho al examinar las pautas publicitarias objeto de sanción, se encontró que en efecto, se dio una amplia difusión a las mismas, tanto por la televisión nacional, como por suscripción y radio nacional, tal como se desprende de la “Base de datos” del archivo denominado “resumen inversión hit” que hace parte de la carpeta “Relación de Pautas”, contenida en el CD aportado por la investigada, mediante el radicado N° 17-424418-17, así como del archivo titulado “relación de piezas en alta 2015 al 2018” obrante en el CD también allegado por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** con el radicado N° 17-424418-30, cuyos archivos se resumen a continuación en el cuadro 4 de este acto administrativo, donde se relacionan los datos principales como el código de identificación de la pauta publicitaria, su nombre, la campaña a la cual perteneció, el medio de difusión, las fechas y cantidad de emisiones.

Cuadro 4 Resumen emisión de publicidad (elaboración propia)

PAUTA	NOMBRE	CAMPAÑA	MEDIO	FECHAS	EMISIONES
1789155	Lonchera	Hit Emocional	TV Nacional	Del 9 de septiembre de 2015 al 31 de mayo de 2017	314
1882684	Comercial Temático Hit N	Hit Temática	TV Nacional y TV Suscripción	Del 19 de julio de 2016 al 22 de mayo de 2017	437
618208	Nvo Sabor Mandarina Ahora	Hit Mandarina	Radio a Nivel Nacional	Del 12 de septiembre al 30 de noviembre de 2017	3.277
1970750	Mandarina	Hit Mandarina	Tv Nacional	Del 25 de agosto al 31 de octubre de 2017	477
1995147	Lanzamiento2017	Litro Tetra Hit	Tv Nacional	11 de diciembre de 2017 al 28 de marzo de 2018	425
633662	Llego acompañar	Litro Tetra Hit	Radio Nacional	Del 18 de diciembre de	4.670

RESOLUCIÓN NÚMERO 37544 DE 2020

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

	almuerzo				2017 al 14 de marzo de 2018	
628738	Nuevo acompañar almuerzos	Litro Tetra Hit	Radio Nacional		Del 11 de diciembre de 2017 al 12 de marzo del 2018	8.468
642610	Llegó Nvo Maracuyá Mucha	Hit Maracuyá	Radio Nacional		Del 21 de abril al 26 de septiembre de 2018	6.917
2054355	Ref 30	Hit Naturalidad	Tv Nacional y Tv Suscripción		Del 21 de abril al 26 de septiembre de 2018	333

