

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
**SECCIÓN PRIMERA**  
**SUB-SECCIÓN “A”**

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veinte (2020)

**MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**

<b>PROCESO No.:</b>	<b>25000-23-41-000-2016-02012-00</b>
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>KOKOMONROPEL LTDA Y OTRO</b>
<b>DEMANDADA:</b>	<b>SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO</b>

---

**SISTEMA ORAL**

**ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Procede la Sala a dictar sentencia en la demanda promovida por KOKOMONROPER LTDA. y la sociedad Compañía Operadora de Franquicia Kokoriko, con el fin de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio: i) Resolución No. 24039 de 2015, ii) Resolución No. 64926 de 2015; y iii) Resolución No. 24039 de 2015; así como su consecuente restablecimiento del derecho.

**I. ANTECEDENTES**

**1. El escrito de demanda**

**1.1. Pretensiones**

El demandante por intermedio de su apoderado formuló las siguientes pretensiones en el escrito de demanda:

*“3.1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 24039 de 2015 expedida por la SIC mediante la cual se impone a los accionantes sanciones por presuntamente haber incumplido lo previsto en los artículos 23, 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011, a Kokomonroper por la suma de \$19.330.550, y a Avesco por la suma de \$257.740.000.*

*3.2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 64926 de 2015 expedida por la SIC, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por los accionantes contra la Resolución No. 24039 de 2015, y en virtud de la cual se confirma en todas sus partes la misma a la vez que concede el recurso de apelación interpuesto en subsidio del recurso de reposición.*

*3.3. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 10348 de 2016 expedida por la SIC, y que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por Kokomonroper y Avesco contra la Resolución No. 24039 de 2015, y en virtud de la cual se confirma en todas sus partes la misma, a la vez que se confirma en todas sus partes la Resolución No. 64926.*

*3.4. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la SIC la devolución de las sumas que al momento de proferirse sentencia en el presente proceso, hubiere pagado Avesco a la SIC en razón a la sanción que le fue impuesta en desarrollo de lo establecido en la Resolución 24039 de 2015 y el acuerdo de pago suscrito entre Avesco y dicha entidad.*

*3.5. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la SIC la devolución de la suma de \$19.330.500 a Kokomonroper, suma que fue pagada por las Accionantes en desarrollo de lo establecido en la Resolución 24039 de 2015.*

*3.6. Que se condene a la SIC al pago de las sumas indicadas en los numerales 3.4. y 3.5. anteriores, más los intereses legales aplicables que se deberán calcular sobre cada uno de los pagos realizados por los accionantes desde la fecha en que dicho pago ocurrió y hasta la fecha de devolución del dinero por parte de la SIC a los accionantes. Lo anterior según lo previsto en el artículo 193 de la Ley 1437, el Código General del Proceso y el artículo 1617 de Código Civil.*

*3.7. Que se declare a la SIC responsable por los daños causados a las accionantes como consecuencia directa de su actuación y de la expedición de la Resolución 24039 de 2015, la Resolución 64926 de 2015 y la Resolución 10348 de 2016.*

*3.8. Que se condene a la SIC al pago de los daños probados en el presente proceso, cuya estimación razonada se hace más adelante en este documento”.*

## **1.2. HECHOS:**

Fueron descritos por las sociedades demandantes así:

1.2.1. KOKOMONROPER es propietario de un establecimiento de comercio ubicado en la Transversal 60 No. 114<sup>a</sup>-88 de la ciudad de Bogotá D.C., en el

que se distribuye al público pollo preparado en distintas presentaciones bajo la marca “Kokoriko” (Kokoriko Llarco). Avesco es propietario, entre otros, de un establecimiento de comercio ubicado en la Carrera 45 No. 175-50 Local 5 de la ciudad de Bogotá D.C., en el que se distribuye al público pollo preparado bajo la marca “Kokoriko” (Kokoriko Home Center 170), y de la página de internet correspondiente al dominio [www.kokoriko.com](http://www.kokoriko.com).

1.2.2. Durante la temporada de la Copa Mundial de la FIFA – Brasil 2014, las sociedades demandantes ofrecieron a través de sus establecimientos un producto denominado “Plicada Mundialista” que consistía en un plato integrado por un (1) churrasco, ocho (8) alitas, un (1) plátano maduro, ocho (8) papas criollas, cuatro (4) trozos de mazorca, ocho (8) “snacks” de pollo, ocho (8) papas Kokoriko, cuatro (4) yucas, una (1) salsa chimichurri y una salsa alioli de limón, cuyo valor de comercialización era la suma de treinta y nueve mil novecientos pesos (\$39.900), más IVA.

1.2.3. Con el fin de incentivar la adquisición de la “Picada Mundialista”, las demandantes ofrecieron a los consumidores un incentivo consistente en que por la compra del producto el consumidor adquiriría gratis dos (2) cervezas de la marca “Colon”.

1.2.4. Así mismo se permitió a los consumidores participar en el sorteo de veinte (20) televisores de cincuenta pulgadas (50”) si: i) adquirían la “Picada Mundialista” desde el 25 de mayo de 2014 al 9 de julio de 2014, ii) llenaban la totalidad de los datos en la boleta que se le entregaba para tales efectos, y iii) se depositaba la boleta en las urnas dispuestas para tal fin en los distintos restaurantes Kokoriko ubicados en el país antes del 11 de julio de 2014.

1.2.5. Para efectos de dar a conocer la Picada Mundialista a los consumidores, se implementó una serie de materiales publicitarios y decorativos, entre los que se encontraban banderines para la barra de atención, imagen en la tabla del menú individuales, tarjetas, buzones y botones.

1.2.6. No se recibió petición, queja o reclamo alguno relacionado con la “Picada Mundialista”. Tampoco se presentó reclamación ante la SIC relacionada al número de alitas, mazorcas o a la falta de entrega de incentivos en vigencia de la promoción.

1.2.7. Terminada la vigencia de la promoción, los incentivos se entregaron a los ganadores del sorteo de los veinte (20) televisores de cincuenta pulgadas (50”), y durante el término de la promoción se entregaron de manera efectiva las cervezas “Colon”.

1.2.8. Teniendo en cuenta que la “Picada Mundialista” era diseñada para el término del mundial de futbol de la FIFA 2014, las sociedades actoras dejaron de ofrecer la promoción, luego de lo cual la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la SIC expidió la Resolución 40.829 del 27 de junio de 2014, mediante la cual formuló cargos de oficio en contra de las demandantes por la presunta infracción a los artículos 23, 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011.

1.2.9. Dentro del término previsto en la Resolución 40.849, las sociedades demandantes presentaron sus descargos. El 23 de diciembre de 2014 se dio apertura al periodo probatorio, ordenando a los demandantes allegar determinadas pruebas documentales, incluyendo el comportamiento de ventas de la “Picada Mundialista” durante el periodo promocional y la relación de quejas, petición y reclamos.

1.2.10. El 15 de mayo de 2015 la SIC expidió la Resolución No. 24.039 imponiendo una multa a Kokomonroper por la suma de \$19.330.500 por la presunta violación de los artículos 23, 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011, y a Avesco una multa por la suma de \$257.740.000 por la violación de los mismos artículos.

1.2.11. En contra de la decisión los demandantes presentaron recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No. 24.039 del 15 de mayo de 2015, siendo decidida la reposición en la Resolución No. 64.926 del 18 de septiembre de 2015, y la apelación en la Resolución No. 10.348, ambos confirmando el acto administrativo recurrido.

1.2.12. El 4 de mayo de 2016 KOKOMONROPER pagó el valor de la sanción impuesta.

### **1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:**

Las sociedades demandantes sustentan las normas violadas y los conceptos de la violación en los cargos de nulidad denominados: a) falsa motivación y b) infracción de las normas en que debía fundarse el acto. Los cargos de nulidad que se señalarán en la parte considerativa de esta decisión.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Superintendencia de Industria y Comercio por intermedio de su apoderada contestó la demanda en los términos que se señalan en las consideraciones de esta decisión.

## **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

3.1. Previo reparto, en auto del 20 de enero de 2017 se admitió la demanda.

3.2. Efectuado el traslado de la demanda, la Superintendencia de Industria y Comercio contestó en término.

3.3. **Audiencia inicial:** convocada en auto del 12 de octubre de 2017, la audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA, se llevó a cabo el 27 de febrero de 2018, con la comparecencia de los apoderados de las partes y de la

señora Agente del Ministerio Público, en la que se surtieron las siguientes etapas:

3.3.1. Saneamiento del proceso: Se determinó que no existía causal que invalidara el proceso.

3.3.2. Declaración de las excepciones previas: no fueron propuestas por la demandada.

3.3.3. Fijación del litigio: se determinó en los hechos que la autoridad demandada consideró parcialmente ciertos, que no son hechos y que son jurídicamente irrelevantes. Así mismo el litigio se determinó en la revisión de los cargos de nulidad propuestos para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos demandados.

3.3.4. Posibilidad de conciliación: ante la falta de ánimo conciliatorio por parte de la autoridad demandada se declaró fallida la etapa.

3.3.5. Medidas cautelares: sin solicitud de medidas cautelares hasta esa etapa del proceso.

3.3.6. Decreto de pruebas: se tuvieron como tales las aportadas en la demanda, y en el escrito de contestación.

3.3.6.1. Se decretó como prueba el dictamen pericial elaborado por el señor Luis Julián Alberto González Forero en su calidad de Director de Proyectos de la sociedad TEMPO GROUP S.A.S., y aportado por las demandantes al proceso, el cual tiene por objeto conocer las preferencias y expectativas de los consumidores en relación a la compra de alitas de pollo vendidas en restaurantes para consumo en las ciudades de Bogotá, Medellín y Cali.

3.3.6.2. Se efectuó la contradicción al dictamen pericial por parte de la apoderada de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien formuló objeción por error grave, en los términos que se expondrán más adelante. En consecuencia, el perito fue citado para absolver la objeción en la audiencia de pruebas.

### **3.4. Audiencia de pruebas:**

3.4.1. En la diligencia el perito se pronunció sobre las objeciones formuladas en contra del dictamen, y respondió las preguntas formuladas por los intervinientes de la audiencia.

3.4.2. Evacuado el objeto de la diligencia se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

### **3.5. Alegatos de conclusión**

Dentro del término concedido para el efecto, las partes presentaron en término sus alegatos de conclusión, así:

3.5.1. Demandantes: reiteró los argumentos de la demanda.

3.5.2. Superintendencia de Industria y Comercio: se refirió al dictamen pericial rendido en el proceso, concluyendo: a) no se pueden formular preguntas sin tener claro el contexto y objetivo de lo que se quiere analizar con el estudio, las preguntas son tan ambiguas y generales que ni siquiera las respuestas suministradas por los encuestados dan lugar a definir el concepto de “alitas de pollo” que afirma el perito son el objeto de la respuesta y no de la pregunta; b) no se le planteó a los encuestados escenario alguno para que el enfoque del análisis arrojara resultados específicos frente a la expectativa de un consumidor al adquirir alitas de pollo; c) las preguntas fueron direccionadas a respuestas

que permitieran arrojar resultados ajustados a la necesidad del demandante, y no al proceso, sin ser imparcial en el desarrollo de su estudio; d) no se evidencian las fuentes técnicas usadas para llegar a las conclusiones realizadas por el perito; e) el perito desconoce la existencia de los conceptos técnicos que explícitamente definen las alitas de pollo.

Afirma que la sanción impuesta fue adecuada a los criterios que resultaban aplicables para su tasación.

En los demás aspectos reitera lo afirmado en el escrito de contestación de la demanda.

### **3.5. Concepto del Ministerio Público**

La Agente del Ministerio Público designada ante esta Corporación emitió pronunciamiento así:

3.5.1. La pieza publicitaria de la “Picada Mundialista” indica mediante mensaje escrito que ésta contiene, entre otros alimentos, 8 alitas de pollo y 4 mazorcas, mientras que la imagen muestra trozos de mazorca y de alitas, entregando en realidad al consumidor 4 alas y 2 mazorcas. La cantidad es un aspecto objeto de la publicidad y por tanto debe tomarse la literalidad de lo que aparece en ella, de lo contrario, si la cantidad puede presentarse para interpretaciones como en el presente asunto, es obligación del anunciante aclararlo.

3.5.2. El dictamen pericial no puede ser tenido en cuenta, pues su objeto y preguntas estuvieron dirigidas a revelar lo que conocen los encuestados como un plato denominado alitas de pollo, pero no respecto de lo que esperan cuando se les ofrece una cantidad determinada de alitas, independientemente de si se sirven en trozos o en unidad completa. El estudio no tiene relación directa con el asunto sancionado por la Superintendencia demandada.

3.5.3. La publicidad dada fue engañosa, y por tanto no se puede considerar que los hechos tenidos en cuenta por la administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada.

3.5.4. La facultad investigativa y sancionadora de la SIC puede ejercerse no necesariamente producto de una denuncia, queja o reclamo de un consumidor, pues en virtud de los derechos que protege la entidad, la investigación puede ser de oficio, por lo que no es relevante en este caso que no exista ninguna denuncia sobre la publicidad del producto “Picada Mundialista”.

3.5.5. No es suficiente el concepto “alistas” que está en el imaginario del consumidor cuando se publicita una cantidad específica como en el presente asunto.

3.5.6. Con fundamento en lo anterior, la señora Agente del Ministerio Público solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

## **II) CONSIDERACIONES**

### **1. COMPETENCIA**

En atención a que en ese caso se ejerce el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se controvierte un acto administrativo, y atendido que la cuantía de las pretensiones excede de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda, de conformidad con el numeral 3º del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, y considerando que los actos acusados fueron expedidos dentro del Distrito Judicial Administrativo de Cundinamarca, este Tribunal es competente para conocer y decidir en primera instancia el proceso de la referencia.

### **2. PROBLEMA JURÍDICO**

De acuerdo con los supuestos de la demanda, deberá establecer la Sala si sobre los actos demandados hay lugar a encontrar probados los cargos de que se acusan y si ello da lugar a declarar su nulidad junto con el correspondiente restablecimiento pretendido en la demanda.

### **3. DE LOS ACTOS OBJETO DE REVISIÓN DE LEGALIDAD**

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la legalidad de los siguientes actos administrativos: a) la Resolución No. 24039 del 15 de mayo de 2015 *“por la cual se decide una actuación administrativa”*, proferida por la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio; b) la Resolución No. 64926 del 18 de septiembre de 2015 *“por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el de apelación”*, emitida por la misma autoridad; y c) Resolución No. 10348 del 4 de marzo de 2016 *“por el cual se resuelve un recurso de apelación”*, emitida por la Superintendente Delegada para la Protección al Consumidor.

### **4. CUESTIONES PREVIAS**

Previo a analizar de fondo los cargos de nulidad propuestos por las sociedades actoras en contra de los actos administrativos demandados, la Sala considera necesario referirse a: a) la objeción al dictamen pericial practicado en el proceso; b) el marco legal y jurisprudencial que sustenta la decisión; y c) los hechos probados en el proceso que fundamenta el análisis de legalidad de los actos administrativos demandados.

#### **4.1. OBJECIÓN AL DICTAMEN PERICIAL**

La Sala considera necesario analizar el dictamen pericial aportado al proceso por la parte actora y las objeciones propuestas por el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de éste. El estudio se efectuará en los siguientes términos:

#### **4.1.1. EL DICTAMEN PERICIAL PRACTICADO EN EL PROCESO**

Se destaca del dictamen pericial los siguientes argumentos:

4.1.1.1. El dictamen pericial tuvo por objeto *“conocer las preferencias y expectativas de los consumidores en relación a la compra de alitas de pollo vendidas en restaurantes para consumo, en las ciudades objeto de estudio”<sup>1</sup>*, el cual se llevó a cabo en las ciudades de Bogotá D.C., Medellín y Santiago de Cali. Se realizaron 400 encuestas a residentes mayores de edad de las ciudades objeto del estudio. El trabajo de campo se llevó a cabo entre el 22 de septiembre de 2016 al 26 de septiembre de 2016.

4.1.1.2. El 11% de los entrevistados identifican la imagen de los trozos o porciones de pollo como tales, y un 72% identifica explícitamente el producto mostrado como “alitas de pollo”, lo que podría indicar que en el ideario de los encuestados hay una diferenciación entre un plato de alitas de pollo y un plato de porciones o partes de alas de pollo

4.1.1.3. La mayoría de los entrevistados identifica y manifiesta que cuando compra el producto denominado “alitas de pollo” en establecimientos, usualmente recibe partes o porciones de ala de pollo, lo que podría indicar que ésta es la forma común como se ofrece este producto y la forma generalmente aceptada dentro del mercado.

