

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

(17-12-2024)

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Radicación No. 21-75913

VERSIÓN ÚNICA

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

En ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, especialmente las previstas en las leyes 1480 de 2011, 1437 de 2011 y en el Decreto 4886 de 2011,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, en adelante la Dirección, mediante la Resolución No. 75799 del 1 de diciembre de 2023¹, impuso a **INVERSIONES GLU CLOUD S.A.S.**, en adelante la recurrente o Glu, identificada con el NIT 901-286.674-1, una multa por la suma de **MIL DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS M/CTE (\$1.002.240.000)**, equivalente a **OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO (864)** salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la citada resolución, por la vulneración del régimen de protección al consumidor.

De igual forma, la Dirección decidió **DESESTIMAR Y ARCHIVAR** de la imputación n.º 1 el subcargó referente a la presunta información carente de claridad, suficiencia, oportunidad y precisión respecto de la diferencia entre la sal de nicotina y la nicotina de base libre, así como también de la imputación n.º 7 los subcargos referidos a la información que se debe suministrar en la etapa previa a la aceptación de la oferta respecto de la identidad, particularmente el correo electrónico de la investigada y la información frente a la disponibilidad de los productos que se ofrecen en el comercio electrónico.

SEGUNDO: Que, inconforme con lo decidido, el 27 de diciembre de 2023 la recurrente presentó el recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No.75799 del 1 de diciembre de 2023.

TERCERO. ARGUMENTOS DEL RECURSO. Como sustento de sus pretensiones la recurrente manifestó lo siguiente:

3.1. «MANIFESTACIONES PRELIMINARES»

Indicó que es una sociedad joven, nacional, constituida en el año 2018 y que dio inicio con el emprendimiento de la venta de sus productos en el 2020, dando empleo y oportunidades a varias familias que devengan de su actividad comercial.

Agregó que ha buscado resaltar por su compromiso con el cumplimiento de la normatividad y el acompañamiento al consumidor, incluso más allá de los estándares aplicables a productos nocivos, en un mercado nuevo como lo es el de la venta de sistemas electrónicos de administración de nicotina (SEAN) y sistemas electrónicos sin suministro de nicotina (SSSN).

Finalizó indicando que no solo cumple con la normatividad vigente, sino que en muchos casos excede los mínimos establecidos por la norma para asegurar la

¹ Sistema de trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-75913-44.

toma de decisiones informadas y conscientes frente a la adquisición de sus productos, así como su especial preocupación por la protección de niños, niñas y adolescentes.

3.2. «Síntesis de los argumentos»

La recurrente manifestó que la decisión sancionatoria no se ajustó a lo probado, ni a una adecuada interpretación de la norma, así como también desconoció los principios de proporcionalidad en el marco del proceso administrativo sancionatorio.

Indicó que el sustento de lo anterior se debe a que suministró información oportuna, eficiente, precisa y clara a los consumidores sobre la composición de los productos, contenido de nicotina y tiempos de entrega; informó sobre la nocividad asociada al uso del producto al indicar que puede ser nocivo para la salud (cuestión que considera un estándar superior al mínimo requerido); garantizó el derecho a solicitar la garantía de los productos sin requerir información adicional a la prevista por la norma; informó sobre la nocividad del producto, así como la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su correcto uso y las contraindicaciones del caso en sus piezas publicitarias; informó de las condiciones de tiempo, modo, lugar y demás requisitos asociados a la emisión de promociones y ofertas; no incluyó cláusulas abusivas en sus términos y condiciones; y suministró información a los consumidores sobre su identidad, características y disponibilidad de productos, así como también cuenta con canales de atención de PQRS bajo los estándares normativos y con un enlace visible en su página *web*, para redireccionar a los consumidores a la página de esta Superintendencia.

3.3. «Error en la apreciación probatoria e indebida interpretación de la norma atribuible a la dirección que la llevó a emitir una decisión errada»

Para desarrollar su argumento, la recurrente dividió su escrito de la siguiente forma:

3.3.1. «La información "5.0ml -5%NIC" y "5% contiene nicotina"- No carece de los atributos de oportunidad, suficiencia, precisión y claridad respecto del significado del nivel de nicotina - Indebida apreciación de las pruebas e indebida apreciación de las normas»

Al respecto, señaló que la conclusión a la que llegó la Dirección sobre la información del nivel de nicotina de sus productos, a saber, que las expresiones «5.0ml – 5%NIC» y «5% contiene nicotina» no cumplieron con los atributos de oportunidad, suficiencia, previsión y claridad, se fundamentó en una indebida apreciación de las pruebas.

Sustentó su postura en el hecho de que para los consumidores resulta claro que 0.5 ml corresponde al volumen y 5% al nivel de nicotina, ya que esas son sus abreviaciones e indicó que permiten establecer el contenido de nicotina del producto de forma exacta.

Adicionalmente, indicó que el artículo 24 de la Ley 1480 de 2011 no establece como información mínima la inclusión de una tabla de ingredientes, razón por la cual no resulta obligatorio informar el contenido de cada uno de ellos, pues lo mínimo es informar la cantidad y especificaciones del producto, como muestran las fotos de producto allegadas durante la investigación; y que exigir información adicional a la establecida por las normas vigentes conllevaría a faltar al principio de legalidad.

Concluyó indicando que, a pesar de la claridad, oportunidad, precisión y suficiencia de la información brindada, se incluyó una tabla de ingredientes en la cual se informa el porcentaje de cada uno de ellos, lo cual debe valorarse positivamente de conformidad con el numeral 8 del parágrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

3.3.2. «Gluccloud suministra información oportuna, suficiente, precisa y clara respecto de si todos los productos contienen nicotina en las piezas publicitarias – Indebida apreciación de las pruebas»

La recurrente afirmó que la pieza publicitaria analizada por la Dirección no tuvo en cuenta que la información que buscaba presentar era exclusivamente de los sabores ofrecidos y no del producto como tal, como se muestra a continuación:



Imagen 1: Recurso de reposición y en subsidio de apelación. Radicado 21-75913-52, p. 6.

Por lo anterior, consideró que no era necesario suministrar información adicional sobre este.

Agregó que la frase «nicotina 5%» deja claro que el contenido de nicotina es del 5%, en la medida en que se trata de la forma en la que normalmente se suministra esa información al consumidor y, en consecuencia, las piezas publicitarias sí informaban de forma oportuna, suficiente, precisa y clara si los productos la contenían o no.

3.3.3. «Gluccloud suministra información oportuna, suficiente, precisa y clara respecto de los tiempos de entrega de los productos – Indebida apreciación de las pruebas»

Para la recurrente, la Dirección fundamentó su decisión en una valoración indebida de las pruebas, en la medida en que la información suministrada fue oportuna, clara, suficiente y precisa con respecto a los tiempos de entrega de los productos.

Afirmó que su diligencia fue tal que tomó las medidas a su alcance para informar sobre las fechas de entrega e indicó que la prueba de esto se encuentra en la remisión del número de seguimiento con la confirmación de la compra, con el fin de permitir al consumidor rastrear el producto, cuestión que no es exigida por las normas vigentes y que debería valorarse de manera positiva, de conformidad con el numeral 8 del párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

3.3.4. «Gluccloud no incumplió lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011 al indicar que el producto “puede” ser nocivo para la salud – Indebida apreciación de las pruebas»

La recurrente indicó que la Dirección no tuvo en cuenta que la Circular Externa No. 32 del Ministerio de Salud y Protección Social, sobre la cual se basa su apreciación, no es concluyente en señalar que los cigarrillos electrónicos y sus componentes son la causa directa de las enfermedades en ella descritas y en los

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

estudios en los que se basa, puesto que aseverar que estos y sus componentes se asocian a ciertas enfermedades no significa que lo sean. En este sentido, la expresión «puede», en su opinión, resulta coherente con la realidad del producto, sus componentes y los estudios existentes a la fecha.

Para sustentar su postura, puso de presente imágenes de la Circular anteriormente mencionada, que indican que el uso de cigarrillos electrónicos «se asocia» a un mayor riesgo cardiovascular, que los adolescentes que usan cigarrillos electrónicos tienen «más probabilidades» de consumir cannabis, ya que los dispositivos de cigarrillos electrónicos «pueden» fomentar la experimentación y personalización del consumo; que la glicerina de estos dispositivos «puede» llevar al desarrollo de neumonía lipóide y que los productos químicos presentes en el vapor del cigarrillo electrónico «pueden» causar daño celular y mutagénesis.

Agregó que, en todo caso, ha reforzado las leyendas incluidas en los empaques del producto, de manera que todos indican su nocividad, los riesgos asociados a su uso, las condiciones para su correcta utilización y sus contraindicaciones, así como también una leyenda alusiva a que su uso está prohibido para menores de edad, de la siguiente forma:



Imagen 2: Recurso de reposición y en subsidio de apelación. Radicado 21-75913-52, p. 10.

Con base en lo anterior, indicó que debía valorarse positivamente la medida tomada, de conformidad con el numeral 8 del párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

3.3.5. «Glucloud no condicionó el ejercicio del derecho de la garantía legal a requisitos adicionales a los indicados en las normas – Indebida apreciación de las pruebas»

Para la recurrente, la Dirección no tuvo en cuenta las pruebas presentadas y que, dentro de ellas se evidencia que la verificación realizada para efectos de la garantía legal se enfoca en: i) que el consumidor se encuentre dentro de los 3 días previstos en los términos y condiciones y ii) que la causa de la falla no sea atribuible al consumidor.

En este sentido, indicó que no hubo condicionamiento del ejercicio del derecho a la garantía legal con requisitos adicionales a los indicados dentro de la normatividad vigente.

Agregó que con las pruebas presentadas se demostró la inexistencia de daños a los consumidores, lo cual debe valorarse de forma positiva, de acuerdo con el numeral 1 del párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

3.3.6. «Gluccloud no incumplió las normas de publicidad de productos nocivos para la salud por no informar la nocividad del producto, la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su correcto use y contraindicaciones – Indebida apreciación de las pruebas»

En opinión de la recurrente, la Dirección desconoció la existencia de parámetros estrictos y políticas de publicidad, en la medida en que la totalidad de sus piezas publicitarias contienen las siguientes leyendas: i) prohibida la venta a menores de edad, o un símbolo equivalente; ii) que el producto es nocivo o perjudicial para la salud, la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto y las contraindicaciones del uso; y, iii) que el producto contiene nicotina, si aplica.

Agregó que cuenta con un manual de publicidad que es de consulta obligatoria para el equipo de mercadeo y que de él se deriva que todas las piezas publicitarias deben incluir las leyendas indicadas anteriormente.

Así mismo, señaló que brinda capacitaciones a sus distribuidores, dentro de las cuales se dan recomendaciones y parámetros para realizar publicidad y suministrar información a los consumidores, por lo cual se presentó una indebida valoración de las pruebas.

Finalizó afirmando que las conductas descritas deben ser valoradas de manera positiva, de conformidad con el numeral 8 del párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

3.3.7. «Gluccloud no incumplió las normas de promociones, ofertas y publicidad de incentivos pues sí informa e informó las condiciones de tiempo y los requisitos para acceder a las promociones e incentivos. Indebida apreciación de las pruebas e indebida apreciación de las normas»

La recurrente desarrolló su argumento, a partir de cada una de las piezas publicitarias estudiadas por la Dirección, así:

3.3.7.1. «Respecto de la promoción "amor y amistad 2x3 por la compra de 2 sabores recibes un lychee mini gratis"»

La recurrente manifestó que, por la naturaleza y funcionamiento de las publicaciones realizadas en la red social Instagram, que se componen de una imagen y una descripción que conforman un todo, la Dirección realizó una indebida valoración de las pruebas.

Lo anterior, en la medida en que, de haberse tenido en cuenta este criterio, se habría llegado a la conclusión de que no hubo infracción a la normatividad vigente, pues la descripción de las condiciones de tiempo, modo y lugar aplicables a la oferta, se encuentran dentro de la publicación, de la siguiente forma:

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"



Imagen 3: Recurso de reposición y en subsidio de apelación. Radicado 21-75913-52, p. 13.

3.3.7.2. «Respecto de la promoción la promoción "3x2» (sic)

Para la recurrente, la Dirección erró al valorar la pieza publicitaria que se muestra a continuación:



Imagen 4: Recurso de reposición y en subsidio de apelación. Radicado 21-75913-52, p. 14.

Lo anterior porque, en su opinión, no era necesario aportar la publicación inicial, pues la imagen resulta clara en señalar que era el último día para acceder a la promoción, cuestión que hace evidente que formaba parte de una serie de publicaciones sobre esta.

También, manifestó que sí se cumplió con la indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que exige la norma, de la siguiente manera: i) tiempo: pues se indica que es el último día de la promoción, ii) modo: aplica a través de la tienda y WhatsApp, y iii) lugar: es válido únicamente en Bogotá.

Agregó que la Dirección debió valorar positivamente que se desarrolló un manual de publicidad de obligatoria consulta para el equipo de mercadeo, de conformidad con el numeral 8 del parágrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

3.3.8. «Las cláusulas indicadas por la Dirección no son abusivas pues su aplicación ha sido adecuada y no generaron perjuicios para ningún consumidor al hacer efectivos sus derechos. - Indebida apreciación de las pruebas»

La recurrente manifestó que la Dirección incurrió en una indebida valoración probatoria, en la medida en que nunca fue su intención expresar que, en las cláusulas estudiadas, no reintegraría lo pagado por los consumidores que cumplieran con los términos y condiciones.

Por el contrario, buscaba velar por la protección a los niños, niñas y adolescentes frente a la venta de productos nocivos para su salud y que, bajo ese entendido, la inclusión de esas cláusulas tuvo como propósito limitar su responsabilidad frente a sus obligaciones y cargas legales, así como tampoco imponer cargas desproporcionadas o ilícitas a los consumidores.

