TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

SENTENCIA N° 2020-06-069 NYRD

Bogotá D.C. Veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020)

EXP. RADICACIÓN:	110013331003 2012 00036 03
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HEWLETT PACKARD DE COLOMBIA LTDA
DEMANDADO:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
TEMAS:	Sanción administrativa por publicidad engañosa/Infracción a las normas en que debía fundarse/ Falta de competencia/ Falsa motivación/ Violación al debido proceso
ASUNTO:	Sentencia de segunda instancia - Modifica

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada, contra la sentencia del 13 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Cuarenta y cinco (45) Administrativo de Bogotá, mediante la cual accedió a algunas de las pretensiones de la demanda, negó otras y se abstuvo de imponer condena en costas a la parte vencida, así:

> *"**PRIMERO**: **Declárese** la nulidad de las resoluciones nos. 57863 del 25 de octubre de 2010, 18055 del 31 de marzo de 2011 y 35121 del 28 de junio de 2011 proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.*
> ***SEGUNDO**: A título de restablecimiento, **devuélvase** a la demandante el dinero pagado por concepto de la multa impuesta en las Resoluciones 57863 del 25 de octubre de 2010, 18055 del 31 de marzo de 2011 y 35121 del 28 de junio de 2011 proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y **cancélense** las medidas o gravámenes que pesan contra la actora como consecuencia de los actos acusados. Lo anterior como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos*

enunciados en el numeral anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
***TERCERO: Deniéganse** las demás pretensiones de la demanda.*
***CUARTO: Abstiénese** de condena en costas. Por secretaría **liquídense** los gastos del proceso, en caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso le serán reembolsados a la parte demandante.*
***QUINTO:** La entidad condenada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.*
***SEXTO:** Una vez ejecutoriado este fallo, **archívese** el expediente, previas las anotaciones de rigor."*[1].

Igualmente es importante señalar que se ha efectuado el control oficioso de legalidad de cada una de las etapas surtidas, concluyéndose que no se observa ninguna causal de nulidad que amerite ser declarada en esta instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Resumen de la Demanda (Fls. 11 a 21 y 75 a 87 C1).

La sociedad HEWLETT PACKARD COLOMBIA LTDA., en ejercicio del **medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho** y a través de apoderado judicial solicitó como pretensiones de la demanda:

*"**PRIMERA PRINCIPAL:***
***Se anule el acto administrativo integrado por las Resoluciones:** (i) 57863 de Octubre 25 de 2010, (ii) 18055 de Marzo 31 de 2011, (iii) 35121 de Junio 28 de 2011, (iv) 57863 de Octubre 25 de 2010 (sic), (v) Resolución 58902 de Septiembre 28 de 2012, (vi) Resolución 72181 de Noviembre 27 de 2.012 y (vii) la Resolución que resuelva el recurso de apelación, expedidas por la demandada.*
SEGUNDA PRINCIPAL:
Que como consecuencia de lo anterior y para restablecer en sus derechos a la actora, la demandada, dispongan (sic) lo necesario para restituir a la actora en el ejercicio pleno de sus derechos y en especial su buen nombre; mediante un acto administrativo declarativo sin contenido económico en que se reconozca que la actora no vulneró ningún derecho de comprador alguno o realizó publicidad engañosa, como se desprende del Resuelve de las Resoluciones cuestionadas.
TERCERA PRINCIPAL:
Como consecuencia de la anulación de las Resoluciones demandadas y para restablecer a la actora en el ejercicio de sus derechos económicos, se le reembolse a ella por lo menos lo pagado por el vehículo entregado a quien determine la demandada y las multas y/o la sumas ordenadas en las Resoluciones demandadas, actualizadas de acuerdo con lo ordenado por el artículo 178 del CCA.
CUARTA PRINCIPAL:
Se condene a la demandada a pagar a la actora, por el lapso, desde la fecha del pago de la primera multa en Octubre de 2.011 y hasta cuando se profiera la sentencia correspondiente, los frutos civiles y naturales que llegaren a probarse dentro del proceso.
QUINTA PRINCIPAL:

[1] Folios 202 a 214 Anv. C1

En la sentencia que ponga fin a este proceso, se cumpla en contra de la demandada lo ordenado por los artículos 172, 175, 176, 177 y siguientes del CCA.
SEXTA PRINCIPAL:
Se condene a la citada a pagar a la actora, por el lapso, desde la fecha del pago de la primera multa en octubre de 2.011 y hasta cuando se profiera la sentencia, los frutos civiles y naturales que llegaren a probarse dentro del proceso.
SÉPTIMA PRINCIPAL:
Que como consecuencia delo (sic) anterior, se ordene cancelar las medidas o gravámenes, que pesen contra la actora, a consecuencia de los actos acusados;
OCTAVA PRINCIPAL:
Si la demandada se opone a las anteriores pretensiones, se le condene en las costas del proceso."

Los **hechos** que fundamentan el libelo de la demanda son:

"1. En 27 de Noviembre de 2.012, la demandada expidió su Resolución 72181, contra la actora relacionada con las demás Resoluciones aquí demandadas.
2. En Septiembre 28 de 2012, la demandada expidió su Resolución 5890Z contra la actora y relacionada con las demás Resoluciones aquí demandadas. (...)
4. En Agosto 5 de 2011, legalmente cobró ejecutoria la Resolución 35121 de Junio 28 de 2011, de la demandada, que negó la Apelación contra su Resolución 57863 de Octubre 25 de 2010.
5. En Marzo 31 de 2011, la demandada fechó su Resolución 18055 de 2011 que resuelve la Reposición contra su Resolución 57863 de 2010.
6. En Octubre 25 de 2010 la demandada expide su Resolución 57863 de 2010 con la cual la demandada decidió una actuación administrativa, contra la actora.
7. En Marzo 26 de 2010, Gloria Isabel Castellanos de Bautista, ante la Inspectora de Policía Urbana de Bucaramanga, en su queja reconoció que:
7.1. Ciro A, Bautista O., compró en Dimensión SYC 6 ***computadores portátiles HP. Pavilion****.*
7.2. Ciro Antonio Bautista Ovalle, pidió a su vendedora "Dimensión SYC" una (1) sola factura por los 6 ***computadores portátiles HP Pavilon*** *que compró.*
7.3. El vendedor Johan Enrique Parra Escalante, contra la solicitud de su comprador, Ciro Antonio Bautista Ovalle, aconsejo que una de las seis (6) facturas se hiciera a la menor de edad, María Alejandra Bautista Castellanos, sin ser ella la compradora.
7.4. La factura FR 1979 de Diciembre 12 de 2009, que tenía que hacerse a favor del comprador Ciro A. Bautista O., por el consejo del vendedor Johan E. Parra E., se hizo a la menor de edad, María Alejandra Bautista Castellanos sin ser compradora.
*8. La menor de edad, María Alejandra Bautista Castellanos, en diciembre de 2009, "****se registró en intemet****" y ella que "****debía dar la opción únicamente de cedula (sic) de ciudadanía****", en el sorteo con el que la actora incentivaba a los compradores de sus productos, vendido por "Dimensión SYG" y reconocidos como compradores en las correspondientes facturas de compra, asimiladas a letras de cambio.*
9. En Febrero 4 de 2010, la actora le informa a la menor de edad, María A. Bautista Castellanos y a su madre, que no se le entregará el automóvil Mazda 2 rifado en el sorteo No. 7 de 2009, por las siguientes razones:
9.1. Por no ser ella la compradora de la computadora, no adquirió el derecho para participar en los sorteos y
9.2. Al ser menor de edad, la Ley prohibe su inscripción y participación en los sorteos o rifas promocionales, como esa.

*10. En Febrero 4 de 2010, la actora le informa a la vendedora "**DIMENSIÓN SYC Sistemas y Computadores**", que le dará a la DIAN, la información correspondiente a la Factura FR 1979 de Diciembre 12 de 2009, para corroborar que esa supuesta venta (**con todos sus elementos**) registrada con esa factura, se realizó efectivamente.*
11. En el año 2.010, la actora ante la descalificación de la menor de edad María Alejandra Bautista Castellanos, en el sorteo que realizó a favor de los compradores de sus productos, que se registraron en la página WEB y cumplían con la Ley y el reglamento del concurso, realizó nuevamente el sorteo No. 7 del Mazda 2, y al favorecido se le entregó el citado incentivo.
*12. En enero 6 de 2010 a las 10:12 pm., Johan Enrique Parra Escalante en nombre propio y de la vendedora "**Dimensión Sistemas y Computadores SYC**", le escribe a la actora un correo electrónico, en el que reconoce que por recomendación suya y aceptación del real comprador, los bienes no se facturaron a nombre de él en una sola factura, como inicialmente lo pidió, sino que hizo seis (6) facturas y la FR 1979 de Diciembre 12 de 2009, a la menor de edad, María Alejandra Bautista Castellanos.*
13. En Diciembre 28 de 2009, la quejosa María Alejandra Bautista Castellanos, reconoce que Ciro Antonio Bautista Ovalle, fue el comprador en "Dimensión Sistemas y Computadores" de un bien que le regaló a ella y que por ser quien figuraba en la factura de venta FR 1979 de Diciembre 12 de 2009, se inscribió en nombre propio en la rifa que realizó la demandada a favor de los compradores, en la que salió favorecida.
14. En Diciembre de 2009, la actora realizó el sorteo en cumplimiento de la Ley y el correspondiente Reglamento a favor de los compradores de sus productos, que como tales se hubieran inscrito en la correspondiente página WEB."

Las apreciaciones subjetivas realizadas por el demandante no fueron reseñadas en los hechos, pues no son supuestos fácticos de la actuación administrativa.

Los **cargos de nulidad** que invoca son los siguientes:

1. Incompetencia funcional

Señala que la Superintendencia de Industria y Comercio actúa con facultades administrativas y sus competencias se limitan a la imposición de sanciones como multas, amonestaciones, ordenar corregir la propaganda comercial y ordenar medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o se causen daños a los consumidores en general con la publicidad cuestionada, pero no puede ordenar cumplir un contrato accesorio - sorteo de juego de azar - rifa-, puesto que esa es una decisión del juez civil, lo que genera que se haya adoptado medidas por fuera de su competencia.

Considera que se le ordena a la sociedad actora cumplir un contrato sin analizar sus condiciones pactadas, de tiempo, modo y lugar, de las partes, las cláusulas y derechos pactados, entre otros, razón por la que se desconoce lo dispuesto en el artículo 121 constitucional.

2. Violación al debido proceso y el derecho de defensa

Considera que la entidad demandada violó sus garantías procesales al haber

adoptado medidas, como la entrega de un vehículo muy costoso, sin que se agotara un juicio dentro de un proceso en el que se analice el contrato pactado, y al haber analizado únicamente lo relacionado con la publicidad engañosa, no puede debatir el origen contractual principal - contrato de compraventa- y sus elementos, del que se derivó el contrato accesorio - sorteo y rifa-, sino únicamente lo señalado en sus facultades administrativas.

3. Violación de la ley sobre sorteos promocionales

Considera la sociedad demandante que la entidad desconoció lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley 643 de 2001, que prohibe expresamente el ofrecimiento, venta y participación de menores de edad en concurso promocionales, así como los artículos 32 y 43 del Decreto 3466 de 1982 y el artículo 145, literal a) de la Ley 446 de 1998, al imponer la orden relacionada con la entrega del vehículo a la quejosa, siendo esta menor de edad.

Concretamente señala:

"La Ley 643 de 2001 en sus artículos 4º y 5º prohíbe expresamente el ofrecimiento, venta y participación como concursantes en los sorteos promocionales de los menores de edad y en este caso dicha prohibición que es legal y lógica, es omitida por la demandada, quien violándola expresamente y que se tiene por incorporada al reglamento que la actora inscribió ante la autoridad competente, no solo convalida ilegalmente la participación de la menor de edad en el sorteo promocional-juego de azar-rifa-, sino que agrega otra ilegalidad al ordenarle a la actora, entregarle a la quejosa -menor de edad-, violando la ley, el automóvil sorteado. (...)

*Es claro -prima facie-, que la Superintendencia de Industria y Comercio demandada, **no tiene competencia ni en ejercicio de la función de policía, ni de sus facultades legales el ordenar por via administrativa el cumplimiento de un contrato accesorio** -entrega de un automóvil- en un sorteo promocional, como aquí lo hizo en sus Resoluciones demandadas, por lo cual deben concederse la pretensiones de la demanda y su corrección.*

La demandada solo es competente para lo que ya se ha definido e indicó en este escrito y pese al pago de la multa ordenada y estar en curso la presente acción, impuso una nueva multa desproporcionada; porque su orden administrativa —ilegal-de "entregar el automóvil" no se cumplió, y amenaza con seguir así, hasta que su "orden" se cumpla o el Juez resuelva con la suspensión provisional, dado que según ella no se le notificó la demanda de esta acción -lo que no es verdad- ni la suspensión provisional de sus resoluciones. (...)