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

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

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

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

SEGMENTO	NOMBRE DE LA CAMPAÑA	DESCRIPCIÓN	REFERENCIA IBOPE	MEDIO	FORMATO	DURACIÓN	FECHA DE PAUTA	REFERENCIA IBOPE	CODIGO IBOPE
CAMPANA TEMATICA DE HIT 2017		Campaña temática de HIT para el año 2017. Durante el 2018 se pautaron tres referencias: o Hit cafeteria 20" y 5"; Narra la historia de un niño y su mamá en una tienda de barrio, donde disfrutan de Hit y un producto de panadería o Hit lonchera 5" referencia 2: Narra la historia de mamá que lleva a su hija al colegio, y la recuerda una vez llega a su trabajo o Hit servida 5": Comunica el tamaño 1 litro retornable e invita a acompañar el almuerzo con Hit	HIT EMOCIONAL	TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	5"	Marzo 2018	HIT CAFETERIA 5	1959362
				TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	5"	Marzo 2018	HIT LONCHERA 5	1959363
				TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	5"	Marzo 2018	HIT SERVIDA 5	1960039
				TELEVISION NACIONAL	COMERCIAL	20"	Marzo 2018	MEJOR SABOR A FRUTA (CAFETERIA)	2011348
LANZAMIENTO DE HIT GUANABANA	Cuña de 20" en la cual se comunicaba el nuevo sabor a guanábana en la botella retornable 350 ml	HIT GUANABANA	RADIO	CUÑA	20"	Enero 2018	NVO SABOR GUANABANA	70200134	
LANZAMIENTO DE HIT MARACUYA	Cuña de 20" en la cual se comunicaba el nuevo sabor a maracuyá de Hit	HIT MARACUYA	RADIO	CUÑA	20"	Abril 2018 a Mayo 2018 Agosto a Septiembre 2018	LLEGO NVO MARACUYA MUCHA	642610	
CAMPANA TEMATICA DE HIT 2018		Campaña compuesta por dos referencias para TV de 30" y 20", dos cuñas de 30" y 20", y publicaciones en redes sociales y medios digitales	HIT NATURALIDAD	RADIO	CUÑA	30"	Septiembre 2018	SABES NATURAL GUSTA FRUTA	658937
				COMERCIAL	25"	Septiembre 2018	SABES NATURAL GUSTE FRUTA	656549	
				COMERCIAL	20"	Septiembre 2018	SABES NATURAL GUSTE LONCH	656602	
				COMERCIAL	20"	Septiembre 2018	20SEG1	2058004	
				COMERCIAL	20"	Agosto 2018	REF 20	2054354	
				COMERCIAL	30"	Agosto 2018	REF 30	2054355	
LITRO TETRA HIT	Reducciones de 10 y 5 segundos del comercial de lanzamiento de Hit Tetra 1 litro pautados en 2017. En radio también se activo la cuña de 25 y una mención de 10 segundos	LITRO TETRA HIT	TV SUSCRIPCION	COMERCIAL	20"	Septiembre 2018	REF 20	2054354	
			COMERCIAL	30"	Agosto 2018	REF 30	2054355		
			RADIO	CUÑA	25"	Febrero 2018 a Marzo 2018	LLEGO ACOMPANAR ALMUERZO	633662	
			MENCION	10"	Enero 2018	NUEVO ACOMPANAR ALMUERZO	630278		
			COMERCIAL	25"	Enero 2018 a Marzo 2018	NUEVO ACOMPANAR ALMUERZOS	628738		
			COMERCIAL	10"	Abril 2018 a mayo 2018	FALLA FAMILIA 10	2019837		
TELEVISION NACIONAL				COMERCIAL	10"	Abril 2018 a mayo 2018	FAMILIA 10	2017252	
				COMERCIAL	10"	Abril 2018 a mayo 2018	FAMILIA 5	2011341	
				COMERCIAL	5"	Marzo 2018 a mayo 2018	FAMILIA 5	2011341	
				COMERCIAL	20"	Marzo 2018	LANZAMIENTO2017	1995147	
CITRUS	HIT BEBIDA CON JUGO PET 1.5 LITROS	Cuña de lanzamiento de la nueva presentación Pet 1,5 litros de Hit Bebida con Jugo, cuyo	HIT TEMATICA	RADIO	CUÑA	25"	Enero 2018	PAGAR MENOS MEJOR DELIC	619811
				COMERCIAL	25"	Enero 2018	PAGAR MENOS MEJOR SABOR	619810	

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

Por otro lado, frente al pronunciamiento del apoderado de la investigada en cuanto a “*la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor*”, esta Dirección desmiente su argumento en el que afirma que “*es la primera vez que contra mi poderdante se inicia un proceso sancionatorio por los cargos aquí imputados*”, toda vez que en este mismo Despacho se tramita la investigación administrativa sancionatoria distinguida con el radicado N.º 16-109447 iniciada en contra de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** por infracciones al régimen de protección al consumidor, en la que se profirió fallo sancionatorio en primera instancia, aunque no se tendrá como agravante en tanto que tal decisión no se encuentra en firme por estar pendiente de decidirse el recurso de apelación interpuesto por la sancionada.