#### **4.1.2. OBJECIONES AL DICTAMEN PERICIAL:**

En contra del dictamen pericial, la apoderada de la Superintendencia de Industria y Comercio formuló objeción en la audiencia inicial<sup>2</sup>, argumentando:

---

<sup>1</sup> EXPEDIENTE. Folio 350.

<sup>2</sup> Ibid. Cd obrante a folio 468. Archivo de video: minuto: 00:34:32.

4.1.2.1. Las preguntas realizadas por el perito a los encuestados para dar cuenta del objeto del dictamen pericial están mal enfocadas, poniendo al consumidor en un escenario distinto al que fue objeto de reproche por la SIC, toda vez que son generales y no especifican el fin por medio del cual se constituyó el reproche de la entidad frente a la publicidad engañosa.

4.1.2.2. La expectativa del consumidor no se convierte en un requisito sin el cual no se pueda atribuir responsabilidad por la existencia de una publicidad engañosa. Hay un error en el enfoque del dictamen pericial para poder determinar dicha expectativa.

#### **4.1.3. RESPUESTA DEL PERITO A LAS OBJECIONES FORMULADAS POR LA SIC**

En la audiencia de pruebas<sup>3</sup>, el perito se pronunció sobre las objeciones formuladas por la SIC, destacando los siguientes argumentos:

4.1.3.1. Las preguntas estuvieron definidas desde lo que se utiliza usualmente dentro del desarrollo de la investigación de mercados, ceñido al código de ética ESOMAR, y a la norma 20252 de 2012, que rige la investigación de mercados y opinión pública.

4.1.3.2. Las preguntas que se definieron debían tener un sentido lógico, sin lugar a dudas y que fuera imparcial y objetivo para poder alcanzar el objeto del estudio. Las preguntas se elaboraron para identificar lo que los consumidores tienen en su ideario a nivel general, y las expectativas que tienen al comprar en establecimientos el producto “alitas de pollo” como un plato preparado y servido en establecimientos.

4.1.3.3. El 72% de las personas identifican la imagen mostrada en la encuesta como alitas de pollo, a pesar de que se ven trozos o partes de pollo. Un

---

<sup>3</sup> Ibid. Cd obrante a folio 497. Archivo de video: minuto: 10:15:30.

porcentaje más bajo identifica la imagen como trozos o porciones de pollo, colombinas o croquetas de pollo. La pregunta formulada fue clara para que los entrevistados dieran una respuesta concluyente.

4.1.3.4. Se les preguntó a los encuestados “¿cuál de las imágenes corresponde a lo que usted ha recibido usualmente cuando compra alitas de pollo en un restaurante?”, y se le muestra a los encuestados dos imágenes, una contiene trozos de pollo y la otra un ala completa de pollo. La pregunta formulada está cimentada dentro de la percepción sensorial y estímulo visual que observan los encuestados. La mayoría de las personas en la encuesta informa que cuando piden en un restaurante alitas de pollo reciben trozos o porciones de pollo.

#### **4.1.4. RESPUESTAS DE LAS PREGUNTAS DE LAS PARTES FORMULADAS AL PERITO**

Acto seguido la Magistrada sustanciadora en la diligencia le corrió traslado a los intervinientes para formular al perito preguntas sobre el dictamen rendido, las cuales fueron resueltas por el perito. Se destacan las siguientes respuestas:

4.1.4.1. Una cosa es lo que prefieren las personas y otra lo que esperan, el objeto del estudio es analizar las expectativas que tienen las personas frente a un producto.

4.1.4.2. La metodología más adecuada para absolver el objetivo del estudio era la entrevista presencial, por cuanto se iban a mostrar unos estímulos visuales que acompañaban las preguntas. Las preguntas formuladas permitían obtener los datos para dar las conclusiones en el objetivo del estudio.

4.1.4.3. Se le informó a los encuestados que el objeto de la encuesta era para obtener la valoración frente a determinado producto, tal y como lo exige la norma ISO 20252. No se le informó a los encuestados que la encuesta era para resolver un problema de publicidad engañosa, lo que generaría un sesgo de

entrada, y juzgarían el ideario que tienen de los productos en general. Las personas siempre van a querer más de lo que se les ofrece, y por tanto inclinarían su respuesta a lo que consideran es beneficioso para ellos.

4.1.4.5. Las imágenes mostradas en la encuesta no están relacionadas con alguna marca o producto para tener una respuesta espontánea por parte de los entrevistados. Se utilizaron bancos de imágenes abiertas sobre platos preparados.

4.1.4.6. El objetivo de la investigación fue definido por el perito, no por la empresa que lo contrató para realizar la investigación.

4.1.4.7. No se incluyó la variable de cantidad de alitas de pollo, para evitar un sesgo en la pregunta.

#### **4.1.5. ANÁLISIS DE LA SALA**

4.1.5.1. La Sala sigue el criterio de lo que el H. Consejo de Estado entiende por “objeción por error grave”, en los siguientes términos:

*“146. En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.*

*147. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación y no a la conclusión de los peritos.*

*(...)*

*150. Por lo tanto, el error debe presentarse en el proceso de elaboración de la prueba y no en las conclusiones de la misma, pues estas últimas son resultado del proceso de confección de la experticia, por lo cual es la*

*alteración de la realidad en el mismo lo que conduce a una equivocación que devenga en conclusiones equivocadas”<sup>4</sup>.*

4.1.5.2. Conforme a lo anterior, la objeción por error grave al dictamen pericial presupone una equivocación de tal gravedad de tal entidad que conduzca a conclusiones igualmente equivocadas. Además, en este caso el dictamen se contrapone a la verdad, cuando se presenta una inexactitud entre la realidad del objeto del dictamen y la representación mental que de él haga el perito. La objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación y no a la conclusión de los peritos.

4.1.5.3. En este caso, la apoderada de la SIC sustenta la objeción al dictamen pericial, en el entendido de un mal enfoque de las preguntas realizadas a los encuestados del estudio, al no especificar el objeto de la sanción impuesta por la SIC a las sociedades demandantes en los actos administrativos cuya nulidad se debate en este proceso. Al respecto, debe advertirse en primera medida que el objeto del dictamen pericial se define en los siguientes términos:

**“OBJETIVO GENERAL**

*Conocer las preferencias y expectativas de los consumidores en relación a la compra de alitas de pollo vendidas en restaurantes para consumo, en las ciudades objeto del estudio”<sup>5</sup>.*

4.1.5.4. Para dar respuesta al objetivo general, el perito expuso como metodología la siguiente:

*“metodología cuantitativa que consistió en la aplicación personal de un cuestionario estructurado, compuesto por preguntas abiertas y cerradas, que cubrían todos los objetivos de información según los requerimientos del proyecto.*

*El instrumento de medición (cuestionario) fue diseñado por Tempo Group y tuvo una duración aproximada de 7 minutos.*

---

<sup>4</sup> MARÍN, María Adriana (C.P.) (Dra.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 28 de agosto de 2019.

<sup>5</sup> EXPEDIENTE. Folio 350.

*Las entrevistas fueron debidamente procesadas para realizar un análisis de resultados y concluir sobre aspectos puntuales del proyecto”<sup>6</sup>.*

4.1.5.5. Las preguntas que se formularon a los encuestados para efectos de la elaboración del dictamen pericial, y que tienen por objeto dar respuesta del objetivo del estudio son las identificadas en el ítem “*preferencia de compra de alitas preparadas*” en la encuesta realizada en las ciudades objeto de estudio<sup>7</sup>, las cuales son las siguientes: a) cuando usted recibe un producto como el de la imagen en un restaurante, ¿qué producto está recibiendo?; y b) ¿cuál de las imágenes que aparece en la tarjeta corresponde a lo que usted ha recibido usualmente cuando compra alitas de pollo en un restaurante?.

4.1.5.5.1. Las preguntas formuladas a los encuestados están acompañadas por las siguientes imágenes que fueron mostradas al momento de realizar las encuestas:

a) Para la primera pregunta se mostró a los encuestados la siguiente imagen<sup>8</sup>:

#### Conocimiento de Producto - Imagen mostrada



P.1 Cuando Usted recibe un producto como el de la imagen en un restaurante, ¿qué producto está recibiendo?

<sup>6</sup> Ibid. Folio 352.

<sup>7</sup> Ibid. Folio 384 rev.

<sup>8</sup> Ibid. folio 361 rev.

### Imagen A

b) Para la segunda pregunta se mostró a los encuestados la siguiente imagen<sup>9</sup>:

#### Identificación de Producto - Imagen mostrada

Imagen 1



Imagen 2



P.2 ¿Cuál de las imágenes que aparece en la tarjeta corresponde a lo que Usted ha recibido usualmente cuando compra alitas de pollo en un restaurante?

TEMPO GROUP

Análisis de Resultados

4.1.5.6. De lo anterior se observa que en ningún aparte del objetivo general del estudio se pretende el análisis de las piezas publicitarias del establecimiento de comercio KOKORIKO, que fueron objeto de reproche por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en los actos administrativos que se demandan. En realidad, el estudio se fundamenta en establecer las preferencias y expectativas de los consumidores en relación con la compra de “alitas de pollo” en los restaurantes de las ciudades de Bogotá, Cali y Medellín.

4.1.5.7. De tal manera que si el objetivo del estudio no se centra en la valoración de las alitas de pollo vendidas por la franquicia “KOKORIKO”, ni en las alitas ofrecidas por tal compañía en la promoción “Picada Mundialista” (objeto de la sanción de la SIC), no es posible cuestionar la ausencia de tales elementos en las preguntas formuladas a los encuestados en el estudio del perito, en el entendido que las preguntas realizadas deben ser consecuentes con el objetivo del estudio.

<sup>9</sup> Ibid. folio 368 rev.

4.1.5.8. La valoración sobre si la expectativa de los consumidores es o no determinante para establecer la incursión de una conducta de publicidad engañosa, no fue objeto del dictamen pericial rendido en el proceso, y tampoco le corresponde al perito determinarlo, siendo un asunto de derecho propio de la litis y que le corresponde resolver a esta Sala de decisión.

4.1.5.9. En consecuencia, no puede confundirse la objeción del dictamen pericial por error grave y su valoración en el proceso como prueba. Así, en este caso el dictamen pericial no es erróneo por no incluir en su estudio las particularidades de la sanción impuesta por la SIC a las sociedades actoras como se indicó en precedencia, sin embargo, éste deberá ser analizado como prueba a efectos de determinar su utilidad para cuestionar la legalidad de los actos administrativos que se demandan.

4.1.5.10. En esos términos no prospera la objeción del dictamen pericial.

## **4.2. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL QUE FUNDAMENTA LA DECISIÓN**

La Sala fundamenta la decisión respecto de los cargos de nulidad, en virtud del siguiente marco legal y jurisprudencial:

4.2.1. La regulación en el ordenamiento jurídico de la relación entre proveedores y consumidores encuentra como fuente primigenia el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia que prevé:

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

*Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.*

*El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos (negrilla fuera del texto).*

Del mandato constitucional se observa que es potestativo del legislador la regulación de la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los bienes y servicios prestados a la comunidad. Así mismo se establece la responsabilidad de los proveedores y comercializadores frente a los consumidores en materia de salud, seguridad y adecuado aprovisionamiento de los bienes y servicios.

4.2.1.1. En interpretación del citado artículo constitucional, el H. Consejo de Estado consideró:

*“En este orden de ideas, se tiene que el reconocimiento de este derecho colectivo busca establecer una suerte de contrapeso a la libertad de empresa proclamada por la Carta como uno de los pilares del sistema económico, en tanto que apunta a focalizar la atención de las autoridades no solo en la promoción de la libre competencia y el eficiente funcionamiento del mercado, sino también en este segmento de la población que por sus características (lega, y por lo tanto, desprovisto de información y conocimiento profundo del bien o servicio que se adquiere) y la posición que ocupa (carente de un poder de negociación significativo en el mercado) tiende a ser la parte débil de las transacciones que tienen lugar con productores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios. La proclamación del Estado social y democrático de Derecho resulta incompatible con una visión del sistema económico que centre la protección constitucional de las relaciones económicas solo en dirección de amparar la libertad de emprender, de contratar y la libre competencia. A causa de la desigualdad propia de las relaciones de consumo, la consideración de la comunidad de personas a quienes se dirige la actividad desarrollada por los sujetos que actúan en ejercicio de las libertades que proclama el artículo 333 de la Constitución y de sus particularidades resulta imperativa.*

*Dada su posición de inferioridad y necesidad de protección el artículo 78 Superior es explícito en señalar ámbitos que involucran a consumidores y usuarios en los cuales el Estado debe centrar su atención. Es el caso de la regulación del control de calidad de bienes y servicios ofrecidos a la*

*comunidad y de la información que se debe suministrar al público en su comercialización, así como del régimen de responsabilidad imputable a quienes atenten contra la salud, la seguridad o el adecuado abastecimiento de los consumidores y usuarios en la producción y comercialización de bienes y servicios. De aquí el carácter tuitivo del Derecho del Consumo y su preocupación por modular principios clásicos del Derecho Privado como la igualdad y la autonomía de la voluntad, que aun cuando aplicables, son permeados y atemperados por las normas constitucionales que sustentan esta materia.*

*La protección de los consumidores no es, pues, un asunto que constitucionalmente pueda resultar indiferente para las autoridades. En desarrollo de esta responsabilidad se han expedido normas como el Decreto 3466 de 1982 o, recientemente, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), en virtud de las cuales se establece que los consumidores y usuarios tienen, entre otros, derecho a: (i) que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores ; (ii) a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación ; o (iii) a recibir protección contra la publicidad engañosa . Igualmente, y en paralelo con este último derecho, se ha establecido la prohibición de publicidad engañosa, entendida como “[a]quella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”; y se ha impuesto una especial carga de advertencia en cabeza de los productores y distribuidores de bienes nocivos para la salud de las personas. El desconocimiento de estas reglas y de todas aquellas estatuidas en aras de proteger a este grupo conlleva una afectación del derecho colectivo proclamado por el literal n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 susceptible de ser amparado en sede de acción popular<sup>10</sup>.*

4.2.1.2. En virtud de la citada jurisprudencia, el derecho de los consumidores como derecho colectivo, encuentra su fundamento legal en el artículo 78 Constitucional, focalizando la atención de las autoridades en los consumidores, que tienden a ser la parte débil de las transacciones que tienen lugar con los productores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios, lo que caracteriza la desigualdad propia de la relación de consumo.

---

<sup>10</sup> VARGAS AYALA, Guillermo (C.P.) (Dr.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 15 de mayo de 2014. Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00609-01(AP).

4.2.1.3. Así, el Derecho del Consumo modula los principios clásicos del derecho privado como la igualdad y la autonomía de la voluntad, dada la protección constitucional que le asiste a los consumidores.

4.2.2. En desarrollo del artículo 78 de la Constitución Política, fue proferida la Ley 1480 de 2011 *“por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”*, que en su artículo 1º, establece entre los principios generales de la norma los siguientes:

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

*(...)*

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

4.2.3. Así mismo el numeral 1.3. del artículo 3º del mismo estatuto, consagra el derecho de los consumidores y usuarios a recibir información, así:

*“Artículo 3º. Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:*

*(...)*

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

4.2.4. Entiéndase por “consumidor o usuario”, según la definición prevista en el numeral 3º del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011 como toda *“persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada*

*intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”.*

4.2.5. Entiéndase por “producto”, de conformidad con la definición del numeral 8° del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011, como todo bien o servicio.

4.2.6. El derecho de los consumidores o usuarios a recibir información, se encuentra intrínsecamente relacionada con el deber de los proveedores y productores de brindarla. En ese orden, el artículo 23 de la citada Ley prevé:

*“Artículo 23. Información mínima y responsabilidad. Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano”.*

4.2.6.1. El “productor”, en los términos del numeral 9° del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011 quien *“de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”.*

4.2.6.2. Así mismo, es “proveedor o expendedor”, en virtud del numeral 11 del citado artículo, quien *“de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro”.*

4.2.6.3. En consecuencia, en garantía del derecho de los consumidores a recibir información, y en garantía del principio general del acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas, los proveedores y productores están obligados a suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan siendo responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano.

#### **4.2.7. DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA**

4.2.7.1. Entiéndase por publicidad, conforme al numeral 12 del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011 como toda *“forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”*.