Porque en este caso, la quejosa beneficiaria o vinculada a este proceso, a quien favorece la Superintendencia demandada, nunca fue jugadora ya que nunca, ni ella ni su hija quien era menor de edad y que también está vinculada a este proceso, compraron y pagaron el bien mueble -computador-, objeto del contrato principal de compraventa.

De ese contrato de compraventa del computador portátil, para su comprador se derivaba como accesorio, el derecho a participar en el sorteo promocional, que como

contrato accesorio es el núcleo esencial de la demanda corregida y de la suspensión provisional, previamente y por escrito pedida.

En conclusión, las quejosas ni siquiera tienen legitimación en la causa por activa en la medida en que no son las compradoras del bien.

Puesto que si la menor quejosa vinculada, hubiera pagado por el bien y fuera la compradora -que no lo es-, ella debió acudir ante el Juez, para demandar su derecho en el sorteo y no usar el atajo de la queja administrativa, ya que la administración no puede ordenar, pese a que así lo hizo, la entrega del automóvil.

Pero la demandada Superintendencia de Industria y Comercio, quiere obligar a la actora a que entrege (sic) el automóvil, en una clara extralimitación de funciones y al demandársele por esas órdenes ilegales de sus Resoluciones, impuso nuevas y sucesivas multas, contra la actora lo que es abusivo e ilegal, hasta que se cumpla su "orden" de entregar el automóvil o se decreta la suspensión provisional de su acto."

4. Indebida o falsa motivación de los actos demandados

Manifiesta que el contrato de compraventa de uno de los computadores se formalizó entre Ciro Bautista como comprador y la vendedora Dimensión SYC, el cual se formalizó con la factura FR - 1979 del 12 de diciembre de 2009, no obstante por consejo de uno de los vendedores de la tienda, la menor de edad María Alejandra Bautista, figuró como compradora de un computador, modificando así los elementos y requisitos del contrato para conseguir que apareciera la menor como titular en el contrato accesorio de garantía y sorteo de azar.

Esa modificación ilegal generó un vicio que dañó el contrato accesorio de sorteo de azar, ya que por expresa prohibición legal no puede ser tenido como parte a un menor de edad, lo que vicia de forma absoluta ese contrato. Afirma que "*... en el reglamento del sorteo promocional, aprobado a la actora por la autoridad competente, se exigía que el comprador del contrato principal que se inscribiera para jugar en el sorteo promocional del contrato accesorio, al momento de su inscripción en el espacio destinado para ello, registrara el número de su cédula de ciudadanía y solo como alternativa, frente a los compradores extranjeros mayores de edad, ellos inscribieran su documento de identificación, en el sabido por el mandato legal, de que solo los mayores de edad nacionales o extranjeros, podían jugar en el sorteo como contrato accesorio, sí eran los compradores del computador portátil "HP Pavilion", que así promocionaba la actora.*".

Señala que esto se encuentra acreditado en las pruebas allegadas a la actuación administrativa, sin embargo la entidad violó esa expresa limitación legal motivando indebidamente los actos demandados.

5. Violación de la ley comercial

Manifiesta que la compraventa de la computadora HP Pavilion, que es el contrato principal se tenía que ceñir a lo ordenado por la Ley comercial (Arts.621, 772, 774, 779, 864 y 944 del Código de Comercio), pero señala que al cambiar la verdad

del contrato principal sobre el comprador, su dirección y domicilio e incluir para los derechos que se derivaron aparentemente del contrato accesorio -sorteo-juego de azar-rifa-, a una menor de edad, que no fue la compradora en el contrato principal, quien no podía jurídicamente inscribirse, participar, ni ser declarada ganadora del sorteo, puesto que el simulado título con el que ella se presentó al sorteo, disimulaba la incorrección de su conducta atípica.

Afirma que *"De justificarse en su ignorancia el actuar sinuoso de la-menor de edad-, al presentarse como titular de un derecho —compradora- que nunca tuvo, lo cual es inexcusable (Art. 9 CC.), lo es menos que afirme que lo cede —su derecho- a favor de su quejosa mamá, quien no puede recibir un derecho que por no tenerlo ni nunca haberlo tenido —la menor, no puede cederlo."*

Por lo cual considera que la entidad violó la ley comercial al tener como titular del derecho, sin serlo, a una menor de edad y a su mamá como su representante legal, cuando ninguna de ellas compraron ni pagaron la computadora, acto por el cual se adquiría el derecho para inscribirse y jugar en el sorteo, como contrato accesorio que fue.

6. Violación de la ley por falta e indebida apreciación de las pruebas

Precisa la sociedad demandante que la entidad no consideró, valoró, ni dio efecto alguno a ninguna de las pruebas aportadas por la actora en los recursos contra las Resoluciones demandadas, en especial las relacionadas con el engaño generado por las quejosas, en el contrato inicial y principal de compraventa del computador HP Pavilion, del cual ninguna de ellas es compradora. De este modo, considera que la demandada violó el artículo 29 de la Constitución Política sobre el debido proceso, derecho de defensa y valoración de las pruebas, de los artículos 56, 57, 58 y 267 del CCA., sobre las pruebas en los recursos en sede gubernativa y la remisión en lo correspondiente al Código de Procedimiento Civil.

Para probar lo anterior, indica que sólo se requiere confrontar la Resolución 57863 de Octubre 25 de 2010, en el apartado en que se relacionan las pruebas allegadas por la actora, con las demás partes de esa misma Resolución y con la integridad de las subsiguientes Resoluciones aquí atacadas; pues en dicha confrontación se comprueba que la administración demandada, en sus actos administrativos atacados no actuó ni valoró las pruebas ni individualmente ni en su conjunto, como lo ordena la ley procesal, para resolver los recursos.

1.2. Contestación de la Demanda

1.2.1 Superintendencia de Industria y Comercio (Fls. 93 a 105 CP1)

La Superintendencia de Industria y Comercio se opone a las pretensiones de la demanda y procede a pronunciarse frente a los cargos formulados indicando en primer lugar que de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales previstas para la protección del consumidor, la entidad cuenta no solo con las

facultades otorgadas por los Decretos 2153 de 1992 y 3466 de 1982, sino también con los pronunciamientos realizados por los jueces constitucionales al respecto.

Refiere que los actos demandados se encuentran debidamente motivados y en ellos se señala puntualmente las disposiciones transgredidas, la conducta realizada y las consecuencias de dicho incumplimiento. Además se respetó el debido proceso y el derecho de defensa y se acreditó que los motivos que fundan los actos son ciertos, claros, puntuales y suficientes, soportados en el acervo probatorio, los fundamentos de hecho y de derecho y preservando el principio de legalidad, por lo que no se cumple con los parámetros que se deben configurar para una falsa motivación.

Puntualmente frente a la valoración de las pruebas indicó que se valoran todas las allegadas al proceso y que eran necesarias para esclarecer los hechos, con el ánimo de definir realmente si la información que se le entregó al consumidor era cierta y veraces y en ese orden de ideas, determinar si había o no un incumplimiento a la normatividad.

Respecto al desconocimiento de las leyes civiles y comerciales precisó:

"Además de lo anterior, el apoderado de la sociedad demandante alega que con la expedición de la citada Resolución, se violaron la Leyes comerciales y sobre sorteos, así mismo el Código Civil, pero son simplemente aseveraciones, que no están acorde al fundamento legal de la Decisión adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio, puesto que en el expediente sobre el cual se basó la Superintendencia de Industria y Comercio se incluyeron la normatividad sobre la cual se pretendía decidir.

Al respecto es conveniente señalar, que en ningún momento se trasgredieron las competencias acerca de los sorteos, razón por la cual no se entiende, el porqué de tal mención, pues recordemos, como ya se ha ilustrado a lo largo de la presente contestación que, la Superintendencia de Industria y Comercio únicamente buscó amparar los derechos violentados a la quejosa.

En relación con lo anterior es importante recalcar que la publicidad comercial no puede ser realizada de cualquier forma, pues, si bien el objetivo es convencer al consumidor para que opte por un producto, la misma debe respetar unos límites, los cuales están consagrados en normas de rango comunitario, constitucional y del Derecho del Consumidor.

Ahora bien, con el fin de demostrar que no hubo violación a las normas citadas por el demandante muy atentamente me permito indicar que en el estatuto del consumidor de 1982 se consagraron normas sobre la publicidad emitida por el productor, el proveedor y el anunciante. Así el Art. 14 inc. 1 del Decreto 3466 de 1982 estableció que toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Igualmente, el artículo 14 inc. 2 del Decreto 3466 de 1982, prohibió, sin utilizar el término publicidad de publicidad engañosa, las marcas, las leyendas y propaganda comercial que no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto a la naturaleza, el origen, el modo de fabricación , los componentes, los usos, el volumen, el peso o medida, la forma de empleo, las

características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos, o como en el caso que nos ocupa, en los premios o elementos adicionales que se ofrezcan por la compra de un producto; es decir, toda la información que se le brinde al consumidor.

En ese mismo sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del núm. 2.1.1 de la Circular 010 de 2001, utilizo el término de información engañosa y la entendió como la propaganda comercial, marca o leyenda 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 el comportamiento económico.

Por su parte, el articulo 31 inc. Inc. 1 del Decreto 3466 de 1982 estableció que solo son responsables por la publicidad o información engañosa, los productores por las marcas y leyendas que exhiban sus productos, así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponde a la realidad o induzca a error.

Así las cosas, el principal presupuesto normativo que se tuvo en cuenta, y tal vez el más importante, se relaciona con el artículo 16 del Decreto 3466 de 1982, en el sentido que, todo productor es responsable por la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos cuando esta no corresponda con la realidad o induzca a error a los consumidores respecto del precio, calidad o idoneidad del bien o servicio ofrecido, además se debe indicar la fecha exacta hasta la cual será válido el ofrecimiento de incentivos, o en el caso de las rifas, la fecha hasta la cual pueden ser reclamados los premios; en otras palabras, toda propaganda comercial que se realice por el sistema de incentivos debe corresponder con la realidad, pues de lo contrario se estaría induciendo en error al consumidor.

Del volante publicitario, se observa que informa a los consumidores sobre la rifa de 12 vehículos Mazda 2 por la compra de computadores Compaq o HP, del 20 de noviembre al 24 de diciembre de 2009, la necesidad de registrarse en la página web, que el incentivo no es acumulable con otras promociones y que la dinámica comercial está sometida a condiciones y restricciones contempladas en el reglamento. De lo anterior, se concluye que la demandante no incluyó dentro de los volantes publicitarios, las condiciones esenciales y necesarias para poder ser participante en el sorteo, como lo es ser mayor de edad, información básica que debe ser contenida en el volante y no únicamente en el reglamento, pues en el momento que se induce al consumidor, no se le están advirtiendo todas estas condiciones y restricciones, además que la sociedad demandante permitió la inscripción de quien tiempo después no consideró apta para participar en el mismo, filtro que no realizó y que no existía tal obligación del consumidor para conocer."

En consecuencia, solicita se nieguen las pretensiones y no se acojan ninguno de los argumentos expuestos en la demanda, ya que los actos administrativos demandados fueron expedidos con el amparo de las normas que regulan los derechos de los consumidores y la emisión de publicidad.

1.3. Terceros intervinientes (Fls. 63 a 67 CP1)

La señora Gloria Castellanos de Bautista, María Alejandra Bautista Castellanos y el señor Ciro Antonio Bautista Ovalle, a través de apoderado judicial, presentaron

contestación de la demanda como terceros con interés en las resultas del proceso, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda por carecer de valor probatorio y sustento jurídico, toda vez que la competencia asignada a la Superintendencia de Industria y Comercio es para garantizar la efectividad de la protección al consumidor y está facultada legalmente para ordenar la entrega de un premio en uso de sus facultades jurisdiccionales.

Considera que las pruebas obrantes en el expediente fueron valoradas, pues la misma demandante asegura haber entregado varias de estas en la actuación administrativa y también pudo controvertir las allegadas por su contraparte, e hizo uso de los recursos de ley y por tanto no hubo ni falsa motivación ni violación al derecho de defensa y contradicción, por el contrario se acreditó que violentó los derechos adquiridos de los usuarios conforme el sorteo realizado.

Así mismo plantea que debe distinguirse entre un sorteo promocional y un juego de suerte y azar, ya que el premio ganado se dio con ocasión de una compra venta que conllevaba al sorteo del cual se vieron beneficiados, con el cual no cumplió la empresa y que debía regularse por el Decreto 493 de 2001 (juegos promocionales).

Refiere que la entidad realizó una correcta motivación de los actos administrativos, estableció los fundamentos de hecho y de derecho, analizó y valoró las pruebas recaudadas y garantizó el derecho de defensa de la sociedad demandante, por tanto solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

Finalmente presenta como excepciones i) falsa e indebida motivación de cargos sobre normas violadas; ii) abuso de la posición dominante; iii) abuso del derecho; iv) temeridad o mala fe; y v) fraude procesal. Como excepción previa invoca la falta de jurisdicción.