Respecto de la oración: «No aceptamos ninguna responsabilidad por cualquier retraso en la entrega incluyendo, pero no limitando a la demora causada por un evento de fuerza mayor. Sin embargo, si usted no ha recibido el producto dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de entrega dada en nuestro correo electrónico de aceptación, por favor avísenos y nosotros volveremos a enviar su pedido sin costo adicional. Podemos a nuestra discreción exigirle prueba de la no entrega del producto y los costos de esta correrán bajo su responsabilidad», manifestó que su inclusión se presentó con el fin de establecer, respecto de las obligaciones legales que surgen con motivo del servicio postventa, que podrán limitarse solamente en los casos en que el retraso se deba a eventos imprevisibles, irresistibles y externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del Código Civil y replicadas por la Ley 1480 de 2011 en sus artículos 16, 22, 24 y 32.

Añadió que la disposición establece un mecanismo para que los consumidores puedan realizar el seguimiento a las demoras presentadas en sus pedidos, con lo cual queda demostrada que su intención era garantizar la buena prestación del servicio postventa en casos de demoras en la entrega y no limitar su responsabilidad.

Concluyó que no se ocasionó un desequilibrio injustificado a los consumidores, en la medida en que las circunstancias previstas en las cláusulas objeto de la controversia se han materializado, por lo cual no tuvo vigencia ni eficacia.

Finalizó indicando que, en todo caso, se eliminaron las disposiciones de sus términos y condiciones, cuestión que debe ser valorada, de conformidad con los numerales 1 y 8 del párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

3.3.9. «Gluccloud no vulneró las normas de protección al consumidor electrónico»

La recurrente desarrolló sus argumentos, de la siguiente forma:

3.3.9.1. «Respecto de la información de los productos que ofrece en la página web»

La recurrente afirmó que, de la redacción del artículo 50, literal b) de la Ley 1480 de 2011 se puede deducir que la información que se suministre al consumidor debe permitir que se dé una idea aproximada del producto, pero que la lista de indicaciones no tiene un carácter taxativo, lo cual traslada al productor o proveedor la interpretación sobre la información pertinente.

De esta forma, a su juicio, la norma no establece que deba indicarse de manera obligatoria el peso, material de fabricación, origen, modo de fabricación, calidad e idoneidad del producto.

3.3.9.2. «Respecto de los PQRs, la constancia de la fecha y hora de la radicación y de los mecanismos para posterior seguimiento»

La recurrente manifestó que sí cuenta con un mecanismo que permite a los consumidores radicar sus PQRs y que, en consecuencia, la Dirección realizó una valoración indebida de las pruebas.

Agregó que, en todo caso, ha modernizado estos mecanismos, que ahora resultan más intuitivos y permiten tener constancia de la fecha y hora de la radicación, así como del posterior seguimiento. Finalizó indicando que esto debe ser valorado de manera positiva de conformidad con los numerales 4 y 8 del párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

3.3.9.3. «Respecto de la disposición de un enlace visible y fácilmente identificable que les permita a los consumidores ingresar a la página de la SIC»

La recurrente indicó que dispuso en su portal *web* el enlace que permite a los consumidores ingresar a la página de esta Superintendencia, cuestión que fue demostrada a lo largo de la investigación y agregó que esto debe valorarse de manera positiva de conformidad con los numerales 4 y 8 del párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

3.4. «Desproporción de la sanción monetaria por desconocimiento de los principios del derecho sancionatorio. – Indebida aplicación de la sanción por inexistencia de incumplimiento normativo»

La recurrente afirmó que, de acuerdo con el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Dirección debía tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, dentro de los cuales se encuentran los del «derecho disciplinario sancionador», pues así habría concluido que la sanción y medidas administrativas impuestas fueron desproporcionadas y hubiese archivado los cargos, pues, en su opinión, no hubo incumplimiento.

Agregó que la decisión sancionatoria desconoce el principio de proporcionalidad en el marco del proceso administrativo sancionatorio e indicó, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional², del Tribunal Administrativo de Boyacá³ y de decisiones de la Delegatura para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología legal⁴, y de la Dirección para la Protección de Datos Personales⁵, que la sanción debe acompañarse con la conducta que se busca sancionar, es decir, que resulte proporcional.

Reiteró que no procedía sanción alguna y señaló que tomó medidas para reforzar la protección de los derechos de los consumidores, así como también afirmó que la información brindada fue clara, cierta, fidedigna, suficiente y actualizada, lo que permite a los consumidores tener una idea aproximada del producto y, en consecuencia, no se generó daño a los consumidores.

Así mismo, indicó que no incumplió con las normas de publicidad de productos nocivos para la salud, en la medida en que informó de la potencial nocividad del producto, conforme con estudios científicos existentes a la fecha, la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su correcto uso y las contraindicaciones.

Agregó que su diligencia es tal que diseñó un manual de publicidad que es de obligatoria consulta para sus empleados, a fin de reforzar la protección de los derechos de los consumidores y los niños, niñas y adolescentes.

También, señaló que las promociones evaluadas a lo largo de la actuación no causaron daños a los consumidores, porque no desconocieron las normas aplicables y que su actuación reforzó su protección, mediante el manual ya indicado.

2 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-321 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

3 Tribunal administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 2. 15001-33-33-008 2016-00012-01

4 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal. RESOLUCIÓN No. 9695 de 2023

5 Superintendencia de Industria y Comercio. Dirección para la Protección de Datos Personales.

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Añadió que las cláusulas dispuestas en los términos y condiciones de su página web no eran abusivas ni ocasionaron un desequilibrio injustificado a los consumidores.

Igualmente, indicó que su página contaba con un canal para radicar PQRS que, a pesar de cumplir con los requerimientos legales, fue reforzado para resultar más intuitivo, a fin de beneficiar y reforzar la protección de los consumidores.

Concluyó que, a partir de lo narrado, no resultaba procedente la aplicación de criterios agravantes a la sanción, pues no había lugar a ella y, en cambio, debían aplicarse los criterios atenuantes, como la disposición de buscar soluciones adecuadas a los consumidores y de colaborar con las autoridades competentes.

Finalmente, indicó que se desconoció el principio de proporcionalidad en la determinación de la multa, no solamente por lo indicado antes, sino también porque, al ser una sociedad joven, el monto de la multa impuesta haría inviable la operación de su negocio.

CUARTO: Que la Dirección, mediante la Resolución No. 55332 del 23 de septiembre de 2024 decidió **MODIFICAR** la sanción, para reducirla a la suma de **QUINIENTOS OCHO (508) salarios mínimos mensuales legales vigentes**, equivalente a **QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL PESOS M/CTE (\$589.280.000)**, **CONFIRMAR** en sus demás partes la Resolución No. 75799 del 1 de diciembre de 2023 y **CONCEDER** el recurso de apelación, dando traslado a este Despacho para su trámite.

QUINTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011, este Despacho resolverá las cuestiones planteadas en el recurso. Para ello, una vez expuesta la síntesis de los hechos se analizarán los siguientes asuntos: i) responsabilidad objetiva en la protección del consumidor; ii) información; iii) publicidad: régimen de promociones y ofertas; iv) garantía legal; v) cláusulas abusivas, y vii) obligaciones del proveedor en el comercio electrónico.

5.1. Síntesis de los hechos

La Dirección conoció de la queja radicada con el número 21-75913-0 del 22 de febrero de 2021, en contra de la recurrente, mediante la cual se informó la presunta vulneración a las normas de protección al consumidor.

En tal forma, el 23 de septiembre de 2021, la Dirección ordenó a la recurrente remitir información respecto de su objeto social, los productos que comercializa, así como la fechas y canales a través de los que realiza esta actividad, entre otros aspectos.

Los días 8 y 25 de octubre de 2021, la recurrente presentó su respuesta, mediante los consecutivos 4 a 18 del radicado 21-21-75913.

El 9 de mayo de 2022, la Dirección realizó una visita administrativa a la página web de la recurrente, «<https://glu-cloud.com/>», radicada con el número 21-75913-19, con el propósito de verificar la información contenida en ella.

Mediante el radicado número 21-75913-20 del 27 de julio de 2022, la Dirección anexó el radicado 21-253453-0 del 24 de junio de 2021, por medio del cual la denunciante, solicitó su reconocimiento como tercera interesada dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

El 26 de agosto de 2022, por medio de la Resolución No. 574796, la Dirección formuló cargos en contra de la recurrente. Las imputaciones endilgadas fueron las siguientes:

6 Sistema de trámites de esta Superintendencia. Radicado 21-75913-21.

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

- 11.1. Imputación fáctica N° 1: Presunto incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 1.3 del artículo 3° y el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011:
(...)
- 11.2. Imputación fáctica N° 2: Presunto incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011:
(...)
- 11.3. Imputación fáctica N° 3: Presunto incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en el artículo
2.2.2.32.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015:
(...)
- 11.4. Imputación fáctica N° 4: Presunto incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1480 de 2011:
(...)
- 11.5. Imputación fáctica N° 5: Presunto incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia:
(...)
- 11.6. Imputación fáctica N° 6: Presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 y los numerales 1°, 5° y 9° del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011:
(...)
- 11.7. Imputación fáctica N° 7: Presunto incumplimiento a lo dispuesto en los literales a), b), g) y el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en los numerales 1°, 2° y 7° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015:(...)

Tras agotarse las etapas del procedimiento administrativo sancionatorio, la Dirección impuso la sanción descrita en el numeral primero de la presente resolución.

Inconforme con lo decidido, la recurrente interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, de conformidad con lo señalado en el numeral segundo de esta resolución.

La Dirección, mediante la Resolución No. 55332 del 23 de septiembre de 2024 decidió **MODIFICAR** la sanción en los términos descritos en el numeral cuarto.

5.2. Responsabilidad objetiva en la protección del consumidor

Con el fin de abordar los argumentos de la recurrente, resulta necesario, de manera preliminar, señalar que el régimen de protección al consumidor en Colombia opera bajo un esquema de responsabilidad objetiva. Esto quiere decir que, para endilgar responsabilidad al investigado en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio, no es necesario acreditar que se actuó con culpabilidad, sino que basta con demostrar la infracción de las normas vigentes.

Lo anterior encuentra su soporte en la asimetría existente entre productores, proveedores y consumidores, que deja a estos últimos en una situación de vulnerabilidad frente a quienes tienen más y mejores medios dentro de la relación de consumo, ya sea por la información con que cuentan, su poder de negociación o sus medios económicos.

En ese sentido la doctrina ha sostenido que «la normativa de protección al consumidor cuestiona y revalúa el principio de igualdad, el imperio puro y simple de la autonomía de la voluntad y la culpa como regla de la responsabilidad»⁷.

Al respecto, en la Asamblea Nacional Constituyente se reconoció que la búsqueda de esta igualdad entre productores, proveedores y consumidores ameritaba la existencia de un sistema de responsabilidad objetiva, como se muestra a continuación:

⁷ GIRALDO LÓPEZ, Alejandro, CAYCEDO ESPINEL, Carlos Germán y MADRIÑÁN RIVERA, Ramón Eduardo. Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor. Primera edición. Editorial Legis, Bogotá: 2012, p. 2.

(...) Puesto que en nuestra ponencia sobre derechos colectivos recomendamos incluir expresamente los derechos de los consumidores y usuarios en dicha categoría jurídica, de ello se sigue que la responsabilidad por su desconocimiento y la consiguiente indemnización se sujetará a los principios propios de la responsabilidad objetiva (...) ⁸. (Subrayas fuera del texto original).

Igualmente, la Corte Constitucional, en sentencia C-1141 de 2000, reiteró el propósito de las normas de consumo y la razón para que exista un régimen de responsabilidad objetiva, en los siguientes términos:

1. El régimen de protección al consumidor es especial dadas las asimetrías de información que padece el consumidor en el mercado: "la Constitución ordena la existencia de un campo de protección a favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelven las personas que acuden al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas";
2. El régimen de responsabilidad correspondió al esquema ideado por el legislador para mitigar la mencionada asimetría: "en el plano constitucional, el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor y el usuario".
3. El régimen de responsabilidad es debido al orden de posición de inferioridad con que los consumidores se enfrentan en las relaciones de consumo: "estriba en la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales.

Cabe añadir que, dentro de las causales de exoneración de responsabilidad en los procesos administrativos sancionatorios en materia de protección al consumidor, el parágrafo 2 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 consagra lo siguiente: «PARÁGRAFO 2o. Dentro de las actuaciones administrativas solo serán admisibles las mismas causales de exoneración de responsabilidad previstas en el Título 1 de esta ley».

Las causales aludidas se encuentran, entre otros, en los artículos 16, 22 y 32 de la Ley 1480 de 2011 y, en general, se refieren a eventos de caso fortuito, fuerza mayor, culpa del consumidor y hechos de terceros. Lo anterior, en aras de señalar que la configuración de alguna de dichas causales excluye la responsabilidad por ausencia de voluntariedad.

Finalmente, resulta necesario aclarar que los argumentos expuestos por la recurrente dentro de sus recursos serán analizados desde esta perspectiva.

5.3. Información

En consideración a que varios de los argumentos expuestos por la recurrente están relacionados con las normas sobre información contenidas en la Ley 1480 de 2011 y la normatividad complementaria, se realizará su análisis agrupándolos en un solo acápite y dividiendo cada temática específica, según sea el caso.

Pues bien, al tenor del numeral 7 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, la información se define de la siguiente manera:

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

⁸ Informe Ponencia sobre "Derechos Colectivos", Asamblea Nacional Constituyente – Gaceta Constitucional No. 46 p, 23.

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.