4.2.7.2. Por su parte, la “publicidad engañosa”, como lo establece el numeral 13 de la Ley 1480 de 2011, es aquella *“cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”*.

4.2.7.3. El título VI de la Ley 1480 de 2011 regula la publicidad de los productos, estableciendo en su artículo 29 la fuerza vinculante, que consiste en las *“condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”*.

4.2.7.4. El artículo 30 de la citada Ley prevé la prohibición de la publicidad engañosa y la responsabilidad del anunciante así:

*“ARTÍCULO 30. PROHIBICIONES Y RESPONSABILIDAD. Está prohibida la publicidad engañosa.*

*El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados”*.

4.2.7.5. Según el artículo 33 de la norma, los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la Ley. Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

4.2.7.6. Así mismo la norma prevé que sin perjuicio *“de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente”*.

4.2.7.7. La exoneración de la responsabilidad dl anunciante, está prevista en el artículo 32 de la Ley 1480 de 2011, que dispone:

*“ARTÍCULO 32. CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD.  
El anunciante solo podrá exonerarse de responsabilidad, cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación”*.

#### **4.2.8. LA INFORMACIÓN ENGAÑOSA EN LA CIRCULAR ÚNICA DE LA SIC**

4.2.8.1. La información engañosa se encuentra definida en el numeral 2.1.1. de la Circular Única de la SIC, que dispone:

##### *“2.1.1 Información engañosa*

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

4.2.8.2. Los elementos que deberán ser tenidos en cuenta para determinar si cualquier forma de publicidad es engañosa, se encuentran previstos en el numeral 2.1.1.1. de la Circular Única de SIC, así:

##### *“2.1.1.1 Elementos*

*Para determinar si la propaganda comercial, marca o leyenda o en general cualquier forma de publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta entre otros los siguientes elementos:*

- a) *Las indicaciones sobre las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, naturaleza, ejecución, composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado o idóneo, utilidades, cantidad, especificaciones, origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización o los resultados y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios.*
  
- b) *El precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios.*
  
- c) *La naturaleza, características y derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que haya recibido o sus distinciones”.*

4.2.8.3. Los criterios para determinar que la información o la propaganda comercial es engañosa, están consagrados en el numeral 2.1.1.2. de la Circular Única de la SIC, que prevé:

“2.1.1.2 Criterios

Para efectos de lo previsto en los artículos 14, 15, 16 y 17 del decreto 3466 de 1982, o de las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan, se entenderá que la información o la propaganda comercial es engañosa, entre otros casos cuando:

- a) Se omite información necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda comercial.
- b) Cuando la información indispensable para el adecuado manejo, mantenimiento, forma de empleo, uso del bien y/o servicio así como precauciones sobre posibles riesgos, no esté en idioma castellano.

Cuando un Reglamento Técnico establezca la obligación de dar información a los consumidores, ésta deberá venir en su integridad en idioma castellano.

Se considera que la información es suficiente cuando sea representada por símbolos reconocidos internacionalmente y/o con palabras que por costumbre son plenamente reconocidas por los consumidores en cuanto su significado o aplicación.

- c) Se establecen mecanismos para trasladar al consumidor los costos del incentivo de manera que éste no pueda advertirlo fácilmente, como cuando se disminuye la calidad o cantidad del producto o servicio o se incrementa su precio, entre otros.

- d) La información sobre restricciones, limitaciones, excepciones y condiciones adicionales para la adquisición del producto o servicio, no se incluye en la propaganda comercial y no tiene similar notoriedad al ofrecimiento del producto o servicio que se anuncia.
- e) Se ofrecen productos o incentivos con deficiencias o imperfectos, usados, remanufacturados, remodelados o reconstruidos, próximos a vencerse y de colecciones o modelos anteriores sin indicar tales circunstancias de manera clara y precisa en la propaganda comercial.
- f) Se ofrecen de manera gratuita productos, servicios o incentivos cuando la entrega de los mismos está supeditada al cumplimiento de alguna condición por parte del consumidor que no se indica en la propaganda comercial”.

4.2.8.4. En el caso de la propaganda comercial, la Circular Única de la SIC establece como instrucciones para efectos del cumplimiento de los requisitos de veracidad, suficiencia y no inducción a error al consumidor, entre otras las siguientes:

4.2.8.4.1. Para el caso de la propaganda comercial con incentivos, la Circular Única en el artículo 2.1.2.1. prevé:

*“2.1.2.1. Propaganda comercial con incentivos*

*Se entiende por propaganda comercial con incentivos, todo anuncio dirigido al público en general o a un sector específico de la población, en el cual se ofrece en forma temporal, la comercialización de productos o servicios en condiciones más favorables que las habituales las cuales pueden consistir en el ofrecimiento a través de cualquier medio de divulgación o sistema de publicidad de rifas, sorteos, cupones, vales, fotos, figuras, afiches, imágenes o cualquier otro tipo de representación de personas, animales o cosas, dinero o de cualquier retribución en especie, con el fin de inducir o hacer más atractiva la compra de un producto o servicio determinado.*

*No se entiende como propaganda comercial con incentivos las condiciones más favorables obtenidas de manera individual como resultado de la negociación directa del consumidor.*

*A continuación se señalan algunos criterios técnicos y jurídicos para la cabal aplicación de los requisitos de veracidad, suficiencia y no inducción a error exigidos por el legislador.*

- a) *Información mínima*

*i. Identificación del producto o servicio promovido y del incentivo que se ofrece indicando su cantidad y calidad.*

*ii. Requisitos y condiciones para su entrega, como por ejemplo si no es acumulable con otros incentivos, si se limita la cantidad por persona, etc.*

*iii. Plazo o vigencia del incentivo, indicando la fecha exacta de iniciación y terminación de la misma.*

*iv. Nombre comercial o razón social del oferente.*

*v. Gastos, descuentos, retenciones, impuestos, deducciones y, en general, los costos a cargo del consumidor para la entrega del incentivo, si llegaren a ser aplicables.*

*vi. Si en la propaganda comercial se utilizan imágenes de los productos o incentivos, los elementos entregados deben tener las mismas características de los presentados en la propaganda comercial.*

*vii. Si el incentivo es un descuento ofrecido de manera general al público o sector determinado, en la propaganda comercial 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.*

*b) Inducción a error*

*Sin perjuicio de la facultad que existe para señalar libremente el precio de los productos y servicios no sometidos a régimen de control, se entenderá que se induce a error cuando:*

*i. Simultáneamente con el ofrecimiento del incentivo y hasta seis meses después del retiro del ofrecimiento de éstos se aumenta el precio del bien o servicio, o*

*ii. Se ofrecen incentivos dentro del mes siguiente al aumento del precio del bien o servicio cuya adquisición se promociona.*

*c) Agotamiento de incentivos*

*De acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del decreto 3466 de 1982 en la propaganda comercial con incentivos deberá indicarse la “fecha exacta hasta la cual será válido el ofrecimiento de los incentivos”.*

*En los casos en que la entrega del producto, servicio o incentivo se condicione a la disponibilidad de inventarios o existencias, además de la indicación de la fecha de vigencia exigida en el mencionado artículo 16 deberá indicarse el número de productos, servicios e incentivos disponibles.*

*Cuando se agoten los productos, servicios o incentivos ofrecidos antes de la fecha de vigencia anunciada en la propaganda comercial, deberá advertirse al público dicha circunstancia mediante avisos notorios en el establecimiento y suspenderse de manera inmediata la propaganda comercial.*

*En adición a lo señalado en el inciso anterior, si las existencias se agotan faltando más de tres (3) días para terminar el plazo de vigencia de la propaganda comercial, conforme con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 3466 de 1982, la misma debe ser corregida tomando las medidas*

*necesarias para evitar que se induzca a error o se cause daño o perjuicio a los consumidores. En tal sentido, deberá anunciarse el agotamiento de los productos, servicios o incentivos en forma proporcional y adecuada a las condiciones iniciales de difusión de la propaganda comercial y al lapso restante de vigencia”.*

4.2.8.4.2. En materia de la propaganda comercial con imágenes, la Circular Única de la SIC establece en el artículo 2.1.2.3.:

“2.1.2.3. Propaganda comercial con imágenes

*En la propaganda comercial con imágenes deberá observarse lo siguiente:*

*a) La imagen del producto o servicio utilizada en la propaganda comercial debe corresponder con la del producto o servicio promocionado.*

*b) La cantidad del producto que aparezca en la propaganda comercial debe corresponder a la que efectivamente contiene el envase o empaque del producto promocionado.*

*c) En las ventas por catálogo deberán indicarse las características y dimensiones o medidas de los productos.*

#### **4.2.9. LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIONES IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

4.2.9.1. El artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 establece:

*“ARTÍCULO 61. SANCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios:*

*1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.*

*2. Cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días;*

*3. En caso de reincidencia y atendiendo a la gravedad de las faltas, cierre definitivo del establecimiento de comercio o la orden de retiro definitivo de una página web portal en Internet o del medio de comercio electrónico utilizado;*

*4. Prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos. El productor podrá solicitar a la autoridad competente, el levantamiento de esta sanción previa la demostración de que ha introducido al proceso de producción las modificaciones que aseguren el cumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad;*

*5. Ordenar la destrucción de un determinado producto, que sea perjudicial para la salud y seguridad de los consumidores.*

*6. Multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por inobservancia de órdenes o instrucciones mientras permanezca en rebeldía.*

*Cuando se compruebe que los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales han autorizado o ejecutado conductas contrarias a las normas contenidas en la presente ley, se les podrán imponer multas hasta por trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción y la prohibición de ejercer el comercio hasta por cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de la sanción.*

*PARÁGRAFO 1o. Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:*

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

*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.*

*PARÁGRAFO 3o. El cincuenta por ciento (50%) de las sanciones que impongan la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia Financiera en ejercicio de sus funciones administrativas*

*y jurisdiccionales de protección al consumidor, incluidas las impuestas por incumplimiento de reglamentos técnicos, servicios de telecomunicaciones, servicios postales, falta de registro o no renovación del registro en las Cámaras de Comercio y de protección de datos personales o hábeas data, tendrán como destino el presupuesto de cada Superintendencia y el otro cincuenta por ciento (50%) se destinará para fortalecer la red nacional de protección al consumidor a que hace referencia el artículo 75 de la presente ley, y los recursos serán recaudados y administrados por quien ejerza la secretaria técnica de la red”.*

4.2.9.2. De conformidad con la norma citada, las sanciones son impuestas, entre otros por inobservancia del Estatuto del Consumido. Para su graduación se deben valorar criterios como: a) el daño causado a los consumidores, b) la persistencia en al conducta infractora, c) la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor, d) la disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores, e) la disposición o no de colaborar con las autoridades competentes, f) el beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor para terceros por la comisión de la infracción, g) la utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos, y h) el grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes.

### **4.3. LOS HECHOS PROBADOS EN EL PROCESO Y RELEVANTES PARA LA DECISIÓN RESPECTO DE LA PUBLICIDAD OFERTADA POR KOKORICO**

4.3.1. La Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, el 26 de mayo de 2014 llevó a cabo visita de inspección en el establecimiento “KOKORIKO HOMECENTER 170”, localizado en la Avenida Carrera 45 # 175-50, locales 5-6, visita que consta en el Acta con radicación No. 14-112624-00001-0000 del 27 de mayo de 2014<sup>11</sup>, en la que se destaca lo siguiente:

---

<sup>11</sup> EXPEDIENTE. CD obrante a folio 494. Antecedentes administrativos. Archivo: “14-112624”.

i) El objeto de la visita de inspección consistió en verificar las disposiciones generales del Estatuto del Consumidor y normas concordantes.

ii) La diligencia fue atendida por la administradora del turno de la tarde del establecimiento, que pertenece a la sociedad Compañía Comercial e Industrial La Sabana AVESCO S.A.S.

iii) A la administradora se le preguntó en que consistía la promoción denominada “KOKORIKO PICADA MUNDIALISTA”, quien manifestó conforme consta en el acta de visita, lo siguiente:

*“1) con la compra de una picada mundialista participa en el sorteo de 20 televisores de 50 pulgadas y adicionalmente se obsequia dos (2) cervezas Colón. No aplica para los restaurantes de Jumbo 170 y Santa Ana. La promoción va desde el 26 de mayo al 9 de junio. Todas las condiciones se pueden ver en KOKORIKO.COM.CO. 2) La Picada Mundialista contiene un churrasco del mismo tamaño que el ofrecido en la carta como churrasco, es decir medio pollo deshuesado, -8 alitas- la porción es regulares de alitas contienen 6 o 12 alitas-, 1 plátano maduro sencillo del mismo tamaño que el del menú normal, -8 papas criollas- el menú normal la porción de papas es de 10 papas-. 4 mazorcas- la porción regular consiste en 2 media mazorcas, la porción de 4 mazorcas de la picada mundialista corresponde a media porción de la mazorca regular, es decir a media mazorca que se parte en cuatro partes, - 8 snacks de pollo que la porción regular es de 7 porciones, pero las tiras son del mismo tamaño y gramaje en las dos ofertas, - 8 papas KOKORIKO que corresponde a 8 cascotes de 1 papa, la porción regular consiste en 12 cascotes de papa y media, -4 yucas, la porción regular consiste en 6 yucas pero los dos contienen yucas del mismo tamaño y gramaje, 1 salsa chimichurri que es exclusiva de esta picada y una salsa alioli de limón que también es exclusiva de esta promoción. 3) La señora Marlen aclara que es necesario realizar la compra para recibir las boletas para participar en el sorteo de los 20 televisores y que éstas deben ser diligenciadas y depositadas en un buzón. No se permite la participación de los empleados ni sus familiares hasta la tercera generación en este sorteo.*

*La señora Blanco informa que todas las presentaciones tanto las regulares como la de la picada mundialista contienen los mismos productos, de la misma marca y gramaje, pero en la picada se adicionan en mayor o menor proporción al menú regular”<sup>12</sup>.*

iv) En el marco de la visita administrativa desarrollada por la SIC, se recopilaron las siguientes piezas publicitarias:

---

<sup>12</sup> Ibid. P. 3 a 7.



IMAGEN 1



IMAGEN 2



**IMAGEN 3**

v) Se tomaron entre otras las siguientes fotografías al establecimiento objeto de la visita administrativa:



**IMAGEN 4**



**IMAGEN 5**

4.3.2. De igual manera la Superintendencia de Industria y Comercio, el 26 de junio de 2014 realizó visita de inspección al establecimiento de Kokomonroper

Ltda Compañía de la Operadora de Franquicia Kokoriko Ltda, ubicado en la Avenida Suba Transversal 60 No. 114 A -88 en la ciudad de Bogotá D.C., que consta en Acta con radicado No. 14-112624-00004-0000<sup>13</sup>, atendida por el administrador del punto. Se destacan los siguientes aspectos de la visita realizada:

i) El administrador del punto manifiesta que la promoción “se creó con el fin de atraer clientes e incrementar las ventas aprovechando la época mundialista y también para que las familias puedan compartir comiendo juntos. Que la vigencia de la publicidad va del 26 de mayo hasta el 9 de julio pero según comunicado interno que se anexa se extiende hasta el 31 de julio de 2014”.

ii) Así mismo manifestó que la picada mundialista se compone de “1 churrasco, 8 alitas, 1 plátano maduro sencillo, 8 papas criollas, 1 Mazorca partida en cuatro trozos, 8 snacks de pollo, 4 yucas, 8 papas kokoriko, 1 Salsa chimichurri de la casa y 1 salsa alioli de limón y se obsequian dos cervezas marca Colón (Artesanal)”.

iii) En cuanto a los productos que contiene la “Picada Mundialista” y que el establecimiento vende de manera individual, el administrador del punto, según el contenido del Acta agregó:

*“Manifestó que el churrasco como plato fuerte normal por fuera de la picada se compone de la unidad de churrasco, medio pollo completamente deshuesado puesto a la parrilla y acompañado de papa Kokoriko y mazorca. QUE EN LA PICADA EL CHURRASCO ES LA MISMA CANTIDAD DEL PLATO FUERTE PERO SIN ACOMPAÑAMIENTOS Y SU PRESENTACIÓN NO VIENE ENTERO SINO EN TROZOS.*

*Explica que la papa Kokorico es papa en casco apanada y para el caso del churrasco son seis cascos que lo acompañan y para el caso de la mazorca es media mazorca partida en dos pedazos (aclara que para Kokoriko son doce unidades de cascos).*

*Manifestó que la porción normal de mazorca contiene una mazorca Kokoriko es decir dos pedazos y la porción de papa Kokoriko son doce unidades de cascos.*

---

<sup>13</sup> Ibid. p. 39 a 42.