1.4. Fallo impugnado de primera instancia (Fls. 202 a 214 Anv. CP1).

El Juez de primera instancia mediante sentencia del 13 de mayo de 2016 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y no impuso condena en costas a la parte vencida.

Como sustento de lo anterior, procedió a analizar los cargos tercero y sexto, relacionados con la violación de la ley de sorteos promocionales y falta e indebida apreciación de las pruebas, para lo cual precisó en primer lugar el marco normativo establecido para la protección de los derechos del consumidor frente a la propaganda y publicidad comercial que se haga en rifas y sorteos y su correspondencia con la realidad de lo ofrecido.

Posteriormente, procede a realizar un recuento del proceso de compra de los portátiles HP pavilion y la participación en el sorteo de 12 automóviles de marca Mazda 2, y concluye que de las especificaciones y las pautas previstas para la rifa, el participante debía diligenciar un formulario en la página web en el que

aceptaba haber conocido el reglamento y estar de acuerdo con este, dentro del cual se estipulaba que sólo podían participar mayores de edad.

Encuentra acreditado que María Alejandra Batista Castellanos, se registró en la página web siendo menor de edad, razón por la que fue descalificada y se realizó el sorteo nuevamente, asignándose el vehículo a otra persona.

Además señala que no es una carga excesiva para el participante consultar los términos y condiciones en la página web donde hace su registro, por cuanto es mínima si se trata de adquirir un bien o servicio, y al derivarse de una compra venta el concurso referido, debía conocer la información que manifestó conocer al aceptar en el instante en que efectuó el ingreso de sus datos personales.

Particularmente consideró:

" 4) Así las cosas, es claro que como el medio para inscribirse y registrarse en el sorteo de los automóviles Mazda 2 era la página web dispuesta con ese objeto, era a través de ese medio, y no de otro, en el que debían consultarse los términos y condiciones del concurso por estar así dispuesto el reglamento en ese espacio virtual, en consecuencia, se observa que en la página web se dio claridad sobre todas las condiciones de la rifa y, por tal razón, si la persona quería participar en el concurso debía ingresar a la página, leer las condiciones del concurso y manifestar que conocía y aceptaba el reglamento para lo cual debía marcar el cuadro dispuesto para ese fin, es decir, cuando se llenaba el cuadro se manifestaba el conocimiento de las reglas del concurso y el deseo de participar en el sorteo, momento en el cual quedaba debidamente registrado para participar.

5) En ese orden, y teniendo en cuenta que en el caso sub examine se constató que María Alejandra Bautista Castellanos era menor de edad en el momento en que participó en el sorteo y que el numeral 8 del reglamento del concurso expresamente estableció que los menores de edad no podían participar en la rifa de los automóviles Mazda 2, es evidente que la descalificación estuvo debidamente sustentada tal como lo indicó la sociedad HP en la respuesta al requerimiento del 27 de agosto de 2010 por parte de la SIC (...)

En consecuencia, se tiene que María Alejandra Bautista Castellanos incumplió los términos del mencionado concurso por cuanto únicamente podían participar personas mayores de edad en la rifa de los automóviles Mazda 2, razón por la cual la decisión de su descalificación por parte de HP encuentra pleno sustento en las condiciones pactadas en los numerales 8 y 9 del reglamento, las cuales fueron conocidas por el interesado en el momento mismo de efectuar la inscripción en el sorteo, pues, en caso de no haberse marcado la casilla correspondiente al requisito de leer y aceptar los términos y condiciones del concurso, el sistema no permitía la culminación satisfactoria del registro del concurso, información esta contenida en los antecedentes administrativos que dieron lugar a los actos acusados y que no fue desvirtuada ni tachada de falsa.

Así, es dable llegar a la conclusión de que el volante publicitario contenía información suficiente para el consumidor referida a la manera en que podía participar del sorteo promocional por la compra de unos equipos de cómputo de particulares características

de la marca HP, puesto que en ese documento se anunció que el interesado, para poder participar de la rifa de los automóviles, necesariamente debía registrarse en la página web dispuesta para tal propósito, es decir, el portal www.supernavidadconhp.com sitio virtual donde se encontraban con toda precisión los términos y condiciones del concurso."

Además precisó que un reglamento tan extenso como el analizado en el presente caso no se puede transcribir en un pequeño volante de publicidad como el que informaba de la realización de una rifa de navidad por parte de la sociedad HP, razón por la cual los interesados en participar en el concurso no se inscribían inmediatamente ante el asesor comercial en el lugar de la compra, sino que debían ingresar y registrarse en la página web dispuesta por dicha compañía, espacio en el cual contaban con toda la información veraz y completa de los términos del concurso que fue dispuesta en el reglamento.

Advierte que si el participante debía suministrar sus datos para poder concursar en el mismo punto donde realizó la compra, es indiscutible que en ese preciso momento se le debía suministrar toda la información relacionada con las condiciones del sorteo promocional; sin embargo, el volante publicitario en el que se anunció la rifa fue el medio utilizado por la empresa promotora simplemente para dar a conocer la existencia del concurso y que para participar en él se debía registrar el interesado en un portal de internet, en el que se encontraban los términos y condiciones, los que debían ser leídos y aceptados por quien pretendiera ser concursante.

Consideró que el reglamento del concurso contenía información suficiente, clara y veraz, lo cual le permitió establecer que la SIC no realizó una adecuada y correcta valoración de las pruebas en el curso de la investigación administrativa que culminó con la expedición de los actos demandados, en la medida en que el volante publicitario no podía contener un reglamento acerca de las condiciones del concurso y, menos aún, afirmar que la lectura de aquellas constituía una carga excesiva para el consumidor, cuando lo cierto es que el interesado tenía la obligación, como en este caso, de leerlas y aceptarlas tal como se advirtió en el reglamento.

Por otra parte, manifiesta que la entidad demandada omitió lo establecido en la Ley 643 de 2001 que señala que no pueden participar los menores de edad en sorteos por lo que se dio una indebida aplicación de la ley y del reglamento, ya que los términos del concurso eran claros en señalar que los menores de edad no podían participar y que de hacerlo debían ser descalificados como sucedió en este caso.

Es así que concluye que no se vulneraron los artículos 16 y 31 del Estatuto del Consumidor por parte de la empresa demandante, ya que la publicidad en la que se indicaban las condiciones básicas del sorteo fueron suficientes y veraces porque dirigían al consumidor a otro medio que era la web para poder participar en el sorteo promocional, diferente es que se hubiera llevado a cabo la compra del producto y se informara al cliente únicamente del contenido en el volante

publicitario.

En ese sentido, concluye que hubo una indebida aplicación del artículo 14 del Decreto 3466 de 1982 por cuanto no se indujo a error a los consumidores, pues la información estaba acorde con la realidad en la medida en que se especificó que el sorteo estaba sometido a condiciones y restricciones que se podían consultar con facilidad al momento de registrarse en la página web. De este modo, no constituyó una carga excesiva remitirse a la lectura de las condiciones y restricciones en la página web, toda vez que para poder registrarse en el concurso debía necesariamente el interesado hacerlo a través de este medio y no otro, de modo tal que al intentar registrarse tenía que estar enterado de las condiciones y restricciones fijadas en el reglamento.

En ese sentido, al no realizar la demandada una adecuada valoración de la pruebas, no observar con detenimiento las circunstancias específicas del concurso y omitir que el volante no era el medio de registro para la rifa sino que debía realizarse en la página de internet dispuesta para ello, en la cual obraba el reglamento del concurso, se encuentra acreditada una violación del debido proceso de la sociedad demandante, razones por las que determina la declaración de nulidad de las decisiones acusadas en razón a que se desvirtuó la presunción de legalidad de los mismas.

1.5. Recursos de apelación

1.5.1. Hewlett Packard Colombia Ltda. HP (Fls. 216 a 221 C1)

El apoderado de la sociedad demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación, mediante escrito del 7 de junio de 2016, solicitando concretamente que se acceda a la totalidad de las pretensiones, ya que no se ordenó la emisión de una decisión que rectifique y recomponga el buen nombre de la empresa, ya que con esto se informaría que no se incurrió en una conducta engañosa en contra de los compradores, lo cual es consecuente con la declaratoria de nulidad ordenada.

Además indica que las resoluciones 58902 del 28 de septiembre y 72181 del 27 de noviembre de 2012, debían ser allegadas por la entidad demandada, como quiera que se trata de sanciones y multas sucesivas que se derivaron de los actos declarados nulos, con lo cual no cumplió y en esa medida, no tienen ejecutividad ni legalidad tampoco, por lo que también debe ser objeto de declaratoria de nulidad.

Concretamente señaló:

> *"Se sustenta adecuadamente la presente apelación además en la evasión del testimonio juramentado de Octubre 22 de 2014; porque además de su inasistencia que configuró la sanción con multa fijada en el numeral 1 del artículo 225 del CPC, sin justificar su inasistencia y que el fallo apelado no impone como tenía que hacerlo, al violar la demandada SIC sus obligaciones legales determinadas entre otros por los*

artículos 213, 220, 224 y 225 del CPC, lo que apuntala la prosperidad por el obrar displicente que impone la condena en costas y que no hizo la providencia apelada.

Además la SIC demandada, a quien ya se le pagó las multas y estando en trámite la conciliación prejudicial y siendo por ella conocida la convocatoria a la correspondiente audiencia, ante la Procuraduría General de la Nación, requiere y conmina a la actora por escrito para que cumpla su orden de entregarle a las quejosas el muy costoso automóvil y que de no hacerlo la amenaza con nuevas y sucesivas multas, hasta que cumpla su orden. (...)

La violación de los requisitos de validez en la compraventa inhibió cualquier consecuencia jurídica en el accesorio sorteo, por el cual y en especial por el mal parecer de la demandada -SIC-, resolvió contra la actora y a favor de las quejosas, por publicidad engañosa, pese a su obrar sinuoso y doloso y por lo cual esas Resoluciones se anularon concediendo la pretensión de la nulidad, pero sin restablecer en la plenitud de sus derechos a la actora al negar las consecuentes pretensiones para el restablecimiento del derecho que de ello se derivan y entre otras con la expedición de la Resolución rectificatoria, donde se afirme que Heweltt Packart Colombia -HP- no incurrió en publicidad engañosa.

Sobre el dinero que la sentencia apelada falla para que se devuelva a la actora, incurre en las falencias de desconocer los mandatos del CCA entre otros en los artículos 176, 177 y 178 y por las cuales se apela y que son entre otros:

1. No ordena la devolución de los dineros pagados por las Resoluciones de sanción y multa, posteriores a la anulada Res. 35121 del 28 de junio de 2011, como son entre otras las Resoluciones 58902 de Septiembre 28 de 2012, 72181 de Noviembre 27 de 2012 y la Resolución sobre la apelación contra la imposición de multas de la SIC a HP.
2. Se desconoce a favor de la demandante el valor de la indexación del dinero que ya pagó a la demandada y los intereses comerciales que ese dinero que está en las arcas de ella, debieron generar a favor de la actora y por lo cual debe concederse la apelación y restablecerse en la plenitud de sus derechos a la actora, pues además se invocó el artículo 178 del CCA, norma que omitió el fallo apelado.

Debe condenarse en costas a la demandada Superintendencia de Industria y Comercio SIC, pues incurre el fallo apelado en una falencia al desatender el actuar displicente y evasivo de inasistir a los testimonios ordenados y practicados en Bogotá DC y Bucaramanga (Santander) como consta en el expediente y que prueba su obrar desleal.

También la Superintendencia de Industria y Comercio SIC, debe ser condenada en costas por no entregar la totalidad de los expedientes relacionados con las Resoluciones demandadas del año 2012, donde se sancionó y multó a la actora, que generó pagos cuantiosos que ella ya recaudó, configurándose el abuso del derecho."

En consecuencia solicita que se acceda a la totalidad de las pretensiones relacionadas con el restablecimiento del derecho solicitadas en la demanda y se condene en constas a la entidad demandada.

1.5.2. Superintendencia de Industria y Comercio (Fls. 222 a 233 C1)

El apoderado especial de la Superintendencia de Industria y Comercio interpuso y

sustentó su recurso de apelación aduciendo que los motivos en los que se fundan los actos administrativos son ciertos, claros, puntuales, suficientes y se encuentran debidamente soportados con el acervo probatorio obrante en la actuación administrativa y que sirvieron para los fundamentos de hecho y de derecho y que preservan el principio de legalidad y del debido proceso.

Refiere que no se expidieron los actos con falsa motivación ni desconocimiento del debido proceso, pues fueron debidamente motivados y se señaló de manera puntual las normas transgredidas, la conducta perpetrada y las consecuencias legales de dicho incumplimiento.