Dicho lo anterior, resulta necesario precisar que uno de los pilares del derecho del consumo, en general, es el derecho de los consumidores a recibir información. Este derecho se encuentra consagrado en los artículos 1 (numeral 2); 3 (numeral 1.3) y del 23 al 28 de la Ley 1480 de 2011.

La información constituye un presupuesto del derecho de elección de los consumidores, pues permite la toma de decisiones bien fundadas y que resulten adecuadas a sus intereses, para lo cual resulta necesario que, en virtud del principio de buena fe, productores y proveedores obren con lealtad y corrección en todas las etapas del contrato, en particular, y de las relaciones de consumo, en general⁹.

Así, se erige en una de las herramientas más efectivas para proteger sus derechos, prevenir la configuración de vicios del consentimiento y morigerar la desigualdad existente entre productores y consumidores, teniendo en cuenta la dificultad de acceder a toda la información antes de adquirirlo¹⁰.

Para lograr este objetivo, el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 establece los criterios que debe cumplir la información que suministran los productores y proveedores y que corresponden a los siguientes: claridad, veracidad, suficiencia, oportunidad, verificabilidad, comprensibilidad, precisión e idoneidad.

Si bien del texto de la norma no resulta claro el alcance de las expresiones señaladas, a partir de la doctrina, los conceptos de esta Superintendencia y el lenguaje comúnmente utilizado, materializado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se puede llegar a una noción de cada una de ellas, de la siguiente forma (tal y como lo hizo la Dirección en la resolución sancionatoria):

- **Claridad y comprensibilidad:** estos criterios señalan que la información sobre el producto no puede dar lugar a dudas, que sea inteligible, fácil de comprender¹¹, así como también que sea inequívoca, indiscutible e incuestionable e, igualmente, que indique los componentes, modo o cualidad de fabricación, las propiedades, calidad e idoneidad de estos, cuando se ofrezcan o pongan en circulación¹².
- **Veracidad:** este criterio hace referencia a que la información suministrada a los consumidores se ajusta a la realidad, además de que debe resultar cierta y comprobable, de manera que corresponda con los atributos que efectivamente se otorgan al consumidor¹³.
- **Suficiencia:** se refiere a que la información que se suministra al consumidor debe ser completa, a fin de que cuente con los elementos de juicio suficientes para elegir entre la variedad de bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, para así adoptar decisiones de consumo razonables¹⁴.
- **Oportunidad:** hace referencia a que la información debe brindarse en el momento adecuado, ya que, si se da de forma extemporánea, podría alterar la capacidad de decisión del consumidor¹⁵.
- **Verificabilidad:** este criterio indica que la información debe tener la posibilidad de verificarse para así comprobar su veracidad y examinar el método por el que se ha alcanzado¹⁶.

9 MORGESTEIN SÁNCHEZ, Wilson Iván. El concepto de información en el Estatuto del Consumidor colombiano. Un estudio jurídico de la institución en la Ley 1480 de 2011. [En] Revista de Estudios Socio-jurídicos (Vol. 17, No. 1) p, 208.

10 Ibidem.

11 VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. Introducción al Derecho del Consumo. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá: 2012, p. 171.

12 Superintendencia de Industria y Comercio. Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor. Resolución SIC No. 43142 del 24 de julio de 2012

13 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Folleto "Guía General de Protección al Consumidor", Pág. 39.

14 Ibidem.

15 VILLALBA CUÉLLAR, Op. Cit., p. 171.

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

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Con esta base, hay que señalar que el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 establece la responsabilidad de los productores y proveedores por los daños generados como consecuencia de una información insuficiente o inadecuada, así como también que la información debe estar en idioma castellano.

De igual forma, el artículo 24 establece el mínimo de información que debe suministrarse a los consumidores, lo que comprende las instrucciones para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio, la cantidad, peso o volumen, cuando aplique, que debe expresarse en las medidas del Sistema Internacional de Unidades o con las unidades acostumbradas de medida; la fecha de vencimiento, cuando sea pertinente; y las especificaciones del bien o servicio, cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares.

También, de conformidad con el artículo reseñado, corresponde a los proveedores, de manera especial, suministrar información sobre las garantías que asisten al consumidor o usuario y el precio, que al tenor del artículo 26 de la Ley 1480 de 2011 deberá incluir todos los impuestos y costos adicionales que los productos puedan tener (indicando el motivo y valor de estos), además de ser informado en pesos colombianos, como regla general.

En el caso de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles ya sea en sus etiquetas, envases, empaques o en un anexo dentro de ellos, su nocividad y las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones del caso, al tenor del artículo 25 de la Ley 1480 de 2011.

El artículo 27 de la Ley 1480 de 2011, consagra que el derecho del consumidor a exigir a costa del productor o proveedor la constancia de toda operación de consumo que realice, así como también que la factura o su equivalente podrá hacer las veces de esta constancia, independientemente de su forma de expedición. Igualmente, establece que la presentación de esta no será condición para hacer valer los derechos contenidos dentro de esta ley.

Teniendo claro lo anterior, debe realizarse el análisis de los argumentos de la recurrente, de la siguiente forma:

5.3.1. Información sobre el nivel de nicotina de los productos de Glucloud.

La recurrente manifestó que la información brindada sobre el contenido de nicotina de sus productos, a saber, «5.0 ml-5%NIC» y «5% contiene nicotina» cumple con los atributos de oportunidad, suficiencia, precisión y claridad respecto del significado del nivel de nicotina de sus productos.

También, señaló que el artículo 24 de la Ley 1480 de 2011 no establece la inclusión de una tabla de ingredientes y que, en esta medida, no resulta obligatorio informar el contenido de cada ingrediente, por lo cual exigir el suministro de información adicional atentaría contra el principio de legalidad.

En este sentido, indicó que no resultaba necesario suministrar información adicional del producto y agregó que la frase «nicotina 5%» da claridad sobre el porcentaje de nicotina que este contiene, de manera que sí se informa de manera oportuna, suficiente, precisa y clara que contienen este componente.

Pues bien, al respecto, debe indicarse que, para el momento de los hechos investigados, no existía una norma especial ni reglamento técnico que especificara de forma especial el estándar de información y publicidad que deben cumplir los productores y proveedores de los sistemas electrónicos de administración de nicotina (SEAN) o sin nicotina (SSSN).

No obstante, el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 consagra los requisitos y el contenido mínimo de la información que se brinda a los consumidores.

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

En este sentido, en el momento en que Glu incluyó dentro de la información que suministra a los consumidores el nivel de nicotina de sus productos, debía garantizar que la información fuera clara y suficiente.

Para analizar el cumplimiento de estos parámetros, como indicó la Dirección en la resolución sancionatoria, debe tomarse como base un estándar de consumidor medio, quien, al tenor de lo que han señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁷ y el Consejo de Estado¹⁸, es aquella «persona dotada de las normales facultades perceptivas’ o ‘a personas de raciocinio normal’ quien por lo general no es una persona conocedora y diligente, que se ‘guía por sencillas apreciaciones visuales o auditivas corrientes’ en quien debe suponerse un conocimiento y una capacidad de percepción corrientes», «que no está muy alerta ni muy distraído, ni disponiendo de mucho tiempo, ni andando exclusivamente de prisa, ni instruido ni ignorante».

Así, la información suministrada al consumidor debe ser lo suficientemente clara como para que el consumidor medio pueda entenderla en su literalidad, comprendiendo su alcance sin necesidad de explicaciones adicionales, a fin de poder tomar una decisión de consumo razonable y adecuada para cubrir sus necesidades.

En este sentido, las expresiones «5.0 ml-5%NIC» y «5% contiene nicotina» no resultan claras, precisas, oportunas y suficientes, en la medida en que no permiten establecer a un consumidor medio el nivel efectivo de nicotina del producto.

Lo anterior, en la medida en que la información se presenta sin un contexto adecuado, al limitarse a señalar un número de mililitros y un porcentaje, sin indicar si se alude a la concentración de nicotina o a la totalidad del líquido que la contiene, especialmente cuando lo usual suele ser presentar la información en términos de concentración de miligramos por mililitro: mg/ml, como lo indicó la Dirección en la resolución que resolvió el recurso de reposición.

Esto impide al consumidor la posibilidad de tomar una decisión de consumo razonable, por no contar con la información suficiente para entender el nivel de nicotina de los productos comercializados por la recurrente.

A partir de lo expuesto, se concluye que los argumentos de la recurrente no tienen vocación de prosperidad.

5.3.2. Información sobre el contenido o no de nicotina y el significado de la expresión «nicotina 5%»

Frente al cargo por no indicar si los productos contienen o no nicotina, que tuvo como fundamento la siguiente imagen:



Imagen 5: Recurso de reposición y en subsidio de apelación. Radicado 21-75913-52, p.6.

17 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso no. 09-IP-94. Caso DIDA – SOCIEDAD CONFECCIONES DIDA LTDA. Y proceso 41-IP-99. Caso PASTEUR SANOFI DIAGNOSTICS.
18 CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 17 de marzo de 2011. Radicado: 11001-03-24-000-2004-390-01. C.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

La recurrente manifestó que la pieza publicitaria analizada por la Dirección buscaba dar información exclusivamente de los sabores ofrecidos, pero no del producto como tal.

En relación con este cargo, la Dirección en la resolución sancionatoria manifestó:

Nótese como dentro de la misma simplemente se ilustran unos productos en la imagen donde se indica "¡No te lo pierdas! Tenemos un mundo de sabores" y se indica el sabor de cada uno de los mismos, pero no indica si todos sus productos contienen o no nicotina ni el significado de "nicotina 5%".

En ese orden, si bien la investigada ofrece productos con y sin nicotina, circunstancia incluso corroborada por ésta en sus escritos de defensa, lo cierto es que, frente a la pieza publicitaria inmediatamente expuesta, no se informa a los consumidores con claridad y sin lugar a duda dicha circunstancia, pues solo se están presentando los productos en sus diferentes variaciones. Asimismo, la información adoleció del atributo de la suficiencia, pues no se les suministró a los consumidores todas las herramientas de juicio necesarias para adoptar una decisión razonable de consumo, al no saber si los productos contenían o no nicotina.

Al respecto, este Despacho se aparta de las consideraciones hechas por la Dirección toda vez que, cómo se manifestó previamente, a la fecha de la imposición de la sanción no existe reglamentación sobre la información que debe ser proporcionada para la promoción y venta de los productos objeto de la investigación. Así, a la luz del artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 imputado, no existe una obligación para el productor o proveedor de informar si el producto «contiene o no contiene nicotina».

Ahora, si bien es cierto que, para la venta de productos nocivos, existen requisitos mínimos de información que debe suministrarse, estos elementos fácticos y normativos fueron reprochados mediante los cargos segundo y cuarto, en los que se les acusó por no incluir información específica respecto a la ausencia de información sobre el contenido de nicotina y su nocividad tanto en la información suministrada al consumidor, como en la publicidad en virtud de los artículos 25 y 31, respectivamente.

Finalmente, la pieza publicitaria en la que se fundamentó tanto la formulación de los cargos, como la sanción, no contiene en ninguna parte la expresión «nicotina 5%». Por lo que, aunque se le reprochó de manera reiterada que no se explicó a qué se refería esta expresión, lo cierto es que la prueba en la que se fundamentó el cargo no contiene tal expresión. En tal sentido, no hay lugar a reprochar que la recurrente no explicara a qué se refería con la expresión «nicotina 5%», cuando esta ni siquiera fue utilizada en la pieza publicitaria.

En consecuencia de lo expuesto, este Despacho procederá a archivar el subcargo 3 del cargo primero y a reducir el monto de la sanción en diez salarios mínimos legales mensuales vigentes (10 smlmv).

5.3.2. Información sobre los tiempos de entrega de los productos de Gluccloud.

La recurrente afirmó que suministró información oportuna, suficiente, precisa y clara respecto de los tiempos de entrega de los productos y que la Dirección fundamentó su decisión en una indebida valoración probatoria para establecer su responsabilidad.

Sobre el particular, resulta importante resaltar que, como se indicó en la parte inicial del acápite, la información reviste de vital importancia en las relaciones de consumo, pues permite al consumidor tener conocimiento del producto que va a adquirir.

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Adicionalmente, la información que se brinde sobre los tiempos de entrega consiste en una promesa de valor para el consumidor, quien contrata con la esperanza de recibir los productos dentro del término pactado.

Esta información, además, condiciona el cumplimiento de la obligación de entrega que se deriva del contrato de compraventa y, en la medida en que forma parte de sus cláusulas, bien por estar dentro de los términos y condiciones, o bien por estar en otros documentos que contienen información puesta en conocimiento del consumidor, forma parte de este y, por ende, resulta plenamente exigible.

Así las cosas, debido a esta importancia, la información sobre los tiempos de entrega debe ser clara para el consumidor, pues, se reitera, forma parte de los distintos factores que le permiten tomar una decisión fundada y adecuada a sus necesidades.