Siguiendo con los argumentos de la defensa respecto a los criterios de graduación de la sanción, encuentra esta Dirección que frente a “*La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores*”, manifestó que “*A la fecha no hay reporte de queja o reclamo alguno realizado por el público consumidor relacionados ni con las pautas materia de investigación ni con el producto final adquirido por éstos*”; sin embargo, al revisar los anexos aportados por la investigada el 8 de agosto de 2018 mediante el radicado N.º 17-424418-10, se observa en la sub-carpeta denominada “*10. RTA. PUNTO 10 PQR*”, un archivo llamado “*PQR PRODUCTO HIT*”, donde se relacionan un total de 769 quejas relacionadas con los productos marca “*HIT*” y presentadas por los consumidores entre enero de 2017 y agosto de 2018 por diferentes tipos de defectos, empero estas quejas resultan irrelevantes, en tanto que, en tratándose de información y publicidad engañosa, este criterio no se determina únicamente por las quejas o reclamos interpuestos por los consumidores y la solución brindada a ellos de manera particular y/o individual, sino que el mismo se enfoca en la voluntad del anunciante para adecuar su conducta infractora y adoptar medidas que eviten o aparten de los consumidores de la inducción a error, engaño o confusión que les haya causado con su publicidad engañosa.

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

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

empero según lo afirmado esta publicidad estuvo a disposición de los consumidores hasta el 8 de septiembre de 2018.

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

De otro lado y frente al beneficio económico que se hubiera obtenido para la infractora o para un tercero por la comisión de las infracciones demostradas, esta Dirección evidenció que la investigada durante el período en que se estuvieron difundiendo las piezas publicitarias reprochadas obtuvo beneficio económico con ocasión a la comercialización de los productos involucrados en las campañas publicitarias objeto de sanción, tal como se evidencia a folio 447 del expediente (cuaderno reservado).

En cuanto a 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, esta Dirección se abstiene de hacer uso de este criterio como agravante en la graduación de la sanción, por cuanto no se encontró en el expediente prueba alguna que permitiera inferir la investigada hubiese hecho uso de medios fraudulentos en la comisión de las infracciones probadas en esta investigación.

Finalmente, en cuanto al “*grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes*”, este criterio no será tenido en cuenta como atenuante, en tanto que es notorio que, con el simple hecho de haberse probado las imputaciones endilgadas mediante la Resolución N° 19022 de 2019, queda en evidencia la falta de diligencia con la que obró la investigada en su calidad de anunciante de las piezas publicitarias juzgadas, por cuanto que en la producción de las mismas omitió ajustarlas a las exigencias dispuestas en el Estatuto del Consumidor.

Así mismo, es ostensible la carencia de prudencia en la emisión de los comerciales dirigidos a los niños, niñas y adolescentes, por cuanto **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** incumplió los deberes que, en su calidad de anunciante, le impone el Capítulo 33 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo número 1074 de 2015, debido a que el grado de prudencia en los casos de publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes debe ser mayor por afectar a una población vulnerable que no posee la madurez mental suficiente que le permita tomar decisiones de consumo objetivas y es altamente influenciado por la publicidad que perciben.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, establece el régimen sancionatorio por las infracciones a las normas del Estatuto del Consumidor, así como por el incumplimiento a la forma y el contenido como se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, y por inobservancia de las órdenes impartidas, esta Dirección, atendiendo a las circunstancias particulares del caso sub-examine, le impone una multa a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, por la suma de **MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (\$1.667'825.700)** equivalente a MIL NOVECIENTOS (1900) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, que corresponde a **46839,82643862162** unidades de valor tributario –UVT-.

La anterior conversión a UVT tiene lugar en virtud de lo establecido en el artículo 49 de la Ley 1955

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

de 2019¹⁰⁷, por medio de la cual se expidió el *“Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”* y se dispuso que las autoridades que tengan a su cargo cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas fijados con base en el salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) determinen, a partir del 1º de enero de 2020, dichos valores en la unidad de Valor Tributario –UVT vigente.