Manifiesta que de conformidad con la normatividad aplicable por la publicidad a los consumidores, los productores al elaborar una publicidad deben respetar el deber de proporcionar a los consumidores información veraz y suficiente para lo cual debe ofrecer un unas condiciones y restricciones que concuerden con el producto, servicio, concurso o garantía, pues de lo contrario infringe esa normatividad aplicable.

Al respecto señaló:

"Teniendo claro entonces el concepto de "el debido proceso" y sus elementos integrantes, es claro para la Superintendencia de Industria y Comercio, que en ejercicio de las facultades de protección al consumidor atribuidas por el legislador para decidir en materia de controversias que se presenten por la vulneración de los derechos de los consumidores, no se incurrió en violación al principio constitucional del debido proceso invocado toda vez que como se dejó claro en cada una de las Resoluciones objeto de controversia y de lo anotado en la presente contestación, todas y cada una de las etapas del señalado proceso se llevaron a cabo con sujeción a las normas que regulan el mismo hasta el punto, que se escuchó en la oportunidad procesal para ello a Hewlett Packard y además de ello se valoraron cada una de las pruebas aportadas por la ahora sociedad demandante surtiéndose en debida forma todas las etapas de la investigación administrativa. (...)

Por su parte, el artículo 31 inc. Inc. 1 del Decreto 3466 de 1982 estableció que solo son responsables por la publicidad o información engañosa, los productores por las marcas y leyendas que exhiban sus productos, así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponde a la realidad o induzca a error.

Así las cosas, el principal presupuesto normativo que se tuvo en cuenta, y tal vez el más importante, se relaciona con el artículo 16 del Decreto 3466 de 1982, en el sentido que, todo productor es responsable por la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos cuando esta no corresponda con la realidad o induzca a error a los consumidores respecto del precio, calidad o idoneidad del bien o servicio ofrecido, además se debe indicar la fecha exacta hasta la cual será válido el ofrecimiento de incentivos, o en el caso de las rifas, la fecha hasta la cual pueden ser reclamados los premios; en otras palabras, toda propaganda comercial que se realice por el sistema de incentivos debe corresponder con la realidad, pues de lo contrario se estaría induciendo en error al consumidor.

Del volante publicitario se observa que informa a los consumidores sobre la rifa de

12 vehículos Mazda 2 por la compra de computadores Compaq o HP, del 20 de noviembre de (sic) al 24 de diciembre de 2009, la necesidad de registrarse en la página web, que el incentivo no es acumulable con otras promociones y que la dinámica comercial está sometida a condiciones y restricciones contempladas en el reglamento. De lo anterior, se concluye que la demandante no incluyó dentro de los volantes publicitarios, las condiciones esenciales y necesarias para poder ser participante en el sorteo como lo es ser mayor de edad, información básica que de ser contenida en el volante y no únicamente en el reglamento, úes (sic) en el momento que se induce al consumidor, no se le están advirtiendo todas estas condiciones y restricciones, además que la sociedad demandante permitió la inscripción de quien tiempo después no consideró apta para participar en el mismo, filtro que no realizó y que no existía tal obligación del consumidor para conocer.

De tal suerte, que esta Entidad considera que no proceden las aseveraciones del demandante de que los actos administrativos demandados violaron la normatividad anotada, pues simplemente se ejerció la competencia que se tiene para proteger al consumidor de todo tipo de información que sea engañosa o que pueda inducir a error.

Es así como los motivos en que se funda el acto administrativo son ciertos, claros, puntuales, suficientes, y se encuentran debidamente soportados con el acervo probatorio con base en los cuales se fundamentaron las razones de hecho y de derecho para la expedición del acto administrativo, preservando el principio de legalidad, sin que existan actuaciones arbitrarias o contrarias a derecho por parte de esta Superintendencia, infiriéndose así, la inexistencia de violación al debido proceso endilgada por el accionante.

Por todo lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que el cuestionamiento formulado por el demandante no está llamado a prosperar, toda vez que los Actos Administrativos proferidos por esta entidad se crearon con base en el debido proceso que le asistía a las partes, valorando cada una de la pruebas, así como el fundamento fáctico o la razón especifica que dio lugar a dicha configuración en el caso concreto, considerando de este modo la afectación de usuarios y suscriptores.

En conclusión, contrario a lo sostenido por el demandante y a lo decidido por el a quo, los actos administrativos aquí demandados y declarados nulos por el inferior, son proferidos con suficiente motivación y con base en lo previsto en la normatividad vigente en materia de protección al consumidor.

Así las cosas, al existir un ordenamiento jurídico que efectivamente facultaba a la Superintendencia de Industria y Comercio para investigar y de ser el caso sancionar a la sociedad demandante, tal y como sucedió, dentro del término que la Ley expresamente le ha concedido para decidir los recursos; mal puede pregonarse que ésta entidad violentó derechos de la sociedad demandante con la orden impartida, pues como siempre se ha hecho, lo que esta Entidad buscaba, era proteger los derechos de aquellos consumidores a los cuales se les generó una expectativa de un premio que por condiciones no explicadas de manera correcta no pudieron disfrutar del mismo, dando paso esto al debilitamiento del argumento del a quo que le llevó a concluir que los actos demandados debían ser declarados nulos, y por ende, dicha decisión debe ser revocada y en su lugar ser despachadas desfavorablemente las pretensiones de la sociedad demandante."

En estos términos plantea su recurso de apelación y solicita se revoque en su

totalidad la sentencia proferida en primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante Auto del 16 de agosto de 2016 se admitió el recurso de apelación presentado por las partes demandante y demandada contra la Sentencia 13 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Administrativo de Bogotá, D.C., mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (Fls. 3 y 4 C2).

Mediante Auto del 14 de septiembre de 2016 se ordenó correr traslado por el término de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión (Fl. 8 C2).

Las partes demandante presentó sus alegaciones dentro del término establecido para ello y el Ministerio Público presentó su concepto.

2.1 Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público en segunda instancia

La **parte demandante** (Fls. 10 a 15 C2) presentó escrito contentivo de alegatos de conclusión el 19 de septiembre de 2016, reiterando los argumentos expuestos en su recurso de apelación. La parte demandada ni el tercero interviniente, se pronunciaron dentro el término concedido.

Por su parte, el **Ministerio Público** presentó concepto solicitando se revoque la decisión de primera instancia, toda vez que el volante promocional no cumplía con las condiciones exigidas en el Decreto 3466 de 1982, y en esa medida no debió permitírsela participación e inscripción de una menor de edad y que fuera ganadora del premio ofertado, razón por la que los actos administrativos no deben ser declarados nulos (Fls. 21 a 33 C2).

Para resolver, las Sala desarrolla las siguientes,

III CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

En virtud de lo establecido en el artículo 133 de Decreto 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo, norma aplicable en virtud de su vigencia, el Tribunal es competente para conocer de los recursos de apelación presentados, en atención a que *"Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia: (...) De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos..."*, como quiera que en el presente caso se trata de una sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Administrativo de Bogotá, D.C., que pertenece al Distrito Judicial Administrativo que preside el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3.2. Legitimación para recurrir

La partes demandante y demandada se encuentran legitimadas para recurrir en la presente actuación, por cuanto la decisión emitida resultó adversa a sus intereses al acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada, es decir, que les fue desfavorable la providencia emitida.[2]

Se precisa que en los términos de que trata el inciso 2 del artículo 328 del Código General del Proceso[3], aplicable por disposición del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para pronunciarse sin limitaciones frente a la sentencia de primera instancia, toda vez que tanto la parte demandante como la demandada formularon recurso de apelación contra la precitada providencia del 13 de mayo de 2016.

> *"El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*
> *Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".*

Lo anterior, desde luego sin desnaturalizar los fines del recurso de apelación, previstos en el artículo 320 del Código General del Proceso:

> *"El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión."*

3.4. Planteamiento del problema jurídico principal y sus asociados.

En ese orden de ideas, para la Sala el **problema jurídico principal** consiste en determinar si los actos administrativos demandados, esto es, si las Resoluciones 57863 del 25 de octubre de 2010, 18055 del 31 de marzo de 2011, 35121 del 28 de junio de 2011, Resolución 58902 del 28 de Septiembre de 2012, 72181 del 27 de noviembre de 2012 y la Resolución que resuelva el recurso de apelación, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, fueron expedidas con infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Ahora bien, en el evento de revocarse la decisión del *a quo*, la Sala se verá conminada al análisis de los demás cargos formulados por el accionante, esto es, deberá determinar si los actos administrativos acusados, fueron expedidos con falta de competencia y violación del debido proceso.

---

[2] Artículo 320 del Código General del Proceso.
[3] Se da aplicación a esta normatividad en atención al Acuerdo No. PSAA 15 - 10392 del 1 de octubre de 2015 y la sentencia C - 229 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, toda vez que actualmente la norma que rige para estos trámites es la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso.

Además, de confirmarse la decisión de primera instancia, se analizará si es procedente o no acceder a la totalidad de las pretensiones de restablecimiento del derecho invocadas por el demandante.

Así mismo, que para resolver el anterior problema jurídico deben abordarse los siguientes **problemas asociados**:

i) ¿Impuso la SIC una sanción con desconocimiento de las pruebas obrantes en la actuación administrativa, esto es con falsa motivación?; ii) ¿Incurrió la SIC en el desconocimiento de las normas comerciales y de sorteos promocionales vigentes para ese momento?, y de no prosperar estos cargos, iii) ¿Era competente la SIC para imponer las sanciones a cargo de la sociedad demandante, según su marco funcional? Y iv) ¿Desconoció la SIC el derecho de audiencia y de defensa de la sociedad demandante al imponer las sanciones acusadas?

En este contexto se determinará entonces, si la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Administrativo de Bogotá, D.C., debe ser confirmada, modificada o revocada.

3.5. Resolución del problema jurídico en el caso concreto: Exposición de razonamientos legales y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.

Considerando la unidad de argumentos y por razones metodológicas la Sala procederá a resolver abordando i) el marco jurídico establecido para la protección de los consumidores en relación con la prohibición de la publicidad engañosa para los proveedores de productos y servicios, concretamente para la propaganda comercial e incentivos; ii) valoración probatoria y aplicación de las normas relacionadas con propaganda comercial en la actuación administrativa adelantada contra la sociedad Hewlett Packard de Colombia por la presunta realización de publicidad engañosa; y finalmente, en caso de no prosperar este cargo y revocarse la decisión de primera instancia, se analizarán los demás reparos propuestos por la sociedad demandante, esto es, sobre el desconocimiento de las normas civiles y comerciales por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y la falta de competencia.

3.5.1. Marco jurídico establecido para la protección de los consumidores en relación con la prohibición de la publicidad engañosa para los proveedores de productos y servicios, concretamente para la propaganda comercial e incentivos.

Lo primero será hacer referencia al marco jurídico en el cual se desarrollan los derechos de los consumidores que ostentan protección constitucional a los usuarios y destinatarios de bienes y servicios por parte de los proveedores y distribuidores que actúan en el mercado y sobre los cuales recae una serie de responsabilidades y deberes que envuelven una especial labor del constituyente que estructura el desarrollo económico y a su vez ofrece una condición especial de amparo a aquel

fragmento de la población que se encuentra en condición de inferioridad respecto de las relaciones de consumo que se forjan con aquellos que funcionan dentro del sistema de libertad económica.

En tal escenario, el artículo 78 de la Constitución Política dispone:

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

En esa medida, bajo la vigencia del Decreto 3466 de 1982, aplicable para el momento de ocurrencia de los hechos, procedió a establecer las normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, y a su vez regula los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores en las relaciones de consumo.

Igualmente, se estableció en dicha regulación que la propaganda comercial es concebida como todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y en general, todo sistema de publicidad (Art. 1).

Allí se dispuso, entre otros aspectos, que los productores serán responsables ante los consumidores por la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, en los siguientes términos:

> *"**Art. 16. Propaganda comercial con incentivos.** Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77 del Código de Comercio, los productores serán responsables ante los consumidores, en los términos de los artículos 31 y 32 de este Decreto, por la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como el ofrecimiento de rifas, sorteos, cupones, vales, fotos, figuras, afiches, imágenes o cualquier otro tipo de representación de personas, animales o cosas, y el ofrecimiento de dinero o de cualquier retribución en especie, en los siguientes casos:*
>
> *a). Cuando dicha propaganda no corresponda a la realidad, lo cual se entiende por el hecho de que no se satisfagan los incentivos al consumidor en la oportunidad indicada para ello, o a falta de indicación precisa de la oportunidad para su satisfacción, dentro del plazo en el cual se utilice este tipo de propaganda comercial, y*

b). Cuando con la propaganda de que trata el presente artículo, se induzca o pueda inducirse a error al consumidor respecto del precio, calidad o idoneidad del bien o servicio respectivo, lo cual se entenderá por el hecho de que, simultáneamente con el ofrecimiento de los incentivos y hasta seis (6) meses después del retiro del ofrecimiento de éstos, se aumente el precio del bien o servicio, así como por el hecho de que por el incentivo, o a la par con éste, se afecte desfavorablemente la calidad o la idoneidad del bien o servicio.