De cara al caso concreto, debe recordarse que dentro de la visita administrativa realizada el 10 de mayo de 2022 y que obra dentro del radicado 21-75913-19, se encontró lo siguiente dentro de los términos y condiciones de la recurrente:

12. Información y condiciones sobre el envío.

- La entrega de los productos sólo se hará a direcciones de Colombia.
- El plazo máximo para la entrega del producto será de: [*].
- A menos que usted solicite lo contrario, todos los productos que usted pida serán enviados a través del servicio y por el costo que se le ha indicado en la página web antes de la confirmación de su pedido.
- Los tiempos estimados de despacho son los indicados en nuestra página web. Por favor tenga en cuenta que los horarios de despacho indicados en ella son sólo estimaciones. Por tanto, no sugerimos depender de ellos, pues no es una garantía de cumplimiento.
- Se enviará un correo electrónico confirmando cuando su producto se ha enviado.
- Debido a medidas locales que restringen parcialmente el tránsito de vehículos en días hábiles, los tiempos de entregas en ciudades o municipios lejanos pueden ser mayores a lo indicado en la página web.
- No aceptamos ninguna responsabilidad por cualquier retraso en la entrega, incluyendo, pero no limitado, a la demora causada por un evento de fuerza mayor. Sin embargo, si usted no ha recibido el producto dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de entrega dada en nuestro correo electrónico de aceptación, por favor avísenos y nosotros volveremos a enviar su pedido sin costo adicional. Podemos, a nuestra discreción, exigirle prueba de la no entrega del producto, y los costos de ésta correrán bajo su responsabilidad.
- Los productos serán su responsabilidad una vez que hayan sido entregados en la dirección indicada en el pedido.
- Usted será dueño de los productos una vez que se haya recibido la totalidad del pago de su parte.

Imagen 6: Radicado 21-75913-19. Visita administrativa del 10 de mayo de 2022, minuto 2:42.

Como se ve, no se indica un plazo de entrega, con lo cual puede afirmarse que la información brindada fue insuficiente.

Adicionalmente, dentro de la política de envío que Glu tenía publicada para el momento de la visita administrativa, se observó que la información publicada en su página web indicaba lo que sigue:

glucoud Home VER TODOS GLU SLIM GLU MINI GLU LARGE GLU XL SABORES PQRS Contacto

Política de envío

Política de envío

El despacho a la transportadora, desde nuestra bodega es de 2 a 3 días hábiles. Los tiempos de envío LUEGO del buen despacho de las unidades desde nuestras instalaciones son INDEPENDIENTES y sujetos enteramente de las TRANSPORTADORAS. Al cliente se le entregará su # guía si es solicitado y, si existiera alguna novedad se le asistirá de la mejor manera para que llegue el pedido en óptimas condiciones. Sin embargo, GLUCOUD NO se hace responsable de la demora en tiempos de envío luego de la entrega de mercancía a la transportadora.

Imagen 7: Radicado 21-75913-19. Visita administrativa del 10 de mayo de 2022, minuto 6:31.

Como se puede ver, en la política de envío se hace referencia a un término de 2 a 3 días hábiles para el despacho «a la transportadora desde nuestra bodega» y sigue sin informarse el tiempo estimado de entrega al consumidor.

Como indicó la Dirección dentro de la resolución sancionatoria y la resolución que resolvió el recurso de reposición, al contrastar las dos imágenes se encuentra un suministro de información fragmentada a los consumidores en relación con los tiempos de entrega de los productos por parte de la recurrente.

Esta circunstancia hace que la información no resulte clara para los consumidores, en tanto no es inteligible ni fácil de comprender, pues impone al consumidor la necesidad de realizar un ejercicio de búsqueda y análisis, lo cual puede generar cuestionamientos sobre los tiempos de entrega.

Adicionalmente, la información resultó insuficiente, en la medida en que el consumidor no contó con las herramientas suficientes para adoptar una decisión de consumo y, finalmente, tampoco fue oportuna, en la medida que, como indicó la Dirección, el momento adecuado para brindar la información debía ser aquel en el que el consumidor entraba en contacto con la información del producto, esto es, dentro de la plataforma de comercio electrónico.

Si a esto se le suma lo ya indicado acerca de la responsabilidad objetiva, resulta claro que existió una infracción, independientemente de la intención de la recurrente, por lo cual los argumentos expuestos frente a este punto no tienen vocación de prosperidad.

5.3.3. Información sobre la nocividad de los productos de Glucloud.

Para la recurrente, la Dirección erró al dar por demostrado que se incumplió con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011 a partir de la manifestación de que los productos de Glu pueden ser nocivos para la salud.

Como sustento de su posición, indicó que la Circular Externa No. 32 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social no es concluyente en señalar que los cigarrillos electrónicos y sus componentes son la causa de las enfermedades descritas en ella y en los estudios en los cuales se basa, pues el hecho de que estos estén asociados a ciertas enfermedades no es lo mismo que aseverar que son su causa. Con base en lo expuesto, concluyó que la expresión «puede» resulta coherente con la realidad del producto, sus componentes y los estudios existentes a la fecha.

Al respecto, el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011 establece que, en el caso de aquellos productos que, por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, debe indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles, dentro de sus etiquetas, envases, empaques o en un anexo dentro de estos, aviso de su nocividad, las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización y sus contraindicaciones.

Con esta base, resulta necesario validar las afirmaciones de la recurrente, para lo cual es necesario traer a colación lo indicado dentro de la Circular Externa No. 32 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección social, que indica lo siguiente:

RIESGOS ASOCIADOS EN SALUD

- a. La nicotina ocasiona adicción (American Psychiatric Association, 2013) y ha demostrado afectar el desarrollo neuronal en adolescentes (U.S. Department of Health and Human Services, 2018).
- [...]
- f. La ingesta de la nicotina contenida en estos productos causa intoxicación aguda, siendo grave en niños (Weiss , Tomasallo , Meiman, & Creswell, 2016) (Ordonez, Kleinschmidt, & Forrester, 2015).

Imagen 8: Resolución 75799 del 1 de diciembre de 2023 (sanción). Radicado 21-75913-44, p. 26.

En este sentido, no hay lugar a dudas del carácter nocivo que tiene la nicotina en la salud, no solamente por ocasionar adicción, sino también por afectar el desarrollo neuronal en adolescentes, a partir de estudios existentes citados por el Ministerio de Salud y Protección Social, lo cual contrasta con las afirmaciones de la recurrente.

Con esto, en aquellos productos de la recurrente que contienen nicotina, debería indicarse que se trata de un producto nocivo, sin que resulte suficiente usar la expresión «puede», cuando la circular del Ministerio, frente a este punto es clara

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

en cuanto a los riesgos asociados a la salud, por lo que deja por fuera de duda la nocividad del componente.

Lo anterior se refuerza por el hecho de que la leyenda utilizada por la recurrente fue la siguiente: «este producto contiene nicotina, un químico altamente adictivo, este producto puede ser nocivo para la salud».

Respecto de las condiciones e indicaciones de uso del producto y sus contraindicaciones, este Despacho coincide con la Dirección en el hecho de que, de las pruebas obrantes dentro del expediente, no se encuentra demostrada la inclusión de estas en los empaques de los productos de Glu.

Tomando como base la imagen tenida en cuenta por la Dirección para formular el cargo que se reprocha, se encuentra que, si bien existen algunas advertencias, tales como que el producto contiene nicotina, y que «puede ser nocivo para la salud», no hay mucha información adicional relacionada con las indicaciones de uso, pues el empaque indica: «Este producto contiene nicotina, un químico altamente adictivo. Este producto puede ser nocivo para la salud, si presenta reacciones alérgicas o de cualquier otro tipo, suspenda inmediatamente su uso. Manténgase fuera del alcance de los niños». La imagen es la siguiente:

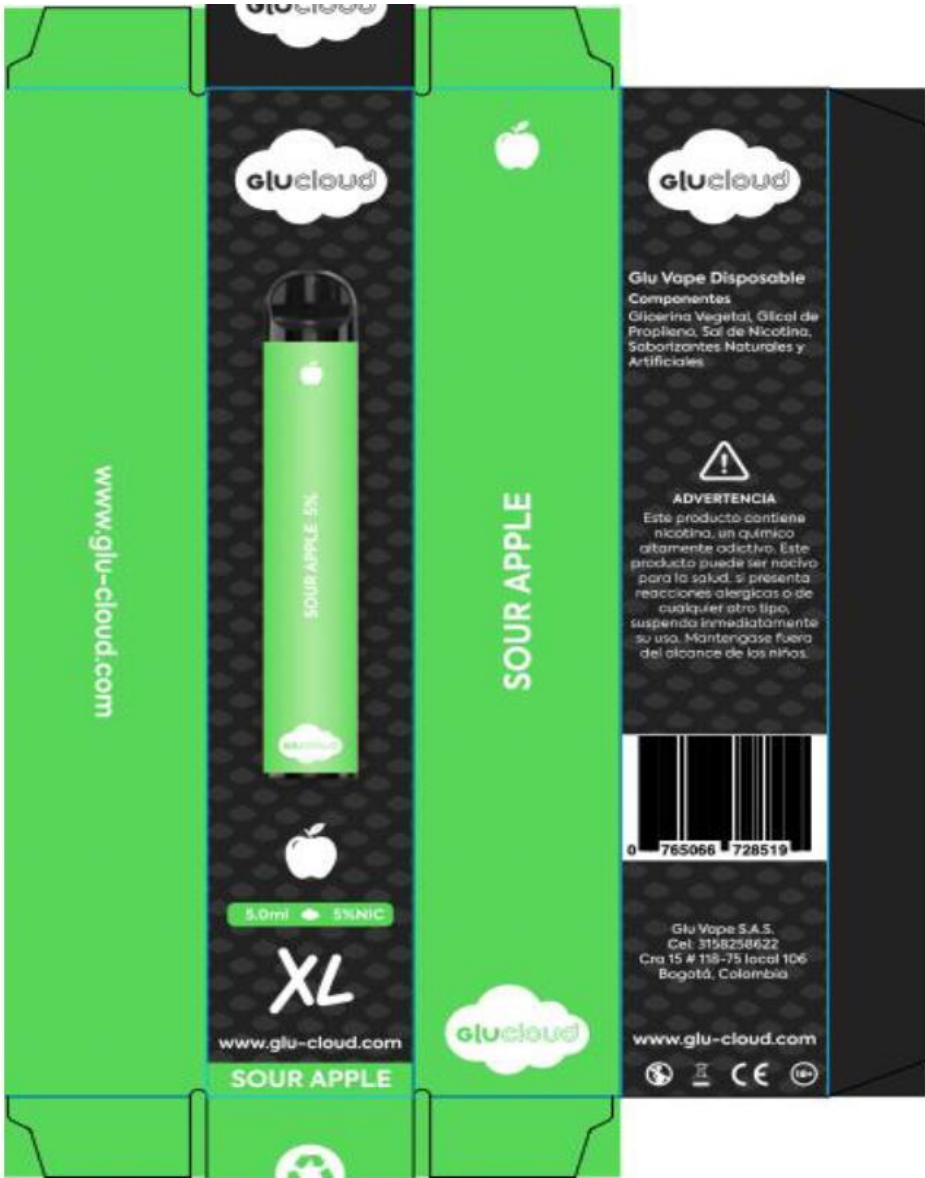


Imagen 9: Radicado 21-75913-4 del 8 de octubre de 2021.

Sin embargo, al usar la expresión «puede» está desconociendo los estudios que determinan que la nicotina es un componente nocivo para la salud. Además, no se expresan las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, ni las contraindicaciones del caso. Pese a que a través de la Circular Externa No. 32 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social señaló claramente cuales son las contraindicaciones, la recurrente se limitó a indicar que es un producto altamente adictivo y que puede generar reacciones alérgicas.

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Así, entonces, la información específica que se brindó no cumple con la exigencia que tiene la norma frente a los productos que, por su naturaleza o componentes, resultan nocivos para la salud.

Cabe recordar que el sistema de responsabilidad administrativa en materia de consumo tiene un carácter objetivo y, en esta medida, basta demostrar la infracción, para endilgar responsabilidad al administrado.

Por lo anterior, se concluye que la recurrente infringió el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011 y, en consecuencia, sus argumentos no tienen vocación de prosperidad.

5.4. Publicidad

A fin de analizar los argumentos de la recurrente en torno a esta temática, resulta necesario recordar que la publicidad, a la luz del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, se define de la siguiente forma: «toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo».

Igualmente, la norma define la publicidad engañosa como «aquella cuyo mensaje no corresponde a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión».

En este sentido, existe una relación íntima entre la información y la publicidad, pues esta última contiene información, encaminada a la toma de decisiones de consumo.

Debe recordarse que «[l]a publicidad es un elemento indispensable en la economía de mercado para la colocación masiva de productos y servicios entre los consumidores»¹⁹, en la medida en que cautiva al consumidor mediante imágenes y mensajes elocuentes que despiertan su interés, así como también constituye la base de su elección, pues en algunos casos los datos que contiene son los únicos con los que cuenta sobre el producto²⁰.

Con esta base, el régimen de publicidad del Estatuto del Consumidor en su artículo 29 establece su fuerza vinculante, al indicar que las condiciones objetivas y específicas anunciadas obligan al anunciante en esos términos.

Igualmente, el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 prohíbe la publicidad engañosa y establece la responsabilidad del anunciante sobre los perjuicios que esta pueda causar, así como también la responsabilidad solidaria del anunciante si se demuestra su dolo o culpa grave.

El artículo 31 del Estatuto, por su parte, establece que en la publicidad de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud debe advertirse claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones para su uso correcto, así como las contraindicaciones del caso.

A su vez, el artículo 32 de la misma normativa consagra que las causales de exoneración de responsabilidad que resultan aplicables a los casos de publicidad son las correspondientes a la fuerza mayor, el caso fortuito y la suplantación o la adulteración de la publicidad, cuando se demuestre que ello no pudo evitarse.

En relación con las promociones y ofertas, el artículo 33 ibidem establece claramente que sus términos obligan a quien las realiza y que están sujetas a las normas incorporadas dentro de esta ley.

19 CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. El deber de información frente a las decisiones "no racionales" del consumidor. Diálogos y tensiones con la filosofía, la psicología, las neurociencias, la cronobiología y la inteligencia artificial. Editorial La Ley. Buenos Aires: 2024, p. 330.

20 PEÑA BENETT, Fernando. La publicidad y los contratos con el consumidor. En: Derecho del Consumo. Tras un lustro del Estatuto del Consumidor en Colombia. Editorial Temis. Bogotá: 2018, p. 41-42.