En cumplimiento de la citada disposición, esta Entidad al momento de tasar el valor de la multa tuvo en cuenta el monto del salario mínimo mensual legal vigente para la presente vigencia fiscal¹⁰⁸ y calculó su equivalente en Unidad de Valor Tributario vigente¹⁰⁹.

TRIGÉSIMO TERCERO: DECISIÓN MEDIDAS PREVENTIVAS:

Sin perjuicio del juicio de responsabilidad acabado de practicar y con el ánimo de no dejar de lado lo argumentado por la tercera interesada desde su queja y durante el curso de la presente investigación, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor considera necesario referirse al respecto, sin que ello implique un pronunciamiento de fondo frente a los temas nutricionales expuesto por la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES -RED PAPA-**.

En primer lugar, es oportuno referirse a la Resolución N° 19023 del 31 de mayo de 2019, por la cual este Despacho resolvió la solicitud de medidas cautelares impetrada por la tercera interesada, en tanto que la misma, como la queja presentada por ella, tuvieron como finalidad la protección a la población infantil, en su calidad de consumidores y como grupo especial de protección, frente a los mensajes publicitarios contenidos en los comerciales difundidos por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**

Se tiene entonces, que el reproche principal de la tercera interesada, fue que las proclamas anunciadas por la investigada en la publicidad del refresco de fruta *“HIT”* se alejaban de la realidad, en tanto que dicho producto es ultra-procesado, contiene exceso de azúcar, no es un jugo y su contenido de fruta no presenta una contribución positiva a la nutrición ni al desarrollo del cuerpo humano, concluyendo que la publicidad que promociona dicho producto induce a engaño a padre, madres y cuidadores, razón por la cual solicitó el retiro del producto y de la publicidad objeto de queja, aportando como pruebas para demostrar su dicho y fundamentar su pretensión, entre otros los siguientes:

“Documento ‘Modelo de perfil de nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud’. Concepto técnico de la nutricionista dietista, Adriana Zuleta Franco, sobre el contenido nutricional de los productos anteriormente descritos.

Concepto técnico de la Mg. en Nutrición Humana y Fisiología, Mercedes Mora Plazas, sobre el contenido nutricional de los productos anteriormente descritos.

Resultados del estudio de laboratorio de productos Hit, solicitado por la organización Educar Consumidores”.

Conforme a lo anterior, en ese estadio procesal, esta Dirección consideró que no se contaban con los elementos de juicio suficientes para ordenar el cese de la difusión de la publicidad del producto *“refresco de fruta Hit”*, por lo que negó en principio la medida cautelar solicitada, bajo la condición de pronunciarse definitivamente sobre la misma en el acto administrativo que resolviera la actuación administrativa. Así las cosas, teniendo en cuenta lo determinado en el juicio de responsabilidad realizado a la investigada por las conductas infractoras del régimen de protección al consumidor, procedería entonces ordenar como medida definitiva el cese o difusión correctiva de la publicidad que no cumple las disposiciones contenidas en la Ley 1480 de 2011, como lo dispone el numeral 6 del artículo 59 de la misma ley; no obstante, en atención a que las piezas publicitarias determinadas como infractoras se emitieron hasta el 26 de septiembre de 2018, de acuerdo con las pruebas de emisión allegadas por la investigada y resumidas en el cuadro 4 de la presente resolución, por sustracción de materia no hay lugar a decretar dicha medida.

¹⁰⁷ “A partir del 1 de enero de 2020, todos los cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas, actualmente denominados y establecidos con base en el salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), deberán ser calculados con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Tributario (UVT). En adelante, las actualizaciones de estos valores también se harán con base en el valor de la UVT vigente.

PARÁGRAFO. Los cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas, que se encuentren ejecutoriados con anterioridad al 1 de enero de 2020 se mantendrán determinados en smmlv.”

¹⁰⁸ El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020 es de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES pesos (\$877.803).