Para efectos de lo dispuesto en este artículo, en la propaganda se indicará la fecha exacta hasta la cual será válido el ofrecimiento de los incentivos."

Así mismo, se dispuso un régimen de responsabilidad para los productores en razón de las marcas, leyendas y propagandas comerciales, consistente en:

*"**Artículo 31.Responsabilidad de los productores en razón de las marcas, las leyendas y la propaganda comercial.** Todo productor es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos (bienes o servicios), así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponde a la realidad o induzca a error al consumidor.*

Se consideran contrarias a la realidad o que inducen a error, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan, en todo o en parte, a las condiciones de calidad e idoneidad registradas o a las contenidas en las licencias expedidas o en las normas técnicas oficializadas o a las reconocidas ordinaria y habitualmente cuando se trate de bienes y servicios cuya calidad e idoneidad no hayan sido registradas, no siendo obligatorio su registro.

***Artículo 32. Sanciones administrativas relacionadas con la responsabilidad de los productores en razón de las marcas, las leyendas y la propaganda.** En todo caso que se compruebe de oficio o a petición de parte, que las marcas, las leyendas y la propaganda comercial de bienes o servicios no corresponden a la realidad o inducen a error, la autoridad competente impondrá la multa de que trata la letra a) del artículo 24 y ordenará al productor, en ejercicio del poder de policía, la corrección de la respectiva marca, leyenda o propaganda comercial y que se tomen las medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o que se cause daño o perjuicio a los consumidores. Para tal efecto, en la misma providencia se indicará un plazo razonable a juicio de quien la expida y se indicará que se causa una multa a favor del Tesoro Público, equivalente a una séptima parte del salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D. E. al momento de la expedición de aquella providencia por cada día de retardo en su cumplimiento. A la actuación se aplicarán las normas procedimentales previstas en el artículo 28.*

El productor solo podrá ser exonerado de responsabilidad cuando demuestre que la marca, la leyenda o la propaganda comercial fue adulterada o suplantada sin que hubiese podido evitar la adulteración o suplantación.

Y finalmente, precisa que para las marcas, leyendas y propagandas comerciales, toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente y por tanto prohíbe aquellas que no correspondan a la realidad, así

como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Conforme dicho marco normativo se fijaron también unas competencias específicas asignadas a cargo de la Superintendencia e Industria y Comercio, para la inspección, vigilancia y control respecto al incumplimiento de las disposiciones sobre marcas, leyendas y propagandas, así como calidad e idoneidad de los bienes y servicios, así:

*"**Artículo 43.Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.** Asígnanse a la Superintendencia de Industria y Comercio las siguientes funciones, para efectos de este Decreto: (...)*

f). Imponer las sanciones administrativas previstas en el presente Decreto por incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad, por falta de correspondencia con la realidad o inducción a error de las marcas, las leyendas y la propaganda comercial, o por incumplimiento de las normas sobre fijación pública de precios, de conformidad con el procedimiento igualmente contemplado en este Decreto; (...)

h). Ejercer el control y vigilancia de todas las personas naturales o jurídicas que vendan o presten servicios mediante sistemas de financiación o bajo la condición de la adquisición o prestación de otros bienes o servicios, así como de quienes presten servicios que exijan la entrega de un bien e imponerles en caso de violación de las normas previstas en este Decreto, o de las expedidas por la Superintendencia, multas en cuantía hasta de diez (10) veces el salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D. E., al momento de su imposición; (...)"

Bajo ese marco jurídico la Superintendencia de Industria y Comercio emitió las Circulares Única No. 10 de 2001 y No. 11 de 2002 en la que señaló frente a la información engañosa y sus elementos, lo siguiente:

*"**TITULO II PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR** (...)*
CAPÍTULO SEGUNDO INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR
***2.1 INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR Y PROPAGANDA COMERCIAL** (...)*

De conformidad con lo señalado en el Decreto 3466 de 1982, las marcas, leyendas, propagandas comerciales y, en general, toda la publicidad e información que se suministre al consumidor sobre los componentes, propiedades, naturaleza, origen, modo de fabricación, usos, volumen, peso o medida, precios, forma de empleo, características, calidad, idoneidad y cantidad de los productos o servicios promovidos y de los incentivos ofrecidos, debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir o poder inducir a error al consumidor sobre la actividad, productos y servicios y establecimientos.
Por lo tanto se deben tener en cuenta entre otros los siguientes criterios:
2.1.1. Información engañosa.

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

2.1.1.1. Elementos.
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, utilizaciones, 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, característica s 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.*

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)** 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;*
***c)** 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;*
***d)** 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;*
***e)** 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.*

2.1.2. Propaganda comercial
Para efectos del cumplimiento de los requisitos de veracidad, suficiencia y no inducción a error al consumidor se imparten las siguientes instrucciones para algunos casos especiales de propaganda comercial.
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 entienden 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. (...)

2.2. Mecanismos de supervisión y medidas administrativas. (...)

2.2.2. Medidas administrativas.

Sin perjuicio de las sanciones contempladas en el Código Penal por ofrecimiento engañoso de productos y servicios de conocimiento de los jueces penales, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Ordenar la corrección de la propaganda comercial;
b) Ordenar las medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o que se cause daño o perjuicio a los consumidores. "

Conforme lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio para la época de los hechos, tenía a su cargo la facultad de velar por la observancia de las disposiciones contenidas en el Decreto 3466 de 1982 y sus disposiciones reglamentarias y dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento, así como imponer las sanciones respectivas a los proveedores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios. Competencias que fueron ampliadas posteriormente con la Ley 1480 de 2011 que fijó un nuevo Estatuto del Consumidor, pero inaplicables para el caso por su vigencia a partir del 12 de abril de 2012.

3.5.2. Valoración probatoria y aplicación de las normas relacionadas con propaganda comercial en la actuación administrativa adelantada contra la sociedad Hewlett Packard de Colombia por la presunta realización de publicidad engañosa

De conformidad con las facultades de inspección, vigilancia y control que ostenta la Superintendencia de Industria y Comercio inició investigación administrativa contra la sociedad Hewlett Packard Colombia Ltda., por el presunto desconocimiento de lo establecido en el Estatuto de Protección al Consumidor - Decreto 3466 de 1982 concretamente lo dispuesto en los artículos 14, 16 y 31, así como también lo señalado en el título II, capítulo 2 de la Circular Única No. 10 de 2001 de esa entidad, la cual culminó con la expedición de la Resolución No. 57863 del 25 de octubre de 2010 que impuso una sanción de multa de 15 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a SIETE MILLONES SETECIENTOS

VEINTICINCO MIL PESOS M/CTE ($7.725.000) y ordenó entregar el incentivo promocionado a la quejosa consistente en un vehículo Mazda 2 cero kilómetros.

Al respecto el demandante considera que la valoración probatoria realizada por la entidad demandada resultó insuficiente y no se aplicaron las normas comerciales y la regulación sobre propaganda comercial en debida forma, como quiera que desconoció la veracidad y claridad de la publicidad emitida, por lo que la sociedad no cometió infracción alguna al régimen de protección al consumidor y por el contrario, atendió a los elementos y requerimientos que se establecen para ese tipo de concursos, y en esa medida afirma que logró acreditar que la publicidad emitida no se puede concebir como engañosa o que induzca a error a los participantes, pues se dio cumplimiento a la normatividad.

Por su parte la entidad demandada señala que la configuración de la infracción sancionada está debidamente acreditada y todas las pruebas fueron valoradas al momento de emitir la decisión administrativa, pues tal y como quedó demostrado en el proceso adelantado, la información dada por la sociedad demandante sobre las restricciones existentes en el reglamento del certamen no fueron claras, como la prohibición de participación de menores de edad, y no le fueron dadas a través de la publicidad existente, lo cual además generó una carga injustificada para quienes veían la pieza comercial al no contar con la suficiente claridad.

Respecto a la falsa motivación el Consejo de Estado ha precisado:

> *Acorde con ello, el Consejo de Estado[4] ha indicado que los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto, que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.*
>
> *Por ello, ha explicado[5] que el vicio de nulidad es el que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición y, por lo tanto, el impugnador tiene la carga de demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.*
>
> *Según lo precedente, esta Corporación[6] ha afirmado que la falsa motivación del acto ocurre cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión. (...)*
> *De encontrar comprobada la errónea valoración probatoria, se demuestra una falsa motivación, en tanto la realidad probada contraviene los supuestos fácticos a los que hacen referencia los actos demandados, es decir, se desvirtúa la legalidad de los actos*

[4] Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 14 de abril de 2016, expediente 25000232400020080026501, magistrada ponente: María Claudia Rojas Lasso.
[5] *Ibidem*
[6] *Ibidem*

administrativos, que se presume, y se prueba la causal de nulidad, por falsa motivación, o por la vulneración de los derechos fundamentales del disciplinado, tal como lo señaló el Consejo de Estado, en la sentencia de 18 de marzo de 2010[7] *(...)"*[8] (Subrayado fuera de texto)

De este modo, lo pertinente será analizar si la valoración probatoria que efectuó la Superintendencia de Industria y Comercio era suficiente para arribar a la conclusión de que se cometieron las infracciones imputadas a la sociedad demandante o si por el contrario no valoró otras pruebas obrantes en el plenario que permitieran acreditar lo contrario, así como también determinar si se aplicó en debida forma la normatividad sobre propaganda comercial vigente, que están incluidos en el elemento causal de los actos demandados y las pruebas.

En primer lugar, la Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación administrativa en contra de la sociedad demandante, solicitando a través de oficio del 9 de septiembre de 2010 que se rindiera las respectivas explicaciones, y se aportaran los elementos de juicio y pruebas que pretendiera hacer valer en la actuación administrativa[9].

Igualmente en la Resolución No. 57863 de 2010 relacionó las pruebas aportadas por HP COLOMBIA y a partir de ahí procedió a describir la pieza publicitaria y su contenido, lo que permite afirmar que la autoridad administrativa al momento de finalizar la correspondiente investigación tenía la obligación de analizar todas las pruebas e informes recaudados y motivar su decisión.

Al proferirse la Resolución No. 57863 del 25 de octubre de 2010 se acreditaron los siguientes hechos a partir de sus correspondientes pruebas:

- El 26 de marzo de 2010 la señora Gloria Isabel Castellanos de Bautista presenta queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio informando del proceso de participación y registro en un concurso para ganarse un vehículo Mazda 2 cero km, por la compra de unos computadores marca HP, el cual se ganó su hija María Alejandra Bautista Castellanos en el sorteo No. 7, quien se registró y participó, pues era la usuaria del computador adquirido, no obstante, estando en el trámite de entrega del vehículo le informaron que al ser menor de edad no podía recibirlo. (Fls. 10 y 11 Cuaderno de antecedentes administrativos)
- La Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación administrativa en contra de la sociedad demandante, solicitando a través

[7] Consejo de Estado, sentencia de 3 de febrero de 2011, expediente: 25000232500020040298 2-01 (1384-06). Además, de la sala plena de lo contencioso administrativo, sentencia de 11 de diciembre 2012, expediente: 11001-03-25-000-2005-00012-00.
[8] Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia del 276 de julio de 2018, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp. 11001-03-25-000-2012-00114-00(0474-12)
[9] Código Contencioso Administrativo, ***"Artículo 34. Pruebas.*** *Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.*
Artículo 35.Adopción de decisiones. *Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares."*

de oficio del 9 de septiembre de 2010 que se rindiera las respectivas explicaciones y aportaran las pruebas respectivas. (Fls. 29 y 30 Cuaderno de antecedentes administrativos)

- En el mes de noviembre de 2009 HP COLOMBIA publicó una pieza publicitaria en la cual indicaban que por la compra de un computador Compaq o HP se podría participar en la rifa de 12 automóviles marca Mazda 2, para lo cual debía realizarse un registro en la página web www.supernavidadconhp.com y contenía la siguiente descripción de condiciones *"Aplica para computadores de escritorio, minis y portátiles Compaq Presario y HP Pavilion. Promoción válida del 20 de Noviembre al 24 de Diciembre de 2009. No acumulable con otras promociones. * Sujeto a condiciones y restricciones establecidas en el reglamento del concurso.".* (Fl. 26 CAA)
- Se allega una impresión de la imagen del proceso de registro que arrojaba la página web referida en la que solicitan datos personales de quienes hacen el ingreso de la factura de compra de los computadores, junto con el vínculo de ingreso al reglamento del concurso. (Fl. 15 CAA)
- Reglamento del concurso, en el que se observa el artículo 2: De los participantes y su descripción (Fls. 54 A 56 CAA)
- En virtud de lo anterior, la SIC en la Resolución 57863 de 2010 indicó que de la propaganda comercial analizada se concluye:

> *"Encuentra este Despacho que en la pieza publicitaria analizada, la sociedad investigada indica que por la compra de los computadores de su marca, realizada durante la vigencia señalada en el periodo comprendido entre el 20 de noviembre al 24 de diciembre de 2009, se podría participar en el sorteo de los 12 automóviles Mazda 2. Para tal efecto informa que hay que registrarse en la página web correspondiente, aclarando que no es acumulable con otras promociones, sin evidenciar ningún otro requisito esencial cuyo incumplimiento conlleve a la descalificación del concurso.*
>
> *En la parte final de la pieza publicitaria se encuentra el aviso en el que señala lo siguiente:*
>
> **sujeto a condiciones y restricciones establecidas en el reglamento del concurso".*
>
> *Sin que exista posibilidad alguna para los consumidores, en este caso la reclamante y su familia, de que con la simple observación de lo informado en la publicidad, puedan conocer en qué consisten las restricciones, se genera una carga injustificada para el consumidor al pretender de éste que indague qué es lo que realmente comprende y que es lo que realmente excluye la promoción.*
>
> *Es precisamente aquella información sobre las restricciones la que debe considerarse como esencial, pues de ella dependerá en gran parte lo que determine el comportamiento de los potenciales consumidores, quienes al entrar en una relación de consumo deben conocer y entender los alcances de la oferta, sin que se entienda como suficiente la información que de manera sucinta le indique que existen elementos que escapan al universo de lo anunciado.*
>
> *En el mismo sentido, debe señalarse que no son oponibles al consumidor las limitaciones cuya información no haya sido suministrada oportunamente, toda*

vez que la formación de la decisión de consumo en el caso particular fue ser ganador del incentivo, en los términos informados por el asesor y en la publicidad del tema, por ende, dada la importancia de este incentivo, se hace necesario que el cliente deba conocer de manera diáfana todo aquello que atañe de manera esencial a la promoción en la que va a participar y, en este caso particular, nada tan esencial que conocer previamente al proceso de compra, las condiciones mínimas de acceso para la entrega del incentivo: ser mayor de edad, entre otros requisitos aplicables para la eventual adquisición del premio en la dinámica del concurso. Información que evidentemente fue omitida por el asesor comercial y que no se encuentra consignada en la publicidad aportada mediante la cual se dio (sic) a conocer la propaganda comercial que hizo más atractiva la compra de los computadores.

Así las cosas, nota esta Dirección que la sociedad investigada no suministró información clara, suficiente y veraz, por cuanto no señala cuales son las restricciones para acceder al incentivo y por tanto, no pueden serle exigidas a la hija de la denunciante como requisito para descalificarla y negarle la entrega del premio, ya que es claro que públicamente no se informó que solo podían recibir el incentivo quienes además de comprar el producto fuesen mayores de edad." (Fls. 88 a 96 CAA)

- A través de escrito presentado el 1 de diciembre de 2010 la sociedad HP COLOMBIA interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en el que allegó publicidad similar presentada en medios de comunicación por parte de otros productores y comercializadores y además hizo referencia a algunas decisiones y conceptos que ha emitido la SIC en la que contradice lo analizado en la resolución sancionatoria proferida en su contra. (Fls. 57 a 73 CAA)
- Mediante Resolución No. 18055 del 31 de marzo de 2011 la SIC resolvió el recurso de reposición indicando que a pesar de indicarse *"sujeto a condiciones y restricciones"*, es una expresión que el Consejo de Estado ha considerado no es idónea, precisa ni suficiente para informar sobre un incentivo ofrecido, ya que induce a error y se omite información adecuada para la comprensión de la propaganda. Por tanto, concluye confirmar la decisión sancionatoria al señalar que la campaña desarrollada suministró información insuficiente ya que el folleto publicitario no contaba con los elementos de juicio para que el consumidor comprendiera, sin mayores análisis, las restricciones controvertidas por la quejosa. Finalmente se concede el recurso de apelación impetrado. (Fls. 97 a 101 CAA)
- A través de la Resolución No. 35121 del 28 de junio de 2011 la SIC confirma la decisión sancionatoria, reiterándose que la sociedad HP COLOMBIA no incluyó en su folleto comercial la información suficiente y esencial, como el hecho de que solo mayores de edad podían participar del sorteo y que podían ser excluidos si no cumplían dicho requisito. (Fls. 121 a 124 CAA)

Además se decretaron e incorporaron como pruebas dentro del proceso de primera instancia las siguientes:

- Presentación de oferta de adquisición de vehículo Mazda 2 sedan mecánico, presentada por Jorge Cortés Mora y Cia. (Fls. 134 a 140 C2)

- Oficio remitido por la DIAN de fecha 15 de diciembre de 2011, en el que indican que no se puede remitir información tributaria del establecimiento de comercio Dimensión Sistemas y Computadores de Bucaramanga, por encontrarse sometida a reserva legal, así como tampoco se tienen cada una de las facturas emitidas por los contribuyentes ya que hacen parte de la contabilidad de cada uno y debe conservarse en sus oficinas. (Fls. 152 y 153 C2)
- Declaración Extraproceso rendida por el señor Camilo Orlando Solano Vargas, presentada el 29 de diciembre de 2011, donde explica el proceso de difusión, sorteo y entrega de los vehículos que fueron sometidos a rifa, y explica que no le fue entregado el vehículo a María Alejandra Bautista Castellanos, por ser menor de edad, y además señala que se encontraron inconsistencias en las facturas emitidas para a compra de los computadores y el registro en la página web del concurso de las mismas (Fls. 148 a 150 C2).
- Testimonio de Camilo Orlando Solano Vargas rendido el 27 de junio de 2014, en el que reitera nuevamente los hechos acaecidos durante el proceso de promoción y sorteo de los vehículos durante el año 2009 y hace referencia de nuevo a las irregularidades presentadas con la facturación de los computadores comprados por la familia Bautista y los seriales registrados en la página web del concurso (Fls. 148 a 150 C2).
- Oficio de respuesta de la Superintendencia de Industria y Comercio de fecha 23 de julio de 2014, en el que se informa que en virtud de la Ley 1480 de 2011, ya vigente para ese momento, no es competencia de esa entidad establecer los requisitos de facturación de las empresas y como obligación del proveedor está acreditar la relación de consumo que puede ser una factura o no. Precisa que las relaciones de consumo con menores de edad son válidas, ya que se encuentran dentro de la definición de consumidor y reitera que independientemente de la relación de consumo quienes realicen una promoción u oferta deben dar la información esencial y necesaria para participar, con sus términos y restricciones sin que dé lugar a confusiones al destinatario (Fls. 164 a 167 C1)
- Oficio remitido por la DIAN de fecha 8 de agosto de 2014, en el que indican que la obligación de facturar y para efectos de control tributario y fiscal exige que se refleje en su integridad la operación comercial y que los datos consignados correspondan con la realidad. Igualmente informa que sus funciones se encuentran determinadas por el Estatuto Tributario y los Decretos 2685 de 1999 y 2245 de 2011, por lo que si se evidencia una distorsión entre la realidad y lo facturado, las autoridades deberán iniciar las investigaciones correspondientes según las competencias asignadas a cada una, ya sea en la comisión de una infracción o de un delito. (Fl. 174 C1)
- Oficio de la Cámara de Comercio de Bogotá en el que indican que dentro de sus facultades asignadas no se encuentra emitir concepto relacionado con el cambio de información en las facturas de compra venta ya que su naturaleza es de carácter privado y por tanto no tiene injerencia en el asunto (Fls. 164 a 167 C1).

- Diligencia de despacho comisorio para la recepción del testimonio de Ciro Bautista Ovalle, María Alejandra Bautista Castellanos, Johan Enrique Parra Escalante y Gloria Isabel Castellanos de Bautista, realizada el 22 de octubre de 2014, en la que se dejó constancia de no comparecencia de ningún testigo y por tanto debió declararse fallida (Fl. 38 CDC)

De conformidad con las pruebas relacionadas y que fueron recaudadas durante la actuación administrativa, considerando la publicidad emitida por la sociedad demandante en los volantes entregados por HP COLOMBIA y el contenido concreto de la propaganda comercial allegada, se desprende con claridad que la conducta investigada y sancionada obedeció a la falta de veracidad y claridad dentro del texto publicitario comercial y la ausencia de correlación entre las condiciones y restricciones establecidas y la forma en que se le informó a los consumidores, concretamente al no advertir con precisión que sólo era permitida la participación de mayores de edad, correspondiente a la campaña de navidad del año 2009.

Es así que la valoración probatoria efectuada por la entidad demandada le permitió arribar a la conclusión de que se configuraba la violación a los artículos 14, 16 y 31, así como también lo señalado en el título II, capítulo 2 de la Circular Única No. 10 de 2001 de esa entidad, por cuanto se generaba un engaño o confusión a los consumidores al suministrar una información que no determinaba de forma correcta bien fuera la prohibición de participación de menores de edad o la exclusividad de sólo hacerlo quienes fueran mayores de edad, lo cual implicaba realizar un análisis acucioso con base en el reglamento del concurso, lo que hace engañosa la publicidad y le impone una carga adicional al consumidor que no debe soportar.

Al respecto, el juez de primera instancia consideró que si había sido clara la información relacionada con la capacidad de quienes podían participar en el sorteo, al establecerse un reglamento e indicarse que debían observarse las condiciones y restricciones del concurso y por tanto decidió declarar la nulidad de los actos demandados.

En ese orden de ideas, es necesario tener en cuenta en primer lugar que doctrinalmente la publicidad será engañosa: i) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la presentación del mensaje; ii) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la información que transmite el mensaje publicitario; y iii) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la omisión de información en el mensaje publicitario[10]. Además, que no es necesario para que la publicidad sea engañosa que el error efectivamente se produzca sino que basta con la mera inducción al error, inducción que se da desde el mismo momento en el que se puede afectar, debido a la presentación del mensaje, a la información transmitida o a los datos omitidos en el mensaje.

[10] López García, Mabel (2004): *La Publicidad y el Derecho a la Información en el Comercio Electrónico*. Editado por eumed.net; texto completo en http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/index.htm.

Igualmente, se entiende por nocivo, lo engañoso y perjudicial, lo falto de sinceridad y que estimule en forma manipuladora la satisfacción de necesidades superfluas para el consumidor[11], esto es, que permite deducir que se utilizan mensajes con afirmaciones que no corresponden a las características, ventajas, beneficios y/o desempeños reales del producto o servicio, conllevando a que el consumidor sea objeto directo de un engaño.

En el presente caso se observa que la publicidad objeto de la sanción administrativa hoy demandada contiene como información al consumidor que por la compra de los computadores HP Pavilion o Compaq, realizada durante el periodo comprendido entre el 20 de noviembre al 24 de diciembre de 2009, se podría participar en el sorteo de los 12 automóviles Mazda 2, y para participar era necesario registrarse en la página web www.supernavidadconhp.com, e indicando en la parte inferior que dicha publicidad estaba *"*sujeto a condiciones y restricciones establecidas en el reglamento del concurso"*.

Ahora, al ingresar a la página web referida y proceder a hacer la inscripción de la factura y proporcionar los datos personales solicitados se requería como documento de identidad: *No. De cédula/identificación* y se estableció una casilla de aceptación de las condiciones establecidas en el concurso, las cuales se podían leer en el link proporcionado en la parte inferior del diligenciamiento (Fl. 16 CAA).

En ese reglamento, se observa que en el artículo 2 se establece sobre los participantes *"**De los participantes**: Participan **aquellas personas** que realicen la compra de computadores de escritorio, HP minis y portátiles Compaq Presario o HP Pavilion en cualquiera de las Tiendas Autorizadas HP, distribuidores autorizados y almacenes de cadena a nivel nacional. El asesor dentro del local o almacén entregará **al comprador** un volante donde se indica la mecánica del juego y de esta manera podrá participar de la rifa donde tendrá la oportunidad de llevarse uno de los 12 Mazda2 Modelo 2010, luego de inscribir sus datos y su compra en el portal de Internet (www.supernavidadconhp.com). (...)"* (Fl. 54 CAA)

De este modo, lo que se observa es que, contrario a lo considerado por el juez de primera instancia, i) en la propaganda entregada o puesta a la vista de los consumidores no se indica de forma clara, veraz y precisa que no aplicaba para menores de edad o que aplica únicamente para mayores de edad; ii) aunque remita a las condiciones y restricciones del concurso al hacerse el registro para participar en el sorteo, allí tampoco hay claridad en la prohibición o restricción establecida para la mayoría de edad y por demás, el hecho de dar aceptación en una casilla contenida en el formulario de inscripción, lo que indica es que se trata de una adhesión a unas condiciones preestablecidas y que no pueden acordarse o controvertirse, es decir, el consumidor acepta su contenido, en los términos en que están constituidos; y iii) le implica al consumidor hacer una interpretación y un análisis de las condiciones de los participantes para inferir que las personas menores de edad no podían participar, pues incluso al solicitar el documento se

[11] Fischer Laura y Espejo Jorge, Mc Graw Hill *"Mercadotecnia"*, Tercera Edición, 2004, Pág. 353.

establece número de cédula *o identificación*, identificación que en un menor de edad está representado, para ese momento, en la tarjeta de identidad, incluso no hay claridad respecto a que pueda participar una persona extranjera con su cédula de extranjería.