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Cabe recordar que el numeral 10 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 establece que las promociones y ofertas se refieren a un «Ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos».

También, el artículo 33 ibidem consagra que, dentro de la publicidad, deben informarse las condiciones de tiempo, modo y lugar, así como los demás requisitos para acceder a la promoción u oferta y que, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, cuando no se indique la fecha de inicio de estas, se entenderá que rigen a partir del momento de su comunicación al público; así como también que la omisión de la fecha de finalización de la vigencia o de la condición de que es válida hasta agotar inventario, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer su revocatoria, por los mismos medios e intensidad en que se dio a conocer originalmente.

Cabe añadir que la Circular Única de esta Superintendencia establece dentro del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo 2 del título II, los criterios técnicos y jurídicos para dar cabal aplicación a los requisitos de veracidad, suficiencia y no inducción al error exigidos por el legislador respecto de la publicidad con incentivos (que incluye las promociones y ofertas), que corresponden a los siguientes:

- Identificación del producto o servicio promovido y del incentivo que se ofrece indicando su cantidad y calidad.
- Requisitos y condiciones para su entrega, como por ejemplo si no es acumulable con otros incentivos, si se limita la cantidad por persona, etc.
- Plazo o vigencia del incentivo, indicando la fecha exacta de iniciación y terminación de la misma.
- Nombre comercial o razón social del oferente.
- Gastos, descuentos, retenciones, impuestos, deducciones y, en general, los costos a cargo del consumidor para la entrega del incentivo, si llegaren a ser aplicables.
- Si en la publicidad se utilizan imágenes de los productos o incentivos, los elementos entregados deben tener las mismas características de los presentados en la propaganda comercial.
- Si el incentivo es un descuento ofrecido de manera general al público o sector determinado, en la publicidad debe señalarse expresamente el monto o porcentaje, salvo cuando los descuentos son diferentes y se aplican a varios productos caso en el cual podrán señalarse los montos o porcentajes mínimos y máximos otorgados.

A la luz de este contexto serán analizados los argumentos de la recurrente, de la siguiente forma:

5.4.1. Régimen de promociones y ofertas

La recurrente señaló que cumplió con las normas de promociones, ofertas y publicidad de incentivos, en la medida en que informó de las condiciones de tiempo y requisitos para acceder ellos.

Específicamente, respecto de la promoción 2x3 de amor y amistad, indicó que la Dirección no tuvo en cuenta la naturaleza y funcionamiento de las publicaciones realizadas en la red social Instagram, que se componen de la imagen y la descripción, de forma tal que constituyen una sola publicación y que, de haberlo hecho, habría concluido que, en tanto las condiciones se dieron dentro de esa descripción, no existió infracción a la normatividad vigente, como se muestra a continuación:

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"



Imagen 10: Recurso de reposición y en subsidio de apelación. Radicado 21-75913-52, p. 13.

Con respecto a la promoción 3x2, Glu manifestó que no era necesario incluir la pieza publicitaria inicial, en la medida en que la imagen aportada resultaba suficientemente clara para indicar que se trataba del último día para acceder a la promoción, así como también que sí suministra los elementos de tiempo, modo y lugar exigidos por la norma, así: el tiempo corresponde al último día, el modo se aplica a través de WhatsApp y tienda y el lugar refiere a su validez únicamente para Bogotá.

En este sentido, manifestó que la Dirección valoró las pruebas de forma indebida, como puede verse en la siguiente imagen:



Imagen 11: Recurso de reposición y en subsidio de apelación. Radicado 21-75913-52, p.14.

Frente a las afirmaciones de la recurrente, es necesario indicar que el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011 establece que dentro de la publicidad debe informarse acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar de las promociones y ofertas.

En este sentido, el contexto en el que se presenta la publicidad resulta necesario, para efectos de cumplir con su propósito. Considerando que el impacto de la publicidad es vital para la toma de decisiones de compra y, en general, decisiones de consumo, el espíritu del artículo mencionado y del numeral de la circular al que se hizo referencia en la parte preliminar de este acápite es el de brindar todos los elementos esenciales de las promociones y ofertas.

De esta forma, resulta importante tener en cuenta el concepto de consumidor medio, relacionado en el acápite sobre la información, y que, vale reiterar, se refiere a ese consumidor que no es un experto y que entiende los mensajes atendiendo al «sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que estas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas»²¹.

Con base en lo expuesto, y a partir de lo señalado por la Dirección dentro de la resolución que resolvió el recurso de reposición, la finalidad que persigue el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011 es que «la información relativa a las condiciones esenciales permita al consumidor la comprensión de la promoción u oferta al momento de visualizar el anuncio publicitario que la contiene, por lo que no se permite que los elementos esenciales para acceder a las promociones ofrecidas por un proveedor de bienes y servicios puedan estar contenidos fuera de la promoción».

Así, aunque se reconoce que las piezas publicitarias varían dependiendo de las características particulares de los medios de comunicación utilizados y que en estos casos la información puede estar contenida allí, lo cierto es que las piezas publicitarias que fueron objeto de análisis no contenían esta información. Siendo válida la interpretación de la recurrente en cuanto a que la pieza se compone de la imagen y la descripción, no tiene asidero este argumento en este caso, dado que las piezas aportadas, fueron remitidas solamente con la imagen.

Respecto de las piezas publicitarias en particular, es necesario indicar que, frente a la primera de ellas, donde se realiza una promoción de 2x3 para el día del amor y la amistad, se reconoce que la información estaba completa en la descripción de la imagen. Sin embargo, no se aportó la totalidad de la pieza en el momento en el que se le requirió.

Por el otro lado, con respecto a la pieza publicitaria que indica el último día de la promoción, no le asiste razón a la recurrente al indicar que se cumplen con informar las condiciones de tiempo, modo y lugar, así como tampoco es de recibo la afirmación de que no era necesario presentar la pieza publicitaria inicial. Además, si fuese cierto que en la descripción de la misma se incluía más información, no se entiende por qué esta no fue remitida en su momento, ni aun en el recurso.

Así las cosas, no le asiste razón a la recurrente, pues es necesario que la pieza cuente con toda la información referente a la promoción u oferta, cuestión que aquí no sucede, pues, a la luz de la Circular Única de esta Superintendencia, la publicidad con incentivos (que incluye promociones y ofertas), obliga a que se informe la fecha de inicio, lo que dentro de la pieza no se indica.

Igualmente, se omite informar si la promoción es acumulable con otras o si hay limitación en la cantidad de productos que se pueden adquirir por persona, cuestión que desconoce lo indicado en la Circular y en el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011 (cuando refiere a otros requisitos para acceder a la promoción).

En este sentido, se encuentra demostrado, a la luz de las pruebas obrantes dentro del expediente, la infracción de la recurrente y, por tanto, sus argumentos no tienen vocación de prosperidad.

5.4.2. Publicidad de productos nocivos

Para la recurrente, la Dirección desconoció que Glu cuenta con parámetros estrictos y políticas de publicidad, así como también con un manual de publicidad de obligatoria consulta para el equipo de mercadeo, según el cual en todas las piezas publicitarias se incluyen leyendas alusivas a la prohibición de venta a menores de edad, o un símbolo equivalente, la nocividad del producto o su

21 JAECKEL KOVAS, Jorge. Publicidad engañosa: Análisis comparativo. En: Boletín Latinoamericano de Competencia. Tomo 20, junio, 2005, pp. 59-61.

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

perjudicialidad, la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto y sus contraindicaciones, y que el producto contiene nicotina, cuando aplica.

Al respecto, el artículo 31 de la Ley 1480 de 2011, establece que en la publicidad de productos que son nocivos para la salud, bien por su naturaleza o bien por sus componentes, debe realizarse la advertencia y, por tanto, informar de lo siguiente: i) su nocividad, ii) la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su correcto uso y iii) las contraindicaciones del caso.

En este sentido, el análisis debe realizarse sobre las piezas publicitarias utilizadas por la recurrente, pues la obligación que establece la norma resulta clara al respecto.

Así las cosas, la existencia de manuales de publicidad de los administrados, si bien tiene la virtud de permitir una verificación previa de los requisitos legales, no representa, por sí misma, un cumplimiento de la normatividad vigente.

Lo anterior, en la medida en que, como ya se indicó, la responsabilidad en materia de consumo tiene un carácter objetivo y, por tal motivo, se manifiesta en el contenido de la pieza publicitaria, pues es en ella donde el consumidor debe enterarse de las advertencias, con el fin de tomar una decisión razonable.

Con claridad sobre lo anterior, dentro del análisis realizado por la Dirección, se encontró que la pieza publicitaria utilizada en el stand de la recurrente no realizó las advertencias exigidas por la norma, pues en momento alguno se evidencia información sobre la nocividad del producto, la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones de uso correcto, ni las contraindicaciones del caso; con lo cual la infracción resulta clara, tal y como se puede ver en la siguiente imagen:



Imagen N°13: Radicado 21-75913-17 del 25 de octubre de 2022.

Así, este Despacho considera que el análisis realizado por la Dirección en la decisión sancionatoria y en la que resolvió el recurso de reposición fue adecuado en tanto estuvo basado en valoración de las pruebas allegadas a la investigación, con las que se demostró la infracción del artículo 31 de la Ley 1480 de 2011 en cuanto a la omisión de informar la nocividad de sus productos.

Por lo anterior, los argumentos de la recurrente no tienen vocación de prosperar.

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

5.5. Garantía legal

Para la recurrente, la Dirección no tuvo en cuenta que, a partir de las pruebas aportadas, se demuestra que en momento alguno solicitó documentos adicionales a los establecidos en el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, sino que se limitó únicamente a solicitar al consumidor que informe el daño del producto, la fecha de compra, datos relevantes de este (nombre, identificación, dirección, teléfono y fecha de entrega) e información relevante para identificar la compra sobre la cual versa la solicitud o factura, para lo cual trajo a colación una imagen de sus términos y condiciones:

1. Término de Garantía

La vigencia de la garantía de los productos GLUCLOUD comercializados por INVERSIONES GLU CLOUD S.A.S (en adelante, "gluccloud") o sus distribuidores es de tres (3) días hábiles contados a partir de la entrega del producto.

b. Información que debe relacionar el consumidor en la solicitud de la garantía:

- Nombre y cédula/VIT.
- Factura del producto o en caso de no contar con la factura deberá mencionar información relevante que permita identificar la compra sobre la cual versa la solicitud.
- Dirección y teléfono.
- Fecha de entrega del producto.
- Descripción de los motivos por los que solicita la garantía.

La recolección de estos datos se realiza con el único fin de facilitar la notificación de entrega, reposición o reembolso del dinero. Con el envío de la información solicitada el consumidor da su consentimiento expreso para el tratamiento de sus datos personales de acuerdo con los términos de la Política de Protección de Datos Personales en <https://www.glu-cloud.com/>.

Imagen 14: Recurso de reposición y en subsidio de apelación. Radicado 21-75913-52, p. 11.

Agregó que las únicas verificaciones que realiza corresponden a que el consumidor se encuentre dentro del término de 3 días previstos y que la causa de la falla no sea atribuible a este por indebida manipulación.

Con el fin de analizar los argumentos reseñados, resulta necesario indicar que la garantía legal, a la luz del artículo 5, numeral 5 de la Ley 1480 de 2011, es una «obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas».

En sentido similar, el artículo 7 del mismo estatuto consagra una definición de garantía legal, según la cual esta es una «...obligación a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos».

Adicionalmente, el artículo 8 de esta ley consagra que el término de la garantía será, en primer lugar, el dispuesto por la ley o por la autoridad competente y que, a falta de disposición de obligatorio cumplimiento, será el anunciado por el productor o el proveedor. De manera residual, la norma comentada establece un año como término de la garantía para productos nuevos y 3 meses para los productos usados, siempre y cuando haya sido informado al consumidor y aceptada por escrito.

Ahora bien, para hacer efectiva la garantía, es necesario tener en cuenta que el artículo 27 del Estatuto del Consumidor establece que «La factura o su equivalente, expedida por cualquier medio físico, electrónico o similares podrá hacer las veces de constancia [de la operación de consumo realizada]. Su presentación no será condición para hacer valer los derechos contenidos en esta ley».

Adicionalmente, el Decreto 1074 de 2015 consagra, en su artículo 2.2.2.32.2.1 que para solicitar la efectividad de la garantía, el consumidor deberá: i) informar el daño que tiene el producto, ii) ponerlo a disposición del expendedor y iii) indicar la fecha de compra o la celebración del contrato, lo cual excluye cualquier requisito adicional que pueda dificultar el ejercicio de este derecho.

Con este marco general, debe recordarse que en los términos y condiciones de Glu, cuya imagen se mostró anteriormente, se indica expresamente lo siguiente:

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Información que debe relacionar el consumidor en la solicitud de garantía:

- Nombre y cédula/ NIT
- Factura del producto o en caso de no contar con la factura deberá mencionar información relevante que permita identificar la compra sobre la cual versa la solicitud
- Dirección y teléfono
- Fecha de entrega del producto
- Descripción de los motivos por lo que solicita la garantía

Así, se evidencia claramente que, para el momento de los hechos objeto de esta investigación, si bien Glu solicitaba a los consumidores la factura del producto no es menos cierto que esto era facultativo, pues inmediatamente después señalaba como opción a la factura la información relevante que permita identificar la compra sobre la cual versa la solicitud.

En este sentido, este Despacho no encuentra que la factura sea un elemento condicionante para acceder a la garantía, sino una forma de identificar de manera más rápida la compra, brindándole la posibilidad de entregar otro tipo de información además de la factura.

De esta manera, no se encuentra demostrada la infracción al artículo 27 de la Ley 1480 de 2011 y al artículo 2.2.2.32.2.1. del Decreto 1074 de 2015 y, por ende, se archivará la imputación tercera y se reducirá el monto de la sanción en veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes (20 smlmv).

5.6. Cláusulas abusivas

La recurrente manifestó que no incluyó cláusulas abusivas dentro de sus términos y condiciones, así como también que su aplicación fue adecuada, de forma tal que no se generaron perjuicios para los consumidores.

En este sentido, indicó que la Dirección realizó una indebida valoración de sus términos y condiciones, ya que las consideró abusivas, cuando su único propósito fue velar por la protección de niños, niñas y adolescentes.

Así, indicó que su intención no fue establecer que no reintegraría lo pagado por los consumidores que cumplieran con sus términos y condiciones, ni limitar su responsabilidad frente a las obligaciones que le atañen, así como tampoco pretendía imponer cargas desproporcionadas o ilícitas a los consumidores.

De igual forma, señaló que la expresión «No aceptamos ninguna responsabilidad por cualquier retraso en la entrega incluyendo, pero no limitando a la demora causada por un evento de fuerza mayor» se introdujo para establecer que su responsabilidad podría limitarse a casos de retrasos en las entregas que tengan como causa eventos imprevisibles, irresistibles y externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del Código Civil y los artículos 16, 22, 24 y 32 de la Ley 1480 de 2011.

Finalizó afirmando que, a la luz de lo reseñado, no ocasionó desequilibrios injustificados a los consumidores, ya que las circunstancias previstas en el clausulado no se han materializado, por lo cual nunca tuvieron vigencia ni eficacia.

A fin de realizar el análisis de los argumentos de la recurrente, resulta necesario señalar que las cláusulas abusivas, a la luz del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, son aquellas que «producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos» y que el efecto de su inclusión es la ineficacia de pleno derecho, con lo cual la cláusula no genera efectos y no resulta necesario acudir al juez para el reconocimiento del efecto.

Adicionalmente, el artículo 43 del Estatuto del Consumidor, establece algunas cláusulas que se presumen abusivas y, por tanto, ineficaces de pleno derecho,

pues producen un desequilibrio que el legislador consideró injustificado en perjuicio del consumidor.

Así, el análisis de la abusividad de la cláusula no está relacionado con la interpretación o con la voluntad del productor o proveedor que la redacta, ni con el hecho de que la cláusula se aplique o no, sino con el hecho de que se encuentre inserta dentro de los términos y condiciones, pues el análisis se realiza a partir de su literalidad.

Lo anterior, en la medida en que, en el marco del derecho del consumo, los contratos suelen ser de aquellos denominados de adhesión que, al tenor del numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 son aquellos en los que «las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas ni hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas».

En este sentido, el examen que corresponde hacer a la autoridad no puede estar mediado por la intención de quien las redacta, sino que debe estar basado en la posibilidad de que genere un desequilibrio, bien sea porque la cláusula se encuadra dentro del listado de las cláusulas que se presumen abusivas, o bien porque generan un desequilibrio que no se encuentra dentro de este.

Teniendo en cuenta lo indicado, debe recordarse que los cargos relacionados con cláusulas abusivas que fueron imputados a Glu refirieron a las siguientes cláusulas, incluidas dentro de sus términos y condiciones, y que se advirtieron en la visita administrativa del 10 de mayo de 2022, que obra en el radicado 21-75913-19, minuto 2:10 en adelante:

(i) Si usted incumple con estos términos antes del envío, incluso después de nuestra aceptación de su orden, nosotros no le despacharemos el producto. Nos reservamos el derecho a cobrarle el Producto, pero podemos, a discreción nuestra, reembolsar todo o una porción del pago hecho por usted por el Producto en cuestión.

(ii) En el caso de un pago fallido por cualquier razón, usted acuerda compensarnos en totalidad por todos los costos, gastos y egresos en los que hayamos incurrido al tratar de cobrar el pago hecho por usted.

(iii) «Los tiempos estimados de despacho son los indicados en nuestro sitio web. Por favor tenga en cuenta que los horarios de despacho indicados en ella son solo estimaciones. Por tanto, no sugerimos depender de ellos, pues no es una garantía de cumplimiento», y «No aceptamos ninguna responsabilidad por cualquier retraso en la entrega incluyendo pero no limitando a la demora causada por un evento de fuerza mayor. Sin embargo, si usted no ha recibido el producto dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de entrega dada en nuestro correo electrónico de aceptación, por favor avísenos y nosotros volveremos a enviar su pedido sin costo adicional. Podemos a nuestra discreción exigirle prueba de la no entrega del producto y los costos de esta correrán bajo su responsabilidad».

Con respecto a la primera cláusula, la recurrente manifestó que su intención fue velar por la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a la venta de productos nocivos para su salud, y no expresar que no reintegraría lo pagado por los consumidores que sí cumplieran con los términos y condiciones, o limitar su responsabilidad frente a sus obligaciones.

Sin embargo, del texto no se infiere en momento alguno que la cláusula esté restringiendo su aplicación a los niños, niñas y adolescentes. Por el contrario, su redacción tiene un alcance general y, de hecho, deja en claro que Glu puede, a su juicio, reembolsar todo o una porción del pago, cuestión que, encuadra en el numeral 5 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, que establece como abusivas las cláusulas que establezcan que no se reintegre lo pagado en caso de que el contrato no se ejecute en todo o en parte. Esto, claramente, genera un desequilibrio al consumidor, pues, además, presume la aceptación del consumidor de esta circunstancia, lo cual deriva en una erogación a su cargo (la

pérdida del dinero pagado, en todo o en parte), cuestión que encuadra dentro del numeral 9 del artículo mencionado.

En relación con la segunda cláusula, el hecho de indicar que, en la situación de que se presente un pago fallido «por cualquier razón» el consumidor deba compensar por todos los costos, gastos y egresos en los que Glu haya podido incurrir, genera un desequilibrio injustificado a los consumidores.

Como indicó la Dirección, en esta cláusula la recurrente «no sólo establece que no reintegrará lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado, sino que lo deja a su discrecionalidad y, además, presume la manifestación de la voluntad del consumidor cuando de esta se derivan erogaciones a su cargo, lo cual como se determinó en el acto sancionatorio, contraria (sic) el artículo 42 y los numerales 5 y 9 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011».

Debe recordarse que el numeral 5 del artículo 43 del Estatuto del Consumidor indica que son abusivas y, por ende, ineficaces de pleno derecho, las cláusulas que «establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado» y que el numeral 9 consagra que también lo son aquellas que «presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo».

De esta forma, resulta claro que se trata de una cláusula abusiva.

Con respecto de la tercera cláusula, se encuentra que el texto «No aceptamos ninguna responsabilidad por cualquier retraso en la entrega incluyendo, pero no limitando a la demora causada por un evento de fuerza mayor» representa una clara vulneración de los derechos del consumidor, en la medida en que directamente está limitando la responsabilidad de la recurrente frente al cumplimiento de sus obligaciones.

En este sentido, resulta necesario indicar que, si bien es cierto que en eventos de fuerza mayor tanto el artículo 64 del Código Civil, como en la Ley 1480 de 2011 se establece una exoneración de responsabilidad, en la medida en que se está haciendo referencia a eventos que son irresistibles e imprevisibles para las partes, la redacción de la cláusula hace referencia a «cualquier retraso», lo cual puede incluir incumplimientos por parte del proveedor.

El hecho de que la recurrente haya manifestado que su intención era indicar que su responsabilidad se podría limitar frente a eventos imprevisibles, irresistibles y externos, a la luz del Código Civil y las normas de consumo contrasta radicalmente con la redacción de la cláusula, al punto de estar en evidente contradicción.

De esta forma, no es posible aceptar su argumento, pues resulta claro que la cláusula analizada se encuadra dentro del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Finalmente, y frente a la afirmación de que no se ocasionaron desequilibrios injustificados a los consumidores, en la medida en que las circunstancias previstas en el clausulado no se han materializado y estos términos y condiciones no tuvieron vigencia ni eficacia, deben realizarse algunas precisiones:

Las condiciones generales de contratación tienen una doble naturaleza, que depende del momento en que se realice su análisis: son medios de suministro de información en la fase precontractual (que en materia de contratos de adhesión se presenta con el suministro y puesta a disposición de la información y la predisposición de estas condiciones), aunque adquieren naturaleza contractual cuando se perfecciona el vínculo²².

22 HERRERA OSORIO, Fredy Andrei. Las principales declaraciones precontractuales. Contratos por negociación y por adhesión. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: 2020, pp. 268-269.

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Esto quiere decir que su entrada en vigor se da desde el momento en que se dan a conocer al público y, como regla general, empezarán a tener efectos desde ese momento, primero, desde una perspectiva de información (que deberá cumplir con los requisitos indicados en acápite anteriores) y, más adelante, cuando se perfeccione la relación de consumo.

Así las cosas, no resulta coherente indicar que las cláusulas analizadas no tuvieron vigencia, pues, debe recordarse que el contrato celebrado válidamente es ley para las partes, al tenor del artículo 1602 del Código Civil y que, en esa medida, las cláusulas rigen desde su celebración, independientemente de que se materialicen las circunstancias contenidas en ellas.

No obstante lo anterior, resulta necesario realizar la precisión de que las cláusulas abusivas, de conformidad con los artículos 42 son ineficaces de pleno derecho, lo cual significa que no generan efectos, sin necesidad de acudir a un juez para su declaración.

En todo caso, cabe aclarar que, a pesar de ello, la autoridad administrativa en materia sancionatoria puede endilgar responsabilidad y, de ser el caso, imponer las sanciones correspondientes, en la medida en que las cláusulas abusivas están prohibidas y no es algo que depende de su aplicación.

En consecuencia, los argumentos de la recurrente no tienen vocación de prosperar.

5.7. Obligaciones del proveedor en el comercio electrónico

La recurrente indicó que cumplió con las normas de protección al consumidor en el comercio electrónico, ya que brindó información suficiente, cierta, fidedigna y actualizada respecto de las características esenciales de los productos que ofrece en su página web, dispone de un mecanismo que permite a los consumidores radicar PQRS de forma que quede constancia de la fecha y hora de esta y realizar su seguimiento; y dispone de un enlace visible y fácilmente identificable a la página web de esta Superintendencia.

Para sustentar su postura, manifestó que el artículo 50 de la Ley 1480 de 2011 consagra que la información que se debe suministrar al consumidor debe permitirle tener una idea aproximada del producto, pero no tiene un listado taxativo de aquello que debe informarse, con lo cual corresponde al proveedor la interpretación de su contenido.

En este sentido, indicó que la información brindada resulta adecuada para los fines de la norma, como se muestra a continuación:



Imagen 15: Recurso de reposición y en subsidio de apelación. Radicado 21-75913-52, p. 18.

En consecuencia, la Dirección realizó una indebida interpretación de la norma, porque no obliga a que el peso, material de fabricación, origen, modo de fabricación, calidad e idoneidad del producto deban informarse.

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Adicionalmente, afirmó que la Dirección valoró indebidamente las pruebas respecto de los canales de radicación de PQRS, en la medida en que sí cuenta con un mecanismo para ello, como se muestra a continuación:

The image shows a web form for contacting a service. It has a header 'Contacto' and a sub-header 'Contáctanos'. Below this is a message: 'Hola, si tienes alguna duda que NO puedas resolver en nuestra sección "PQRS", escríbenos y te contactaremos lo antes posible (tiempo de respuesta estimado 4 días hábiles)'. There is a small icon of a person. The form fields are: 'Nombre *' (text input), 'Email *' (text input), 'Mensaje *' (text area), and a dropdown menu 'Selecciona el requerimiento *' with four options: 'Petición', 'Queja', 'Reclamo', and 'Sugerencia'. At the bottom is a black button labeled 'Enviar'.

Imagen 16: Recurso de reposición y en subsidio de apelación. Radicado 21-75913-52, p. 18.

También, manifestó que dispuso del enlace a la página web de esta Superintendencia en su página, y que fue un hecho que se demostró a lo largo del procedimiento.

A fin de analizar los argumentos de la recurrente, es necesario señalar que, en el marco del comercio electrónico, la protección del consumidor adquiere un carácter especial, en la medida en que, al no tener un contacto directo con el producto, el consumidor se encuentra en un estado de vulnerabilidad superior a de aquel en el que se encuentra dentro del comercio tradicional.

Esta particularidad amerita contar con previsiones específicas que permitan disminuir la asimetría existente en estas relaciones de consumo, que se encuentran consagradas a partir del artículo 49 de la Ley 1480 de 2011 y, particularmente, dentro de su artículo 50, que establece obligaciones específicas para los proveedores en este ámbito.

Así, para el caso concreto, el artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en su literal b) consagra que debe suministrarse en todo momento información fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos ofrecidos, especialmente sobre sus características y propiedades, tales como el tamaño, peso, medida, material de fabricación, naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, formas de empleo, propiedades, calidad, idoneidad, cantidad o cualquier otro factor pertinente, independientemente de que sean acompañados con imágenes (caso en el cual será necesario indicar la escala de la representación). Lo anterior, con el fin de que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada posible a la realidad del producto.

Por su parte, el literal g) establece la obligación del proveedor de disponer, en el mismo medio que realiza el comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de manera tal que quede constancia de la fecha y hora de radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento.

Teniendo como base el marco jurídico descrito, debe indicarse que el literal b) del artículo 50 del Estatuto del Consumidor obliga a que el proveedor en el marco del comercio electrónico informe de ciertas características puntuales al consumidor, porque el legislador consideró que es lo mínimo que este debe conocer para poder tomar una decisión razonable.

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Así, debe recordarse que el artículo señalado establece puntualmente lo siguiente:

...En especial, deberán indicar sus características y propiedades tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, independientemente que se acompañen de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto. (Subrayas fuera de texto original).

Si se tiene en cuenta que, como indicó la Dirección en la resolución que resolvió el recurso de reposición, en materia normativa la expresión «deberá» indica obligación, «carácter mandatorio», en contraste con la expresión «podrá», que se interpreta como facultativa, debe llegarse a la conclusión de que el suministro de la información indicada en la norma tiene un carácter obligatorio para el proveedor.

Entonces, no resulta facultativo informar de los datos listados dentro del artículo, pues la conjunción «o» refiere únicamente a los factores pertinentes que resulten adicionales a los ya listados que, al tenor literal de la norma, el proveedor está obligado a informar.

Al revisar la imagen 15, que se mostró anteriormente, se encuentra que, al consumidor, en la página web de la recurrente, se le informa del volumen del líquido, las dimensiones del dispositivo, su duración aproximada, la concentración de nicotina y sus ingredientes, pero no el tamaño, el peso, el material de fabricación, su origen, modo de fabricación, componentes, calidad e idoneidad.

Teniendo en cuenta lo indicado, este Despacho concuerda con la Dirección en que no se brindó información suficiente al consumidor para hacerse una representación aproximada a la realidad del producto y, en consecuencia, los argumentos de la recurrente no tienen vocación de prosperar.

Ahora bien, en relación con el sistema de radicación de PQR, la norma es clara en señalar que el proveedor debe «Disponer en el mismo medio en que realiza comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de tal forma que le quede constancia de la fecha y hora de la radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento».

Lo anterior, considerando que, como se indicó al principio de las consideraciones de este Despacho, el artículo 50 de la Ley 1480 de 2011 busca disminuir la asimetría existente entre consumidores y proveedores, habida cuenta de la mayor vulnerabilidad existente en el comercio electrónico. En este sentido, se pretende permitir al consumidor la posibilidad de contar con un soporte de su PQR y la posibilidad de realizar su seguimiento.

El hecho de que se cuente con un sistema que permita radicar las PQR, por sí mismo no cumple con el propósito de la norma, pues debe i) estar en el mismo medio en que se realiza el comercio electrónico, ii) dar constancia de la fecha y hora de la radicación y iii) incluir un mecanismo para su posterior seguimiento.

En la visita administrativa realizada por la Dirección a la página web de la recurrente (que consta en el radicado número 21-75913-19 del 10 de mayo de 2022), cuando se ingresa al enlace denominado «contacto», se muestra la misma información que en la imagen 16, antes referenciada.

En esta imagen, se encuentra que, si bien existe un sistema para radicar las PQR, no se encuentra un mecanismo para realizar el seguimiento de estas, con lo cual no se cumplió con el lleno de los requisitos exigidos por la norma.

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Adicionalmente y como lo apuntó la Dirección en la resolución sancionatoria, desde los alegatos de conclusión la recurrente aceptó que realizó una modificación de manera posterior a la formulación de cargos, mediante la cual incluyó un mecanismo para que el consumidor tenga constancia de la fecha y hora de radicación de su PQR y realizar posterior seguimiento, para lo cual citó a la recurrente, en los siguientes términos:

Por su parte la investigada señaló en sus escritos de defensa lo siguiente: "(...) a la fecha GLU CLOUD ha modificado el formato de su canal PQRs en <https://glu-cloud.com/> para incluir un mecanismo que le permita al consumidor tener constancia de la fecha y hora de radicación y permitir su posterior seguimiento"

Como soporte de la anterior afirmación aportó un correo electrónico en el cual se indica la fecha, hora y número de radicado de la petición, queja o reclamo. No obstante, se resalta que la investigada reconoce que la modificación se produjo con posterioridad a la formulación de cargos, por lo que dicha característica de generación de hora, fecha y constancia de radicado no se encontraba al momento de la visita de inspección administrativa, no acreditándose para ese entonces la constancia de fecha y hora de radicación, vulnerando así lo dispuesto en el literal g) del artículo 50 de Ley 1480 de 2011. En todo caso, debe indicarse que, el mecanismo debe estar dispuesto en el comercio electrónico, no siendo un correo electrónico un medio válido para tener por cumplida la norma.

Igualmente, dentro del escrito de sus recursos, la recurrente manifestó lo siguiente:

En todo caso, en aras de exhaustividad, Gluccloud ha modernizado dichos mecanismos, el cual hoy en día es mucho más intuitivo y permite tener constancia de la fecha y hora de radicación y permitir su posterior seguimiento de la siguiente manera. Lo anterior, debe y debía ser valorado positivamente por la Dirección, de acuerdo con los numerales 4 y 8 del parágrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, ya que demuestra el interés de proteger a los consumidores, así como el comportamiento diligente que siempre ha caracterizado a Gluccloud.

Con base en lo anterior, y a la luz de las pruebas que obran dentro del expediente, resulta claro que el mecanismo para la radicación de PQR de Glu no cumplía, para el momento de los hechos investigados, con los requisitos establecidos en el artículo 50, literal g) de la Ley 1480 de 2011.

Ahora bien, respecto de las modificaciones realizadas, se realizará su análisis en el acápite correspondiente a la graduación de la sanción, por lo cual en este momento no se hará un pronunciamiento sobre el particular.

Finalmente, con respecto a la disposición de un enlace que permita un acceso fácil por parte de los consumidores a la página de esta Superintendencia, este Despacho concuerda con la Dirección en que al momento de los hechos objeto de este procedimiento la recurrente no contaba con este enlace, como lo demuestra la visita administrativa del 10 de mayo de 2022 y se muestra a continuación:

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

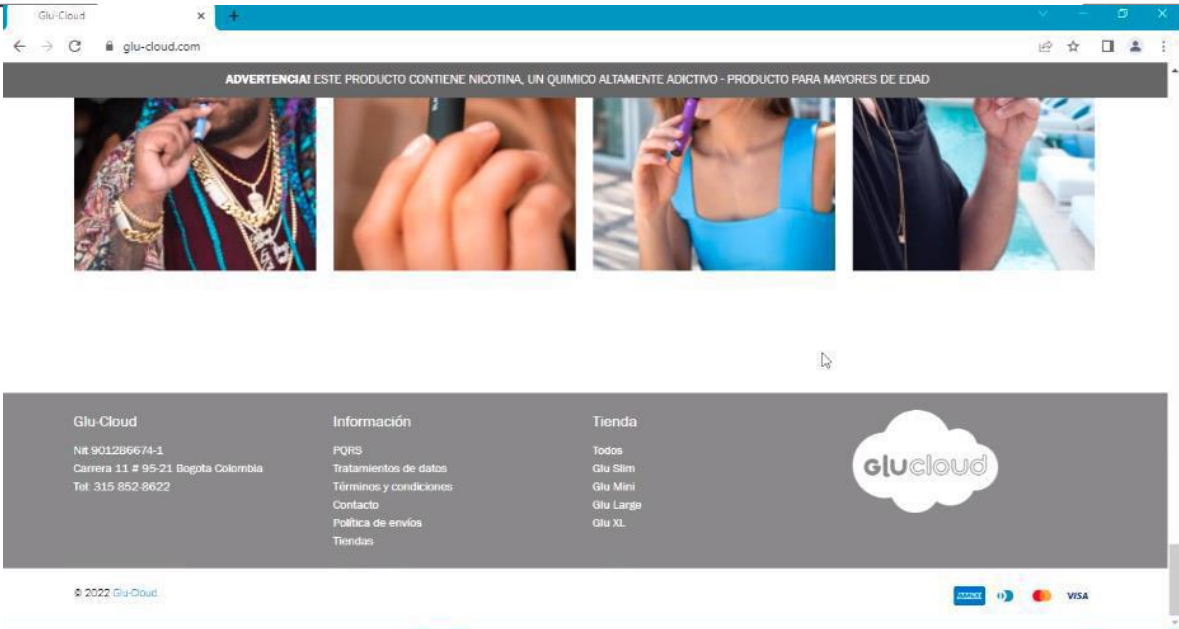


Imagen 17: Radicado 21-75913-19. Visita administrativa del 10 de mayo de 2022, minuto 01:41.

A esto debe añadirse el hecho de que la recurrente confesó en sus descargos (fechados del 22 de septiembre de 2022 e identificados con el radicado número 21-75913-29), haber realizado modificaciones de manera posterior a la formulación de cargos, en los siguientes términos:

A la fecha en que se presentan estos descargos, GLU CLOUD ha incluido el siguiente enlace en su página web que permite el fácil acceso por parte de los consumidores a la página de la Superintendencia de Industria y Comercio:

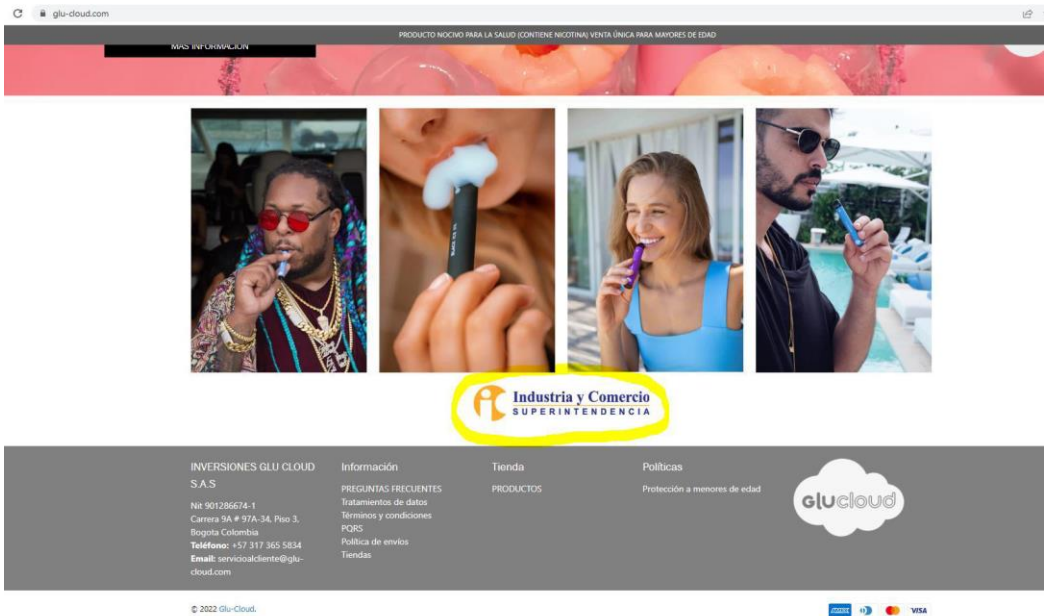


Imagen 18: Resolución No. 75799 del 1 de diciembre de 2023, p. 72.

En consecuencia, los argumentos de la recurrente no tienen vocación de prosperar.

5.8. Graduación de la sanción

A lo largo de su escrito, la recurrente manifestó que ha realizado diversas actuaciones que, en su opinión, permiten la aplicación de los criterios consagrados en el parágrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 como atenuantes para el caso particular.

En este sentido, indicó que creó una tabla de ingredientes para informar el porcentaje de cada uno de aquellos que conforman su producto, con el fin de facilitar el entendimiento del consumidor, cuestión que, desde su perspectiva, debe valorarse positivamente de acuerdo con el numeral 8 de la norma citada, pues muestra diligencia e interés en la protección de los consumidores.

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

También, señaló que, junto con la confirmación de la compra de sus productos, remite un número al consumidor con el fin de permitirle rastrear el producto, cuestión que debe valorarse de manera positiva de conformidad con el numeral 8 indicado anteriormente.

Agregó que ha reforzado las leyendas incluidas en los empaques de su producto, para indicar, su nocividad, los riesgos asociados a su uso y las condiciones e indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como sus contraindicaciones.

Igualmente, manifestó que los productos incluyen una leyenda alusiva a que su uso está prohibido para niños, niñas y adolescentes, cuestión que demuestra su compromiso y diligencia, por lo que debe valorarse de manera positiva al tenor del numeral 8 del párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

De manera adicional, afirmó que en la medida en que no condicionó el ejercicio de la garantía legal a requisitos adicionales a los consagrados en la normatividad vigente, no causó daños a los consumidores, cuestión que debe valorarse a su favor.

Por otro lado, indicó que cuenta con un manual de publicidad de obligatoria consulta para su equipo de ventas, así como también brinda capacitaciones a sus distribuidores con el fin de dar recomendaciones y parámetros para realizar publicidad y suministrar información a los consumidores, cuestión que debe valorarse a su favor, de conformidad con el numeral 8 del párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

De igual forma, afirmó que eliminó de sus términos y condiciones las cláusulas que la Dirección consideró abusivas dentro de la resolución sancionatoria, cuestión que debe valorarse de manera positiva a la luz de los numerales 1 y 8 del párrafo 1 de la Ley 1480 de 2011.

Agregó que, aun cuando cuenta con un mecanismo de radicación de PQRS, en aras de lograr una mayor exhaustividad, modernizó su mecanismo para ser más intuitivo y permitir el seguimiento posterior de estas, así como también dispuso en su página web del enlace a la página de esta Superintendencia cuestiones que deben valorarse a su favor, de conformidad con los numerales 4 y 8 del párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

Así mismo, manifestó que hubo una aplicación indebida de la sanción, en la medida en que no se presentó infracción a la normatividad vigente y no se tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad dentro del presente procedimiento.

En este sentido, indicó que este principio se traduce en el equilibrio que debe existir entre la infracción y su sanción, que deben acompasarse teniendo en cuenta la gravedad de aquella, así como establecer la importancia de los intereses o bienes que se protegen con esta, de forma tal que no resulta excesivamente rígida frente a la gravedad de la conducta, ni carente de importancia en relación con ella.

También, señaló que el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 establece las sanciones frente a la inobservancia de las normas de consumo y que el párrafo 1 de este consagra los criterios para determinar el monto de la sanción y que tienen un carácter atenuante o agravante, según el caso.

Agregó que ningún criterio podría ser tomado como agravante dentro de esta actuación, ya que no se causó un daño a los consumidores, no fue persistente en ninguna conducta infractora, no hay reincidencia en la comisión de la infracción, no obtuvo beneficio económico y no utilizó medios fraudulentos. Por el contrario, obró con prudencia y diligencia, tuvo disposición para buscar soluciones adecuadas a los consumidores y disposición para colaborar con las autoridades competentes, que debieron valorarse como atenuantes por parte de la Dirección.

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Finalizó afirmando que su patrimonio para el año 2021, correspondiente a «COP\$1.024.576.673» es un poco más alto que la multa impuesta, razón por la cual la sanción fue desproporcionada.

Al respecto, es necesario recordar que el párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 establece los criterios para la graduación de la sanción y consagra los siguientes:

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

Adicionalmente, es necesario señalar que, conforme con la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, si bien esta Superintendencia debe analizar la totalidad de los criterios establecidos en el párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 para efectos de imponer una sanción, esto no significa que deba existir concurrencia de todos ellos en la sanción²³.

Teniendo claridad en lo expuesto, se realizará el análisis de los criterios aplicados por la Dirección y los argumentos de la recurrente, de la siguiente forma:

Con respecto al daño causado a los consumidores, se reitera la postura asumida por la Dirección en la resolución sancionatoria y en la que resolvió el recurso de reposición, esto es, que el daño, en materia administrativa sancionatoria de consumo tiene un carácter potencial y que, en esa medida se aleja del perjuicio causado materialmente a los consumidores.

Lo anterior tiene una justificación en que el objetivo de las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas a esta Superintendencia es la protección de los consumidores como colectivo, en el marco de la responsabilidad de mercado en donde el daño se estudia desde la posibilidad de que la conducta infractora afecte al universo de consumidores.

Adicionalmente a ello, dentro del presente procedimiento se demostró la infracción de distintas normas de consumo por parte de la recurrente (como es el caso del numeral 1.3 del artículo 3º, los artículos 23, 25, 27, 31, 33, 42, los numerales 1º, 5º y 9º del artículo 43, literales b), g) y el párrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia y lo que establecen los artículos 2.2.2.32.2.1. y el numeral 2 del artículo 2.2.2.37.8. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015), con lo cual no resultan de recibo sus afirmaciones en contrario y, en esa medida, desde la perspectiva explicada, existió un daño a los consumidores, que fueron explicados a lo largo de esta resolución.

²³ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera, Subsección B. Sentencia 2018-05-074 NYRD. Bogotá, 27 de agosto de 2020. Radicado: 11001-3334-001-201600135-01. M.P.: Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón.

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Frente al criterio de persistencia, es necesario recordar que la Dirección, dentro del acto sancionatorio, «no encontró demostrado el pleno cumplimiento de las normas vulneradas en la totalidad de las imputaciones», tal y como también se analizó dentro de este acto administrativo, con lo cual resultaba aplicable como agravante. Lo anterior, en la medida en que «no demostró que no haya persistido en el incumplimiento de lo endilgado a través de las imputaciones fácticas números 1, 2, las sub-imputaciones números 1 y 3 de la imputación fáctica N°6, así como las sub- imputaciones números 3 y 4 de la imputación fáctica N°7», como indicó la Dirección en la resolución que resolvió el recurso de reposición.

Respecto del criterio de reincidencia en la comisión de infracciones en materia de protección al consumidor, la Dirección manifestó que el criterio no sería tenido en cuenta como agravante, en la medida en que no evidenció sanciones previas por los mismos hechos, cuestión que este Despacho considera acertada.

En relación con el criterio de disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores, este Despacho encuentra que el criterio fue aplicado como atenuante, en la medida en que se acreditó que se adelantaron gestiones encaminadas a subsanar algunas vulneraciones normativas, tales como el establecimiento de estándares para elaborar la publicidad; el establecimiento de un enlace visible y fácilmente identificable que permita al consumidor ingresar a la página de esta Superintendencia.

En cambio, frente a actuaciones tales como la modernización del canal dispuesto para la radicación de PQR por parte de los consumidores con la constancia de la hora y fecha de la radicación y su posterior seguimiento; el refuerzo de la información suministrada al consumidor a través del medio de comercio electrónico y la eliminación de las cláusulas abusivas objeto del presente procedimiento, tras realizar la revisión del expediente no se encuentran pruebas que acrediten las afirmaciones de la recurrente, razón por la cual no es posible la aplicación del atenuante respecto de éstas, tal y como lo indicó la Dirección en la resolución que resolvió el recurso de reposición.

Por otro lado, la creación de una tabla de ingredientes para informar de su porcentaje a los consumidores, a pesar de ser una actuación que da un paso en la dirección adecuada de brindar una mejor información a estos, no cumple con el objetivo de brindar información clara, precisa, suficiente y oportuna a los consumidores, pues no entró en el objetivo específico de la investigación (relacionado con el nivel de nicotina) y, por ello, no puede ser valorado a su favor.

Igualmente, respecto de la inclusión de la leyenda alusiva a la prohibición de uso del producto por parte de niños, niñas y adolescentes, debe indicarse que, a pesar de ser un avance en la protección de los consumidores, no cumple con el requisito legal de estar acompañada de la información adicional sobre la nocividad del producto y las condiciones para su correcto uso, con lo cual no puede ser valorada en su favor.

Sobre la implementación del número de seguimiento del envío del producto al consumidor, para permitir su rastreo, es necesario indicar que esta medida no mitiga la infracción endilgada y demostrada dentro del procedimiento, a saber, la información sobre los tiempos de entrega, puesto que no soluciona el inconveniente de dar al consumidor información fragmentada, razón por la cual no puede ser valorada en su favor.

Con respecto al criterio de disposición de colaborar con las autoridades, este Despacho concuerda con la Dirección en que no resulta aplicable al caso particular, en la medida en que la participación de la recurrente dentro de la investigación forma parte de las cargas procesales a su cargo.

Frente a los criterios de beneficio económico y utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o la utilización de una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos, este Despacho concuerda con la Dirección en el

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

hecho de que no existen pruebas que demuestren su configuración y, en esa medida, no es dable su aplicación, teniendo en cuenta que, si bien deben estudiarse, no significa que exista obligación de aplicarlos cuando no concurren al caso particular.

Respecto del criterio del grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes, tras la revisión de las pruebas que obran dentro del expediente, no se encuentran acreditadas actuaciones que evidencien un grado de prudencia y diligencia para atender los deberes o aplicar las normas vigentes. Igualmente, como indicó la Dirección en el acto que resolvió el recurso de reposición:

...aun cuando la recurrente mencionó que creó de una tabla de ingredientes, que informó al consumidor el número de seguimiento del envío de su producto, que incluyó una leyenda alusiva a que está prohibido para el uso por parte de menores de edad, que adoptó un manual de publicidad, que realizó capacitaciones a sus distribuidores, que eliminó las cláusulas objeto de investigación, que modernizó el canal para la radicación por parte de los consumidores de sus peticiones, quejas y reclamos, que reforzó la información suministrada al consumidor, que insertó un enlace visible, para que los consumidores ingresaran a la página de la Autoridad de protección al consumidor de Colombia, las cuales solicitó que sean valoradas positivamente por esta Dirección, debe insistirse en que dichos argumentos no se encuentran llamados a prosperar, por cuanto las mismas se dieron con ocasión a la presente investigación administrativa, es decir, que no corresponden a medidas para evitar o prevenir las infracciones endilgadas, por lo cual la sancionada no puede afirmar que haya aplicado las normas pertinentes o que haya atendido sus deberes legales, ni mucho menos que las mismas, demuestran un comportamiento diligente de su parte.

Por lo anterior, no se puede valorar el criterio en su favor.

Finalmente, en relación con el monto de la sanción de la sanción, este Despacho concuerda con la Dirección en que, a la luz de la situación financiera de la recurrente, que se encuentra demostrada dentro del expediente y en aplicación del principio de proporcionalidad, resultaba necesario modificar el valor de la multa impuesta.

Ahora bien, considerando que el ajuste se realizó mediante la resolución que resolvió el recurso de reposición, se considera que la reducción realizada resulta adecuada, considerando que, en todo caso, el monto fijado en la Resolución No. 55332 del 23 de septiembre de 2024, que corresponde a un valor de QUINIENTOS OCHO (508) salarios mínimos mensuales legales vigentes equivalentes a 53810,61 UVB , que corresponden a QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL PESOS M/CTE (\$589.280.000), resulta adecuado, habida cuenta de que la sanción administrativa tiene una función disuasoria y ejemplificante, además de que se ajusta a la situación económica de la recurrente.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO 1: ARCHIVAR el subcargo 3 de la imputación No. 1 correspondiente a no informar en la pieza publicitaria si el producto contiene o no nicotina y el significado de la expresión «nicotina 5%», conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO 2: ARCHIVAR la imputación No. 3 referente a condicionar el ejercicio de la garantía a la presentación de la factura, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

ARTÍCULO 3: MODIFICAR el artículo tercero de la Resolución No. 75799 del 1 de diciembre de 2023, el cual quedará así:

ARTÍCULO TERCERO: IMPONER una multa a INVERSIONES GLU CLOUD S.A.S., identificada con el NIT 901.286.674-1, por CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO (478) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de la sanción²⁴ equivalentes a 50632.82 UVB²⁵, que corresponden a QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA MIL M/CTE (\$554.480.000), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este acto administrativo.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá ser pagado dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución. Vencido este plazo se cobrarán intereses por cada día de retraso, los cuales serán liquidados a la tasa del 12% efectivo anual.

Para el efecto, podrán utilizarse los siguientes medios de pago:

1-A través del Botón de Pagos PSE en el enlace <https://serviciolinea.sic.gov.co/sic.multas.pagos/payform> efectuada la transacción podrá descargar automáticamente el recibo de caja.

2- Utilizando el formato universal de recaudo, consignando en efectivo o cheque de gerencia en el Banco de Bogotá a la cuenta corriente N° 062-87028-2, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio Nit:800.176.089-2 y código rentístico 03. En este caso deberá acreditarse el pago, enviando el respectivo soporte través del correo electrónico contactenos@sic.gov.co donde se expedirá el recibo de caja aplicado a la Resolución sancionatoria, o en su defecto, entregar el soporte de pago en la ventanilla de la Tesorería de la Superintendencia de Industria y Comercio, ubicada en la Avenida Carrera 7 N.º 31ª - 36, piso 3 Bogotá".

ARTÍCULO 4: CONFIRMAR en sus demás apartes la Resolución No. 75799 del 1 de diciembre de 2023, modificada por la Resolución No. 55332 del 23 de septiembre de 2024, de acuerdo con la parte resolutive del presente acto administrativo.

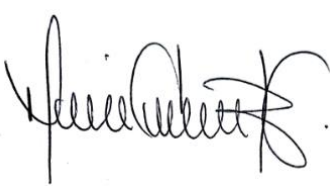
ARTÍCULO 5: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente decisión a **INVERSIONES GLU CLOUD S.A.S.** con el NIT 901.286.674-1 través de su apoderado o quien haga sus veces, entregándole copia de esta y advirtiéndole que contra ella no procede ningún recurso.

ARTÍCULO 6: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente decisión a la **CORPORACION COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES Y PODRA USAR COMO SIGLAS REDPAPAZ PAPAZ Y PAPAZ RED DE PADRES Y MADRES** con el NIT 830.130.422-3 través de su representante legal, entregándole copia de esta y advirtiéndole que contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., el 17 de noviembre de 2024

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR



Firmado digitalmente por MARIA
CAROLINA RAMIREZ GARCIA
Fecha: 2024.12.17 15:57:16
-05'00'

MARÍA CAROLINA RAMÍREZ GARCÍA

²⁴ El salario mínimo legal vigente para la vigencia de 2023 es \$1.160.000

²⁵ La UVB para el año 2024 es 10.951 pesos

RESOLUCIÓN NÚMERO 80067 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

NOTIFICACIONES:

Sancionada:

Identificación:

Representante legal:

Identificación:

Dirección de notificación judicial:

Ciudad:

Email de notificación judicial:

INVERSIONES GLU CLOUD S.A.S.

NIT. 901.286.674-1

LUIS ALEJANDRO PATIÑO VERGARA

C.C. N° 1.071.166.431

Trasversal 22 #98-26, Oficina 201 - 202

Bogotá D.C.

administración@gluccloud.com

Apoderado:

Identificación:

Tarjeta Profesional:

Dirección de notificación:

Ciudad:

Correo electrónico de notificación:

GERARDO ANDRÉS FLÓREZ LINERO

C.C. N° 80.200.055

T.P. N° 165.583 del C. S. de la J.

Carrera 9 # 74 – 08, Oficina 305

Bogotá D.C.

gerardo.florez@ppulegal.com

Tercero interesado:

Identificación:

Representante legal:

Identificación:

Dirección de notificación judicial:

Ciudad:

Email de notificación judicial:

CORPORACION COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES
Y PODRA USAR COMO SIGLAS REDPAPAZ PAPAZ Y
PAPAZ RED DE PADRES Y MADRES

NIT. 830.130.422-3

CAROLINA PIÑEROS OSPINA

C.C. N° 39.694.233

Carrera 16 N° 93 A 36 Oficina 201 Edificio Business

Center 93

Bogotá D.C.

director@redpapaz.org

Proyectó: DJMH

Revisó: MCRG

Aprobó: MCRG