*Que en cuanto a la porción regular de Alitas esta se compone de: Viene en porción de seis o doce unidades que para el caso de seis vienen 3 medias alas y 3 colombinas de ala y para el caso de doce son 6 medias alas y 6 colombinas de ala y se acompañan de bastones de zanahoria proporcionales si son seis se dan seis o si son doce alas pues doce bastones y estos se acompañan de salsa de queso azul. PERO EN EL CASO DE LA PICADA VIENEN OCHO UNIDADES DE ALA CUATRO TIPO A CUATRO TIPO B.*

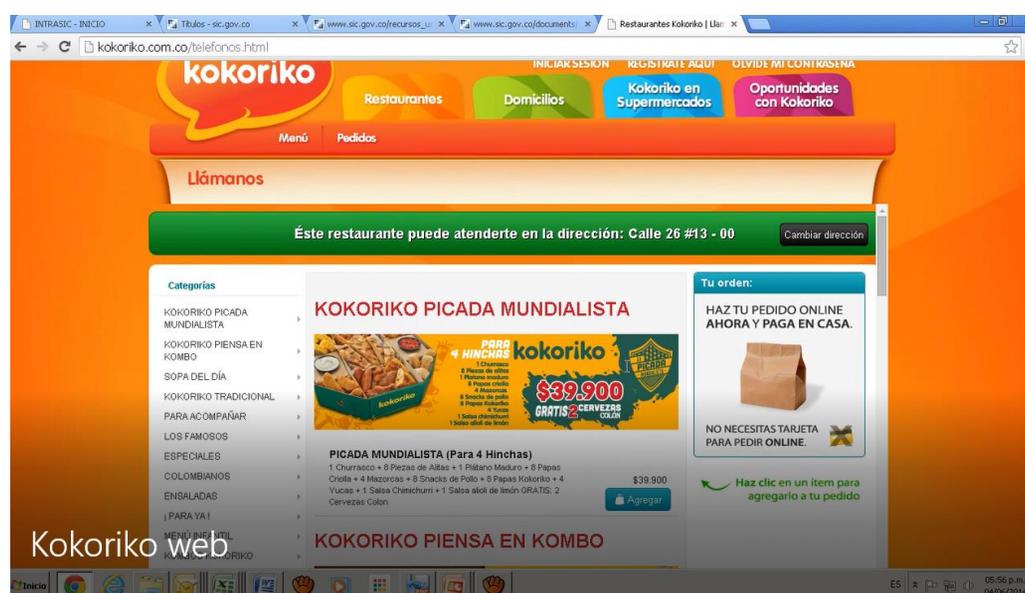
*Manifestó que el término ala Kokoriko se refiere a la media ala y a la colombina de ala ya que no utilizan la punta. Que estos productos vienen procesados de la Fábrica y vienen las bolsas marcadas como Tipo A (colombina de ala) y Tipo B (que son las medias alas).*

(...)

*Que para el caso de la mazorca como porción regular son dos pedazos; "PERO PARA EL CASO DE LA PICADA ES MEDIA MAZORCA QUE EQUIVALE A UN PEDAZO ES DECIR MEDIA PORCIÓN NORMAL PARTIDA EN CUATRO.*

(...)"<sup>14</sup>.

4.3.3. El 4 de junio de 2014 la SIC realizó un seguimiento a las páginas Web <<http://www.kokoriko.com.co/>> y <http://www.kokoriko.com.co/telefonos.html>, el cual fue grabado en medio magnético, en el que constan las siguientes imágenes tomadas del archivo de video<sup>15</sup> que obra en los antecedentes administrativos:



<sup>14</sup> Ibid. Folios 40 a 42.

<sup>15</sup> Ibid. Archivo: Kokoriko web.

**IMAGEN 6**

El texto que contiene la imagen es el siguiente:

**“KOKORIKO PICADA MUNDIALISTA**

**PICADA MUNDIALISTA (PARA 4 HINCHAS)**

**1 Churrasco + 8 piezas de alitas + 1 plátano maduro + 8 papas criollas + 4 mazorcas + 8 Snacks de pollo + 8 papas Kokoriko + 4 Yucas + 1 Salsa Chimichurri + 1 Salsa alioli de limón GRATIS: 2 Cervezas Colón”.**

ii)



**IMAGEN 7**



**IMAGEN 8**

El texto de las imágenes (8 y 9) es el siguiente:

## **“TÉRMINOS, CONDICIONES Y MECÁNICA DE LA PICADA MUNDIALISTA**

### **MECÁNICA**

*Por la compra de la Picada Mundialista Kokoriko, se entrega una boleta para participar en la rifa de 20 televisores de 50” pulgadas a nivel nacional; el cliente deberá diligenciar los datos en cada uno de los espacios y depositar la boleta en los buzones ubicados en los restaurantes Kokoriko del país, excepto Jumbo Calle 170 y Jumbo Centro Comercial Santa Ana en Bogotá.*

*En el caso que la venta sea a domicilio la boleta será entregada con el pedido y el cliente deberá acercarse a los restaurantes Kokoriko y depositar la boleta en los buzones.*

### **CONDICIONES Y RESTRICCIONES**

*Promoción válida del 25 de mayo al 9 de julio de 2014, no es válida en los Kokoriko ubicados en Jumbo Calle 170 y Jumbo del Centro Comercial Santa Ana en Bogotá, ni en kokoriko Natural Rostisserie ubicado en el aeropuerto El Dorado.*

*El precio de la picada es de \$29.900 y se entregará gratis dos cervezas Colón Rubia (El exceso de alcohol es perjudicial para la salud. Prohíbanse el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.), nuestros precios incluyen imptoconsumo para los restaurantes propios e IVA para las franquicias, para domicilios no incluye el servicio a domicilio.*

*La promoción no permite el cambio de las cervezas por otras bebidas de la carta. Solo se entregará una boleta por cada compra de picada mundialista. Aplica para los restaurantes Kokoriko a nivel nacional, con excepción a los mencionados anteriormente.*

*Los premios de Televisores de 50” Pulgadas se entregarán únicamente al cliente que haya registrado la boleta de la “Picada Mundialista”, la información de la boleta debe ser clara, legible y completa en cada uno de los campos, en caso de no tener esta información se sacará esta tarjeta de concurso y se entregará el premio a la próxima boleta extraída y que cumpla con las restricciones antes mencionadas.*

*En el sorteo de los televisores no entran a concursar las personas que trabajan en Grupo CONBOCA, AVESCO SAS, AVINCO ni familiares en primera línea de consanguinidad de empleados.*

*La actividad está autorizada por Coljuegos para garantizar que el sorteo se realice con las condiciones establecidas se tendrá presencia de un auditor o persona autorizada”.*

4.3.4. Obra en el expediente comunicado del 16 de mayo de 2014 del señor Alexander Moscoso en su calidad de Brand Manager Kokoriko y dirigido a todos los restaurantes propios y franquicias a nivel nacional de KOKORIKO<sup>16</sup>, en la cual informa el lanzamiento del producto “La Picada Mundialista”, con aplicación desde el 20 de mayo hasta el 31 de julio de 2014, y para Bogotá con disponibilidad desde el 19 de mayo al 31 de julio.

4.3.4.1. Junto con el comunicado figura la siguiente imagen:



IMAGEN 9

4.3.5. La Directora Programa Pollo de la Federación Nacional de Avicultores de Colombia (FENAVI) en escrito con Radicado No. 14-137-125-00000-0000 del 25 de junio de 2014, aportó imágenes de la anatomía del pollo y la anatomía del ala de pollo, en todo caso indicando:

*“(…) sin embargo es muy importante resaltar que cada empresa genera los*

<sup>16</sup> Ibid. Archivo: “14-112624.pdf”.

*cortes de pollo con respecto a sus acuerdos comerciales, y además éstos nombres comunes varían según la región del país*<sup>17</sup>.

Las imágenes aportadas por FENAVI al proceso administrativo son las siguientes<sup>18</sup>:

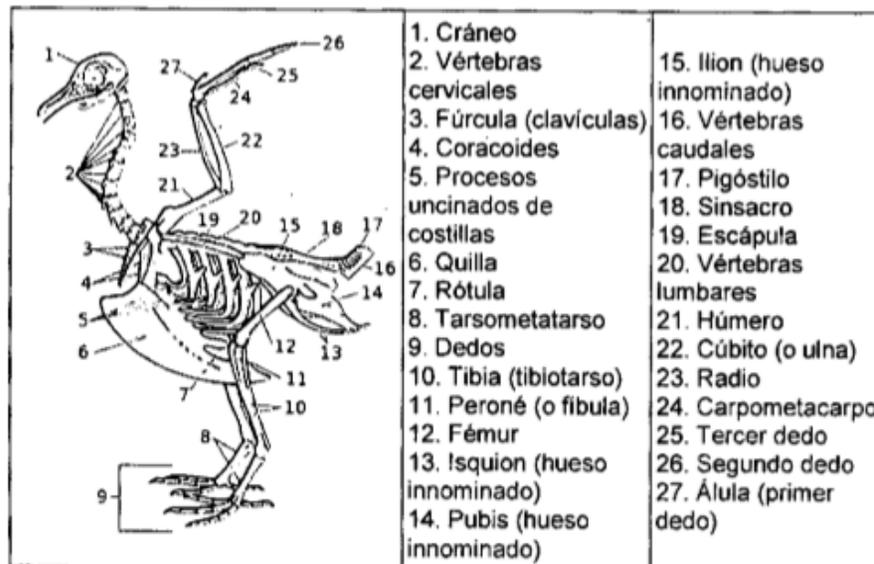


IMAGEN 10

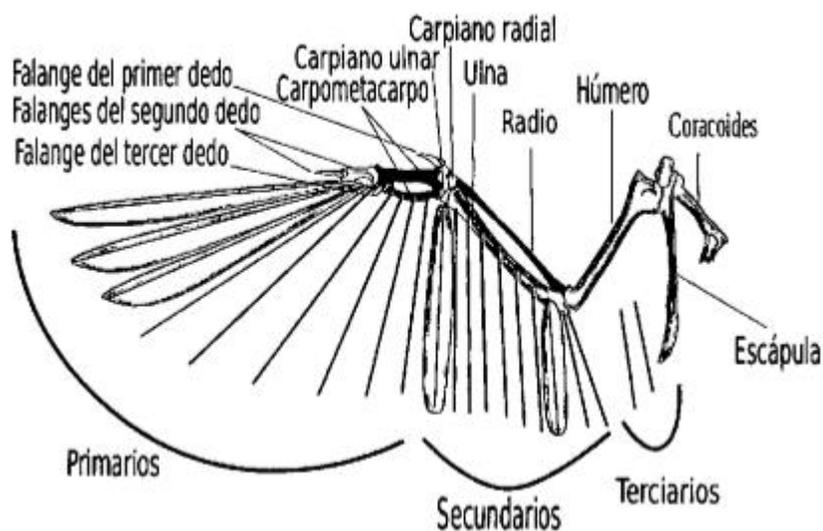


IMAGEN 11

4.3.6. La Superintendencia de Industria Comercia en el marco del proceso administrativo llevó a cabo las siguientes actuaciones<sup>19</sup>:

<sup>17</sup> Ibid. p. 19.

<sup>18</sup> Ibid. p. 19 y 20.1

<sup>19</sup> Ibid. Archivo 14-112624.

i) En Resolución No. 40829 del 27 de junio de 2014, la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor inició la investigación administrativa mediante formulación de cargos en contra de las sociedades Compañía Comercial e Industrial La Sabana AVESCO S.A.S. y KOKOMONROPER LTDA. Compañía Operadora de la Franquicia Kokoriko Limitada, por la posible vulneración a las disposiciones sobre información, publicidad, promociones y ofertas establecidas en los artículos 2.1.1.2., 2.1.2.1. y 2.1.2.3. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

ii) La Compañía Comercial e Industrial La Sabana AVESCO S.A.S., propietaria del establecimiento de comercio denominado KOKORIKO HOMECENTER 170, y KOKOMONROPER LTDA – Compañía operadora de la franquicia KOKORIKO, presentaron sus descargos.

iii) La Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor de la SIC, en Resolución No. 80292 del 23 de diciembre de 2014 ordenó la apertura del periodo probatorio.

iv) En la Resolución No. 5963 de 2015 se cerró el periodo probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión. Los investigados presentaron sus alegatos.

v) En Resolución No. 24039 del 15 de mayo de 2015 se decidió la actuación administrativa, se resolvió: a) imponer una multa a la Compañía Comercial e Industrial La Sabana AVESCO S.A.S. por la suma de doscientos cincuenta y siete millones setecientos cuarenta mil pesos (\$247.740.000.000), equivalentes a cuatrocientos (400) SMLMV; b) imponer una multa a KOKOMONROPER LTDA. COMPAÑÍA OPERADORA DE FRANQUICIA KOKORIKO LIMITADA, por la suma de diecinueve millones trescientos treinta mil quinientos pesos (\$19.330.500.000), equivalentes a treinta (30) SMLMV. La decisión se sustentó en las siguientes consideraciones:

- La cantidad de los productos informada a los consumidores en la publicidad “La Picada Mundialista”, respecto de las ocho (8) alitas de pollo y las cuatro (4) mazorcas, no correspondía a la realidad, toda vez que la cantidad que efectivamente era servida a los consumidores era inferior a la informada. No comprendía ocho (8) alas de pollo sino ocho (8) piezas de ala de pollo, así como tampoco cuatro (4) mazorcas sino cuatro (4) trozos de mazorca.
- La información de la promoción “La Picada Mundialista” ofrecida en el establecimiento de comercio KOKORIKO no resulta veraz, ni verificable, ya que no corresponde a la realidad, e induce a los consumidores en engaño y confusión, por lo que es violatoria de los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011.
- La información referente a los términos y condiciones, y a la fecha de vigencia de la promoción “La Picada Mundialista”, no es indicada en algunas piezas publicitarias, o resulta discrepante con lo dispuesto entre las piezas publicitarias.
- Se les impuso la sanción pecuniaria con fundamento en lo previsto en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, en consideración al daño causado de los consumidores, a los ingresos obtenidos por las sociedades investigadas con ocasión de la promoción, y particularmente en el caso de AVESCO S.A.S., se tuvo en cuenta su conducta reincidente, por haber infringido disposiciones consagradas en la normativa que protege los derechos de los consumidores, concretamente en las Resoluciones Nos. 37496 de 2008, 12659 de 2010 y 66011 de 2011.

vi) En contra de la decisión, las sociedades demandantes interpusieron recurso de reposición y de apelación. En Resolución No. 64926 de 2015 se resolvió el recurso de reposición, en el sentido de confirmar el acto administrativo recurrido. En Resolución No. 10348 del 4 de marzo de 2016, la Superintendente Delegada

para la Protección del Consumidor confirmó la decisión recurrida en sede de apelación.

## **5. CARGOS DE NULIDAD:**

Las sociedades demandantes propusieron como cargos de nulidad los siguientes: a) falsa motivación; y b) infracción de las normas en que debía fundarse el acto.

### **5.1. PRIMER CARGO DE NULIDAD: FALSA MOTIVACIÓN**

#### **5.1.1. FUNDAMENTOS DEL CARGO:**

Las sociedades demandantes sustentaron el cargo de nulidad de conformidad con los siguientes argumentos:

5.1.1.1. Las sociedades demandantes no omitieron información necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda comercial, toda vez que promocionaron la Picada Mundialista utilizando imágenes que de manera clara ponían en conocimiento del consumidor las cualidades del producto que adquiriría, a lo que se suma el hecho que se utilizó en el lenguaje de la promoción palabras que por costumbre son plenamente reconocidas por los consumidores, esto es, “picada” y “alitas” para informar las calidades del producto, situación que conforme al artículo 2.1.1.2. de la Circular hace que se entienda que la información entregada es suficiente.

5.1.1.2. El producto entregado correspondió con el ofrecido en las imágenes de la publicidad realizada por los demandantes, para lo cual se advirtió a la SIC que la imagen es el principal componente del anuncio y por lo mismo es la principal fuente de información sobre las cualidades de los productos. Los clientes conocieron las calidades del producto con la publicidad dada por las sociedades actoras.

5.1.1.3. En el establecimiento “Kokoriko – Natural Rostisserie” difieren los productos de los que se ofrecen en otros establecimientos Kokoriko.