Por tanto, es necesario tener en cuenta que la propaganda comercial y la información que allí se suministre debe ser suficiente y no debe inducir o poder inducir a error al consumidor, lo cual se desconoció en el presente caso, al implicarle al receptor realizar una labor de remisión, no solo a la página web de la empresa - lo cual es admisible en la medida en que no pueden incluirse todas las condiciones y restricciones en la propaganda comercial-, sino también a la lectura del reglamento del concurso, el cual tampoco era claro en precisar que los menores de edad no podían participar o que se estableciera que solo los mayores de edad podían registrarse, pues en las condiciones de los participantes nada se dice al respecto.

Así pues, el hecho de tener una casilla para aceptar las condiciones del concurso en el formulario de participación de su página web, no indica para nada que haya claridad en las mismas, más aun si el reglamento mismo ni siquiera es preciso en prohibir o restringir la edad de participación, para luego exigirle al consumidor que analice o infiera que solo está dirigido a las personas mayores de edad, esto es, impone una carga adicional que no tiene por qué asumir el consumidor o destinatario.

Lo anterior denota que se trata de una publicidad engañosa en la medida en que sus elementos relacionados con las indicaciones del procedimiento y condiciones para participar no estaban claramente definidas, implicaban un análisis adicional por parte del consumidor, se omitió información necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda comercial y finalmente, la información sobre restricciones, limitaciones, excepciones y condiciones adicionales para la adquisición del producto o servicio, no se incluye en la propaganda comercial y al ponerla de presente en su página web para el momento del registro no tiene claridad y precisión frente a la mayoría de edad como exigencia para participar.

Así mismo, uno de los requisitos para la propaganda comercial con incentivos consiste en que debe contener como información mínima los requisitos y condiciones para su entrega, en este caso, aquellos necesarios en caso de obtener a su favor el sorteo, y si iba dirigida a un público determinado, esto es mayores de edad, por lo que al no evidenciarse esto ni en la propaganda ni en el reglamento del concurso se contraría tanto lo dispuesto en los artículos 14, 16 y 31 del Decreto 3466 de 1982, como también lo señalado en el título II, capítulo 2 de la Circular Única No. 10 de 2001 de esa entidad, concretamente en los numerales 2.1.1 y 2.1.2.

Así mismo, ha considerado la Corte Constitucional sobre la responsabilidad de los productores o proveedores "*... que ciertamente el análisis exige establecer quién difunde la información irregular y en qué medida es de su dominio. En estas*

condiciones, resulta lógico que se haga referencia al productor cuando se alude a información que es de su dominio y que difunde bajo su responsabilidad, como, por ejemplo, la relacionada con el producto mismo -características técnicas, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medida entre otras-, por su parte, es también coherente que se aluda al proveedor o al prestador de un servicio como responsable de la información de su dominio relacionada con la denominada por el Decreto 3466 de 1982 propaganda con incentivos (artículo 16) -ofrecimiento de rifas, sorteos, cupones, vales, fotos, figuras, afiches, imágenes o cualquier otro tipo de representación de personas, animales o cosas y el ofrecimiento de dinero o de cualquier retribución en especie."[12]

En esa medida, es importante recordar que las características fundamentales de la publicidad o propaganda comercial son la veracidad e integralidad en la información sobre el producto o el incentivo objeto de la misma, esto es, que sea cierta y lo más completa posible, dado el papel medular de la información en la protección de los derechos del consumidor y la necesidad que éste tiene de ella para poder tomar decisiones acordes con sus necesidades y, por ende, de manera racional, consciente y con certeza de lo que adquiere; y que una condición para que efectivamente sea veraz y genere la certeza que necesita el consumidor en sus decisiones de compra es la precisión de los datos pertinentes, es decir, que los mismos no sean vagos, equívocos o indeterminados.

Lo expuesto evidencia que, contrario a lo manifestado por la parte actora y al juez de primera instancia, la publicidad comercial objeto de la actuación administrativa y en general los medios de prueba allegados al respectivo proceso sí fueron valorados en conjunto para efectos de acreditar la comisión de la conducta imputada, deducir la responsabilidad de la investigada e imponer la correspondiente sanción y en esa medida, es claro que la entidad demandada, en el acto sancionatorio acusado, sí realizó un análisis objetivo y acucioso de la publicidad comercial objeto de investigación, bajo la óptica de un consumidor racional o medio, en tanto que basta con un simple análisis de las piezas publicitarias para determinar que estas no cumplieron con las exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico dada la falta de claridad y de información necesaria y relevante para aplicar al incentivo y no ser excluido de ella.

Lo anterior, por cuanto la sociedad demandante efectivamente desplegó información insuficiente y contradictoria que inducía o podía inducir en error al consumidor, por lo que debe tenerse en cuenta que la información que se suministre al consumidor respecto de los bienes y servicios que se comercialicen, de sus componentes, propiedades y la propaganda que sea utilizada para dicha divulgación, debe ser veraz, suficiente y corresponder a la realidad. Es decir, no hay duda que la información que se entrega o suministra al consumidor o potencial consumidor es de plena responsabilidad del productor y/o comercializador, lo cual en el presente caso no se acreditó, pues en efecto no se precisó que sólo aplicaba

[12] Corte Constitucional, Sentencia T - 145 del 19 de febrero de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

la participación y el sorteo para personas mayores de edad, a pesar inclusive de remitir al consumidor a la lectura adicional de su reglamento del concurso y las condiciones y restricciones allí dispuestas.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia, al no tener vocación de prosperidad el cargo de falsa motivación formulado, como quiera la Superintendencia de Industria y Comercio analizó la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente administrativo, no vulneró el debido proceso de la sociedad demandante y en esa medida señaló los supuestos fácticos y jurídicos que sirvieron de fundamento par al imposición de la sanción, debido al desconocimiento de los artículos 14, 16 y 31 del Decreto 3466 de 1982, como también lo señalado en el título II, capítulo 2 de la Circular Única No. 10 de 2001 de esa entidad, quedando demostrado que no existió una divergencia entre las pruebas recaudadas, los hechos investigados que determinaron la producción del acto demandado y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública para proferir su decisión.

En ese orden de ideas, lo procedente será analizar los demás cargos presentados en la demanda, esto es la falta de competencia y desconocimiento de las normas civiles y comerciales (celebración de un contrato con menor de edad), y finalmente, si hay lugar a ello, analizar los reparos frente al restablecimiento del derecho solicitado.

3.5.3. Desconocimiento de las normas civiles y comerciales por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio

Manifiesta la sociedad demandante que en el marco de la propaganda comercial emitida, la SIC desconoció que la compraventa del computador HP Pavilion, que es el contrato principal, se tenía que ceñir a lo ordenado por la Ley comercial (Arts.621, 772, 774, 779, 864 y 944 del Código de Comercio), y por tanto omitió que al cambiarse los datos del comprador e incluir a una menor de edad para hacerse acreedora del contrato accesorio (vehículo) -sorteo-juego de azar-rifa-, que no fue la compradora real en el contrato principal, permitió que quien no podía jurídicamente inscribirse, participar, ni ser declarada ganadora del sorteo, participara en el concurso con un simulado título que no le permitía ni siquiera registrarse en la página web.

Al respecto, es necesario precisar que la actuación administrativa adelantada por la SIC comprende el análisis de la propaganda comercial emitida por HP COLOMBIA, su procedimiento, rifa o sorteo y el cumplimiento o la entrega de lo que ofrece, y por tanto no se trata de la verificación de la capacidad o alguno otro elemento para la celebración de los contratos civiles o comerciales, por el contrario se restringe al destinatario a quien estaba dirigida la propaganda y lo informado por el proveedor, lo cual dista de una violación a normas legales establecidas para la celebración de contratos entre particulares.

Inclusive, la misma entidad indicó que la relación de consumo compra/venta con

un menor de edad está permitida, ya que se encuentran permitidas dentro del concepto de personas naturales, y por ende de consumidores, y utilizan un servicio para satisfacer una necesidad, por lo que también están incluidos en las normas de protección al consumidor y concretamente, de la información que se dirija a través de la propaganda comercial a través de incentivos (Fls. 164 a 167 CP1).

Al respecto, el Decreto 3466 de 1982 establece en su artículo primero, literal c) que el concepto de consumidor es *"Toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades."*, es decir, allí también se encuentran incluidas las personas menores de edad, al concebirse que hacen parte de ese concepto, y al estar destinada la propaganda comercial a consumidores en general, en los términos del proveedor-HP COLOMBIA, dirigido a *aquellas personas que realicen la compra de computadores*, la misma sociedad los Incluyó dentro de sus destinatarios, no hizo una exclusión o precisión al respecto y tampoco previó que no podría asignársele un vehículo a una persona menor de edad dentro de sus condiciones y restricciones, razón por la que no puede ahora invocar su omisión o imprecisión en la propaganda comercial emitida y el concurso adelantado para indicar que es la entidad la que desconoce las normas comerciales y civiles por tratarse de un premio que en primer lugar fue asignado a María Alejandra Bautista Castellanos, quien en todo caso tenía su representante legal y por ende podía recibir su premio, bajo las condiciones generales adoptadas por el proveedor.

Conforme lo anterior es necesario tener en cuenta que los consumidores gozan de especial protección frente a la posición dominante de los productores o proveedores de los productos y servicios, lo cual también implica una mayor precisión en los destinatarios de los bienes y servicios que se ofrecen , con mayor razón si se trata de una propaganda comercial con incentivo, pues implica una motivación adicional para el comprador y por ende debe gozar de mayor precisión y claridad para no incurrir en error, condición que no fue observada por la sociedad demandante en el presente caso,

En cuanto a dicha condición especial de los consumidores y la responsabilidad de los productores o proveedores la Corte Constitucional ha indicado:

> *"Específicamente, la Constitución de 1991, en el primer inciso del artículo 78 estableció el deber que tienen los productores y comercializadores de bienes y servicios de responder por los atentados que, en ejercicio de su actividad dentro del proceso productivo, cometan contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.*
> *Es decir que esa obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores y usuarios proviene directamente de la Constitución y, por ende, se configura como una responsabilidad especial y propia al régimen que les es aplicable.*
> *Cabe señalar que la Constitución no precisó los hechos a cargo de productores y comercializadores de los cuales se deriva su responsabilidad y por ello, debe entenderse que los mismos son todos aquellos que corren por su cuenta y riesgo y*

sobre los cuales, en virtud de su actividad profesional deben tener control.
Así ha dicho la Corte que "Las condiciones de calidad e idoneidad son las que establece el propio productor o son las que obligatoriamente se imponen a éste. El control del proceso de producción y el diseño del bien o del servicio, incumben de manera directa al productor profesional. El productor obtiene su ganancia por su papel en el proceso de producción y, como contrapartida, asume los riesgos derivados de la misma"."[13]

Por tanto, el hecho de dirigir la publicidad comercial a los consumidores en general, personas que compraran los computadores, sin distinción, precisión o exclusión alguna, lo que denota es una responsabilidad en la omisión de precisar la información por parte de la sociedad HP COLOMBIA, y en la medida en que no se evidencia una prohibición legal de entrega del vehículo ofertado como incentivo y cuyo resultado del sorteo realizado sea a favor de una menor de edad o su representante legal, no puede excusarse en una relación contractual que no es la que se analiza y que por demás debió ser prevista desde un inicio en sus condiciones y restricciones.

Ahora bien, frente a la exigencia de que el comprador única y exclusivamente pudiera registrarse para concursar tampoco implica que el hecho de ser quien desembolse el dinero era quien debía ingresar a la página web y participar únicamente, pues tampoco se realizó esa precisión en las condiciones fijadas del concurso. Es decir, tal y como ocurrió en el presente caso, al adquirir 6 computadores diferentes, cada uno tenía su número y su oportunidad para tenerse en cuenta en el sorteo y si una familia fue la que los adquirió, aunque sólo uno de ellos desembolsara el dinero, no se fijó prohibición alguna de que solo pudiera acceder quien haya pagado pues eran 6 oportunidades para cada persona independientemente de la forma de pago.

En consecuencia, tampoco tiene vocación de prosperidad este cargo.

3.5.4. Falta de competencia

La parte demandante considera que la Superintendencia de Industria y Comercio actúa con facultades administrativas y sus competencias se limitan a la imposición de sanciones como multas, amonestaciones, ordenar corregir la propaganda comercial y ordenar medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o se causen daños a los consumidores en general con la publicidad cuestionada, pero no puede ordenar cumplir un contrato accesorio - sorteo de juego de azar (entrega de vehículo), puesto que esa es una decisión del juez civil, lo que genera que se haya adoptado medidas por fuera de su competencia.