¹⁰⁹ El valor de Unidad de Valor tributario (UVT) que regirá para el año 2020 es de TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS (\$35.607).

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Empero, no obsta lo anterior para que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor conmine a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** para que en lo sucesivo se abstenga de difundir publicidad y/o información que no corresponda a la realidad o que no cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 y/o que induzca en error, engaño o confusión a los consumidores; así como para que obre con mayor prudencia y diligencia cuando emita publicidad dirigida a los niños, niñas, y adolescentes, ajustando sus pautas a los derechos de dicha población y cumpliendo a cabalidad con los deberes que como anunciante le impone el Capítulo 33 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015.

En segundo lugar, respecto a la pretensión elevada por la tercera interesada, en la que solicita el retiro del producto del mercado, este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones:

Por un lado, el numeral 8 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 faculta a esta Superintendencia para emitir las órdenes necesarias para que se suspendan en forma inmediata y de manera preventiva la producción y/o comercialización de productos; sin embargo, esta facultad se ve limitada tanto por el mismo artículo que la condiciona a la existencia de indicios graves de que el producto atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores o de que no cumple con el reglamento técnico, si a él hubiere lugar, como por el artículo 2º de la misma ley que fija como ámbito de aplicación del Estatuto del Consumidor, a las relaciones de consumo en general y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente a los consumidores en todos los sectores de la economía respecto de los cuales respecto de los cuales no exista regulación especial.

Como se observa, la facultad de esta Autoridad, para proferir la orden administrativa de que trata el numeral 8 del artículo 59 del Estatuto del Consumidor, hace referencia a aquellos productos que aún en condiciones normales de uso, dadas sus específicas condiciones, presentan riesgos latentes e irrazonables para la salud e integridad física de las personas, circunstancia que justifica la adopción de medidas administrativas para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores, situación que no se configura en la presente actuación, motivo por el cual, corresponderá a la autoridad sanitaria, determinar la procedencia de la suspensión de la comercialización, en atención a que la misma, recae sobre un producto catalogado como alimento, conforme se evidencia del Registro Sanitario del Refresco de Fruta Pasteurizado Marca “*HIT*”, expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamento y Alimentos Invima. Lo anterior, conforme a las normas que se citan a continuación:

El artículo 245 de la Ley 100 de 1993 establece respecto del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA lo siguiente:

“ARTÍCULO 245. EL INSTITUTO DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS. Créase el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA-, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva”. (Original sin subrayas).

En ese orden de ideas, el título V de la Ley 09 de 1979 -Código Sanitario-, expone los lineamientos de las normas sanitarias que permean las operaciones que se lleven a cabo con alimentos de ingesta humana en cuanto su publicidad y rotulado, indicando entre otras cosas lo siguiente:

“ARTÍCULO 243. En este título se establecen las normas específicas a que deberán sujetarse:

a. Los alimentos, aditivos, bebidas o materias primas correspondientes o las mismas que se produzcan, manipulen, elaboren, transformen, fraccionen, conserven, almacenen, transporten, expendan, consuman, importen o exporten;

b. Los establecimientos industriales y comerciales en que se realice cualquiera de las actividades mencionadas en este artículo, y

c. El personal y el transporte relacionado con ellos'

(...)

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

ARTICULO 272. En los rótulos o cualquier otro medio de publicidad, se prohíbe hacer alusión a propiedades medicinales, preventivas o curativas, nutritivas o especiales que puedan dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del alimento o de la bebida.

ARTICULO 273. *En los rótulos o en cualquier otro medio de publicidad o propaganda, se deberá hacer clara indicación del origen natural o sintético de las materias primas básicas utilizadas en la elaboración de los alimentos o de las bebidas”. (Subrayado fuera del texto original)*

En el mismo sentido, la Resolución N° 333 de 2011, emitida por el Ministerio de la Protección Social y por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado nutricional que deben cumplir los alimentos envasados para consumo humano, estableció en su artículo 18:

“ARTÍCULO 18. *Condiciones generales para la declaración de propiedades nutricionales comparativas. Las condiciones generales para la declaración de propiedades nutricionales comparativas son las siguientes:*

18.1 *La declaración de propiedades nutricionales comparativa, debe hacerse basándose en el alimento tal como se ofrece a la venta o teniendo en cuenta la preparación posterior requerida para su consumo, de acuerdo con las instrucciones de uso que figuran en la etiqueta.*

18.2 *Los alimentos comparados deben corresponder a versiones diferentes de un mismo alimento o alimentos similares y los alimentos que se comparan deben ser identificados claramente.*

18.3 *Se debe indicar la cuantía de la diferencia en el valor energético o en el contenido de nutrientes de acuerdo con lo siguiente:*

18.3.1 *El valor de la diferencia expresado en porcentaje, en fracción o en una cantidad absoluta.*

18.3.2 *La identidad del alimento o alimentos con los cuales se compara el alimento en cuestión, de tal forma que el consumidor pueda identificarlos fácilmente.*

18.3.3 *La información indicada en los numerales 18.3.1 y 18.3.2 debe figurar junto o inmediatamente debajo del término descriptor utilizado para la declaración comparativa y en un tamaño de letra no menor de la mitad de dicho término.*

18.4 *Cuando se haga una declaración con relación a los niveles de fibra dietaria usando el término “más fibra” y el alimento no es “bajo” en grasa total, la etiqueta debe especificar la cantidad de grasa total por porción, la cual debe aparecer inmediatamente adyacente a la declaración de fibra en un tamaño de letras no inferior a la mitad del tamaño de letras de dicha declaración.*

(...)

CAPÍTULO VI DECLARACIONES DE PROPIEDADES DE SALUD

ARTÍCULO 20. *Requisitos. Todo alimento que sea objeto de declaraciones de propiedades de salud, debe cumplir con los requisitos exigidos para la declaración de nutrientes y declaración de propiedades nutricionales del presente reglamento.*

El uso de declaraciones de propiedades de salud debe cumplir lo siguiente:

20.1 Requisitos Generales:

20.1.1 *Deben basarse en una evidencia científica y el nivel de la prueba debe ser suficiente para establecer el tipo de efecto que se declara y su relación con la salud, como reconocido por datos científicos generalmente aceptables y la evidencia se debe revisar a la luz de nuevos datos.*

20.1.2 *Deben efectuarse de forma tal que, permita al público entender la información proporcionada y el significado de esa información con relación a una alimentación diaria.*

20.1.3 *La cantidad del alimento que debe consumirse para obtener el beneficio argumentado debe ser razonable en el contexto de una alimentación normal.*

20.1.4 *Si existen otros factores determinantes para cumplir con los efectos sobre la salud se deben enunciar. Ejemplo: “Ejercicio físico regular y consumo de calcio”.*

20.1.5 *Si existen otros factores asociados a la enfermedad o trastorno de la salud se debe mencionar que ésta depende de otros factores asociados. Ejemplo: “La enfermedad cardiovascular depende de muchos factores. Dietas bajas en grasa y colesterol pueden ayudar a disminuir el riesgo de enfermedad cardiovascular”.*

20.1.6 *Si el beneficio argumentado se atribuye a un nutriente en el alimento, para el cual se ha establecido un valor de referencia, dicho alimento debe ser:*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

a) ‘Alto en’, ‘buena fuente de’ el nutriente, en el caso que se recomiende un incremento en el consumo; o,

b) ‘Bajo en’, ‘reducido en’, o ‘libre del’ nutriente, en el caso que se recomiende una reducción en el consumo.

20.1.7 Si el efecto anunciado en las declaraciones de propiedades de salud se atribuye a un nutriente o constituyente del alimento, deben estar disponibles los métodos analíticos validados y reconocidos internacionalmente para cuantificar el nutriente o constituyente declarado.

20.1.8 El alimento que declare propiedades de salud debe cumplir con los niveles que logran el efecto enunciado o asociado a la salud, establecidos de acuerdo a la evidencia científica.

20.1.9 La expresión de las declaraciones de propiedades de salud debe hacerse en términos condicionales, utilizando palabras como: ‘puede’; ‘podría’; ‘ayuda’; ‘contribuye a’.

20.1.10 La información relacionada con las declaraciones de propiedades de salud que se incluya en la etiqueta del producto, debe ser completa, verdadera, no confusa ni engañosa, de conformidad con lo establecido en el presente reglamento.

20.2 Prohibiciones:

20.2.1 No deben sugerir que el alimento por sí sólo es suficiente para la alimentación diaria, con excepción de productos especialmente formulados para algunas condiciones fisiológicas específicas y, tampoco deben sugerir que la alimentación equilibrada con base en alimentos comunes no suministra las cantidades suficientes de todos los elementos nutritivos.

20.2.2 No deben promover el consumo excesivo de cualquier alimento, ni ser contrarias a los buenos hábitos alimentarios.

20.2.3 No deben generar dudas sobre la inocuidad de alimentos similares ni suscitar temor en el consumidor acerca de los alimentos. (Original sin subrayas).

Por otro lado, el artículo 3 de la Resolución N° 5109 de 2005, también expedida por el Ministerio de la Protección Social y por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado que deben cumplir los alimentos envasados y materias primas de alimentos, dispone:

“ARTÍCULO 3. DEFINICIONES. Para efectos del reglamento técnico que se adopta mediante la presente resolución, deberán tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

ALIMENTO ENVASADO: Todo alimento envuelto, empaquetado o embalado previamente, listo para ofrecerlo al consumidor o para fines de hostelería.

DECLARACION DE PROPIEDADES: Cualquier representación que afirme, sugiera o implique que un alimento tiene cualidades especiales por su origen, propiedades nutritivas, naturaleza, elaboración, composición u otra cualidad cualquiera.

ENVASE: Recipiente que contiene alimentos para su entrega como un producto único, que los cubre total o parcialmente, y que incluye la tapa, los embalajes y envolturas. Un envase puede contener varias unidades o tipos de alimentos preenvasados cuando se ofrece al consumidor.

CONTENIDO NETO: Cantidad de producto sin considerar la masa (tara) o volumen del empaque, el cual deberá cumplir con las características descritas en el anexo que hace parte integral de la presente resolución.

(...)

INGREDIENTE: Sustancia (s) que se emplean en la fabricación o preparación de un alimento presente en el producto final, aunque posiblemente en forma modificada, incluidos los aditivos alimentarios.

ROTULADO O ETIQUETADO: Material escrito, impreso o gráfico que contiene el rótulo o etiqueta, y que acompaña el alimento o se expone cerca del alimento, incluso en el que tiene por objeto fomentar su venta o colocación.

ROTULO O ETIQUETA: Marbete, marca, imagen u otra materia descriptiva o gráfica, que se haya escrito, impreso, estarcido, marcado, marcado en relieve o en huecograbado o adherido al envase de un alimento.

(...)”

En ese orden de ideas, resulta oportuno destacar las funciones asignadas al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamento y Alimentos –INVIMA-, fijadas en el Decreto 2078 de 2012, que en sus artículos 4 y 20 señalan:

“Artículo 4°. Funciones. En cumplimiento de sus objetivos el Invima realizará las siguientes funciones:

1. Ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control a los establecimientos productores

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

y comercializadores de los productos a que hace referencia el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen o adicionen, sin perjuicio de las que en estas materias deban adelantar las entidades territoriales, durante las actividades asociadas con su producción, importación, exportación y disposición para consumo.

(...)

3. Identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitarias y a los procedimientos establecidos, adelantar las investigaciones a que haya lugar y aplicar las medidas sanitarias y las sanciones que sean de su competencia, de conformidad con la Ley 9ª de 1979 y demás normas reglamentarias.

(...)

12. Realizar el control sanitario sobre la publicidad de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y las normas que lo modifiquen o adicionen de conformidad con lo dispuesto en la Ley 9ª de 1979 y sus decretos reglamentarios y en las demás normas que se expidan para el efecto.

(...)

“**Artículo 20.** Dirección de Alimentos y Bebidas. Son funciones de la Dirección de Alimentos y Bebidas, las siguientes:

(...)

9. Coordinar con las autoridades competentes, la vigilancia sanitaria, alertas y respuestas ante eventos o riesgos relacionados o asociados a la inocuidad de los alimentos y bebidas, dentro del ámbito de sus competencias.

(...)” (original sin subrayas).

En mérito de lo expuesto, esta Dirección,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: IMPONER una multa a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, por la suma **MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (\$1.667'825.700)** equivalente a MIL NOVECIENTOS (1900) Salarios Mínimos Legales 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 N° 062-87028-2, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, Código Rentístico N° 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: NEGAR la petición de medidas cautelares impetrada por la tercera interesada **-CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-**, conforme a lo expuesto en el considerando Trigésimo Tercero de esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR el contenido de la presente a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, identificada con NIT. 890.903.939-5, a través de su apoderado especial, Dr. **LUIS JORGE SÁNCHEZ GARCÍA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 12'135.643 y distinguido con la Tarjeta Profesional N° 54.287 del Consejo Superior de la Judicatura, entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra el presente acto administrativo proceden los recursos de reposición ante la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor y de apelación ante la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor, los cuales deben ser interpuestos dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este acto y conforme a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO CUARTO: Notificar el contenido de esta resolución a la tercera interesada **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES –RED PAPÁZ-**, a través de su apoderado especial, Dr. **ANDRÉS VÉLEZ SERNA**, entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra el

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

presente acto administrativo proceden los recursos de reposición ante la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor y de apelación ante la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor, los cuales deben ser interpuestos dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este acto y conforme a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011..

ARTÍCULO QUINTO: Comunicar el contenido de la presente resolución al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA-.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., 10 de julio de 2020

La Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor,



PAOLA ANDREA PÉREZ BANGUERA

NOTIFICACIÓN

INVESTIGADA:

Identificación: **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**
Nit. 890.903.939-5
Representante Legal: **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS**
Identificación: C.C. N° 70'566.823
Apoderado Especial: **LUIS JORGE SÁNCHEZ GARCÍA**
Identificación: C.C. N° 12'135.643 de Neiva
Tarjeta Profesional N° 54.827 del C. S de la J.
Correo Electrónico: luisjorgesg@gmail.com
luisjorgesg@hotmail.com
Dirección: Carrera 15 # 88 – 21, Oficina 301
Ciudad: Bogotá, D.C.

TERCERO INTERESADA:

Identificación: **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPÁZ-**
Nit. 830.130.422-3
Representante Legal: **CAROLINA PIÑEROS OSPINA**
Identificación: C.C. N° 39'694.233
Apoderado Especial: **Dr. ANDRÉS VÉLEZ SERNA**
Identificación: C.C. N° 1.020'714.052 de Bogotá
Tarjeta Profesional N° 197.394 del C. S de la J.
Dirección de Notificación: Calle 103 N° 14A - 53
Ciudad: Bogotá, D.C.
Correos electrónicos: director@redpapaz.org / soportelegal@redpapaz.org

COMUNICACIÓN:

Entidad: **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS –INVIMA-**
Identificación: Nit. 830.000.167-0
Director de Alimentos y Bebidas: **CARLOS ALBERTO ROBLES COCUYAME**
Identificación: C.C. N° 80. 414. 558
Dirección de Notificación: Carrera 10 N° 64 - 28
Ciudad: Bogotá, D.C.