5.1.1.4. La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) omite argumentar y probar a través de sus actos administrativos, la razón por la cual los demandantes poseen la calidad de proveedores o productores.

5.1.1.5. La SIC determinó que con la publicidad usada para promocionar la compra de la Picada Mundialista, los demandantes estaban dando a entender al consumidor que recibiría 8 alas completas de pollo y 4 mazorcas completas, para lo cual apreció parcialmente y por fuera de contexto las piezas publicitarias que fueron tenidas como prueba del incumplimiento, en la medida en que omitió que el elemento principal de la publicidad era el gráfico, que ocupaba el 49,05% de la pieza publicitaria y de acuerdo con el cual era claro que el producto a recibir consistía de fracciones de mazorca y de alas de pollo según el tamaño y sus características.

5.1.1.6. La SIC omitió probar cuál es el consumidor medio de productos como la Picada Mundialista y cuáles son sus expectativas, manifestando que no existe la necesidad de probar y/o cualificar el consumidor medio y sus expectativas, esto pese a aseverar que la expectativa del consumidor ha sido defraudada, lo que supone dar probado un hecho que no se encuentra demostrando en el proceso.

5.1.1.7. La SIC omitió revisar las pruebas obrantes en el proceso que sirven de indicio de que la expectativa del consumidor no fue defraudada, como son: a) el reporte de PQR’S que indica que no se presentaron quejas relacionadas con el tamaño del producto o las porciones servidas; b) la ausencia de reclamaciones ante la SIC relacionados con la Picada Mundialista; c) las ofertas realizadas por otros restaurantes de comida rápida en donde se evidenció que las secciones de ala se ofrecen como “alitas de pollo” y donde se prueba que el término “alita”

es una palabra plenamente reconocida por los consumidores que significa un trozo de un ala completa, y en consecuencia, por expresa disposición del artículo 2.1.1.2. de la Circular Única, hace que dicha información sea suficiente, lo cual es lógico y excluye la posibilidad que una información que por expresa disposición normativa es considerada suficiente, pueda la autoridad desconocerla y calificarla como engañosa.

5.1.1.8. Uno de los anuncios aportados como prueba se compone principalmente de un elemento gráfico que ocupa el 49,05% de la publicidad, exhibiéndose en él un ejemplo de lo que es la Picada Mundialista, mientras que el otro anuncio aportado al proceso se compone principalmente de un elemento gráfico que ocupa el 41% de la publicidad, exhibiéndose nuevamente en él un ejemplo de lo que es la Picada Mundialista. Tales anuncios buscan que el consumidor se sienta atraído por lo que percibe en la imagen, y que construya su expectativa de consumo basándose en la misma, informando al consumidor sobre la cantidad de producto que recibirá, razón por la cual la parte escrita de la imagen solo ocupa el 7,68% del área del anuncio.

5.1.1.9. Al momento de revisar las pruebas, la SIC omitió por completo el elemento gráfico y la posibilidad que se desprendieran expectativas producto de dicho elemento, contrariando su doctrina de analizar el mensaje en contexto y como un todo.

5.1.1.10. En las ilustraciones se muestra lo que en Kokoriko se conoce como un “churrasco de pollo”, anunciado en la parte escrita del anuncio que la Picada Mundialista contiene “1 churrasco”, conjunto de información que da a entender que no recibirá con la compra del producto un lomo de res, un bife de chorizo o un “entrecote” con el gramaje que usualmente se espera que tengan dichos productos, esto es, entre 300 gr y 500 gr de carne. Situación similar ocurre cuando se ofrecen “4 yucas”, pues quien ve la imagen sabe que no recibirá 4 yucas como serán recibidas en la central de abasto, sino que recibirá 4 fracciones de yuca, lo que inconscientemente comparte la SIC, pues para sus

funcionarios pareciera no haber reclamo justificable en relación con esta situación, pese a que la misma guarda identidad con la de mazorca o de alitas.

5.1.1.11. La SIC ha privilegiado las imágenes por encima de lo anunciado de manera escrita en otros procesos de índole sancionatorio, tal es el caso del proceso con radicado No. 10-81730 que se adelanta en la SIC, en el cual el Grupo para la Protección de la Competencia en el informe motivado recomendó al Superintendente de Industria y Comercio sancionar a varios productores y comercializadores de mezclas lácteas, bebidas lácteas, alimentos lácteos y preparaciones alimenticias (lactosueros) por engañar e inducir a error al consumidor, al promocionar dichos productos bajo el nombre técnico correspondiente, pero asemejando el empaque al de la leche, producto que posee mejores valores nutricionales.

5.1.1.12. Una correcta valoración de la prueba hubiera tenido en cuenta la parte gráfica de la publicidad de la Picada Mundialista, no sólo porque ocupa la mayor parte del anuncio y es su elemento dominante, sino porque en la misma es claro que las partes de pollo ofrecidas eran fracciones de ala, que las mazorcas ofrecidas eran secciones de mazorca, y que la imagen del producto permite al consumidor crear una expectativa de lo que recibirá, además de haber tenido en cuenta el contexto en que dicha publicidad era emitida.

5.1.1.13. La SIC al citar la sentencia No. 17760 de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, confunde que en los procesos administrativos sancionadores el sistema probatorio difiere del que se utiliza en los procesos jurisdiccionales, dado que en este último se aplican los principios del derecho penal, en particular el principio de presunción de legalidad de inocencia en favor del investigado.

5.1.1.14. Sin tener soporte probatorio para ello, la SIS afirma que la expectativa del consumidor era recibir ocho (8) alas completas según la ilustración y definición de las mismas según la Federación Nacional de Avicultores de

Colombia (FENAVI), lo cual presenta los siguientes inconvenientes: a) FENAVI no es una entidad estatal cuyos conceptos deban ser seguidos por la industria avícola o la SIC; b) el concepto de FENAVI se realizó teniendo en cuenta las consultas realizadas a médicos veterinarios, cuyos conocimientos del pollo distan de lo que por reglas de la experiencia debe considerarse como un consumidor medio de pollo preparado por un restaurante; c) la SIC desconoce que FENAVI en el concepto resaltó que cada empresa genera los cortes de pollo con respecto a sus acuerdos comerciales y además los nombres comunes varían según la región del país; d) la SCI no debió analizar la anatomía del pollo, sino la forma en que los consumidores finales de pollo preparado entienden los productos de carne avícola.

5.1.1.15. En lo que tiene que ver con las cuatro piezas de mazorca, hay una falta de prueba por parte de la SIC con relación a la precisión de la expectativa del consumidor, por el contrario los accionantes probaron que lo entregado cumple con lo que el consumidor espera recibir del producto.

5.1.1.16. La SIC no consideró que con el uso de las palabras “Picada” y “alitas” se estaba representando la información del producto de manera suficiente en atención a que dichos términos son por costumbre plenamente reconocidos por los consumidores.

5.1.1.17. En el proceso administrativo se presentaron las ofertas de alitas de pollo que en el mercado nacional realizaban los competidores para el 27 de mayo de 2016. Los competidores al ofrecer “10 alitas” están ofreciendo 10 secciones de ala según la definición de FENAVI, lo que muestra con claridad que están en una práctica común en el mercado, y ayuda a determinar cuáles son las expectativas del consumidor. Tales pruebas no fueron valoradas por la SIC.

5.1.1.18. La SIC jamás indagó sobre el significado que para un consumidor promedio tiene el concepto “alita”. Los demandantes consultaron en Internet el

motor de búsqueda GOOGLE, encontrando como primer resultado la definición dada por “Buffalo Wings”, según la cual las alitas de pollo o “wings” son secciones de pollo que corresponden a las alas que se fríen y recubren con salsas especiales. El hecho que ese resultado de búsqueda sea el más visitado, da a lugar a entender que los consumidores entienden por alita de pollo una sección de pollo que corresponde al ala.

5.1.1.19. En la búsqueda de imágenes en GOOGLE sobre el término “alitas de pollo Colombia”, se observa el producto cuyas características corresponden al ofrecido por los demandantes en la Picada Mundialista.

5.1.1.20. Según estudio de preferencias de compra de alitas de pollo preparadas aportado al proceso, practicado en las ciudades de Bogotá, Cali y Medellín, los consumidores en su mayoría consumen alitas preparadas en asaderos de pollo, restaurantes y franquicias de comida rápida, y que por lo menos para el 62% de la población, la expectativa creada cuando se ofrecen “alitas de pollo” no es la de recibir alas completas de pollo compuesta por tres falanges, sino tan solo piezas de ala de pollo carentes de la tercera falange conocida como “punta de ala”.

5.1.1.21. La SIC no aportó prueba alguna sobre como la expectativa del consumidor se ve defraudada cuando recibe 4 secciones de mazorca en vez de 4 mazorcas completas dentro de un producto que se ofrece como “Picada”, lo cual es importante cuando se tiene en cuenta que en la publicidad que se aportó como prueba se informaba al consumidor que le serían entregadas secciones de mazorca y no mazorcas completas. En el ideario colombiano cuando un producto es ofrecido como parte de una “picada”, se entiende por regla general que dicho producto contendrá múltiples ingredientes que vendrán seccionados y en proporciones más pequeñas de las que se reciben cuando el producto es vendido de forma individual.

5.1.1.22. La SIC consintió en el criterio de los demandantes, toda vez que pese al hecho de que en la publicidad de la Picada Mundialista se exhibieron trozos de yuca y en la parte escrita se manifestó que serían entregadas “4 yucas”, la autoridad no vio reparo alguno por que en este caso sí parece entender que es normal que en una picada no se sirvan 4 yucas completas, sino que es comprensible que la imagen muestre pedazos de yuca y que esto sea lo que el consumidor medio espera recibir.

5.1.1.23. Las inscripciones contenidas en la caja en la que era entregada la Picada Mundialista no tienen ninguna relevancia para el caso concreto, primero porque la Picada Mundialista no fue anunciada ni distribuida sino hasta el 25 de mayo de 2014, razón por la cual ningún consumidor habría podido conocer de la misma antes de esa fecha, y segundo porque para el consumidor son indistintas las condiciones para acceder al producto que se encuentra en la caja del mismo, pues para ese momento ya ha adquirido el producto.

5.1.1.24. La diferencia entre lo anunciado en la página web y los stands de mesa, es que de acuerdo con éstos últimos la promoción era válida a partir del 26 de mayo de 2014, mientras que en la página de internet ésta era válida a partir del 25 de mayo de 2014, fecha en la que fue lanzada la publicidad por internet. La imprecisión por la que la SIC pretende sancionar es de tan solo un día. La posibilidad de haber afectado las decisiones del consumidor como producto de la diferencia entre las fechas anunciadas es prácticamente nulo.

5.1.1.25. La SIC en el caso concreto no aplicó el criterio adoptado en el proceso 15-291872 conocido como “El Madrugón de Navidad Falabella”, en el que se abstuvo de iniciar investigación administrativa, pese a que unos consumidores efectivamente compraron un producto creyendo que tenían algún descuento cuando ello no era así.

5.1.1.26. La sanción impuesta a AVESCO por la suma de doscientos cincuenta y siete millones setecientos cuarenta mil pesos (\$257.740.000) y para

Kokomonroper por diecinueve millones trescientos treinta y tres mil quinientos pesos (\$19.339.500), no es proporcional en atención a que: a) el daño causado a los consumidores no se probó ni demostró en el proceso administrativo; b) no se puede interpretar que desde el momento en que se formularon cargos, la conducta se catalogaba como una infracción, y que sería una flagrante violación al debido proceso; c) no se puede concluir que hubo reincidencia en la comisión de la conducta, dado que los criterios de la misma fueron modificados legalmente por la emisión de la Ley 1480 de 2011; d) no existe prueba alguna que los accionantes no hayan tenido disposición de buscar una solución adecuada a los consumidores frente a cualquier posible inconveniente frente a la Picada Mundialista; d) las sociedades demandantes demostraron la disposición de colaborar con la SIC en el proceso en sede administrativa; e) no se utilizaron medios fraudulentos en la comisión de la infracción o a una persona interpuesta para ocultar o encubrir sus efectos; f) las demandantes brindaron a los consumidores información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, para que pudieran obtener elementos cognitivos que les permitieran tomar una decisión consiente y objetiva en cuanto a la adquisición de la Picada Mundialista, y que se satisficieran sus expectativas frente al ofrecimiento y entrega de los mismos.

#### **5.1.2 OPOSICIÓN AL CARGO:**

La Superintendencia de Industria y Comercio sobre el cargo de nulidad manifestó:

5.1.2.1. No es cierto que los demandantes hayan cumplido con su deber de informar adecuadamente y no incurrir en publicidad engañosa respecto del ofrecimiento del producto “Picada Mundialista”, dado que es responsabilidad de todo proveedor o productor informar de forma clara, completa y exacta en los medios de publicidad usados, lo que en realidad se dará al consumidor. Así, si se le ofrece al consumidor 8 alas de pollo y 4 mazorcas, esto es lo que se le debe entregar al momento que lo adquiere. La expectativa del consumidor es

un punto de referencia para que la Superintendencia establezca que lo ofrecido con lo adquirido se constituye en un engaño que podrá ser objeto de reproche por no cumplirse lo establecido en el estatuto del consumidor.

5.1.2.2. Si lo que pretendían los demandantes demostrar, era que contrario al punto de referencia usado por la Superintendencia, para los consumidores era lo mismo 8 partes de ala de pollo a 8 alas de pollo y 4 trozos de mazorca a 4 mazorcas, era una situación que en debida forma debió ser demostrado por los sancionados y no por la demandada.

5.1.2.3. Si bien para la Superintendencia en materia de asuntos marcarios principalmente se debe realizar una valoración dentro de un registro marcario, o de una publicidad tanto de los componentes denominativos como de los gráficos o visuales, no es menos cierto que el valor que se le dé a la imagen dependerá de cada caso. Si bien el demandante citó un caso particular en el que se le dio prioridad a la información visual, el presente caso dista del citado, en tanto que la información que se le indica al consumidor la clase de producto que se va a ofrecer, no se puede especificar de forma clara y exacta de que se compone en cantidades el producto ofrecido. El consumidor medio en este caso no solo se valdrá de la información que la imagen le brinde, sino que específicamente se dirigirá a la que a través de las palabras se le dé para determinar si la compra de ese producto logra satisfacer sus necesidades como consumidor, entre las cuales determinará si por el precio que paga se siente o no conforme con lo que se está brindando en la publicidad.

5.1.2.4. La imagen apenas le brinda al consumidor una idea de lo que se trata el producto pero la información escrita es la que determina principalmente la elección del producto, por lo que si tal información no es clara y exacta, es lógico determinar que el proveedor de la "Picada Mundialista" no cumplió con su deber de información y está afectando la decisión de consumo de cualquier persona que decida adquirir tal producto, situación que resulta reprochable aun cuando no se haya presentado queja o reclamo alguno.

5.1.2.5. No se le informó de manera clara al consumidor y precisa las fechas en las que iniciaba y finalizaba el incentivo, situación que en cualquier caso acepta el demandante que ocurrió.

5.1.2.6. Lo que fue objeto de reproche en relación con la información ofrecida y el producto entregado es que el proveedor o distribuidor disminuyó la cantidad de producto, como lo prevé el párrafo del artículo 2.1.1.2., literal c) de la Circular única de la SIC.

5.1.2.7. Los demandantes aceptaron que se presentaron inconsistencias frente a las fechas de iniciación del incentivo y la restricción de los lugares en donde no aplicaba la promoción. Las justificaciones por las cuales pretende eximirse de responsabilidad no cumplen con ninguna de las causales de exoneración de responsabilidad establecidas en el Estatuto del Consumidor, y no se encuentra probado que la promoción haya iniciado y se haya publicado el 26 de mayo de 2014 y no el 25 de mayo, más aún cuando la fecha del 25 de mayo estaba siendo promocionada en la página Web de la demandante.

5.1.2.8. Es lógico que cualquier consumidor que hubiese adquirido la promoción e incentivos en cualquiera de los restaurantes de las demandantes, en cualquier momento podría acercarse al restaurante KOKORIKO del aeropuerto y creer informado de manera equivocada que allí también podría adquirir el producto y las promociones, lo que constata que la información suministrada en relación a las restricciones del lugar de la oferta no fueron suficientemente informadas, y por ende no cumplen con los requisitos exigidos por el régimen de protección al consumidor.

5.1.2.9. La SIC no tiene la obligación de probar cuál es la expectativa del consumidor, ni la clase de consumidor en relación con el producto, pues ello es apenas un punto de referencia para que la administración bajo razones

justificadas considere que la información suministrada no corresponde a lo que realmente se le está entregando al consumidor.

5.1.2.10. La prueba del consumidor medio y su expectativa no constituye un requisito sin el cual se deje de demostrar la existencia de una indebida información o una publicidad engañosa. La inexistencia de tales pruebas no puede ser una justificación de los demandantes para pretender la nulidad de las decisiones que en derecho han sido expedidas.

5.1.2.11. No es cierto que de la publicidad cuestionada se desprenda la inexistencia de publicidad engañosa, comoquiera que en las piezas publicitarias objeto de cuestionamiento carecen de suficiencia, claridad y veracidad, pues el contenido de la promoción ofrecida no concordaba con la realidad de lo que verdaderamente se ofrecía al consumidor, en tanto la descripción era completamente diferente a lo que un consumidor racional como punto de referencia entiende por las 8 alitas de pollo y las 4 mazorcas que supone comprendía la “Picada Mundialista”, y la existencia de la imagen confunde aún más el verdadero contenido del producto, pues solamente de las mazorcas de evidencian 3 y no cuatro pedazos, el contenido de las alitas de pollo no son claros en la imagen, por lo que claramente el consumidor se va a guiar por la descripción del contenido que no concuerda con lo entregado. Era necesario que se utilizara en la descripción del contenido las expresiones “piezas de (...)”, como lo hacen los demás productos que ofrece la demandante, pues al considerar que no son diferentes los productos sino la cantidad ofrecida, es claro que con mayor razón debió advertir que no se trataban de alas completas ni de mazorcas completas, sino de piezas de ala y trozos de mazorca.

5.1.2.12. El concepto emitido por la autoridad técnica FENAVI es válido para determinar lo que en realidad se define como un ala de pollo, y con fundamento en éste se concluyó que si las demandantes ofrecieron 8 alas de pollo como contenido de la “Picada Mundialista”, el producto a entregar al consumidor indudablemente debían ser 8 alas completas y no 4 divididas, cada una en dos

para sumar un total de 8 partes de ala de pollo, y en relación con las mazorcas que en vez de dar 4 mazorcas se entregaban 4 pedazos de mazorca equivalentes a cuatro octavos (4/8) de mazorca.

5.1.2.13. No se probó dentro del proceso en sede administrativa la expectativa del consumidor que pretenden valer los demandantes para evadir su responsabilidad frente al cumplimiento de las obligaciones del Régimen de Protección al Consumidor.

5.1.2.14. El estudio de mercadeo aportado al proceso como prueba no cumple con los requisitos de idoneidad, toda vez que no permite ser comparado con los supuestos de ley, si se tiene en cuenta que la expectativa de un consumidor respecto a un producto no es un requisito esencial requerido por el Estatuto del Consumidor para determinar la existencia de una información inadecuada o una publicidad engañosa.

5.1.2.15. Las preguntas que fueron utilizadas en el estudio de mercadeo para tratar de identificar la expectativa del consumidor frente al concepto de alas de pollo se encuentran mal formuladas en tanto que fueron usadas para determinar dicha expectativa al no tener un fin específico, siendo ambiguas respecto a las alas de pollo, sin distinguir si se trata de alas completas o muslos del ala o medias alas de pollo.

5.1.2.16. Las pruebas de páginas Web aportadas por el demandante, en las que pretende justificar que es costumbre que otros empresarios entreguen alas de pollo en secciones, se observa que las compañías consultadas en sus sitios Web, CALI MIO, CALI VEA, BUFFALO WING, cumplen con la información debida de sus productos, dado que especifica claramente que cada producto consta de "x" cantidades de piezas, trozo, parte o secciones de ala de pollo, a diferencia de las demandadas.

5.1.2.17. A pesar que la palabra “picada” haga referencia a una combinación de alimentos que por costumbre del país se distribuyen en secciones de cada uno de esos alimentos, cuando a un consumidor se le ofrece cuatro (4) mazorcas, en el entender de cualquier consumidor no se puede recibir cuatro (4) pedazos de mazorca, dado que la concepción de mazorca es una sin importar su tamaño, y el consumidor no está pagando por una mazorca dividida en cuatro (4) partes.

5.1.2.18. Las decisiones administrativas cuestionadas se fundaron en las situaciones fácticas existentes que por lo demás se encuadraron en debida forma a los supuestos jurídicos aplicables al caso.

### **5.1.3. ANÁLISIS DE LA SALA:**

La Sala negará cargo de nulidad impetrado de conformidad con las siguientes consideraciones:

#### **5.1.3.1. LAS SOCIEDADES DEMANDANTES EN SU CALIDAD DE PRODUCTORES Y PROVEEDORES**

5.1.3.1.1. Como se señaló en el marco legal y jurisprudencial que sustenta esta decisión, el “productor”, en los términos del numeral 9º del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011 quien *“de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”*. De la misma manera, de conformidad con el numeral 11 del citado artículo, el proveedor o expendedor es quien *“de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro”*.

5.1.3.1.2. En este caso la Compañía Comercial e Industrial la Sabana Avesco S.A.S., según el certificado de existencia y representación legal que obra en los antecedentes administrativos, del 18 de junio de 2014 de la Cámara de Comercio de Bogotá, tiene como uno de sus objetos sociales *“la producción,*

*preparación, adquisición, distribución y comercialización en general de productos o sustancias alimenticias, en estado natural o procesados y listos para el consumo*<sup>20</sup>.

5.1.3.1.3. Por su parte, la empresa KOKOMONROPER LTDA – COMPAÑÍA OPERADORA DE FRANQUICIA KOKORIKO LIMITADA, según certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá del 3 de julio de 2014, tiene como objeto social *“la explotación del punto de venta de la cadena de comidas KOKORIKO ubicado en la Avenida Suba No. 112-8 8/92 de acuerdo con lo previsto en el contrato de franquicia comercial que celebre con La Compañía Comercial e Industrial de La Sabana AVESCO LTDA. (...)”*<sup>21</sup>.

5.1.3.1.4. Las demandantes por intermedio de su apoderado en el escrito de demanda manifestaron KOKOMONROPER es propietario de un establecimiento de comercio ubicado en la Transversal 60 No. 114<sup>a</sup>-88 de la ciudad de Bogotá D.C., en el que se distribuye al público pollo preparado en distintas presentaciones bajo la marca “Kokoriko” (Kokoriko Llarco), y por su parte AVESCO es propietario, entre otros, de un establecimiento de comercio ubicado en la Carrera 45 No. 175-50 Local 5 de la ciudad de Bogotá D.C., en el que se distribuye al público pollo preparado bajo la marca “Kokoriko” (Kokoriko Home Center 170), y de la página de internet correspondiente al dominio.

5.1.3.1.5. De conformidad con lo anterior, ambas sociedades en sus establecimientos desarrollan el objeto social por el cual fueron constituidas, fabricando los productos bajo la marca KOKORIKO y llevando a cabo su comercialización, motivo por el cual para la Sala es evidente que ambas compañías son proveedores y productores en los términos del numeral 9º del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, motivo por el cual son destinatarios del régimen de responsabilidad previsto en el Estatuto del Consumidor.

5.1.3.2. En lo que respecta a la publicidad usada para promocionar los productos, y en cuanto al alegato de las demandantes sobre el gráfico de la

---

<sup>20</sup> EXPEDIENTE. CD obrante a folio xx. Archivo: “14\_0112624\_18.pdf”. p. 6.

<sup>21</sup> Ibid. Archivo: 14-112624.pdf. p. 114.

publicidad que daba a entender las características de las alas de pollo y de las mazorcas que eran ofrecidas a los consumidores, la Sala debe advertir lo siguiente:

i) Es un principio general del Estatuto del Consumidor, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1480 de 2011, el acceso a la información adecuada de los consumidores, que le permita hacer elecciones bien fundadas. Así mismo, en virtud del numeral 1.3. del artículo 3º es un derecho de los consumidores el de obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.

ii) En garantía del principio general y del derecho de los consumidores referidos, el artículo 23 de la citada Ley prevé que los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información.

iii) Este postulado normativo se complementa con lo previsto en la Circular Única de la SIC, que define la información engañosa en el numeral 2.1.1. como la propaganda comercial, marca o leyenda que de cualquier manera, incluida su presentación, induzca a error o pueda inducir a error a los consumidores o personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico.

iv) De igual manera, en los términos del numeral 2.1.1.2. de la Circular Única de la SIC, se tiene como uno de los criterios para entender que la información o la propaganda comercial es engañosa, el previsto en el literal a), según el cual se

omite información necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda comercial.

v) Así mismo, en materia de propaganda comercial con incentivos, el numeral 2.1.2.1. de la Circular Única de la SIC exige que como información mínima, entre otros, se identifique el producto o servicio promovido y del incentivo que se ofrece indicando su cantidad y calidad.

vi) En consideración a estos preceptos normativos se tiene que en el caso concreto, las piezas publicitarias a las que se refieren las imágenes 1, 2 y 3 (denominadas así en esta sentencia), contienen una caja que hace referencia a la promoción denominada “Picada Mundialista”, la cual se encuentra dividida por secciones. En la parte inferior se encuentra la sección donde se localizan unas piezas de alas de pollo, sin que en ningún caso la sumatoria de las piezas de la imagen correspondan a ocho (8) trozos o partes. Así mismo en la parte superior izquierda se observan tres (3) trozos de mazorca y no cuatro (4).

vii) El mismo modelo de caja contentiva de la promoción, se encuentra inserta en la valla publicitaria e informativa del menú del establecimiento “KOKORIKO HOMECENTER 170”, localizado en la Avenida Carrera 45 # 175-50, locales 5-6 (imagen 5), y en el banner que acompaña el título “KOKORIKO PICADA MUNDIALISTA” en la página Web <<http://www.kokoriko.com.co>> (imagen 6).

viii) Este modelo de caja en la que se oferta el producto, fue adoptado en virtud del comunicado dado por el Brand Manager Kokoriko y dirigido a todos los restaurantes propios y franquicias a nivel nacional de KOKORIKO<sup>22</sup>, en la cual informa el lanzamiento del producto “La Picada Mundialista”, indicando la presentación final del producto en la mesa como se observa en la imagen 9.

ix) Nótese que en la parte inferior de la imagen se identifica con el número 6 el producto que se denomina “alitas clásicas 4 A y 4 B”, y en la parte superior

---

<sup>22</sup> Ibid. Archivo: “14-112624.pdf”.

izquierda de la imagen identifica con el número 2 las mazorcas, indicando que se trata de “mazorca dulce una en 4 trozos”. Sin embargo, la imagen de la caja de la “Picada Mundialista” con esas indicaciones no se encuentra en ninguna de las piezas publicitarias con destino a los consumidores y que obran en el expediente.

x) La información suministrada en las referidas imágenes se torna más confusa si se tiene en cuenta que el producto es una “picada”, que como lo entienden las demandantes en su escrito de demanda, implica que los productos ofertados se presenten en trozos y no en porciones completas, verbigracia el churrasco ofertado (medio pollo deshuesado), cuya presentación está en trozos ubicados en la parte central de la caja que contiene la “Picada Mundialista”.

xi) Así las cosas, de la sola imagen contentiva de la referida publicidad, surge como primera duda si lo ofertado por el productor son ocho (8) trozos de alas, u ocho (8) alas divididas en trozos. De la misma manera, en lo que respecta a las mazorcas no podría identificarse si lo ofertado es una mazorca dividida en cuatro (4) partes, o dos (2) mazorcas divididas en la mitad, o cuatro (4) mazorcas hechas porciones en la picada. En todo caso de las imágenes analizadas, se reitera que ni siquiera pueden contarse los ocho (8) trozos de ala y los cuatro (4) trozos de mazorca, motivo por el cual, para verificar las cantidades ofertadas por cada producto alimenticio, los consumidores necesariamente deben consultar la información escrita que acompaña la publicidad.

xii) Por tanto, de plano debe desestimarse que la imagen de la caja contentiva de la “Picada Mundialista”, que ocupa la mayor parte de los volantes publicitarios, por sí sola brinde la información completa, precisa e idónea sobre el producto ofertado por las demandantes, en los términos exigidos por las normas descritas en precedencia.

xiii) De tal manera que los potenciales compradores al momento de adoptar su decisión de compra, en este caso necesariamente deben recurrir al texto de la publicidad ofertada, disponible en las imágenes 2 y 3, en la valla de la imagen 5, y al consultar el texto en el banner de la página Web de KOKORIKO y bajo el mismo (imagen 6).

xiv) En las imágenes 2, 3 y 5, la información que acompaña la caja que refiere la “Picada Mundialista”, se ofrece un (1) churrasco, ocho (8) alitas, un (1) plátano maduro, ocho (8) papas criollas, cuatro (4) mazorcas, ocho (8) snacks de pollo, ocho (8) papas Kokoriko, cuatro (4) Yucas, una (1) salsa chimicuirri, y una (1) salsa alioli de limón.

xv) Nótese que en cuanto a las “alitas” y a las “mazorcas”, en ningún aparte del texto publicitario se les informa a los consumidores que las ocho (8) “alitas” se trata de ocho (8) alitas clásicas 4 A y 4 B, ni que las cuatro (4) mazorcas corresponden a una mazorca dulce en 4 trozos, tal y como le fue informado a las franquicias de KOKORIKO en la imagen de la presentación final del producto a la mesa (imagen 9).

xvi) Tan solo en la promoción que consta en la página Web de KOKORIKO (imagen 6), se ofertan las alitas como ocho (8) piezas de alitas, y aún así no podría identificarse que partes del ala del pollo debería entenderse como las “piezas de alitas” ofertadas por KOKORIKO, con el agravante que la compañía maneja dos tipos de alitas, el tipo A y el tipo B. En cuanto a las mazorcas, la publicidad en la página Web también refiere como en las demás analizadas que se ofertan cuatro (4) mazorcas.

xvii) En consecuencia, la Sala evidencia la desatención del artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, puesto que la información ofrecida con relación a la oferta “La Picada Mundialista” no es completa, veraz, comprensible, precisa e idónea, lo cual en consecuencia conlleva a la vulneración de los derechos de los consumidores y al principio general del Estatuto del Consumidor a que los

consumidores accedan a la información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas.

xviii) De la misma manera se encuentra probado en el proceso que la información ofertada por las demandantes en la oferta “La Picada Mundialista”, es engañosa, en los términos del numeral 2.1.1. de la Circular Única de la SIC, en tanto que se induce en error a los consumidores sobre el producto que están adquiriendo, quienes esperan recibir ocho (8) alitas de pollo y cuatro (4) mazorcas en una picada, cuando en realidad obtienen ocho (8) trozos de alas cortadas en una forma desconocida por los consumidores; y solo una (1) mazorca dividida en cuatro (4) partes.

xix) Así, se acredita la característica de la publicidad engañosa prevista en el literal a) del artículo 2.1.1.2. de la Circular Única de la SIC, puesto que se omite información necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda, como lo es la relacionada a los cortes de los trozos que comprenden las alitas ofertadas por KOKORIKO y a que el consumidor adquiere cuatro (4) trozos de una mazorca dulce y no cuatro (4) mazorcas por la compra de la promoción.

xx) Teniendo en cuenta que la “Picada Mundialista” se promocionó como una oferta, se incurre en la trasgresión del numeral 2.1.2.1. de la Circular Única de la SIC, en la que se exige como información mínima de la propaganda comercial con incentivos, entre otros, que se identifique el producto o servicio promovido.

### **5.1.3.3. DEL VALOR PROBATORIO DEL DICTAMEN PERICIAL APORTADO AL PROCESO**

En lo que respecta a la “expectativa del consumidor” que alega el demandante que no se tuvo en cuenta por parte de la SIC en los actos administrativos sancionatorios, la Sala debe hacer mención del valor probatorio del dictamen pericial aportado por la parte actora, y cuya objeción se desestimó en líneas anteriores en esta providencia.

5.1.3.3.1. El perito en su dictamen fue enfático en señalar que el objeto del dictamen versaba sobre la expectativa de los consumidores en lo que respecta a las alitas de pollo como preparación. De hecho, las imágenes utilizadas al momento de realizar las encuestas a las personas para efectos de la elaboración del estudio mostraban imágenes de platos con alas de pollo preparadas e imágenes con trozos de alas de pollo también preparadas.

5.1.3.3.2. Esta concepción en el objeto del dictamen pericial, hace que el estudio de plano no pueda ser valorado para determinar la expectativa de los consumidores con relación a la oferta “La Picada Mundialista”, en tanto que en este caso, el plato ofertado como su nombre lo indica es una picada servida en una caja dividida en secciones, y no una preparación de alitas de pollo.

5.1.3.3.3. Se reitera que en la preparación “picada”, como lo describen los demandantes y como se señaló en precedencia, cada uno de los productos alimenticios es presentado en trozos, lo que hace diferente su presentación al de las porciones individualmente vendidas por la empresa.

5.1.3.3.4. Este aspecto se evidencia en lo afirmado por la administradora del local de KOKORIKO ubicado en la Avenida Suba Transversal 60 No. 114 A -88 en la ciudad de Bogotá D.C., que informa respecto a las alitas lo siguiente:

*“Que en cuanto a la porción regular de Alitas esta se compone de: Viene en porción de seis o doce unidades que para el caso de seis vienen 3 medias alas y 3 colombinas de ala y para el caso de doce son 6 medias alas y 6 colombinas de ala y se acompañan de bastones de zanahoria proporcionales si son seis se dan seis o si son doce alas pues doce bastones y estos se acompañan de salsa de queso azul. PERO EN EL CASO DE LA PICADA VIENEN OCHO UNIDADES DE ALA CUATRO TIPO A CUATRO TIPO B”<sup>23</sup>.*

5.1.3.3.5. Lo anterior quiere decir que una cosa es la porción regular “alitas” ofertado por KOKORIKO, en el que vienen 3 medias alas y 4 colombinas de ala

---

<sup>23</sup> EXPEDIENTE. CD obrante a folio 494. Antecedentes administrativos. Archivo: “14-112624”. p. 39 a 42.

para el caso de 6, y para el caso de 12 vienen 6 medias alas y 6 colombinas de ala acompañadas de bastones de zanahoria. Distinta es la porción de “alitas” en la picada mundialista en la que vienen ocho unidades de ala, cuatro tipo A y cuatro tipo B.

5.1.3.3.6. De la misma manera varía la presentación del denominado “churrasco”, que corresponde a medio pollo deshuesado, respecto del cual la administradora afirma que fuera de la picada se compone de una unidad puesta a la parrilla y acompañada de papa Kokoriko y mazorca, mientras que en la picada el churrasco es la misma cantidad pero en trozos y sin esos acompañamientos.

5.1.3.3.7. Así que no es lo mismo las alitas como porción individual que como parte del producto denominado “La Picada Mundialista”, motivo suficiente para entender que el dictamen pericial en el que se analiza la concepción de los consumidores de las alitas como porción individual, difícilmente puede corresponder a la expectativa de los consumidores que se pretenda probar respecto de las alitas como parte de una picada.

5.1.3.3.8. El dictamen pericial al tratar de evitar las imágenes de alitas de pollo empleadas por KOKORIKO, restó su valor probatorio relevante para el proceso, en el que se discute las expectativas del consumidor sobre las alitas de pollo al observarlas en las imágenes correspondientes a la publicidad de “La Picada Mundialista”, objeto del presente medio de control.

5.1.3.3.9. En todo caso, en la expectativa de los consumidores que el perito deduce de los resultados de las encuestas formuladas, se concluye que para los consumidores las “alitas” de pollo son partes o porciones de las alas de pollo. Sin embargo, no puede evidenciarse si esas “partes” o “porciones” del pollo son equivalentes a las alitas tipo A y a las alitas tipo B que KOKORIKO implementa en sus establecimientos comerciales.

5.1.3.3.10. En la visita administrativa al local de la Avenida Suba Transversal 60 No. 114 A -88 en la ciudad de Bogotá D.C., la administradora manifestó que *“el término ala Kokoriko se refiere a la media ala y a la colombina de ala ya que no utilizan la punta. Que estos productos vienen procesados de la Fábrica y vienen las bolsas marcadas como Tipo A (colombina de ala) y Tipo B (que son las medias alas)”*.

5.1.3.3.11. Lo anterior deja un interrogante en las conclusiones del dictamen pericial, en el entendido a si la expectativa de los consumidores al recibir porciones de alas de pollo, pensando que son alitas de pollo, se refieren concretamente a la totalidad del ala hecha porciones, a la colombina de ala, a la media ala, a una mixtura de ambas, o a otro corte del ala que no corresponda al empleado por KOKORIKO.

5.1.3.3.12. En todo caso, y aun cuando pueda demostrarse que la expectativa de los consumidores al recibir alitas de pollo son piezas de alas, indistintamente si tratara de medias alas y colombinas de alas, la información suministrada por las demandantes en los distintos medios de publicidad antes analizados, seguiría siendo incompleta, incomprensible, no veraz e no idónea, en tanto que no se les informa a los consumidores si de esas ocho (8) piezas de ala que están recibiendo son todas medias alas o todas colombinas, o son mitad de ambos cortes, o una proporción mayor entre unas y otras. Tal aspecto tampoco se puede derivar del dictamen pericial rendido en el proceso.

5.1.3.3.13. Otro de las cuestiones que deben advertirse en el dictamen pericial rendido, corresponde al señalado por la señora Agente del Ministerio Público en su concepto, referido a la cantidad de producto. Si bien los encuestados pueden identificar como “alitas de pollo” unas piezas de ala y no las alas enteras, en el dictamen no se indaga nada respecto a cuantos trozos correspondería la preparación o el plato alitas esperado por los consumidores. El perito se aparta de este análisis afirmando que evita sesgar a los encuestados al introducirle que el término “alitas” puede corresponder a más de un ala, argumento que debe desestimarse de plano desde la sana lógica, bajo la concepción que de por sí la palabra “alitas” es plural y por ende corresponde a más de una unidad.

5.1.3.3.14. Mucho menos se establece en el dictamen la expectativa de los consumidores, respecto a la cantidad de piezas de alas que espera recibir en “La Picada Mundialista”, en la que se le ofrece como uno de los productos que componen el plato, un total de ocho (8) alitas. Esto es, si espera recibir ocho (8) piezas de alas, u ocho (8) alas completas cortadas en partes o porciones.

5.1.3.3.15. En conclusión, el dictamen pericial en los términos en los que se presentó no puede demostrar que la expectativa de los consumidores respecto a las ocho (8) alitas de pollo como parte de la promoción “La Picada Mundialista” de KOKORIKO, corresponda al producto efectivamente entregado por la compañía.

5.1.3.3.16. De tal manera que si bien no se declaró próspera la objeción al dictamen pericial, en razón del objeto del estudio y de la metodología empleada para desarrollarlo, como prueba no aporta los elementos suficientes que acrediten lo pretendido por los demandantes, esto es, que la expectativa de los consumidores al adquirir el producto “La Picada Mundialista” corresponda a la información dada por la compañía en sus medios publicitarios y al producto efectivamente entregado para su consumo.

#### **5.1.3.4. LAS PETICIONES, QUEJAS Y RECLAMOS DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LAS CONDUCTAS TRASGRESORAS DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR**

5.1.3.4.1. La ausencia de peticiones, quejas o reclamos relacionados con la picada mundialista, no impedía a la SIC realizar la investigación y sancionar a las demandantes por incurrir en conductas de información y publicidad engañosa, en tanto que la facultad de la autoridad para investigar y sancionar las conductas que vulneran el Estatuto del Consumidor puede ser ejercida de oficio por la Superintendencia. Así lo establece el artículo 12 del Decreto 4686

de 2011 “*por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*”, que prescribe:

*“ARTÍCULO 12. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Son funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor:*

***1. Decidir y tramitar las investigaciones administrativas que se inicien de oficio o a solicitud de parte por presunta violación a las disposiciones vigentes sobre protección al consumidor cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, e imponer de acuerdo con el procedimiento aplicable las medidas y sanciones que correspondan de acuerdo con la ley, así como por inobservancia de órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia***” (negrilla fuera del texto).

5.1.3.4.2. De igual manera las conductas atribuidas a los demandantes por la SIC en los actos administrativos demandados, esto es, la vulneración a la información mínima a los consumidores, la incursión en publicidad e información engañosas y la desatención a los deberes respecto de la propaganda comercial con incentivos, analizados en precedencia, no exigen para su configuración la existencia de peticiones, quejas o reclamos por parte de los consumidores relacionadas con las conductas reprochadas.

5.1.3.4.3. Los demandantes pretenden agregar como criterio para la configuración de la conducta reprochada, y que este no fue vulnerado ante la inexistencia de peticiones, quejas o reclamos por parte de quienes adquirieron la oferta “La Picada Mundialista”. En realidad, debe aclararse que la expectativa de los consumidores no es un elemento que haga parte de las infracciones previstas en la Ley 1480 de 2011, ni en la Circular Única de la SIC previamente estudiadas. En todo caso, como se demostró con antelación, no está probado que la expectativa del consumidor se asocie con las cantidades dadas por las franquicias KOKORIKO de las alas de pollo y de las mazorcas cortadas en trozos, cuando se oferta la venta de ocho (8) alitas y cuatro (4) mazorcas en el producto “La Picada Mundialista”.

### **5.1.3.5. DE LAS IMÁGENES APORTADAS POR LOS DEMANDANTES SOBRE PREPARACIONES DE ALITAS DE POLLO**

5.1.3.5.1. Los demandantes aportan junto con su escrito de demanda imágenes de preparaciones o platos de alitas de pollo ofertados por otras compañías en el país<sup>24</sup>, así como resultados de búsqueda en Internet sobre las palabras “alitas”, “alitas de pollo Colombia” y “picada”<sup>25</sup>, para demostrar la práctica común del mercado respecto a estas presentaciones del producto.

5.1.3.5.2. Al respecto la Sala debe advertir que en este aparte las sociedades actoras incurren en el mismo error que el perito en su dictamen, en tanto que la presentación del plato alitas de pollo difiere de la presentación de la porción de alitas de pollo que pueda encontrarse en una picada, lo cual es una variante respecto a lo que los consumidores esperarían obtener al comprar uno u otro producto. Además, esto no prueba que la información dada del producto “La Picada Mundialista” permita a los consumidores una decisión fundada respecto del producto que desean comprar, y si tal información corresponde al producto efectivamente adquirido.

5.1.3.5.3. Contrario a lo que pretenden probar los demandantes con las pruebas aportadas, se observa lo siguiente: a) en la captura de pantalla de la página Web de la compañía La Brasa Roja, se observa que el plato “alitas BBQ x 10 piezas” tiene por información “*5 piezas de codo y 5 piezas de muslos, bañadas en salsa BBQ, acompañadas de bastones de zanahoria y aderezo*”<sup>26</sup>; b) en la captura de pantalla de la página Web de “PRESTO”, se observa el producto “alitas” que se describe como “*alitas de pollo apanadas (3 muslos, 3 punticas) ligeramente picantes, papa super, gaseosa 10 onzas. (...)*”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> EXPEDIENTE. Folios 35 a 42.

<sup>25</sup> Ibid. folios 402 y 403

<sup>26</sup> Ibid. Folio 178.

<sup>27</sup> Ibid. folio 179.

5.1.3.5.4. Lo anterior demuestra que existen compañías que compiten con las sociedades demandantes, que al promocionar su producto “alitas” describen mayor información respecto a lo que el consumidor podría adquirir con la compra de ese plato o porción, a la información dada en la publicidad de KOKORIKO, que describen el producto en la mayoría de las piezas publicitarias como “alitas”, o en la página Web como “piezas de ala”, sin identificar las piezas de ala o cortes que sirven con la porción ofertada.

5.1.3.5.5. La captura de pantalla de los resultados de la búsqueda en Internet sobre “alitas”, “alitas Colombia” y “picada”, no tienen el suficiente valor probatorio para demostrar la suficiencia de la información dada por las demandantes a sus consumidores. Debe reiterarse que lo que es sancionado por la SIC y que la Sala verificó en esta providencia, es la falta de información idónea, veraz, comprensible y completa de las porciones de alas de pollo y de mazorca ofertados en el producto “La Picada Mundialista” y no de la forma de presentación de tales productos como porciones individuales o como parte de las picadas.

5.1.3.5.6. Los demandantes pretenden demostrar que para los consumidores el término “alitas” corresponde a un trozo de ala completa, para configurar el supuesto descrito en el inciso 3º del literal b) del artículo 2.1.1.2. de la Circular Única de la SIC, según el cual *“se considera que la información es suficiente cuando sea representada por símbolos reconocidos internacionalmente y/o con palabras que por costumbre son plenamente reconocidas por los consumidores en cuanto su significado o aplicación”*.

5.1.3.5.7. Aun reconociendo este supuesto, la Sala debe reiterar lo afirmado respecto al valor probatorio del dictamen pericial rendido en el proceso, en el entendido que no está acreditado que los trozos de ala reconocidos por los consumidores con la palabra “alitas” corresponda a los cortes de ala ofertados por KOKORIKO en “La Picada Mundialista”, y si así lo fuera, la información sigue siendo insuficiente y por tanto engañosa, en tanto que como se analizó en precedencia, la compañía maneja dos cortes de ala, el tipo A y el tipo B, sin que

se le informe a los consumidores en ninguno de los medios publicitarios objeto de esta decisión, cuál o cuáles tipos de corte de ala y en que proporción se le oferta a los consumidores en la porción de ocho (8) alitas del producto “La Picada Mundialista”.

#### **5.1.3.6. DE LAS IMÁGENES DE FENAVI RESPECTO DE LA ANATOMÍA DEL POLLO Y DE LAS ALAS DE POLLO**

5.1.3.6.1. Las imágenes 10 y 11 que obran en esta providencia, y que corresponden a las aportadas por FENAVI para describir la anatomía del pollo y las alas de pollo, en ningún momento pretenden ilustrar la presentación idónea de las alas de pollo para el consumo en los establecimientos de comercio, lo cual FENAVI aclaró al afirmar que *“cada empresa genera los cortes de pollo con respecto a sus acuerdos comerciales, y además éstos nombres comunes varían según la región del país”*<sup>28</sup>.

5.1.3.6.2. La prueba fue tomada como referencia por parte de la SIC, y su valor probatorio se soporta en brindar un marco que permita determinar cuál es la parte del pollo denominado “ala” y qué partes la componen.

5.1.3.6.2. Distinto es el caso de las alas de pollo ofertadas por los establecimientos de comercio, y en particular de los ofertados por las sociedades actoras, que si bien no corresponden al tamaño del ala en su anatomía, son cortes de la misma.

5.1.3.6.3. Como se ha dicho en líneas anteriores, las franquicias KOKORIKO manejan dos tipos de cortes de ala, verificables a partir de la anatomía del ala del pollo.

5.1.3.6.4. En la presentación del producto “alas” como parte del producto “picada” son cortadas las alas de pollo por parte de las franquicias KOKORIKO.

---

<sup>28</sup> Ibid. p. 19.

5.1.3.6.5. Sin embargo, los proveedores y expendedores del producto no informan a los consumidores los cortes realizados ni el tipo de cortes en las alas de pollo.

5.1.3.6.6. Tal actuación hace incurrir en error a los consumidores, puesto que al leer la publicidad esperan recibir ocho (8) alas de pollo, no esperan recibir ocho (8) trozos de ala cortados por la compañía en una forma que en todo caso los consumidores desconocen.

#### **5.1.3.7. DE LOS CASOS DE LAS INVESTIGACIONES SOBRE LOS PRODUCTOS LÁCTEOS ALEGADOS POR LOS DEMANDANTES**

5.1.3.7.1. Consideran los demandantes que deben recibir un tratamiento igual respecto de las investigaciones adelantadas por la SIC a las compañías de lácteos, en el que se privilegia la imagen sobre el texto, en casos en que en el texto de los empaques ofrecen bebidas lácteas, alimentos lácteos y preparaciones alimenticias, pero el empaque aparenta que el producto se trata de leche.

5.1.3.7.2. A criterio de la Sala no puede compararse el análisis de la información respecto de un producto como lo es un alimento lácteo, con el de un producto como “La Picada Mundialista”, que a su vez se compone de múltiples productos servidos en porciones.

5.1.3.7.3. En el primer caso el análisis primario sobre la información dada a los consumidores será predominantemente con la forma del empaque, su distribución y las imágenes contenidas en el mismo. En el segundo caso para entender lo ofrecido a los consumidores en “La Picada Mundialista”, necesariamente debe leerse con detenimiento el texto que acompaña la imagen para dilucidar todos los productos que se le ofrecen en al picada y sus cantidades.

5.1.3.743. De todas formas como se analizó con antelación, la imagen de la caja de “La Picada Mundialista” en la publicidad dada por los demandantes a los consumidores, no es suficiente para dilucidar cuantas porciones de cada producto son ofrecidos en la picada, motivo por el cual los consumidores deben basar su decisión en el texto que acompaña la imagen.

#### **5.1.3.8. DE LAS CONDICIONES Y VIGENCIA DE LA PROMOCIÓN “LA PICADA MUNDIALISTA”**

5.1.3.8.1. Según el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011, los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la Ley. Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

5.1.3.8.2. Por otra parte la Circular Única de la SIC en el artículo 2.1.2.1. al referirse a la propaganda comercial con incentivos, establece entre sus características que como información mínima los siguientes: a) los requisitos y condiciones para su entrega; y b) el plazo y vigencia del incentivo.

5.1.3.8.3. En el caso de la promoción “La Picada Mundialista”, se induce a error a los consumidores sobre las características antes reseñadas por cuanto:

i) En la imagen 1 de esta providencia, la publicidad indica que la promoción no aplica para los restaurantes Jumbo 170 y Jumbo Santa Ana, y que es válida del 26 de mayo al 9 de julio de 2014. Para más información se invita a visitar la página [www.kokoriko.com.co](http://www.kokoriko.com.co).

ii) En la página Web de Kokoriko, como se observa en las imágenes 7 y 8, se tiene que la promoción es válida del 25 de mayo al 9 de julio de 2014 y que

no es válida en los KOKORIKO ubicados en Jumbo Calle 170 y Jumbo del Centro Comercial Santa Ana en Bogotá, ni en el kokoriko Natural Rostisserie ubicado en el aeropuerto El Dorado.

5.1.3.8.4. Lo anterior evidencia una inconsistencia entre las piezas publicitarias respecto de las fechas de la promoción y en los lugares donde no se ofrece el producto, esto es, si la promoción tiene por fecha de inicio el 25 o 26 de mayo de 2020 y si el producto es ofertado o no en el restaurante localizado en el aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.

5.1.3.8.5. En consecuencia, se concluye que en la publicidad ofertada desatiende lo previsto en el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011 y en los literales a) y b) del numeral 2.1.2.1. de la Circular Única de la SIC, y se evidencia que la información suministrada por la compañía no es precisa y es incomprensible, trasgrediendo así el derecho de los consumidores de acceder a la información suficiente sobre un producto para tomar una decisión fundadas.

5.1.3.8.6. Los demandantes pretenden en su caso la aplicación de la decisión de la SIC de no iniciar investigación, adoptada en el proceso 15-291872 en contra de la empresa FALABELLA, asunto conocido como “El Madrugón de Navidad Falabella”. Al respecto, no obra en el proceso copia de la citada decisión para efectos de establecer la necesidad de tratamiento de ambos casos de manera idéntica.

5.1.3.8.7. En todo caso por la información suministrada por los demandantes respecto del caso de la compañía FALABELLA, se tiene que en ese caso la decisión de no abrir investigación se debió a que entre los 19 productos inmersos en la infracción del literal b) del numeral 2.1.2.1. de la Circular Única de la SIC, y las 718 referencias analizadas en las diligencias de inspección del mes de diciembre de 2015, es baja la infracción en términos de proporcionalidad.

5.1.3.8.8. Así ambos casos son distintos, en tanto que en FALABELLA la decisión se produjo en virtud de los hallazgos sobre 19 productos de un total de 718 referencias analizadas, mientras que en el caso de la Picada Mundialista los términos del plazo y vigencia del incentivo que se objetan se derivan de un solo producto ofertado por las demandantes y objeto de los actos administrativos impugnados.

5.1.3.8.9. En todo caso a criterio de la Sala la determinación sobre la relevancia a si las inconsistencias en la vigencia de la promoción “La Picada Mundialista” corresponden a uno o más días, no es un asunto que desestime la configuración de la conducta típica con ocasión a la vulneración a las normas que regulan la información suministrada para las ofertas e incentivos, sino un criterio para valorar la proporcionalidad de la sanción impuesta derivada de la conducta infractora.

#### **5.1.3.9. EL CRITERIO DE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN IMPUESTA**

5.1.3.9.1. Como se señaló en precedencia, con ocasión de la infracción cometida por AVESCO S.A.S. una multa por la suma de doscientos cincuenta y siete millones setecientos cuarenta mil pesos (\$247.740.000.000), equivalentes a cuatrocientos (400) SMLM vigentes al momento de la expedición del acto administrativo sancionatorio. Por otra parte a KOKOMONROPER LTDA., COMPAÑÍA OPERADORA DE FRANQUICIA KOKORIKO LIMITADA, se le impuso multa por la suma de diecinueve millones trescientos treinta mil quinientos pesos (\$19.330.500.000), equivalentes a treinta (30) SMLMV.

5.1.3.9.2. Ambas multas impuestas se encuentran dentro del margen previsto para la imposición de multas, al que se refiere el numeral 1º del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, que contempla por tope para las multas de hasta por

dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

5.1.3.9.3. En el caso de AVESCO S.A.S. la SIC valoró la reincidencia de la conducta infractora, por haber quebrantado disposiciones consagradas en la normativa que protege los derechos de los consumidores, concretamente en las Resoluciones Nos. 37496 de 2008, 12659 de 2010 y 66011 de 2011.

5.1.3.9.4. No les asiste razón a los demandantes al considerar que las infracciones aludidas en los actos administrativos mencionados por la SIC no son aplicables al ser anteriores a la Ley 1480 de 2011, por cuanto en primer lugar la obligación del suministro de la información al público para la comercialización de los productos, no deviene solo de tal normativa ni del Decreto 3466 de 1982 (régimen jurídico anterior), sino de la Constitución Política en virtud del artículo 78 antes citado.

5.1.2.9.5. En segundo lugar, el numeral 3º del párrafo 1º del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, claramente refiere el criterio de graduación como *“la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor”*, sin mencionar expresamente que este criterio obedezca a infracciones contenidas o en el marco de la misma Ley, motivo por el cual las violaciones a los derechos de los consumidores pueden estar originadas en la vulneración de otras normas previstas en el ordenamiento jurídico.

5.1.2.9.6. No se encuentra demostrado en el proceso que las sanciones adoptadas en las Resoluciones Nos. 37496 de 2008, 12659 de 2010 y 66011 de 2011 por parte de la SIC se hayan impuesto con ocasión de infracciones distintas a las de protección al consumidor, aspecto que le correspondía acreditar a los demandantes.

5.1.2.9.7. En todo caso, de estar fundamentados los aludidos actos administrativos en el Decreto 3466 de 1982, debe valorarse que al momento

en que la sociedad demandante incurrió en tales conductas, tal normativa se encontraba vigente y constituía un marco normativo para determinar las conductas contrarias al Estatuto del Consumidor.

5.1.2.9.8. El daño causado a los consumidores se encuentra probado en la medida que se demostró que las sociedades actoras incurrieron en información y publicidad engañosas con la promoción del producto “La Picada Mundialista”, y atentaron contra las normas que regulan los incentivos y promociones, lo que generó la vulneración del principio general del Estatuto del Consumidor y de los derechos de los consumidores a acceder a una información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación. Los consumidores fueron engañados con las pautas publicitarias al adquirir un producto en condiciones distintas al que le ofertaron.

5.1.2.9.9. La falta de peticiones, quejas y reclamos no desestima el hecho que las demandantes hayan incurrido en las infracciones evidenciadas por la SIC y en esta providencia. No obstante, los demandantes desconocen que sí existieron reclamaciones por parte de los consumidores de “La Picada Mundialista”, tal y como se observa en el documento aportado por el apoderado de los demandantes en la actuación administrativa, anexo al oficio No. 14-112624-00025-0000<sup>29</sup>, en el que relaciona las peticiones, quejas y reclamos relacionados con la promoción, así<sup>30</sup>:

---

<sup>29</sup> EXPEDIENTE. CD obrante a folio 494. Archivo: 14-112624.pdf. p. 171

<sup>30</sup> Ibid. p. 190.

Nº RAD	FECHA	CANAL	Motivo	Nombre Apellidos	Identificación	Ciudad	Telefono	TIPO DE COMENTARIO	GRUPO	PRODUCTO	CARACTERISTICA	OBSERVACIONES/PLAN DE ACCIÓN
138512	04/06/2014	Domicilios	Producto- Tamaño	CARIDAD ACEVEDO	9085718	Cartagena	3004475371	SUGERENCIA	PRODUCTO	PICADA	✓ PORCIONES	SE RADICA LA QUEJIA Y SE ENVÍA INFORME CONSOLIDADO AL EQUIPO DE OPERACIONES
138479	03/06/2014	Domicilios	Producto- Calidad del producto	CARLOS JEREZ	80055261	Bogotá	0	QUEJIA	PRODUCTO	PICADA	QUEMADO	SE RADICA LA QUEJIA Y SE ENVÍA INFORME CONSOLIDADO AL EQUIPO DE OPERACIONES
140999	28/06/2014	Domicilios	Producto- Calidad del producto	DIANA CANTOR	52936016	Bogotá	7385023	QUEJIA	PRODUCTO	PICADA	TEMPERATURA	SE RADICA LA QUEJIA Y SE ENVÍA INFORME CONSOLIDADO AL EQUIPO DE OPERACIONES, SE OFRECE EL CAMBIO DEL PRODUCTO AL CLIENTE.
140601	24/06/2014	Domicilios	Producto- Calidad del producto	GLORIA FARDO	52331046	Bogotá	6815894	QUEJIA	PRODUCTO	PICADA	CRUDO	SE REALIZA CAMBIO DE PRODUCTO AL CLIENTE
138584	06/06/2014	Domicilios	Servicio- Error de Impulso	HELENA GARZON	52323475	Bogotá	4186092	RECLAMO	PRODUCTO	PICADA	IMPULSO FALTANTE	SE LE ENTREGA EL PRODUCTO FALTANTE AL CLIENTE
139820	16/06/2014	Domicilios	Novedades	HERVI ARTEGA	79847400	Bogotá	6093407	QUEJIA	PRODUCTO	PICADA	AGOTADO	HAY UN AGOTADO DEL PRODUCTO DEL CLIENTE, POR LO QUE SE OFRECE OTRA ALTERNATIVA
140232	26/06/2014	Domicilios	Producto- Calidad del producto	JORGE RINCON	19470440	Bogotá	4510631	QUEJIA	PRODUCTO	PICADA	REFOSADO	SE RADICA LA QUEJIA Y SE ENVÍA INFORME CONSOLIDADO AL EQUIPO DE OPERACIONES
140741	25/06/2014	Domicilios	Producto- Calidad del producto	MARIA FORERO	1033705921	Bogotá	3102476202	QUEJIA	PRODUCTO	PICADA	TEMPERATURA	SE RADICA LA QUEJIA Y SE ENVÍA INFORME CONSOLIDADO AL EQUIPO DE OPERACIONES
139080	12/06/2014	Domicilios	Producto- Precios altos	NELSY DE LEON	41360193	Bogotá	6183141	RECLAMO	PRODUCTO	PICADA	IMPULSO FALTANTE	SE LE ENTREGA EL PRODUCTO FALTANTE AL CLIENTE
139489	14/06/2014	Domicilios	Producto- Tamaño	PATRICIA QUIROGA	51920171	Bogotá	3869991	RECLAMO	PRODUCTO	PICADA	✓ PORCIONES	SE RADICA LA QUEJIA Y SE ENVÍA INFORME CONSOLIDADO AL EQUIPO DE OPERACIONES
139352	14/06/2014	Domicilios	Producto- Calidad del producto	SANDRA TORRES	52195696	Bogotá	2211185	QUEJIA	PRODUCTO	PICADA	CALIDAD	SE RADICA LA QUEJIA Y SE ENVÍA INFORME CONSOLIDADO AL EQUIPO DE OPERACIONES

### IMAGEN 12

5.1.2.9.10. Como se puede observar, las compañías demandantes registran once (11) reclamaciones de los clientes en contra del producto “La Picada Mundialista”, de los cuales dos están relacionadas con porciones y una es por calidad.

5.1.2.9.11. Alegan las demandantes la existencia de criterios de graduación de las sanciones no analizados por la SIC. Revisado los actos administrativos demandados se tiene que si bien no todos los criterios contenidos en el párrafo del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 fueron analizados por la autoridad, ello obedece a que no se demuestra su configuración bien sea para reducir o agravar la sanción impuesta.

5.1.2.9.12. A criterio de la Sala los criterios analizados por la SIC para imponer las sanciones contentivas en multa a las sociedades actoras, son concordantes con el valor de las multas impuestas, que en todo caso se reitera corresponden a menos de la mitad del tope de dos mil (2000) SMLMV previstos en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

5.1.2.13. Por las consideraciones expuestas el cargo de falsa motivación formulado por las demandantes no prospera.

## **5.2. SEGUNDO CARGO DE NULIDAD: INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE EL ACTO**

### **5.2.1. FUNDAMENTOS DEL CARGO**

Las sociedades demandantes sustentaron el cargo de nulidad de conformidad con los siguientes argumentos:

La SIC omite aplicar el último párrafo del literal b) del artículo 2.1.1.2. de la Circular de la SIC, toda vez que los demandantes utilizaron en sus piezas publicitarias representaciones gráficas de lo que es el producto, a la vez que utilizaron palabras descriptivas reconocidas para el consumidor colombiano como “mazorcas, alitas, picadas, yucas, etc”, que de acuerdo con el contexto le permitían saber el producto que adquirirían. Así, las demandantes otorgaron información suficiente al consumidor en los términos de la norma.

### **5.2.2. OPOSICIÓN AL CARGO**

La Superintendencia de Industria y Comercio se remite a los argumentos de defensa propuestos para el primer cargo de nulidad.

### **5.2.3. ANÁLISIS DE LA SALA**

La Sala reitera las consideraciones dadas en el análisis del primer cargo de nulidad, motivo por el cual el cargo no prospera.

**5.3.** Con fundamento en lo anterior, comoquiera que no prosperaron los cargos de nulidad en contra de los actos administrativos demandados, la Sala negará las pretensiones de las demandadas.

## **6. COSTAS PROCESALES**

De otra parte, se condenará en costas en esta instancia a la parte vencida, cuya liquidación se hará conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 364 y 366 del Código General del Proceso.

7. De conformidad con los lineamientos del Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 y siguiendo la directriz de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se le informará a la Secretaría de la Sección los correos electrónicos de las partes e intervinientes del proceso para efectos de las notificaciones judiciales.

En razón y mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda de conformidad con los argumentos expuestos en las consideraciones de esta decisión.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** no próspera la objeción al dictamen pericial formulada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en contra del dictamen pericial rendido por el señor Julián Alberto González Forero, y aportado por los demandantes junto con el escrito de demanda.

**TERCERO: CONDÉNASE** en costas procesales a las sociedades demandantes y en consecuencia, por Secretaría **LIQUIDÁNSE** una vez quede ejecutoriada esta decisión.

**CUARTO:** Para efectos de las notificaciones y comunicaciones ordenadas en esta sentencia, la Secretaría de la Sección **deberá** tener en cuenta la siguiente información:

Nombre	Calidad en la que actúa en el proceso	Correo electrónico
Jorge Castaño Robledo	Apoderado de KOKOMONROPER LTDA. Y COMPAÑÍA COMERCIAL E INDUSTRIAL LA SABANA AVESCO S.A.S.	<a href="mailto:jcastano@brickabogados.com">jcastano@brickabogados.com</a> <a href="mailto:amerchan@brickabogados.com">amerchan@brickabogados.com</a>
COMPAÑÍA COMERCIAL E INDUSTRIAL LA SABANA AVESCO S.A.S.	Demandante	<a href="mailto:contabilidad@conboca.com">contabilidad@conboca.com</a>
KOKOMONROPER LTDA.	Demandante	<a href="mailto:inversionesmomper@hotmail.com">inversionesmomper@hotmail.com</a>
Mónica Andrea Hernández Duarte	Apoderada de la Superintendencia de Industria y Comercio	<a href="mailto:mhernandez@sic.gov.co">mhernandez@sic.gov.co</a>
Superintendencia de Industria y Comercio	Demandada	<a href="mailto:notificacionesjud@sic.gov.co">notificacionesjud@sic.gov.co</a>

**QUINTO. ARCHÍVESE** el expediente, previa ejecutoria.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, mediante Acta No.

  
**CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**  
Magistrada

  
**FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**  
Magistrado

  
**LUIS MANUEL LASSO LOZANO**  
Magistrado