Al respecto la entidad demandada afirma que la decisión emitida se dio de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales previstas para la protección del consumidor, y en esa medida, la entidad cuenta no solo con las facultades otorgadas por los Decretos 2153 de 1992 y 3466 de 1982, sino también con los pronunciamientos realizados por los jueces constitucionales al respecto

[13] Corte Constitucional, sentencia C- 973 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

En primer lugar, se encuentra que la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene dentro de sus facultades a cargo las establecidas en el Decreto 2153 de 1992, vigente para el momento de la actuación administrativa adelantada:

"ART. 2°—Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio: La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...).

*4. **Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor** a que se refiere este decreto y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, **con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes.***

*5. **Imponer, previas explicaciones, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes por violación de las normas sobre protección al consumidor, así como por la inobservancia de los Instrucciones Impartidas por la Superintendencia.** (...).*

*11. **Practicar visitas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adaptar las medidas que correspondan, conforme a la Ley.** (...).*

***ARTICULO 17. FUNCIONES ESPECIALES DEL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.** <Artículo derogado por el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009> Son funciones del Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor:*

1. Aplicar las medidas y sanciones a que haya lugar de acuerdo con la función prevista en el numeral 22 del artículo 2o. del presente decreto conforme a la ley, en las materias de su competencia, en especial las previstas en el Decreto - ley 3466 de 1982. (...).

***ARTICULO 18. FUNCIONES DE LA DIVISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.** <Artículo derogado por el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009> Son funciones de la División de Protección de Consumidor: (...)*

4. Instruir las investigaciones que se inicien de oficio o a solicitud de parte por violación de las disposiciones vigentes sobre protección al consumidor y en particular las contenidas en el Decreto 3466 de 1982 y las que lo adicionen o reformen.

5. Dar trámite a las quejas formuladas por los particulares y si en desarrollo de éstas se observaren violaciones a las disposiciones sobre protección al consumidor, proponer ante el Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor las sanciones y medidas a que haya lugar."

Ahora, de lo establecido en el Decreto 3466 de 1982 y la Circular Única 010 de 2001, se estableció puntualmente frente a la protección del consumidor y la propaganda comercial lo siguiente:

"Decreto 3466 de 1982

***Artículo 32. Sanciones administrativas relacionadas con la responsabilidad de los productores en razón de las marcas, las leyendas y la propaganda.** En todo caso*

que se compruebe de oficio o a petición de parte, que las marcas, las leyendas y la propaganda comercial de bienes o servicios no corresponden a la realidad o inducen a error, la autoridad competente impondrá la multa de que trata la letra a) del artículo 24 y ordenará al productor, en ejercicio del poder de policía, la corrección de la respectiva marca, leyenda o propaganda comercial y que se tomen las medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o que se cause daño o perjuicio a los consumidores. Para tal efecto, en la misma providencia se indicará un plazo razonable a juicio de quien la expida y se indicará que se causa una multa a favor del Tesoro Público, equivalente a una séptima parte del salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D. E. al momento de la expedición de aquella providencia por cada día de retardo en su cumplimiento. (..)

*"**Artículo 43.Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.** Asígnanse a la Superintendencia de Industria y Comercio las siguientes funciones, para efectos de este Decreto: (...)*

f). Imponer las sanciones administrativas previstas en el presente Decreto por incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad, por falta de correspondencia con la realidad o inducción a error de las marcas, las leyendas y la propaganda comercial, o por incumplimiento de las normas sobre fijación pública de precios, de conformidad con el procedimiento igualmente contemplado en este Decreto; (...)

*h). Ejercer el control y vigilancia de todas las personas naturales o jurídicas que vendan o presten servicios mediante sistemas de financiación o bajo la condición de la adquisición o prestación de otros bienes o servicios, **así como de quienes presten servicios que exijan la entrega de un bien e imponerles en caso de violación de las normas previstas en este Decreto, o de las expedidas por la Superintendencia, multas en cuantía hasta de diez (10) veces el salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D. E., al momento de su imposición**; (...)"*(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Circular Única 010 de 2001

"2.2. Mecanismos de supervisión y medidas administrativas. (...)

2.2.2. Medidas administrativas.

Sin perjuicio de las sanciones contempladas en el Código Penal por ofrecimiento engañoso de productos y servicios de conocimiento de los jueces penales, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá adoptar las siguientes medidas:

***a)** Ordenar la corrección de la propaganda comercial;*
***b) Ordenar las medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o que se cause daño o perjuicio a los consumidores.**"* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En ese orden de ideas, dentro de las funciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentran, además de la imposición de la multa a que haya lugar, las de ordenar corregir la propaganda comercial y adoptar las medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o

que se cause daño o perjuicio a los consumidores, sin embargo, no se observa que una de ellas sea ordenar la entrega efectiva del producto o servicio ofrecido, o se fijen las condiciones de entrega de los mismos, o el cumplimiento de la publicidad cuando se acredite una información errada o que no cumpla con los elementos exigidos para la propaganda comercial, lo cual se predica de las facultades jurisdiccionales que ostentaba a SIC para el momento de la ocurrencia de os hechos.

De este modo, la Ley 446 de 1998 estableció como funciones jurisdiccionales las siguientes:

> ***"ARTICULO 145. ATRIBUCIONES EN MATERIA DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.*** *<Ver Notas del Editor> La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá, a prevención, las siguientes atribuciones en materia de protección del consumidor, sin perjuicio de otras facultades que por disposición legal le correspondan:*
> *a) Ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciante, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se adecue a las exigencias previstas en las normas de protección del consumidor;*
> *b) **Ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales si ellas resultan más amplias;***
> *c) Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción, la comercialización de bienes y/o el servicio por un término de treinta (30) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte la investigación correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto y/o servicio atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores;*
> *d) Asumir, cuando las necesidades públicas así lo aconsejen, las investigaciones a los proveedores u organizaciones de consumidores por violación de cualquiera de las disposiciones legales sobre protección del consumidor e imponer las sanciones que corresponda."* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Conforme lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene asignadas funciones de carácter administrativo, en virtud de la facultad de vigilancia y control en materias relacionadas con la protección del consumidor (Decreto 3466 de 1982 y Circular Única 010 de 2001), y funciones de carácter jurisdiccional, como las relativas a la competencia desleal y la protección del consumidor (artículos 145 a 148 de la Ley 446 de 1998).

Ahora bien, en la Resolución No. 57863 del 25 de octubre de 2010 que impuso la sanción administrativa y ordenó la entrega del incentivo, no se invocó en ningún momento la Ley 446 de 1998, por lo que se deduce que las facultades y funciones que estaba ejerciendo eran únicamente las relacionadas con la potestad administrativa y no jurisdiccional, y en esa medida, la entrega del incentivo, esto es del vehículo Mazda 2, no estaría dentro de las facultades que le otorga el Decreto 3466 de 1982.

Por tanto, en la medida en que para la Sala resulta procedente la imposición de la multa por no cumplirse con los presupuestos de la propaganda comercial con incentivo, como quedó previamente analizado, y esa sanción está dentro de la prevista a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio como función

administrativa, no habría duda alguna de la competencia asignada y debidamente desplegada en la actuación administrativa cuestionada, de conformidad con el ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia de la SIC y que además se encuentra soportada en las normas precitadas y en las pruebas obrantes en el expediente.

No obstante, frente a la orden de entrega del incentivo (vehículo) es necesario precisar que, bajo el Decreto 3466 de 2001, no se encuentra la facultad de entregar incentivos a título de efectividad de la garantía, o como medida para resarcir el daño ocasionado u otra figura contemplada para el efecto, lo que conlleva a que se haya emitido una orden contraria al procedimiento administrativo sancionatorio que se adelantaba y a las facultades invocadas por la misma entidad en la actuación.

Al respeto el Consejo de Estado ha precisado:

> *"La Sala en sentencia de 3 de mayo de 2007 (Expediente 2001-01195, Consejero ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta)* ***consideró que la orden de hacer efectivas garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales, conforme al texto de los artículos 145, 147 y 148 de la Ley 446 de 1996, es de carácter jurisdiccional y que su estudio no corresponde a esta Jurisdicción.*** *Empero, siguiendo los lineamientos trazados por la sentencia C-1071 de 2002, a que se hizo referencia anteriormente, habida cuenta que, como ya se dijo, en este caso no se indicó con precisión al administrado por parte de la entidad demandada que estaba ejerciendo función jurisdiccional, debe considerarse que su actuación fue administrativa, que es la que tradicionalmente ha ejercido en misión institucional.*
>
> *Ahora, en este caso resulta evidente la violación del debido proceso frente a la sociedad GMAC FINANCIERA DE COLOMBIA S.A., pues la misma no fue citada a la actuación que culminó con los actos acusados, debiendo serlo, y por lo mismo mal podían estos imponerle obligaciones, como acontece con la orden de reducción de los intereses a la tasa del 1.95%, a la que se refirió la propaganda comercial, y el abono al capital de lo pagado en exceso por el señor CARLOS ARTURO RAMÏREZ FONSECA."*[14]
> (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De este modo, se declarará la nulidad del artículo segundo de la Resolución No. 57863 del 25 de octubre de 2010, y en lo demás permanece incólume, al haber sido emitida una orden dentro de una actuación administrativa sin estar ejerciendo las facultades jurisdiccionales previstas en el artículo 145 de la Ley 446 de 1998, facultades que en todo caso no son objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativo.

Igualmente, en lo relacionado con las decisiones administrativas emitidas como multas sucesivas en razón al incumplimiento en el pago de la sanción de multa

[14] Consejo de Estado, Sección Primera, Exp. 25000-23-24-000-2002-01018-01, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, providencia del 22 de julio de 2010

impuesta y como retardo en su pago, gozan de presunción de legalidad y por tanto se predican estar en firme y deben ser cumplidas (Decreto 3466 de 1982- Art. 32).

Finalmente en lo que respecta a las resoluciones Nos. 58902 de Septiembre 28 de 2012, 72181 de Noviembre 27 de 2012 y la que resuelva el recurso de apelación, se precisa que aunque estas fueron incluidas en la corrección de la demanda con pretensión de nulidad y fue admitida la misma en primera instancia, se observa que las mismas no fueron allegadas al proceso como parte del expediente administrativo por parte de la entidad demandada y las partes no advirtieron tampoco sobre su ausencia, así como tampoco se formularon cargos particulares y adicionales sobre esas resoluciones accesorias, sin embargo, se observa que se presentó una solicitud de suspensión provisional de la Resolución No. 58902 de 2012, con la cual se allegó copia simple de la misma y se observa que corresponde a la imposición de una multa por valor de $28.335.000 MCTE por no haberse dado cumplimiento a la orden de entrega del incentivo (vehículo) a la quejosa. (Fls. 6 a 9 Cuaderno de Suspensión Provisional)

De este modo, al tratarse de una multa por incumplimiento de la orden que ha sido declarada nula (artículo 2 Resolución 57863 de 2010), también se declararán nulas las resoluciones 58902 de Septiembre 28 de 2012, 72181 de Noviembre 27 de 2012 y la que resuelva el recurso de apelación, por cuanto su fundamento ha sido excluido del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia que declaró la nulidad de las resoluciones nos. 57863 del 25 de octubre de 2010, 18055 del 31 de marzo de 2011 y 35121 del 28 de junio de 2011 proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, porque no se acreditó que fueran emitidas con falsa motivación o violación del debido proceso, de conformidad con el análisis efectuado *ut supra*. Y en su lugar se ordenará declarar únicamente la nulidad del artículo 2 de la Resolución No. 57863 del 25 de octubre de 2010 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por haberse emitido dicha orden sin competencia, así como también la nulidad total de las resoluciones 58902 de Septiembre 28 de 2012, 72181 de noviembre 27 de 2012 y la que resolvió el recurso de apelación, que se derivaron del artículo 2 de la Resolución No. 57863 de 2010 de la SIC, que se nulita, pero se negarán las demás pretensiones de la demanda.

Por tanto, la sanción administrativa de multa impuesta a través de la Resolución No. 57863 del 25 de octubre de 2010 y sus confirmatorias, permanecen incólumes, ya que, contrario a lo considerado por el *a quo*, no se acreditó que fueran emitidas con falsa motivación o violación del debido proceso, de conformidad con el análisis efectuado por la Sala.

3.6. Condena en costas:

En consideración a que no se ha observado comportamiento que pueda encuadrarse dentro de los límites señalados por el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil, que gobierna este proceso, la Sala se abstendrá de imponer condena en costas, debido a la probidad con la que han actuado las partes en el

curso del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarenta y cinco (45) Administrativo de Bogotá, y en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD únicamente** del artículo 2 de la Resolución No. 57863 del 25 de octubre de 2010 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, y la nulidad total de las resoluciones 58902 de Septiembre 28 de 2012, 72181 de Noviembre 27 de 2012 y la que resolvió el recurso de apelación, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, conforme lo expuesto en las parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado