

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., junio 30 de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 11001-3334 -003-2018-0078 -00
DEMANDANTE: Alpina Productos Alimenticios S.A.
DEMANDADA: Superintendencia de Industria y Comercio
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de nulidad y restablecimiento del derecho, la Alpina Productos Alimenticios S.A., presentó demanda contra de la de Industria y Comercio, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Declarar la nulidad de la Resolución 35143 del 16 de junio de 2017 *"por la cual se imponen unas sanciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"* proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.
2. Declarar la nulidad de la Resolución 62848 del 03 de octubre de 2017 *"por la cual se deciden unos recursos de reposición"* expedida por la misma Superintendencia de Industria y Comercio.
3. Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la SIC a pagar a ALPINA la indemnización plena e integral de los perjuicios causados por los actos administrativos cuya nulidad se solicita, para lo cual solicita que, a título de daño emergente, se ordene a la SIC la devolución de la suma de \$ 8.114.887, correspondientes a la sanción económica cuyo pago fue debidamente realizado por ALPINA el día 30 de octubre de 2017 mediante consignación en la cuenta corriente No. 062-754387 del Banco de Bogotá a nombre de la SIC.

Pretende igualmente que esa suma sea debidamente actualizada conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC) y que sobre ella se

compute el interés aplicable al daño emergente pasado o consolidado, tasado desde la fecha de la realización del pago por parte de ALPINA, hasta la fecha en que se realice su devolución.

4. Se ordene a la SIC a pagar intereses moratorios causados sobre la suma \$ 8.114.887, a la máxima tasa legal permitida, en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. Se ordene a la SIC como medida no patrimonial tendiente a reparar la afectación al buen nombre y la buena reputación de ALPINA, rectifique la información suministrada a los medios de comunicación de difusión nacional y regional en el sentido de indicar que ALPINA no ha cometido actos de competencia desleal en relación con la comercialización del producto lactosuero identificado bajo la marca "ALPILAC".

6. Se ordene a la SIC como medida no patrimonial tendiente a reparar la afectación al buen nombre y la buena reputación de ALPINA, publicar un aviso en su página de internet que se mantendrá por un año, en el que se informe la decisión que se dicte en el proceso.

7. Se ordene a la SIC suprimir de los archivos de esa Entidad las anotaciones que haya efectuado de la respectiva sanción contra ALPINA.

8. Condenar en costas y agencias en derecho a la Superintendencia de Industria y Comercio.

HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por la demandante se resumen de la siguiente manera:

El 11 de abril de 2011, la señora Johanna Sánchez elevó queja al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia en los siguientes términos: *"(...) las últimas revelaciones de los medios de comunicación en tomo a las investigaciones por la producción y sobre todo comercialización de las bebidas a base de lactosueros, revelan los nombres de varias empresas que se dedican a ello. No obstante, no encuentro en los nombres mencionados, las referencias a algunas (sic) industriales que se destacan en el mercado con este tipo de productos. Motivada por el interés que tengo como consumidora, pongo a su consideración el nombre de las siguientes empresas: La revelación anterior señor Superintendente Delegado, busca que su investigación*

se oriente a estudiar la publicidad realizada sobre este tipo de productos, ya que, en mi concepto, no solo las comercializadoras inducen a error en la comercialización, sino algunas empresas productoras con su publicidad".

En atención a lo anterior, el 17 de junio de 2011, el superintendente delegado para la Protección de la Competencia ordenó iniciar una averiguación preliminar para determinar si existía evidencia que diera mérito para la apertura de una investigación administrativa.

Dentro de dicha averiguación preliminar, se trasladaron documentos provenientes del expediente 10-81730, entre los que se encontraba una comunicación del 13 de abril de 2012 mediante la cual la señora Adriana Santana aportó un empaque del producto ALPILAC de ALPINA, alegando su supuesto interés de contribuir en la investigación que se adelantaba contra varias empresas de leche que comercializan bebidas lácteas.

El 21 de junio de 2012, mediante Resolución 37489 y bajo el expediente 11-44619, el superintendente delegado para la Protección de la Competencia de la SIC resolvió abrir investigación de tipo administrativa para establecer la presunta comisión de las conductas de desleales de violación de normas, confusión y engaño, establecidas en la Ley 256 de 1996 por parte de 14 participantes en el mercado de los productos lácteos, entre ellos la sociedad ALPINA.

En lo que respecta a ALPINA, la investigación se fundamentó en la comercialización de su producto identificado bajo la marca "ALPILAC" ya que, supuestamente, mediante el uso de denominaciones, publicidad y presentaciones comerciales, la demandante le otorgó a su producto unas características y cualidades que no tiene sino la leche, lo cual generaba una ventaja indebida.

Indica que el 9 de agosto de 2012, ALPINA presentó los correspondientes descargos, se aportaron las pruebas que acreditaban la inexistencia de los actos desleales investigados por la SIC, en donde se expuso, entre otras cosas, que tanto en el empaque del producto, como en su publicidad y presentaciones comerciales, ALPINA no solo cumplió con todo lo dispuesto en las normas de rotulado y etiquetado así como con los deberes de diligencia y cuidado (ingredientes y tabla nutricional de manera clara y precisa al revés), sino que además siempre incorporó en un lugar visible (que para el caso del empaque corresponde al frontal) expresiones como "bebida a base de leche" y "no es 100% leche").

El 27 de noviembre de 2014, mediante Resolución 71079, la Delegatura para la Protección de la Competencia la SIC resolvió sobre el decreto de las pruebas solicitadas por los investigados en los descargos correspondientes¹

Advierte que la SIC decretó la práctica de todas las pruebas documentales y testimoniales solicitadas por ALPINA, pero no las valoró.

Precisa que mediante escrito con radicado 11-44619-485 del 11 de agosto de 2015, el auxiliar de la justicia Luis Fernando Rodríguez Naranjo presentó el dictamen decretado de oficio mediante Resolución 71079 de 2014, es decir 3 años después de iniciarse la investigación y cuando los hechos además de haber sido conjurados en el mercado fueran o no condenables, ya no existían en el mismo como es el caso de ALPILAC.

El 15 de febrero de 2016, ALPINA objetó por error grave el dictamen pericial por desconocer el alcance de la prueba fijada por la SIC; asimismo, solicitó la práctica de una prueba la cual fue negada mediante Resolución 42965 del 29 de junio de 2016, contra el que interpuso recurso de reposición.

El 3 de marzo de 2017, se puso en conocimiento el informe motivado dentro de la investigación preliminar adelantada, dentro del cual el superintendente delegado para la Protección de la Competencia recomendó, entre otras cosas, sancionar a la sociedad ALPINA y otras de las investigadas, por incurrir en la conducta de engaño descrita en el artículo 11 de la Ley 256 de 1996; y archivar las investigaciones por las conductas de confusión y violación de normas.

Indica que el 3 de abril de 2017, ALPINA radicó comunicación con pronunciamiento expreso sobre el informe motivado, desvirtuando cada uno de los argumentos planteados.

El 16 de junio de 2017, mediante Resolución 35143 la SIC impuso sanciones a las compañías: Alpina Productos Alimenticios S.A., Alimentos de Madrid S.A. en Liquidación, Ceuco de Colombia Ltda., Productos Lácteos el Recreo S.A. y Alimentos del Valle S.A. — Alival S.A. por violar el régimen de competencia desleal administrativa al haber actuado en contravención del artículo 11 de la Ley 256 de 1996. Esta resolución, aparece notificada por conducta concluyente en la certificación de notificación disponible al usuario por la SIC, el 5 de julio de 2017, es decir 6 años y 3 meses después de que la señora quejosa hubiera interpuesto la queja.

El 5 de julio de 2017 ALPINA y otras de las compañías sancionadas interpusieron recurso de reposición en contra de la Resolución Sancionatoria.

El 3 de octubre de 2017, mediante Resolución 62848, la SIC resolvió los recursos de reposición, y para el caso de ALPINA resolvió declararlo infundado y, en consecuencia, confirmó la sanción establecida en la Resolución 35143 de 2017.

El 12 de octubre de 2017, ALPINA solicitó la adición de la Resolución 62848 de 2017, petición que se rechazó a través de la Resolución 66202 del 18 de octubre de 2017, argumentando que la figura no es aplicable en el trámite administrativo.

A través de memorial radicado el 30 de octubre de 2017, ALPINA acreditó el cumplimiento de lo ordenado por la SIC en la Resolución 35143 del 16 de junio de 2017 y confirmado mediante Resolución 62848 del 3 de octubre de 2017; referente al pago de la sanción económica y la publicación en el periódico El Nuevo Siglo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante formuló como cargos los siguientes:

- **Las Resoluciones 35143 del 16 de junio de 2017 y 62848 del 3 de octubre de 2017 emitidas por la SIC violan el derecho fundamental al debido proceso, incurren en error de hecho y de derecho y adolecen de motivación.**

Advierte que la SIC se refirió desde la apertura, luego en el informe motivado y así lo ratificó en la resolución de sanción que las conductas objeto de estudio por parte de la Delegatura, *“se desarrollaron en relación con la presentación de empaques de los productos conocidos como mezclas lácteas, bebidas lácteas, alimentos lácteos, preparaciones alimenticias y bebidas a base de leche. los cuales corresponde a preparaciones líquidas o en polvo, principalmente elaboradas a base de leche entera con presencia de otros componentes. Fue en relación con estos productos que varios de los productores investigados, en criterio de la Delegatura, presuntamente incluyeron en la presentación de sus empaques elementos visuales y expresiones que inducían al consumidor a engaño y podrían llevarle a creer que se trataba de leche cuando son productos de naturaleza y características distintas”*

Explica que inicialmente, la SIC en el numeral 10.3.1. de la Resolución 37489 de 2012 indicó que *"Dada la definición de leche, este Despacho considera preliminarmente que los productos denominados Bebida Láctea, Mezcla láctea, Alimento lácteo, preparación alimenticia, fórmula láctea y bebida a base de leche no son productos que deban denominarse como tal ni por el productor, ni en los canales donde se exhiban y comercialicen dichos productos. En este sentido, las empresas relacionadas en la tabla 4 por medio del diseño y o la información contenida en el empaque de los productos objeto de la presente actuación, presuntamente pueden inducir a error al consumidor respecto de la verdadera naturaleza del producto"*.

La anterior frase delimitó las posibles responsabilidades del productor y del comercializador y estableció un supuesto que correspondía ser verificado.

Así precisa que ALPINA no usó la palabra leche para describir el producto y, al contrario, hizo énfasis en que se trataba de una bebida a base de leche por contener leche entera en alto porcentaje, lo cual fue cierto.

Adicionalmente, la SIC en la Resolución 35143 de 2017, calificó los elementos del empaque de ALPINA y la información, y adujo lo siguiente:

"El nombre ALPILAC no es susceptible de inducir a error.

El uso de la palabra LAC no se considera que induzca a error por lo tanto no tiene la capacidad de respaldar la determinación de sancionar al investigado.

La Expresión bebida a base de leche en la parte frontal del empaque, en la parte superior debajo del nombre y en la parte inferior, no es susceptible de inducir a engaño.

En el envase no encuentra el despacho que se hayan utilizado o difundido aseveraciones o indicaciones falsas o incorrectas, o que se haya omitido información verdadera.

El empaque contiene una imagen splash que no es evocativa de la leche".

A pesar de todos los hallazgos positivos para ALPINA, la SIC extrañamente en la resolución de sanción concluyó que, aunque la misma imagen splash no evoca la leche, refuerza una inducción a error (engaño) que surge de la frase "bebida a base de leche", que en todo caso ya había admitido y calificado como no susceptible de engaño.

No es entendible como si todas las premisas son favorables al empaque de ALPINA, la SIC concluya en el mismo silogismo que si se configuró la conducta de engaño y que además refuerce esta conclusión indicando "que la presentación comercial" que ya calificó de adecuada, es "susceptible de inducir a error al consumidor, toda vez que el consumidor puede basar sus decisiones de compra en la referida presentación comercial. Como si fuera poco, concluyó: "en este sentido, resultaron determinantes las referencias a la leche utilizadas en la parte frontal del empaque asociadas al Splash blanco" (Resolución Sanción).

Lo anterior, claramente constituye falsa motivación como vicio de ilegalidad y en las consideraciones del acto administrativo se incurre en un error porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes - por error de hecho- y los existentes fueron calificados erradamente como actos de engaño.

-Agrega que la investigación se decidió con base en un dictamen parcial que no abarcó todos los elementos requeridos y cuyos errores fueron subsanados ligeramente por la Entidad a pesar de haber sido cuestionado el dictamen por error grave, lo cual viola el derecho fundamental al debido proceso.

Así, el objeto del dictamen fue modificado motu proprio por el perito y esta acción respaldada por la SIC pues la pericia se restringió al estudio de las etiquetas de los productos sin incluir las demás piezas publicitarias, que además habían sido arrimadas al proceso por parte de ALPINA.

- La SIC, omitió valorar las siguientes pruebas: i) Material publicitario (POP, brochures), ii) Testimonios de Álvaro Otalora, Claudia Manzano, Jorge Alejandro Mojica y María Carolina Rodríguez y los documentos que aportaron, iii) En el dictamen no se analizó la publicidad del producto "ALPILAC".

- **Las Resoluciones 35143 del 16 de junio de 2017 y 62848 del 3 de octubre de 2017 emitidas por la SIC violan el derecho fundamental al debido proceso de ALPINA, por cuanto infringen y omiten la debida aplicación de la norma de competencia desleal.**

Hace referencia a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 256 de 1996 para hacer claridad a que la norma se concreta a sancionar conductas que afectan o buscan afectar a un competidor en el

mercado, por lo que los actos administrativos demandados se encuentran indebidamente motivados.

Agrega que el producto no fue de aceptación de tal manera que ello evidencia que el consumidor fue capaz de distinguir y apreciar que no se trataba de una oferta que satisficiera sus necesidades.

- **Las Resoluciones 35143 del 16 de junio de 2017 y 62848 del 3 de octubre de 2017 emitidas por la SIC violan el derecho fundamental al debido proceso de ALPINA, por cuanto infringen y omiten la debida aplicación de las normas que gobiernan los requisitos de etiquetado y rotulado de alimentos.**

Explica que el principal argumento de la SIC para definir como desleal la conducta desplegada por ALPINA fue el diseño y la información contenida en el empaque del producto "ALPILAC".

De tal manera que si la SIC determinó que la inclusión de la expresión "bebida a base de leche" aunada con la inclusión del elemento gráfico del splash y la partícula "LAC" de la marca del producto fueron determinantes para la configuración del acto desleal de engaño.

Precisa que el hecho de que la SIC tomara la inclusión de la expresión "bebida a base de leche" como uno de los elementos que define el actuar desleal, constituye a todas luces una infracción y omisión de la debida aplicación de las normas que gobiernan los requisitos de etiquetado y rotulado en Colombia, ya que dicha inclusión no fue una decisión libre y arbitraria de ALPINA, sino que obedece a un mandato legal contenido en la Resolución 5109 de 2005, pues todos los productores en Colombia deben garantizar que el nombre del alimento esté contenido en la etiqueta, como es el caso:

"Artículo 5°. Información que debe contener el rotulado o etiquetado. En la medida que sea aplicable al alimento que ha de ser rotulado o etiquetado; en el rótulo o etiqueta de los alimentos envasados o empacados deberá aparecer la siguiente información:

5.1. Nombre del alimento

5.1.1 El nombre deberá indicar la verdadera naturaleza del alimento normalmente deberá ser específico y no genérico:

a) Cuando se hayan establecido uno o varios nombres para un alimento en la legislación sanitaria, se deberá utilizar por los menos uno de esos nombres;

b Cuando no se disponga de tales nombres deberá utilizarse una denominación común o usual consagrada por el uso corriente como término descriptivo apropiado, sin que induzca a error o a engaño al consumidor:

c) Se podrá emplear un nombre "acuñado", de "fantasía" o "de fábrica", o "una marca registrada", siempre que vaya junto con una de las denominaciones indicadas en los literales a) y b) del presente numeral, en la cara principal de exhibición (. ..)."

Dado que el producto "ALPILAC" era una mezcla de leche entera, suero de leche, agua, crema de leche, maltodextrina, azúcar, estabilizantes, tripolifosfato de sodio y saborizantes, sin un nombre específico y que no cabe en la definición de leche, lactosuero y/o crema de leche de conformidad con el literal b) del citado artículo 5°, debe utilizarse la denominación común o usual "bebida a base de leche" ya que: i) descriptiva; ii) la leche tiene un 40% de participación; y, iii) recoge gran parte de sus ingredientes, pues tanto el lactosuero y la crema de leche son derivados de ésta.

No debe perderse de vista que ALPINA obtuvo por parte de la autoridad sanitaria -INVIMA- la autorización para la producción y comercialización del producto "ALPILAC" atendiendo a que tal y como estaba concebida su denominación, se ajustaba al tipo de producto anunciado y cumplía con las normas legales respecto de su presentación ante los consumidores.

De conformidad, no puede la SIC determinar que el cumplimiento de las normas de etiquetado y rotulado por parte de mi representada deriva un acto capaz, por sí mismo ni de manera conjunta con otros, de generar engaño en los consumidores, pues el cumplimiento de una norma no puede a su vez constituir la violación a una disposición legal, ya que de configurarse un contrasentido semejante, no sería posible endilgar ningún tipo de responsabilidad a quien es acusado de desconocer el ordenamiento legal, teniendo en cuenta que la conducta del investigado sería consecuencia de un error legislativo.

- **La SIC dio trámite a una investigación "no significativa" por lo cual se extralimitó en la facultad para abrir investigaciones.**

Advierte que la investigación en contra de ALPINA no era significativa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, referente a los propósitos de las actuaciones administrativas, aplicable al caso (Art. 6 inciso final Ley 1340 de 2009), solo se debe dar trámite a aquellas reclamaciones o quejas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la

eficiencia económica, así lo indica la propia SIC (Hoja 9 Resolución Sancionatoria).

Si bien la SIC ha mantenido la posición de que la definición de un mercado relevante no es un prerequisite para abordar el análisis de una violación por competencia desleal administrativa, con lo cual de todas formas se disiente (Hoja 4 de la Resolución Sancionatoria), en todo caso el análisis de significatividad de la investigación fue inadecuado e insuficiente.

Señaló la SIC que la significatividad es la "caracterización del mercado en el cual participan los agentes investigados", con el fin de determinar las condiciones de este y la significatividad. Dicha caracterización no se vio reflejada en ninguno de los documentos sancionatorios. De hecho, se abrió investigación en contra de ALPINA y su producto ALPILAC sin haber una sola señal de la participación de mercado de este producto, de participar que tan representativa era la participación, los lugares del país donde se vendía y el porcentaje que representaba dentro del contexto de un mercado.

Advierte que no hay prueba del tiempo que ALPILAC llevaba en el mercado para decir que era significativo el análisis, tampoco está acreditado el posible perjuicio al que alude la SIC, y mucho menos hay evidencia sobre influencia de la marca en un territorio particular que permitieran concluir que desplegaba un actuar significativo que ameritara la apertura de la investigación.

Explica que la SIC mantuvo la investigación por largos 6 años en los cuales, ALPINA dejó de producir el producto - no porque no fuera claro o engañara- sino porque no tuvo aceptación. La apertura infundada y carente de significatividad y su vigencia sin significatividad, aun después de caducada la atribución sancionatoria NO es una forma de concentrar recursos económicos y humanos para preservar el mercado en los términos de la Ley 1340 de 2009.

- **La SIC imputa responsabilidad ALPINA por el hecho realizado por los comercializadores en los puntos de venta lo cual es contrario al debido proceso y a la apreciación de los hechos y las pruebas en función de cada investigado.**

Señala que, a lo largo de la resolución de sanción, la SIC despliega su análisis respecto lo acontecido en los supermercados y tiendas de barrio respecto de los productos, sin concretar, en todo caso, las evidencias de ALPILAC en tales establecimientos. Concluye que el producto exhibió" en las tiendas y minimercados de barrio en la misma

góndola", (Hoja 16 de la resolución que resuelve el recurso) y que por cuenta de la exhibición realizada por otro sujeto que es ALPINA, hay engaño por parte de ALPINA en dichos puntos de venta, a pesar de que como productor no es el encargado de disponer la exhibición ni de fungir como vendedor del producto en dichos establecimientos.

Como se observa el uso de la frase "el producto se exhibió" no imputa dicha actividad a ALPINA y, sin embargo, le permite concluir a la Superintendencia, que ALPINA es responsable por engaño. Lo que es peor aún, no hay una sola prueba en el expediente que se refiera a que un consumidor en el punto de venta se haya sentido engañado y ni siquiera la propia quejosa da muestras de posible engaño pues esta se basa en lo que ha oído la quejosa en noticias y no en la experiencia de un consumidor a quien se le hubiera provocado engaño o el riesgo de este.

Esta indebida apreciación la corrobora la Entidad al resolver el recurso de reposición que en el capítulo de "CONSIDERANDOS" señala que " el Despacho decidió sancionar a ALPINA; ..., al haberse demostrado en la investigación que en el proceso de comercialización de mezclas lácteas, bebidas lácteas, alimentos lácteos, preparaciones alimenticias y bebidas a base de leche, sus Productos fueron identificados y exhibidos dentro de los establecimientos de comercio con elementos visuales que, en conjunto fueron susceptibles de ser asociados por el consumidor con la leche' IO cual no permitía su diferenciación respecto de esta situación que fue susceptible de inducir a error al consumidor respecto de la naturaleza y características de los productos"

Afirma que la SIC condena a ALPINA como si fuera responsable de la disposición del producto en el establecimiento, sabiendo que ALPINA no es comercializador.

- **La SIC genera una carga a su gusto en la investigación que no están previstas en la ley y que violan la libertad de empresa de ALPINA y su libre autodeterminación.**

Considera que la SIC construyó imaginarios sobre lo que ALPINA debía hacer y a partir de esos imaginarios, generó una carga impropia "de hacer" o "no hacer" que la ley no exige, con lo que la SIC se extralimitó en sus funciones y terminó fallando a partir de sus propios juicios y apreciaciones subjetivas, y no en pruebas. A partir de la indebida apreciación concluyó que ALPINA es responsable.

Explica que es incorrecta la apreciación de la SIC cuando afirma que, aunque el productor no tiene poder sobre el comercializador (y a pesar

de eso la sanciona) señala que si tiene el deber de realizar campañas de educación efectivas" y en todo caso, sin embargo, dichas campañas no las tiene como prueba y las excluye del objeto de la pericia.

Indica que no hay una sola norma que imponga esa obligación previamente, pues la ley solo señala que se debe no inducir en error o generar engaño. Mucho menos la ley exige que las campañas sean efectivas.

A pesar de que esta carga no existe en la ley, ALPINA en su mejor diligencia desde el momento mismo de la investigación desplegó actividades para que el ALPILAC se comercializara como bebida a base de leche, tal cual se informaba en la etiqueta y en la información promocional.

Como si fuera poco la Resolución 62848 por la que se resuelve el recurso Hoja 15) para eliminar cualquier contra argumentación de ALPINA resolvió "INISISTIR" "en que antes que realizar campañas para evitar que el consumidor confundiera la naturaleza del producto, resultaba más Coherente [se refiere a ALPINA] modificar los elementos del empaque que inducían en error a los posibles compradores". Con lo anterior, la SIC no solo desconoció las reglas de etiquetado que corresponden al INVIMA, que fue debidamente avalado por dicha Entidad, sino que invadió la esfera de la investigada pues no se entiende como puede sugerir una carga comercial que depende de la voluntad de ALPINA.

Pesar de que la SIC no tiene en cuenta las pruebas, esta Entidad demerita en abstracto las campañas de ALPINA para precaver o evitar confusión y engaño y son calificadas de no coherentes o innecesarias.

- **Caducidad**

Advierte que la SIC actuó habiendo caducado su facultad sancionatoria y en consecuencia careciendo de competencia para hacerlo.

Señala que de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, la facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos 5 años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.

Así, advierte que la queja se presentó el 11 de abril de 2011, por la señora Johanna Sánchez y la sanción fue emitida el 16 de junio de 2017 y notificada según la propia SIC, por conducta concluyente, el 5 de julio de 2017 fecha en la cual se radicó el respectivo recurso.

De tal manera que al no tratarse de un hecho que no puede predicarse de tracto sucesivo no solo porque no existe prueba de ello sino porque es real que la apertura disuadió a los comercializadores en la forma de exhibir el producto, resulta claro que la sanción impuesta el 5 de julio de 2017 supera con creces el tiempo que tenía la SIC para sancionar, pues transcurrieron más de 6 años para sancionar.

3. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Señala que la demandante objetó por error grave el dictamen pericial decretado por la Delegatura para la Protección de la Competencia, rendido por el perito Luis Fernando Rodríguez, esgrimiendo: i) En la diligencia de posesión se indicó que el objeto del dictamen versaba sobre las 'etiquetas y demás publicidad' involucradas en la investigación, sin embargo, solo fueron tenidas en cuenta las etiquetas de los productos. Por ello, consideró que al no haberse expuesto a los encuestados al total de la información (etiquetas y publicidad) tal omisión implicó la modificación de los puntos del dictamen, ii) Insistió en que el perito no tuvo en cuenta para la elaboración del dictamen la publicidad que se realizó para promoción del ALPILAC, la cual fue aportada como anexo en el escrito de descargos tanto este debería ser desestimado.

Así, indica que teniendo en cuenta lo señalado por ALPINA, es importante advertir que no asistió a la diligencia de posesión del perito y por lo tanto no expuso o solicitó que el dictamen se extendiera a otros puntos, tal como por ejemplo lo hicieron NESTLÉ y Sergio Guillermo Correa.

Señala que, en la referida audiencia, se determinó que el dictamen se elaboraría conforme con lo decretado de oficio en el acto de pruebas, esto es: "realizar un estudio para evaluar el efecto de los elementos de las etiquetas y demás publicidad objeto de discusión, en la decisión de compra del consumidor" Es decir, la publicidad sobre la que versaría el estudio era la contenida en las etiquetas de los empaques de los productos investigados, alcance que se entendió comprendido en el término y demás publicidad objeto de discusión. Esto significa que la

publicidad materia de análisis corresponde estrictamente a la contenida en los empaques examinados.

Explica que la oportunidad procesal para extender el objeto la prueba era hasta la de posesión del perito y no con posterioridad, como lo pretendió ALPINA.

Advierte que de la valoración probatoria que realizó la SIC se concluye que la presentación comercial del producto es susceptible de inducir a error al consumidor y por tanto imputar responsabilidad administrativa a ALPINA por competencia desleal y recalcó que los argumentos para objetar el dictamen pericial no cumplen con los supuestos señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, indicó que el demandante alega la configuración del fenómeno procesal de la caducidad, en razón a la fecha en que iniciaron los hechos, circunstancias o acciones objeto de la sanción impuesta por la SIC; aduciendo que de los considerandos señalados por esa Entidad de Inspección, Control y Vigilancia en la resolución sanción, es notable que la iniciación de la conducta reprochada emana en un primer lugar en la comunicación de fecha 13 de abril de 2012, tal y como se indica a folio 2 de la Resolución 37489 de 21 de junio de 2012; de tal manera que no le asiste razón al demandante en sus argumentos.

Advierte que lo primero que debe decirse acá es que cuando se investigan conductas por objeto, se debe tener en cuenta el momento en que la conducta ya no puede llegar a materializarse en el efecto prohibido, para contar desde allí, como último instante de la potencialidad abstracta de la conducta que pudo llegar a causar el daño, el tiempo para que opere la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC.

Ahora bien, esta imposibilidad de consumación puede darse por factores endógenos o exógenos a la voluntad del ejecutor. En el caso que nos ocupa el impedimento para la materialización del efecto de la conducta se debió a un factor exógeno a los investigados, pues dicho instante se materializó en cada una de las oportunidades que el producto ALPILAC se ofreció a los consumidores. En efecto, la conducta anticompetitiva en este caso no cesa con la simple presentación de una denuncia, sino que se perpetúa en el tiempo mientras dicho producto sea ofrecido a los consumidores.

Ahora bien, resta simplemente aclarar cuál es la norma aplicable sobre el tiempo que tiene esta Superintendencia para sancionar. En el caso de conductas continuadas se debe tener en cuenta el momento en

que cesó la conducta para desde allí empezar a contar el término de caducidad.

4. Actuación procesal

Mediante Acta de Reparto del 7 de marzo de 2018, el proceso fue asignado a este Despacho Judicial (Fl. 344), por auto del 10 de abril de 2018, se admitió la demanda, se vinculó como tercero con interés a la señora Johanna Sánchez y se dispuso a dar cumplimiento al parágrafo 1 del artículo 175 del C.P.A.C.A, providencia notificada por estado (Fls. 346 a 350).

El auto admisorio se notificó por correo electrónicos del 10 de julio de 2018 (Fls. 353 a 360) a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La tercera con interés se notificó personalmente el 5 de septiembre de 2018 (Fl. 369).

Por auto del 5 de abril de 2019, se tuvo por contestada la demanda y se fijó fecha para la audiencia inicial (Fl. 386).

La audiencia inicial se llevó a cabo el 13 de mayo de 2019, en la que se realizó el control de legalidad y saneamiento, se fijó el litigio y se decretaron e incorporaron pruebas, se declaró el cierre de la etapa probatoria y se dispuso correr traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran los alegatos de conclusión (Fls. 388 a 392).

La parte demandante presentó alegatos dentro de la oportunidad (Fl. 431).

6. Alegatos de conclusión

6.1 Parte demandante

La parte actora reiteró lo expuesto en la demandada insistiendo en la pérdida de la facultad sancionatoria precisando que no existe prueba alguna que se trata de una conducta continuada y solicitó acceder a las pretensiones (Fls. 414 a 430).

6.2 Parte demandada

No presentó alegatos.

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de la referencia, por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Fijación del litigio

En la audiencia inicial se fijó el litigio en los siguientes términos:

Establecer si por los cargos expuestos en la demanda es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante los cuales se sancionó a la demandante por violación al régimen de competencia desleal y decidió de manera adversa el recurso de reposición, o si por el contrario dichos actos administrativos se encuentran ajustados a derecho, como lo indica la parte demandada.

3. Problemas jurídicos

De conformidad con los hechos y argumentos de la demanda y la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, en el presente asunto se deben resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Se presenta la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio por haberse configurado la pérdida de la facultad sancionatoria prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, para sancionar a ALPINA?

¿La investigación adelantada en contra de ALPINA por competencia desleal resulta irrelevante y, por lo tanto, es procedente la anulación de los actos demandados?

¿Es o no posible que la Superintendencia de Industria y Comercio adelante una investigación en contra de ALPINA cuando el INVIMA autorizó el producto ALPILAC para la venta al público?

¿Se configura la falsa motivación de los actos administrativos demandados y la errada valoración probatoria por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio?

El Juzgado previo al estudio de los cargos y a resolver los problemas jurídicos planteados, procede a realizar pronunciamiento respecto de los hechos probados en el expediente, de la siguiente manera:

- A través de la Resolución 37489 del 21 de junio de 2012 (Fls. 90 a 103) el superintendente delegado para la Protección de la Competencia (E) abrió investigación en contra de varias empresas entre ellas ALPINA para determinar si incurrieron en actos de competencia desleal descritos en los artículos 10,11 y 18 de la Ley 256 de 1996.
- El 8 de septiembre de 2012 (Fls. 105 a 131), ALPINA a través de apoderado presentó argumentos de defensa indicando que no realizó los actos que configuran la competencia desleal referidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Mediante Resolución 71079 del 27 de noviembre de 2014 (Fls. 132 a 151) el superintendente delegado para la Protección de la Competencia decretó pruebas, entre ellas las solicitadas por ALPINA y decretó dictamen pericial en comportamiento del consumidor y semiótica.
- A folios 152 vuelto a 169 obra copia del dictamen pericial en el que se hizo referencia en el numeral 5.23 a la Empresa ALPINA Productos alimenticios S.A. – Producto ALPILAC - Bebida a Base de Leche, etiqueta 111, cuadro 24, en el que se consigna *“que del total de los entrevistados 63% dice que es leche y el 19% dice que es avena”*.
- El 15 de febrero de 2015, (Fls. 170 a 172) la apoderada de ALPINA presenta objeción por error grave al dictamen, edificado en no haberse valorado la publicidad que acompañaba al producto tanto en la comercialización como el ofrecimiento de sus productos.

Asimismo, solicitó se decrete un dictamen con intervención de perito, con el fin de que realice un estudio para evaluar el efecto de los elementos de las etiquetas y demás publicidad objeto de discusión, en la decisión de compra del consumidor, centrándose en las campañas realizadas por la sociedad ALPINA para el producto ALPILAC, para establecer si las campañas publicitarias tienen efecto en la percepción y conocimiento del consumidor.

- A través de la Resolución 42965 del 27 de junio de 2016 (Fls. 173 a 176), el superintendente delegado para la Protección de la

Competencia dispuso entre otras negar la prueba pericial solicitada por ALPINA e indicó que las objeciones serán resueltas en el informe motivado.

- El 7 de julio de 2016 (Fls. 177 a 180) la apoderada de la ALPINA presentó recurso de reposición en contra de la Resolución 42965 del 27 de junio de 2016.
- En el informe motivado rendido por el Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia (Fls. 197 a 236) se resolvió de manera adversa la objeción al dictamen pericial realizado por ALPINA, precisando que la publicidad sobre la que versa el estudio es la contenida en las etiquetas de los empaques analizados de tal manera que el decreto de la prueba *"no hacía referencia a objetos o elementos publicitarios externos al empaquetamiento del mismo, sino aquellos contenidos en los empaques y etiquetas de los productos vinculados con la investigación"*.

En el numeral 9.4.1. se realizó el análisis de la conducta de ALPINA con el producto ALPILAC, en el que se indicó:

"(...)

a) Denominación, nombre comercial y composición del producto

El producto examinado corresponde a una bebida a base de leche Ultra Alta Temperatura UAT (UHT) larga vida, cuya marca y/o nombre es ALPILAC, el cual se ubica en ambas caras del empaque y en la cara frontal se destaca por su tamaño, color y tipografía. Se trata de una palabra compuesta que incorpora como prefijo parte del nombre comercial de la empresa "ALPI" (ALPINA), unido a la expresión "LAC" empleada como sufijo, siendo esta última un término lechero. La denominación del producto "bebida a base de leche entera Ultra Alta Temperatura UAT (UHT) larga vida" se menciona en las dos caras del empaque.

En cuanto a la composición del producto la información consignada en la lista de ingredientes corresponde a: "leche entera higienizada, suero de leche, agua, crema de leche, maltodextrina, estabilizantes (celulosa, microcristalina, carboximetilcelulosa, goma xantana), azúcar, sabor a leche idéntico al natural, estabilizante (tropolisofato de sodio)". Se observa que la leche es el ingrediente principal, lo que en principio permitiría, en ciertos contextos, el uso de términos alusivos a la leche siempre que no induzcan en error al consumidor.

b) Examen de las imágenes y expresiones incorporadas en el empaque
Se observa un splash de un líquido blanco de gran tamaño en la parte inferior del empaque que contrasta con los colores: verde, amarillo y azul ubicados en la parte central y superior del mismo. En la parte superior y

en gran tamaño se encuentra el nombre y/o marca del producto "ALPILAC" y debajo de este se encuentra la expresión "bebida a base de leche". En la parte inferior en menor tamaño se incorpora de denominación del producto "Bebida a base de Leche Entera Ultra alta Temperatura IJAT(UHT) Larga Vida" seguida de la leyenda "No es 100% Leche".

Si bien la presentación del producto incluye en la cara frontal del empaque la expresión "No es 100% Leche", el elemento visual central del producto es un splash de color blanco, ilustración que el consumidor asocia con el producto leche por tratarse de una de las representaciones gráficas recurrente en los empaques de la leche. Sumado a que el riesgo de asociación con la leche es reforzado por el nombre comercial o marca que incluye parte del nombre comercial de la empresa "ALA" (ALPINA) y la terminación "LAC".

Estos hechos son suficientes para concluir que la impresión del consumidor, acerca de la presentación del producto, es susceptible de inducirlo en error respecto de su naturaleza y características, de manera tal que puede basar su decisión de compra en esa circunstancia. Ello, por cuanto, incorpora elementos visuales y gramaticales que lo vinculan de manera directa con la leche.

Lo anterior fue confirmado por el dictamen pericial 1118 ordenado por esta Delegatura en el que se concluyó en relación con el producto de la referencia que "[d]e/ total de los Entrevistados e/ 63% dice que es Leche y el 19% dice que es avena"; los elementos del empaque que condujeron a la asociación con la leche en su mayoría fueron: "[p]orque dice bebida láctea (27%), la leche que se está sirviendo y está salpicando (21%), por el nombre (17%) y contiene calcio (12%)". Es claro, entonces, que el elemento visual central, el splash de color blanco y el nombre comercial "ALPILAC" fueron determinantes en la asociación del producto con la leche, tal como, se señaló inicialmente.

Finalmente, cabe reiterar que de acuerdo con lo indicado en el numeral 7.4. del presente informe, en el que se atendieron las consideraciones respecto de la contradicción del dictamen pericial presentadas por ALPINA, la publicidad a evaluar por esta Delegatura corresponde estrictamente a aquella incorporada en el empaque del producto, lo que es consistente con los hechos y cargos formulados en la resolución de apertura de investigación, y con lo consignado en la audiencia de posesión del perito realizada el 6 de mayo de 2015 119, actuación que constituyó el momento procesal dentro de la presente investigación para formular las inquietudes en relación con el estudio encomendado al perito, a la cual, se insiste, no asistió la compañía, es decir, guardó silencio en relación con sus interrogantes y solo los alegó en la fase de contradicción del dictamen.

Ahora al margen de lo ya anotado, esta Delegatura encontró que los registros documentales de las campañas de información y promoción de la bebida a base de leche ALPILAC aportados como soporte de los hechos informados en declaración por JORGE ALEJANDRO MOJICA, Gerente de marca del negocio de quesos y grasas de ALPINA, revelan que el producto en las tiendas y mini mercados de barrio se exhibió en la misma góndola, estante o nevera de las leches e incluso se identificó, por un comerciante como "leche ALPILAC", lo que deja serias dudas en

relación con la efectividad de las campañas informativas y publicitarias adelantadas por la compañía. Incluso esta información hace parte del material "pedagógico" con el que supuestamente se educó a sus clientes sobre la real naturaleza del producto, lo cual ya no solamente deja duda sobre la efectividad de la campaña sino sobre la idoneidad de la misma".

- El 3 de abril de 2017 (Fls. 237 a 259) la apoderada de ALPINA se pronuncia frente al informe motivado rendido por el superintendente delegado para la Protección de la Competencia, en el que hizo énfasis en la publicidad adicional realizada por ALPINA respecto del producto ALPILAC indicando que la misa no fue tenida en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- A folios 182 a 196 obra copia de los alegatos presentados por ALPINA, mediante los que se hizo énfasis en que el producto ALPILAC no es 100% leche y que es una bebida a base de leche. Asimismo, se hace referencia a material publicitario entregado para la estrategia de exhibición de ALPILAC, el Profe ALPILAC y a la mesa con ALPILAC, por lo que considera que no se incurrió en la conducta endilgada de competencia desleal.
- A través de la Resolución 35143 de 16 de junio de 2017 (Fls. 260 a 279), el superintendente de Industria y Comercio (E) declaró que ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. violó el régimen de competencia desleal por haber actuado en contra del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, y en consecuencia le impuso sanción por la suma de \$8.114.887, entre otras, por las siguientes razones:

"(...) es claro para el Despacho que la presentación comercial del producto es susceptible de inducir a error al consumidor toda vez que el mismo puede basar su decisión de compra en aquella. En ese sentido, resultaron determinantes las referencias a la leche utilizadas en la parte frontal del empaque asociadas al splash blanco.

En efecto, el Despacho verifica que dos de los criterios que utilizaría para el análisis de las conductas desplegadas se encuentran presentes en relación con la conducta del investigado y por ende considera que cuenta con suficientes elementos de juicio para imputar responsabilidad administrativa por competencia desleal con independencia del reproche que se formula a la apreciación conjunta de las pruebas.

En relación con los argumentos que expone el investigado en cuanto a la falta de apreciación conjunta de todas las pruebas que obran

en el expediente, el Despacho considera que las pruebas que fueron debidamente decretadas y practicadas en el curso de la investigación por parte de la Delegatura fueron analizadas y tienen la capacidad de dar certeza respecto de la realización de la Conducta desleal. En ese contexto, el Despacho analizó las actuaciones llevadas a cabo por parte de la Delegatura y considera que en ningún momento esta omitió la valoración de las pruebas legal y oportunamente allegadas a la actuación y de su práctica se pudo establecer la veracidad de los hechos relevantes para la investigación”.

- El 5 de julio de 2017 (Fls. 283 a 296), la apoderada de ALPINA interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 35143 de 16 de junio de 2017, insistiendo en que ALPILAC es una bebida a base de leche, que no es 100% leche, y que al estar presente esa afirmación en el empaque se elimina cualquier posibilidad de que el consumidor pueda concluir que es leche.
- Mediante la Resolución 62848 del 3 de octubre de 2017 (Fls. 297 a 306), el superintendente de Industria y Comercio confirmó la sanción impuesta a ALPINA a través de la Resolución 35143 de 16 de junio de 2017.
- El 12 de octubre de 2017 (Fls. 309 a 312), la apoderada de ALPINA solicitó la adición de la Resolución 62848 del 3 de octubre de 2017, petición que fuera rechazada mediante la Resolución 66202 del 18 de octubre de 2017 (Fls. 313 y 314).
- El 30 de octubre de 2017 (Fls. 317 y 318) la apoderada de ALPINA acreditó el pago de la sanción.

Para decidir los problemas jurídicos, el Juzgado por efectos metodológicos decidirá en primer lugar el cargo relativo a la caducidad de la facultad sancionatoria y en caso de no encontrarse acreditado procederá al estudio de demás los cargos propuestos por la sociedad demandante.

3. Caducidad de la facultad sancionatoria

El artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece:

“CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer

sanciones caducas a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver".
(Subraya el Juzgado)

Con fundamento en lo anterior, las entidades administrativas siempre que adelanten investigaciones, conforme a la facultad sancionatoria, están sujetas a realizar el procedimiento, observando los principios de la función administrativa y así mismo, proferir las decisiones respectivas en los plazos indicados, esto es: i) **3 años para decidir** y ii) **1 año para resolver los recursos presentados, so pena de entenderse fallados a favor del recurrente.**

No obstante, es del caso advertir que en lo relativo a la protección de la competencia, existe norma especial, como lo es la Ley 1340 de 2009, que tiene por objeto "*actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional*".

Para tal efecto, en el artículo 27 se determinó lo siguiente:

ARTÍCULO 27. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. *La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción **por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado*** (Resalta el Juzgado)

Atendiendo lo anterior, en el presente asunto se debe estudiar la pérdida de la facultad sancionatoria de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 340 de 2009.

Para tal efecto resulta relevante hacer la distinción entre conducta instantánea y las de tracto sucesivo, para el momento en que se da inició al cómputo del término de los 5 años, en tanto que la demandante insiste que se debe computar de manera exclusiva a partir de la queja realizada el 11 de abril de 2011, por la señora Johanna Sánchez.

Así, la conducta instantánea se valoraría como una única actuación en un momento determinado, en tanto que la conducta continuada no puede concretarse a esas mismas características, sino que la misma involucra una serie de actos no únicos sino repetidos que se prolongan en el tiempo.

No obstante, ello no puede quedar sujeto a la discrecionalidad y por lo tanto para establecer el punto de contabilización de la conducta necesariamente resulta procedente acudir a las pruebas que reposan en el expediente administrativo.

Sin lugar a dudas, la investigación tiene como punto de partida la queja realizada por la señora 11 de abril de 2011, por la señora Johanna Sánchez, tal y como se precisa en el numeral séptimo de las consideraciones de la Resolución 37489 de 2012 (Fls. 90 a 103), sin embargo, para el Juzgado ello no es indicativo que deba ser el momento en el cual se debe iniciar a contabilizar el término previsto en el artículo 27 de la Ley 340 de 2009, en tanto que los cargos se concretan a la posible comisión de competencia desleal previstos en los artículos 10, 11 y 18 de la Ley 256 de 1996, que establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 10. ACTOS DE CONFUSIÓN. En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento <sic> ajenos.

*ARTÍCULO 11. ACTOS DE ENGAÑO. En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o **como efecto inducir al público a error** sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.*

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

ARTÍCULO 18. VIOLACIÓN DE NORMAS. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa. (Resalta el Juzgado)

No obstante, la Superintendencia en atención a las pruebas recaudadas archivó la investigación en contra de ALPINA respecto de las conductas previstas en los artículos 10 y 18 de la Ley 256 de 1996 y se continuo por lo consignado en el artículo 11 ídem (Fl. 261).

De tal manera que, al estar relacionado el cargo frente a inducir a error respecto del producto ALPILAC, no es posible valorar la presentación de la queja como único y exclusivo punto de partida para computar la caducidad, por cuanto debe valorarse la exposición de los productos a personas diferentes a ALPINA, esto es frente a que "ALPILAC" haya estado frente a la exposición de terceros como los son: distribuidores, vendedores y consumidores.

Para tal efecto resulta de especial trascendencia el testimonio del señor Jorge Alejandro Mojica, quien, en calidad de testigo de ALPINA, en diligencia del 14 de abril de 2015, señaló: i) Que lideró la estrategia de mercadeo de productos de ALPINA y en particular del producto ALPILAC, ii) indicó que a finales del 2011 se empezó hablar acerca del proyecto de "APILAC", y a realizar los estudios para terminar lanzando el producto al mercado en el 2012 o inicios del 2013, iii) ante la pregunta ¿ Actualmente el producto "ALPILAC" se encuentra en el mercado, respondió: No, y ante el interrogante ¿hace cuanto tiempo ALPINA decidió retirarlo? indicó: **febrero o marzo de 2014**, hace mas o menos un año (archivo de audio 0-2015-04-15-50-21-104 expediente administrativo memoria USB fl. 368).

Asimismo, el testigo Álvaro Otalora Chacón, quien, en su condición de director de Desarrollo Tecnológico del ALPINA, indicó que el producto fue sacado del mercado **en febrero – marzo de 2014**, después de un comité de innovación de ALPINA (archivo de audio 0-2015-04-15-50-21-104 expediente administrativo memoria USB fl. 368).

De tal manera que el producto "ALPILAC" se mantuvo en el mercado hasta los meses de **febrero o marzo de 2014**, lo cual permite concluir que en el presente asunto, no se configura la caducidad de la facultad sancionatoria como quiera que entre el **retiro del producto** por parte del ALPINA y la notificación del acto administrativo sancionatorio por conducta concluyente que tuvo lugar el **5 de julio de 2017**, por no se superaron los 5 años que establece artículo 27 de la Ley 340 de 2009, y por tanto, el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria no prospera.

Por lo anterior, el Juzgado se aplica al estudio de los demás cargos. Por efectos metodológicos se resolverán de manera conjunta los cargos relativos a: **i) La SIC dio trámite a una investigación "no significativa" por**

lo cual se extralimitó en la facultad para abrir investigaciones, **ii)** Las Resoluciones 35143 del 16 de junio de 2017 y 62848 del 3 de octubre de 2017 emitidas por la SIC violan el derecho fundamental al debido proceso de ALPINA, por cuanto infringen y omiten la debida aplicación de las normas que gobiernan los requisitos de etiquetado y rotulado de alimentos y **iii)** Las Resoluciones 35143 del 16 de junio de 2017 y 62848 del 3 de octubre de 2017 emitidas por la SIC violan el derecho fundamental al debido proceso de ALPINA, por cuanto infringen y omiten la debida aplicación de la norma de competencia desleal.

Para decidir estos cargos, el Despacho por utilidad conceptual hace referencia a los siguientes conceptos:

- **Competencia del Invima**

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, tiene por objeto ejecutar las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de alimentos y bebidas, conforme a lo previsto en el artículo 4 del Decreto Ley 1290 de 1994 *“por el cual se precisan las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y se establece su organización básica”*, que establece:

“(…)

1. Controlar y vigilar la calidad y seguridad de los productos establecidos en el artículo 245 de la ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes, durante todas las actividades asociadas con su producción, importación, comercialización y consumo.

(…).

15. Identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitarias y procedimientos establecidos y adelantar las investigaciones que sean del caso, aplicar las medidas de seguridad sanitaria de ley y las sanciones que sean de su competencia, de conformidad con la Ley 9 de 1979 y remitir a otras autoridades los demás casos que les correspondan.

(…).

18. Adelantar, cuando se considere conveniente, las visitas de inspección y control a los establecimientos productores y comercializadores de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes, sin perjuicio de lo que en estas materias deban adelantar las entidades territoriales.

19. Autorizar la publicidad que se dirija a promover la comercialización y consumo de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 9 de 1979 y sus Decretos Reglamentarios y en las demás normas que se expidan para el efecto. El INVIMA podrá autorizar de manera general y previa, toda la

publicidad que se ajuste a los criterios generales que para el efecto disponga. [...]"

Por lo tanto, el INVIMA es la autoridad en materia sanitaria, a quien le corresponde autorizar, vigilar y controlar la publicidad contenida en los rótulos de los productos para efectos de que se ajuste a las especificaciones previstas en las normas técnicas.

Sin que ello, impida o limite que la Superintendencia de Industria y Comercio adelante las competencias asignadas por ley respecto de lo relativo a la protección a la competencia, como se pasa a exponer.

- **Competencias de la Superintendencia Industria y Comercio**

La Ley 1480 de 2011 *"Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones"* establece competencias a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio y el Decreto 4886 de 2011 *"por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones"*, establece de manera clara y precisa las funciones en materia de protección al consumidor, dando trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, entre otros aspectos, sobre la responsabilidad por el incumplimiento de las normas sobre información veraz y suficiente de los productos puestos en circulación en el mercado.

En este orden de ideas, al tenor del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 y del numeral 22 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, por regla general le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor, en el evento en que tal facultad no haya sido atribuida a otra autoridad.

A través de la Ley 1340 de 2009 *"Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"*, establece:

"ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.

¹ Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.

(...)

ARTÍCULO 6o. AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio...”.

Por lo tanto, la Superintendencia de Industria y Comercio, es la autoridad competente en materia de protección de la competencia, y de manera privativa conoce de las investigaciones administrativas por infracción de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, prevista en el artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

En cuanto a la trascendencia de la investigación por el Producto “ALPILAC”, el Juzgado acoge por utilidad conceptual lo definido por la Sección Primera del Consejo de Estado en la sentencia del 30 de agosto de 2018² proferida dentro de la acción popular relativa a la protección de los consumidores respecto de los productos relacionados con leche y lactosueros, en tanto que desarrollo el marco legal previsto para ello y determinó la necesidad de la reglamentación, en los siguientes términos:

“XI.4.2. Derechos de los derechos de los consumidores y usuarios

Según el artículo 78 de la Constitución Política, “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”. Específicamente, la norma en cita le impone una obligación de garantía al productor y al comercializador de bienes y servicios, al responsabilizarlos de cualquier perjuicio a la salud, a la seguridad y al adecuado aprovisionamiento de los consumidores y usuarios, generado con ocasión de los productos comercializados.

En concordancia con lo anterior, el artículo 333 superior prevé que el Estado Colombiano debe intervenir los procesos de producción, distribución, utilización y consumo de los bienes a fin de conseguir el

² Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00034-01 (AP) Actor: ALBERTO LEON MARTINEZ ARIAS Demandado: SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD Y OTROS Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS.

mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes. Por ende, la protección de los derechos del consumidor se convierte en una barrera que limita el ejercicio de los derechos al trabajo, a la propiedad y a la libertad de empresa.

Acerca de la ponderación de los intereses constitucionales amparados por los derechos de los consumidores y por el derecho a la libertad de empresa, esta Sección, en sentencia de 15 de mayo de 2014³, precisó lo siguiente:

“[...] En este orden de ideas, se tiene que el reconocimiento de este derecho colectivo busca establecer una suerte de contrapeso a la libertad de empresa proclamada por la Carta como uno de los pilares del sistema económico, en tanto que apunta a focalizar la atención de las autoridades no solo en la promoción de la libre competencia y el eficiente funcionamiento del mercado, sino también en este segmento de la población que por sus características (lega, y por lo tanto, desprovisto de información y conocimiento profundo del bien o servicio que se adquiere) y la posición que ocupa (carente de un poder de negociación significativo en el mercado) tiende a ser la parte débil de las transacciones que tienen lugar con productores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios. La proclamación del Estado social y democrático de Derecho resulta incompatible con una visión del sistema económico que centre la protección constitucional de las relaciones económicas solo en dirección de amparar la libertad de emprender, de contratar y la libre competencia. A causa de la desigualdad propia de las relaciones de consumo, la consideración de la comunidad de personas a quienes se dirige la actividad desarrollada por los sujetos que actúan en ejercicio de las libertades que proclama el artículo 333 de la Constitución y de sus particularidades resulta imperativa⁴.

Dada su posición de inferioridad y necesidad de protección el artículo 78 Superior es explícito en señalar ámbitos que involucran a consumidores y usuarios en los cuales el Estado debe centrar su atención. Es el caso de la regulación del control de calidad de bienes y servicios ofrecidos a la comunidad y de la información que se debe suministrar al público en su comercialización, así como del régimen de responsabilidad imputable a quienes atenten contra la salud, la seguridad o el adecuado abastecimiento de los consumidores y usuarios en la producción y comercialización de bienes y servicios. De aquí el carácter tuitivo del Derecho del Consumo y su preocupación por modular principios clásicos del Derecho Privado como la igualdad y la autonomía de la voluntad, que aun cuando aplicables, son permeados y atemperados por las normas constitucionales que sustentan esta materia.

La protección de los consumidores no es, pues, un asunto que constitucionalmente pueda resultar indiferente para las autoridades. En

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, sentencia de 15 de mayo de 2014, Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00609-01(AP)

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 10 de octubre de 2012, Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00617-01(AP). C.P.: María Elizabeth García González. También, de esta misma Sala de Decisión, sentencia de 20 de junio de 2013, Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00618-01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

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

XI.4.3. Seguridad y salubridad públicas

Sobre el particular, esta Sección, en reciente sentencia de 22 de febrero de 2018⁵, precisó el concepto del derecho colectivo a la salubridad pública, de la siguiente manera:

“[...] La jurisprudencia de lo contencioso administrativo⁶, seguida por la constitucional⁷, ha utilizado indistintamente, como sinónimos, las expresiones salubridad pública y salud pública, e incluso las ha delimitado bajo el concepto de salud humana.

Así, por ejemplo, en la sentencia⁸ de 5 de mayo de 2016, esta Sección precisó:

“[...] Los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas se pueden garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones esenciales de salud pública y de tranquilidad que permitan la vida en comunidad y, por consiguiente, faciliten la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad [...]”.

La **salubridad pública** puede ser definida como una serie de condiciones sanitarias, tanto químicas, como relativas a la organización y disposición del espacio, necesarias para la protección de la vida, salud e integridad

⁵ Sección Primera, Consejo de Estado, sentencia de veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018), consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Radicación número: 68001-23-31-000-2012-00485-01(AP)

⁶ Sección Tercera, Subsección. C, sentencia del 26 de noviembre de 2013 (C.P. Enrique Gil Botero), rad. nro. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP). En idéntico sentido, Sección Primera, sentencia del 27 de julio de 2006 (C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), rad. 41001-23-31-000-2003-01229-01(AP); Sección Primera, sentencia del 13 de agosto de 2009 (C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta), rad. 07001-23-31-000-2005-00014-01(AP).

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-579/15, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸ Radicación nro. 68001-23-31-000-2011-01081-01(AP).

física del ser humano, así como de las especies animales y vegetales presentes en el ecosistema.

Esta definición parte de entender que los problemas de salubridad pública no sólo afectan al ser humano directamente, sino que la afectación que genera en especies animales y vegetales, en sí misma problemática, también conduce indirectamente a la afectación del ser humano por vía alimentaria o cualquier otra forma de transmisión, al reconocer la interdependencia mutua.

De esta manera, la cobertura, prestación eficiente y de calidad de servicios públicos tales como el agua potable, alcantarillado, recolección y adecuado tratamiento de basuras, con y sin riesgo biológico, está directamente relacionada con la creación y mantenimiento de condiciones de salud o salubridad públicas. [...]

Así, la protección de la salubridad o salud públicas implica la prohibición y sanción de ciertos comportamientos, pero también una actividad prestacional por parte del Estado, por ejemplo, en cuanto a la disposición de la infraestructura y servicio público necesarios para crear condiciones adecuadas de sanidad.

Al efecto, define la "Salud Pública" como "[...] la responsabilidad estatal y ciudadana de protección de la salud como un derecho esencial, individual, colectivo y comunitario logrado en función de las condiciones de bienestar y calidad de vida [...]".

Así, en procura de garantizar las condiciones sanitarias necesarias para la protección de la vida, salud e integridad física del ser humano, la Sección Primera ha sostenido que este derecho colectivo debe garantizarse desde una perspectiva doble, esto es: activa y negativa. La primera modalidad, tendiente a la promoción de comportamientos salubres, y la segunda, caracterizada por el abstencionismo de ciertas conductas. Particularmente, en sentencia de 15 de mayo de 2014, se indicó lo siguiente:

"[...] Los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas "se pueden garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (o de realización de un comportamiento los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas "se pueden garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones esenciales de salud pública y de tranquilidad que permitan la vida en comunidad y, por consiguiente, faciliten la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad"⁹. En consecuencia, es claro para la Sala que su vulneración también puede desprenderse tanto de una actitud activa (actuaciones, reglamentos, contratos, etc.), como pasiva (omisión administrativa) de parte de las autoridades responsables de su guarda y realización efectiva [...]"¹⁰.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de noviembre de 2013, Rad. No. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP). C.P.: Enrique Gil Botero.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, sentencia de 15 de mayo de 2014, Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00609-01(AP)

De igual forma, la importancia de los derechos colectivos a la seguridad y a la salubridad públicas, ha sido abordada por esta Sección, entre otras, en la sentencia de 15 de mayo de 2014, en la cual señaló:

"La importancia del cuidado de la salud de las personas y de una adecuada gestión de su entorno, son aspectos esenciales para la efectividad del derecho a la vida y de otros postulados cardinales del Estado social de derecho como la dignidad humana o la libertad, ello se evidencia en lo previsto por el artículo 366 de la Carta, que además de señalar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida como fines sociales del Estado, define como objetivo fundamental de su actividad la solución de necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. Su carácter primordial se plasma también en el artículo 49 Constitucional, que encomienda al Estado la responsabilidad de asegurar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, al tiempo que impone a todos el deber de "procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad". Reflejo de esta última previsión es lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 95 de la Ley Fundamental, que erige en deber ciudadano, expresión del principio de solidaridad, responder con acciones humanitarias "ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas". Finalmente, debe también resaltarse el hecho que el artículo 78 de la Constitución haga reconocimiento expreso de la responsabilidad que deben afrontar los productores de bienes y servicios que, entre otras, atenten contra la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios; la cual, por virtud de lo previsto en la parte final del artículo 88, podrá ser objetiva.

La trascendencia social de los conceptos de seguridad y salubridad pública y del derecho colectivo que fundamentan ha llevado a esta Sala de Decisión a sostener que:

"(...) constituyen **las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad**. Su contenido general implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria"¹¹.

Por ende, dada la amplitud de su radio de acción, como ha sido subrayado por esta Corporación, el derecho colectivo a la salubridad pública "se puede garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de octubre de 2009, Rad. No. 19001-23-31-000-2005-00067-01. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

esenciales de salud pública”¹². En consecuencia, es claro para la Sala que su vulneración también puede desprenderse tanto de una actitud activa (actuaciones, reglamentos, contratos, etc.), como pasiva (omisión administrativa) de parte de las autoridades responsables de su guarda y realización efectiva”.¹³

XI.4.4. La reglamentación técnica de los productos de leche, derivados lácteos y lactosueros en materia de rótulos

Con miras a garantizar la adecuada regulación de la vida económica y orientar las condiciones de salud, el artículo 564 de la Ley 9 de 1979, confiere a la administración la potestad de dictar “[...] las disposiciones necesarias para asegurar una adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades, así como para vigilar su cumplimiento a través de las autoridades de salud [...]”. Con base en ello, el artículo 565 ibídem, atribuyó al Ministerio de Salud, actualmente Ministerio de Salud y Protección Social, la competencia para oficializar las normas técnicas colombianas de los productos alimenticios previstos en el título V de aquella disposición.

Particularmente, el artículo 3 del Decreto 3075 de 1997¹⁴, establece que la leche y sus derivados lácteos son alimentos de mayor riesgo en la salubridad pública, razón por la cual se encuentra sujetos a reglamentos técnicos que definen las características de estos productos, procesos y métodos de producción cuya observancia es obligatoria.

La **leche**¹⁵, por su parte, reglada por el Decreto 616 de 2006¹⁶, es el producto de la secreción mamaria normal de animales bovinos, bufalinos y caprinos lecheros sanos, obtenida mediante uno o más ordeños completos, sin ningún tipo de adición, destinada al consumo en forma de leche líquida o con elaboración posterior.

Cabe precisar que el artículo 3 ibídem define la **leche adulterada** como aquella a la que: i) se le han sustraído parte de los elementos constituyentes, reemplazándolos o no por otras sustancias; ii) ha sido adicionada con sustancias no autorizadas y, iii) por deficiencias en su inocuidad y calidad normal hayan sido disimuladas u ocultadas en forma fraudulenta sus condiciones originales.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de noviembre de 2013, Rad. No. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP). C.P.: Enrique Gil Botero.

¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014) Radicación Número: 25000 23 24 000 2010 00609 01(Ap) Actor: Hermann Gustavo Garrido Prada Y Otros Demandado: Instituto Nacional De Vigilancia De Medicamentos Y Alimentos – Invima, Red Bull Colombia Sas Y Ministerio De Salud.

¹⁴ Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones”

¹⁵ Conforme al artículo 15 del Decreto 616, la leche se clasifica de la siguiente forma: 1) De acuerdo con su contenido de grasa: entera, Semidescremada, Descremada; 2) De acuerdo con su proceso de fabricación: Pasteurizada, Utrapasteurizada, Ultra Alta Temperatura UAT (UHT), Leche Larga Vida, Esterilizada, En polvo y Deslactosada.

¹⁶ MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, “Por el cual se expide el Reglamento Técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano que se obtenga, procese, envase, transporte, comercializa, expendi, importe o exporte en el país”

Es por ello que, a efectos de garantizar la calidad de este producto, el artículo 14 de la citada norma, establece una serie de prohibiciones, de las cuales se resaltan las siguientes:

"[...] ARTÍCULO 14.- PROHIBICIONES. Teniendo en cuenta que la leche es considerada alimento de mayor riesgo en salud pública, queda prohibido:

1. La adición de lactosueros a la leche en todas las etapas de la cadena productiva.

(...).

4. La comercialización en el territorio nacional de productos destinados al consumo humano **con la denominación "leche"**, cuando presenten **modificaciones en su composición natural, tales como: ingredientes, aditivos o cualquier otra sustancia no autorizada por la normatividad colombiana vigente para leches y sus tipos**; como, por ejemplo, maltodextrina, sueros lácteos, aceite de girasol, de maíz, miel, bien sean fabricados nacionalmente o importados.

(...).

PARÁGRAFO 1. Los ingredientes, aditivos o sustancias no autorizadas dentro de la normatividad vigente de que trata el numeral 4o del presente artículo, podrán utilizarse en la fabricación de derivados lácteos, siempre y cuando, lo permita la normatividad específica sobre la materia. [...]" (Resalta la Sala).

Con base en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 del Decreto 616, lo cierto es que tales ingredientes, aditivos o sustancias que no pueden adicionarse a la leche, pueden utilizarse para la fabricación de derivados lácteos, siempre que lo permita la norma específica sobre la materia.

En este orden de ideas, es menester anotar que el artículo 2º la Resolución 2310 de 1986¹⁷, entiende por **derivados lácteos**, los diferentes productos elaborados a base de leche mediante procesos tecnológicos específicos.

Precisamente, el "**lactosuero**" es un producto reglamentado a través de la Resolución No. 2997 de 2007 que, de conformidad con el criterio del Observatorio Agro cadenas Colombia, del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, es un derivado de la leche que se define como "[...] un subproducto de la quesería que se utiliza principalmente en la panificación y elaboración de galletas, con un alto contenido de proteínas y de lactosa [...]"

Ahora bien, debido a la relevancia social que conlleva la regulación de los rótulos a través de los cuales se promocionan los productos alimenticios, la Ley 9 de 1979 en sus artículos 271 al 274, luego de señalar las reglas generales sobre esta materia, habilitó al actual Ministerio de Salud y Protección Social, para que reglamentara este asunto.

¹⁷ "Por la cual se reglamenta parcialmente el Título V de la Ley 09 de 1979, en lo referente a procesamiento, composición, requisitos, transporte y comercialización de los Derivados Lácteos."

En lo que se refiere a los productos analizados en el sub examine, cabe precisar que la Resolución 2310 de 1986, al referirse a las disposiciones aplicables a los **derivados lácteos**, señaló lo siguiente:

"[...] ARTICULO 127. De las prohibiciones en el rotulado. En ningún caso se permite el expendio, exhibición o venta de derivados lácteos en envases que carezcan de rótulo o que teniéndolos contengan la información incompleta, se encuentren deteriorados parcialmente arrancados o incluyan textos ilegibles. **La utilización de marcas, frases, emblemas, signos o representaciones gráficas que pueden producir al comprador confusión, vacilación o duda sobre la verdadera naturaleza del producto o sobre su composición y calidad, así como expresiones tales que exageren la bondad del mismo.** El uso de referencias, consejos, advertencias, opiniones o indicaciones que puedan sugerir que las sustancias o componentes del producto tienen propiedades medicinales o indicaciones terapéuticas de carácter preventivo o curativo. [...]" (Resalta la Sala).

Adicionalmente, en lo relativo al contenido de los **rótulos de los productos con lactosueros**¹⁸ el artículo 10 de la Resolución 2997 de 2007¹⁹, es del siguiente tenor:

"[...] Artículo 10. – Rotulado. Los rótulos o etiquetas de los lactosueros envasados **deberán cumplir con los requisitos establecidos en la Resolución No. 5109 del 2005 del Ministerio de la Protección Social** o en las demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan. [...]" (Resalta la Sala).

Con base en lo anterior, la Sala advierte que la Resolución 5109 de 29 de diciembre de 2005²⁰ dispone lo siguiente:

"[...] Artículo 4°. Requisitos generales. Los rótulos o etiquetas de los alimentos para consumo humano, envasados o empacados deberán cumplir con los siguientes requisitos generales:

1. La etiqueta o rótulo de los alimentos no deberá describir o presentar el producto alimenticio envasado de una forma falsa, equívoca o engañosa o susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto de su naturaleza o inocuidad del producto en ningún aspecto.

2. Los alimentos envasados no deberán describirse ni presentarse con un rótulo o rotulado en los que se empleen palabras, ilustraciones u otras representaciones gráficas que hagan alusión a propiedades medicinales, preventivas o curativas que puedan dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del alimento. Si en el rótulo o etiqueta se describe información

¹⁸ La citada resolución define las siguientes modalidades de lactosueros así: Lactosuero líquido dulce, Lactosuero dulce en polvo, Lactosuero desproteínizado en polvo, Lactosuero deslactosado en polvo, Lactosuero desmineralizado en polvo, Lactosuero parcialmente desmineralizado en polvo, Lactosuero de mantequilla en polvo, Lactosuero ácido en polvo Lactosuero permeado.

¹⁹ "Por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que deben cumplir los lactosueros en polvo, como materia prima de alimentos para consumo humano y se dictan otras disposiciones."

²⁰ Ministro de la Protección Social, "por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado que deben cumplir los alimentos envasados y materias primas de alimentos para consumo humano".

de rotulado nutricional, debe ajustarse acorde con lo que para tal efecto establezca el Ministerio de la Protección Social. [...]

5. Los alimentos envasados no deberán describirse ni presentarse con un rótulo o rotulado empleando palabras, ilustraciones o representaciones gráficas que se refieran o sugieran directa o indirectamente cualquier otro producto con el que el producto de que se trate pueda confundirse, ni en una forma tal que puede inducir al consumidor o comprador a suponer que el alimento se relaciona en forma alguna con otro producto. [...]”. (Resalta la Sala).

Ahora bien, conforme al numeral 5.1 de la citada Resolución, es menester resaltar que: **i)** cuando se hayan establecido uno o varios nombres en la legislación sanitaria para el alimento, se deberá utilizar por los menos uno de esos nombres; y, adicionalmente, **ii)** en la cara principal de exhibición del rótulo o etiqueta, junto a su nombre, en forma legible a visión normal, aparecerán las palabras o frases adicionales necesarias para evitar que se induzca al consumidor en error o engaño con respecto a la naturaleza y condición física del mismo.

Respecto de la lista de ingredientes, según el artículo 5.2.1 de la norma ibídem, deberán enunciarse todos los ingredientes por orden decreciente de peso inicial (m/m) en el momento de la fabricación del alimento e indicarse el agua añadida.

Así las cosas, el productor de las bebidas, mezclas y alimentos lácteos, se encuentra atado al cumplimiento de la normativa técnica citada, con miras a no incurrir en la responsabilidad a la que se refiere el artículo 31 del Decreto 3466 de 1982²¹, sancionable según lo previsto en el artículo 31 ibídem, esto es:

“[...] ARTICULO 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 corresponda 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 expedida 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. [...]”.

De tal manera que lo relacionado con los anteriores productos (Leche, Lactosueros y sus derivados) no es un asunto menor ni carece de significación ni relevancia, como quiera que la protección al

²¹ “Por el cual se dictan 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, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”.

consumidor tiene rango constitucional y para su amparo se han establecido competencias conjuntas tanto por el INVIMA como por la Superintendencia de Industria y Comercio, de tal manera que no resulta aceptable por el Juzgado lo expresado por ALPINA respecto de adelantarse una investigación que no es relevante, cuando se está en presencia de un producto **de venta al público** del que se cuestiona desconocer la libre competencia fundado en lo previsto en el artículo 11 de la Ley 256 de 1996, relativo a inducir a error al consumir respecto de adquirir leche cuando el producto no lo es.

Ahora bien, ALPINA considera que al haber dado cumplimiento a lo ordenado la Resolución 5109 del 2005, no era ajustado a derecho que la Superintendencia de Industria y Comercio adelantara la investigación en su contra y menos aún que la sancionara por infringir el régimen de competencia desleal, premisa que no es de recibo por esta primera instancia, en tanto que, el INVIMA y la Superintendencia de Industria y Comercio tienen competencias claramente delimitadas, de tal manera que cumplir con lo descrito por el INVIMA per se no impide, ni blindo a las empresas productoras de incurrir en acto de competencia desleal, cuyo estudio y competencia es exclusiva de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Bajo esa misma línea argumentativa es de relevante en este medio de control citar lo definido por el Consejo de Estado en la providencia referida²² en cuanto tiene incidencia directa en la protección del usuario y concretamente respecto de actuaciones impuestas para el INVIMA, en cuanto advirtió lo siguiente:

“XII.8.3. De las órdenes dirigidas a proferir una circular conjunta que reglamente el derecho a la veracidad de la información suministrada a los consumidores de bebidas, mezclas y alimentos lácteos.

Al respecto se tiene que la providencia impugnada dispuso lo siguiente:

“[...] 9) ORDÉNASE al INVIMA y a la Superintendencia de Industria y Comercio para que dentro del término de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión y de manera conjunta, procedan a emitir una circular dirigida a todos los productores, fabricantes, y empacadores de productos alimenticios a base de lactosuero u otros componentes similares, mediante la cual les exijan que tales productos en la parte principal de sus etiquetas, y en un tamaño no menor al 10% del rótulo y en letra que contraste con los colores de la etiqueta, deberán incluir la expresión: este producto no es leche, su calidad nutricional difiere de la leche, así como otras disposiciones que

²² Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00034-01(AP) Actor: ALBERTO LEON MARTINEZ ARIAS Demandado: SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD Y OTROS. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS.

consideren necesarias para garantizar el derecho a la veracidad de la información suministrada a los consumidores, advirtiéndolo en todo caso que las disposiciones contenidas en tal acto son de obligatorio cumplimiento y su desatención constituye el incumplimiento de las normas tanto de rotulado como de protección al consumidor. [...]"

Cabe precisar que, a través de memorial de 26 de noviembre de 2015, el apoderado judicial del Instituto allegó la Circular Externa 400-4017-15 de 25 de noviembre de 2015, suscrita por el Director de Alimentos y Bebidas (E) del INVIMA, dirigida a los productores, fabricantes y empaques de productos alimenticios a base de lactosueros u otros componentes similares, en la que se dispuso lo siguiente:

"[...] Dando cumplimiento al fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, subsección "A" del día 29 de octubre de 2015, el Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos INVIMA, hace un llamado a todos los Productores, Fabricantes y Empacadores de Productos Alimenticios a Base de Lacto Suero u Otros Componentes Similares, para que a partir de la fecha se realice el ajuste al rotulado de dichos productos de la siguiente manera:

"En la cara principal de sus etiquetas y en un tamaño no menor al 10 % del rótulo y en letra que contraste con los colores de la etiqueta se debe incluir la expresión "Este producto no es leche, su calidad nutricional difiere de la leche".

Así mismo, el fallo indica: "En todo caso las disposiciones contenidas en el fallo del Tribunal Administrativo son de obligatorio cumplimiento y su desatención constituye el incumplimiento de las normas tanto de rotulado como de protección al consumidor".

Por lo anterior, este Instituto solicita muy comedidamente a todos los Productores, Fabricantes y Empacadores de Productos Alimenticios a Base de Lacto Suero u Otros Componentes Similares a realizar las gestiones a que haya lugar a fin de dar cumplimiento al fallo.

Por ende, si bien la entidad dio cumplimiento a la instrucción judicial, lo cierto es que, en segunda instancia, se modificaron las medidas previstas para conjurar la vulneración y, en tal sentido, la anterior orden ya no resulta procedente [...]"²³

Sin embargo, advirtió el apelante que: "[...] no se puede entender que con esta circular queda reglamentado el tema del rotulado, pues ello es competencia del Ministerio de Salud y de la Protección Social, pues su competencia es únicamente la de ejecutar las normas sanitarias de esa cartera, por lo que no puede entrar a tomar medidas sanitarias, ni mucho menos a sancionar a los titulares de los registros sanitarios concedidos, pues éstos fueron obtenidos bajo la órbita legal de la normatividad sanitaria vigente [...]"²⁴.

Efectivamente, tal como se señaló en precedencia, al Ministerio de Salud y Protección Social, como ente rector de la Política Sanitaria del país, le corresponde oficializar las normas técnicas colombianas para

²³ Folio 1831 del cuaderno 3 del expediente.

²⁴ *Ibíd.*, folio 1997 del cuaderno No. 4.

todos los productos que cubre la Ley 9 de 1979 y expedir las disposiciones necesarias para asegurar una adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades, conforme lo disponen los artículos 564 y 565 de la Ley 9 de 1979.

La Sala concuerda con los sujetos procesales demandados y el Ministerio público, en cuanto a que el vacío reglamentario advertido no puede ser subsanado a través del ejercicio de la función otorgada al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos en virtud del ordinal 19 del artículo 4 del Decreto Ley 1290 de 1994, toda vez que el ejercicio de control que adelanta este Instituto se enmarca en la aplicación de las disposiciones técnicas generales que deben cumplir los alimentos envasados sobre los requisitos de rotulado o etiquetado previstas en la Resolución 5109 de 2005, proferida por el Ministerio de Protección Social, actualmente Ministerio de Salud y Protección Social. Es decir que no hace parte de las competencias del INVIMA definir el reglamento técnico que contenga las características de los productos analizados en el sub examine y de sus procesos y métodos de producción, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables.

Por ello y dado que se advierte que este vacío normativo afecta al sector lechero nacional, tal como lo reconoce la ficha técnica de la política agropecuaria formulada por el Ministerio de Agricultura en el 2010²⁵, se modificará la orden proferida por el a quo en el sentido de exhortar a la entidad ministerial para que adopte el reglamento técnico específico para esta tipología de derivados lácteos".

Por lo anterior en la parte resolutive del mencionado fallo, se dispuso:

"(...)

4) ORDENAR al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA lo siguiente:

(...)

c) Dentro del término de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión, deberá solicitar ante el Ministerio de Salud y Protección Social y asistirlo en lo que requiera, para que este emita un reglamento mediante el cual precise a los fabricantes de derivados lácteos bajo qué condiciones un producto puede denominarse "alimento lácteo" o "bebida láctea", esto es, a partir de qué porcentaje de leche o de qué cantidad del ingrediente "leche", un producto puede denominarse así. En todo caso, el Ministerio deberá especificar que, en virtud de la protección de los derechos de los consumidores, el producto que así fuere denominado deberá tener a la leche como uno de sus ingredientes principales. Por otra parte, dentro del mismo acto, el Ministerio deberá precisar el alcance de los términos "preparación alimenticia a base de leche" y "bebida a base de leche" y bajo qué condiciones técnicas, tales referencias pueden ser usadas.

d) Dentro del término máximo de tres (3) meses, contados a partir de la notificación de la presente providencia, deberá adelantar las visitas de inspección y control a las sociedades condenadas productoras de las

²⁵ *Ibíd.*, folio 1777 del cuaderno 3.

bebidas, mezclas y alimentos lácteos y vigilar que la publicidad de los rótulos de estos productos cumpla con lo dispuesto en la norma técnica, así como, adelantar las investigaciones y aplicar las sanciones y medidas de seguridad sanitaria, aplicables al caso, de conformidad con las consideraciones previstas en la parte motiva de esta sentencia. En el evento en que el Instituto identifique infracciones por parte de los productores que puedan constituir presuntas prácticas de competencia desleal deberá efectuar el traslado de los hallazgos a la Superintendencia de Industria y Comercio, para lo de su competencia".

A partir de lo expuesto, lo relativo a las bebidas y alimentos son de vital importancia y por lo tanto debe atenderse no sólo lo definido por el INVIMA, sino que la presentación del producto no afecte la libre competencia, ni desconozca los derechos de los consumidores, máxime cuando quedó en evidencia que lo dispuesto en la Resolución 5109 del 2005, es insuficiente para garantizar la protección a los consumidores y por lo mismo el Consejo de Estado ordenó establecer la formas para su adecuada presentación, razones por las que los cargos analizados no prosperan.

Procede el Juzgado a realizar el estudio conjunto de los cargos: **i)** Las Resoluciones 35143 del 16 de junio de 2017 y 62848 del 3 de octubre de 2017 emitidas por la SIC violan el derecho fundamental al debido proceso, incurrir en error de hecho y de derecho y adolecen de motivación, **ii)** La SIC imputa responsabilidad ALPINA por el hecho realizado por los comercializadores en los puntos de venta lo cual es contrario al debido proceso y a la apreciación de los hechos y las pruebas en función de cada investigado y **iii)** La SIC genera una carga a su gusto en la investigación que no están previstas en la ley y que violan la libertad de empresa de ALPINA y su libre autodeterminación, en cuanto guardan relación con los argumentos y valoraciones probatorias realizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

En este punto conviene precisar que en la Resolución 35143 del 16 de junio de 2017 (Fls. 260 a 279) se determinó que ALPINA "violó el régimen de competencias desleal por haber actuado en contra del artículo 11 de la Ley 256 de 1996" por las siguientes razones:

"7.4.2. Sobre la imputación de la conducta de los productores investigados en relación con la infracción al artículo 11 de la Ley 256 de 1996 (actos de engaño)

Dispone el artículo 11 de la ley 256 de 1996 lo siguiente:

"Artículo 11. Actos de engaño, "En concordancia con lo establecido por, el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del convenio de París, aprobado mediante ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error,

sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar sean susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos".

La norma citada incorpora una serie de conductas que se presumen desleales, que se pueden agrupar en las siguientes tres categorías:

(i) Utilización o difusión de aseveraciones o indicaciones incorrectas o falsas que sea susceptible de inducir en error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimiento ajenos.

(ii) La omisión de indicaciones verdaderas que sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimiento ajenos.

(iii) Cualquier otro tipo de práctica que sea susceptible de inducir en error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimiento ajenos.

De acuerdo con lo anterior, la Delegatura evaluó la presentación comercial de las mezclas lácteas, bebidas lácteas, alimentos lácteos, preparaciones alimenticias, fórmulas lácteas y bebidas a base de leche para determinar si se indujo en error al consumidor respecto de su naturaleza, el modo de fabricación o las características de las mismas. Para tal efecto, examinó dos supuestos planteados en la resolución de apertura de investigación en los cuales basó la conducta engañosa:

(I) Los productos investigados no deben denominarse como tal (dada la definición de leche) ni por el productor, ni en los canales donde se exhiban y comercialicen.

(II) El diseño y la información contenida en el empaque de los productos investigados, presuntamente, pueden inducir a error al consumidor respecto de la verdadera naturaleza del producto.

En cuanto al primer criterio, relacionado con la naturaleza y denominación de los productos bajo estudio, el Despacho comparte las consideraciones de la Delegatura al indicar que el uso de términos alusivos a la leche se encuentra permitido para hacer referencia a la naturaleza, denominación y composición de los productos, siempre que no induzcan a error al consumidor.

En consecuencia, no se considera como generador de engaño hacer uso de la expresión leche cuando se utiliza al momento de indicar los ingredientes o componentes del producto toda vez que efectivamente estos la contienen y tal mención corresponde incluso al cumplimiento de normas sanitarias. Ahora bien, este Despacho considera que se

configura una conducta engañosa en los términos del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, cuando el nombre, marca o signo distintivo de los productos incluye la palabra "leche", haciendo una referencia directa a la misma, o cuando aun haciendo una referencia indirecta a la leche, tal mención termina siendo susceptible de inducir a engaño a los consumidores. De esta manera, aquellos productores que utilicen la palabra leche en la denominación misma de sus productos serán sancionados.

En cuanto a la aplicación del segundo criterio relacionado con el uso en los envases, etiquetas y rotulaciones de los productos bajo estudio de expresiones, ilustraciones e imágenes tales como el animal bovino productor, o que contengan vasos, jarras o recipientes con liquido blanco, el uso de splash blanco, cantinas u otros contenedores especializados que resulten evocativos de la leche, el Despacho difiere de la conclusión a la que llegó la Delegatura al indicar que dicho uso efectivamente genera la susceptibilidad de llevar al consumidor a percibir y a vincular los productos de manera directa con la leche.

Con base en que los productos en cuestión incorporan como ingrediente principal la leche, el Despacho no encuentra que el uso de expresiones, ilustraciones o imágenes que evoquen al animal bovino productor, vasos, jarras, recipientes con liquido blanco, splash blanco, u otros contenedores usados regularmente para la leche, corresponda a la utilización o difusión de aseveraciones o indicaciones que puedan ser incorrectas o falsas que sean susceptibles de inducir en error a los consumidores a las que se dirige.

Para el Despacho, el uso de estas imágenes, ilustraciones y expresiones en los envases, etiquetas y rotulaciones de las mezclas lácteas, bebidas lácteas, alimentos lácteos y/o preparaciones alimenticias, bien pueden hacer referencia al componente principal de dichos productos (leche), así como a su origen (animal bovino productor) y características tales como el color del producto (liquido blanco). De esta manera, para el Despacho el uso de imágenes tales como un animal bovino productor, vasos, jarras, recipientes con líquido blanco, splash blanco, cantinas u otros contenedores no puede por sí mismo considerarse como suficiente para inducir a engaño, ya que estas deben analizarse en conjunto con otros elementos incluidos en los envases, especialmente con la utilización de expresiones directamente evocativas de la leche.

Sobre este punto, esta Superintendencia en decisiones jurisdiccionales respecto de casos de competencia desleal relacionados con actos constitutivos de engaño, ha señalado que a pesar de que los elementos utilizados para promocionar un producto (imágenes, gráficos y expresiones etc.) individualmente considerados no puedan producir efectos de engaño, analizados en su conjunto y de acuerdo a la forma en que sean utilizados, si pueden llegar a constituirse en una conducta idónea para inducir a engaño al consumidor, Particularmente, en Sentencia No. 026 del 6 de diciembre 2010, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales indicó lo siguiente:

"(...)

Ciertamente, del estudio del contenido de la pruebas documentales aportadas al expediente por las partes - catálogos de venta de la

demanda puede concluirse que aun cuando los elementos utilizados para promocionar a "Ebel Paris" y los productos franceses - imágenes, gráficos, textos alusivos a Francia y Paris- de la pasiva, individualmente considerados no podrían producir los efectos de engaño en el consumidor denunciados por la actora lo cierto es que ellos en conjunto tal y como fueron manejados al lado de los productos de Ebel con origen francés, aquellos que no lo eran, resultó ser una conducta idónea para inducir a engaño al consumidor acerca de la procedencia de la totalidad de los productos ofrecidos. (...)"

(Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Despacho tendrá en cuenta los siguientes criterios de análisis para efectos de determinar la responsabilidad de los investigados:

(i) Aquellos productores que utilicen en sus empaques expresiones relacionadas con la leche serán sancionados. En este grupo se incluirían aquellos productores que hayan hecho uso de la expresión leche o evocativas a esta en la parte frontal del empaque, así como también al reverso del mismo, por ejemplo, en las instrucciones de preparación del producto.

(ii) Sin embargo, no se considerará causante de engaño utilizar la expresión leche cuando se indique en los ingredientes del producto, toda vez que efectivamente lo contiene y tal mención constituye incluso una obligación sanitaria.

(iii) La utilización de imágenes evocativas de la leche como el animal bovino productor, un vaso con splash blanco, ambiente campestre, entre otros, no serán considerados por sí mismos suficientes para inducir a engaño. En aquellas imágenes cuyo uso fuera exclusivo para la leche, como el caso de la cantina, será objeto de reproche así no se mencionara la expresión "leche" o similares. En este sentido, estas imágenes solamente serían susceptibles de inducir a engaño si se analizan en conjunto con otros elementos, principalmente la utilización de expresiones evocativas de la leche.

Aplicando lo anterior al caso concreto, el Despacho expondrá su análisis en relación con la conducta de cada uno de los productores investigados y determinar si estos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 256 de 1996: (i) utilizaron o difundieron aseveraciones o indicaciones incorrectas o falsas; (ii) omitieron indicaciones verdaderas; o (iii) desplegaron cualquier tipo de práctica que fuera susceptible de inducir a error a los consumidores sobre la naturaleza y características de sus productos.

7.4.2.1. Análisis concreto de la conducta de Alpina

Producto: Bebida a base de leche Ultra Alta Temperatura UAT (UHT) larga vida ALPILAC

- El nombre, marca o signo distintivo del producto "ALPILAC" no hace referencia directa o expresa a la leche, por lo que no es susceptible de inducir a error. En relación con el uso de la partícula "LAC", este Despacho no considera que la misma, individualmente considerada,

induzca a error o engaño al consumidor por lo que, en ese sentido, no la utilizará como un elemento visual que tenga la capacidad de respaldar la determinación de sancionar al investigado.

- *En la parte frontal del empaque se incluye la expresión "bebida a base de lechen en la parte superior debajo del nombre y en la parte inferior, lo cual individualmente considerado no es susceptible de inducir a engaño.*
- *El Despacho no encuentra que en el envase del producto se hayan utilizado o difundido aseveraciones o indicaciones falsas o incorrectas, o que se haya omitido información verdadera, ya que se identifica claramente el producto como "bebida a base de leche entera Ultra Alta Temperatura UAT larga vida" y se indican con claridad sus ingredientes.*
- *El empaque contiene una imagen del splash blanco que no resulta evocativa de la leche y que por sí sola y considerada aisladamente no induce a engaño, pero sí refuerza la inducción al error generada por el uso de la expresión "bebida a base de lechen dos veces en la parte frontal del empaque.*

Por lo analizado, es claro para el Despacho que la presentación comercial del producto es susceptible de inducir a error al consumidor toda vez que el mismo puede basar su decisión de compra en aquella. En ese sentido, resultaron determinantes las referencias a la leche utilizadas en la parte frontal del empaque asociadas al splash blanco.

En efecto, el Despacho verifica que dos de los criterios que utilizaría para el análisis de las conductas desplegadas se encuentran presentes en relación con la conducta del investigado y por ende considera que cuenta con suficientes elementos de juicio para imputar responsabilidad administrativa por competencia desleal con independencia del reproche que se formula a la apreciación conjunta de las pruebas.

En relación con los argumentos que expone el investigado en cuanto a la falta de apreciación conjunta de todas las pruebas que obran en el expediente, el Despacho considera que las pruebas que fueron debidamente decretadas y practicadas en el curso de la investigación por parte de la Delegatura fueron analizadas y tienen la capacidad de dar certeza respecto de la realización de la Conducta desleal. En ese contexto, el Despacho analizó las actuaciones llevadas a cabo por parte de la Delegatura y considera que en ningún momento esta omitió la valoración de las pruebas legal Y oportunamente allegadas a la actuación y de su práctica se pudo establecer la veracidad de los hechos relevantes para la investigación.

Del mismo modo, para el Despacho, el dictamen pericial practicado tiene plena validez y el hecho de que la Delegatura evaluara la publicidad contenida en el empaque no le resta valor probatorio en la medida en que con esa sola verificación se configura la infracción a la norma. Es decir que, si en gracia de discusión, el peritaje se hubiera ampliado al resto de la publicidad relacionada con el producto, la apreciación de la prueba en esas condiciones no generaría la variación de los resultados.

Adicionalmente, se resalta el análisis llevado a cabo por la Delegatura y que comparte este Despacho en el sentido de precisar que los argumentos para objetar el dictamen pericial no cumplen con los supuestos señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a saber:

i) **Cambiar las cualidades propias del objeto examinado.** Corroboró este Despacho que los empaques aportados al expediente por los investigados fueron los que suministró la Delegatura al perito para el estudio, los cuales fueron utilizados en su versión digital para las encuestas. Por lo tanto, no fue cambiada ni alterada la presentación o cualidades del objeto examinado;

ii) **Tomar como objeto de observación una cosa fundamentalmente distinta a la encargada.** Corroboró este Despacho que las encuestas versaron sobre los elementos de las etiquetas de los productos objeto de investigación, Eso descarta, y así lo reconocieron las empresas investigadas, que se hubieran tomado para observación etiquetas o empaques distintos; y,

iii) **Que las tachas por error grave no se refieran a las apreciaciones, inferencias o deducciones del perito.** Lo que evidencia este Despacho del análisis llevado a cabo por la Delegatura, es que los reparos de los investigados se ubican en este campo y así lo indican los argumentos por ellos esgrimidos y referidos a: el número de encuestados no era representativo de la población colombiana, el margen de error en las encuestas del 9.8% hacia descartable el dictamen, las encuestas se habían tomado en el hogar de los encuestados y otros apreciaciones referidas específicamente a la metodología de la encuesta y su resultado, pero no, a aspectos como el objeto o cualidades de los empaques y etiquetas sometidos a análisis en el dictamen pericial.

En esa medida, el Despacho no comparte los argumentos expuestos por el investigado relativos a que el perito debió tener en cuenta la totalidad de la publicidad del producto y no considera que el mismo se encuentre errado y vicié los resultados del trabajo pericial.

Por lo anterior, para el Despacho cobra especial relevancia evidenciar que, dentro de las conclusiones del dictamen pericial practicado, el 63% de los entrevistados dijo que el producto analizado era leche y el 19% dijo que era una avena.

Por otra parte, el Despacho no comparte el argumento del investigado relativo a la falta de análisis de los requisitos exigidos por el artículo 2 de la Ley 256 de 1996 toda vez que en el Informe Motivado la Delegatura con toda claridad precisó que la presente actuación guarda estrecha relación con la investigación adelantada por ella con el radicado No. 10-81730 identificada como "mezclas lácteas I" y que en el Informe Motivado de dicha actuación se explicó en detalle la competencia de esta Superintendencia para conocer y sancionar la realización de actos de competencia desleal en sede administrativa por lo cual consideró suficiente remitir a dichos planteamientos en tanto resultan del todo pertinentes.

Adicionalmente, en el Informe Motivado que se presentó a este Despacho, si se analizó el régimen de competencia desleal y se resaltó que el mismo tiene como objeto garantizar la libre y leal competencia

económica en el mercado nacional y por eso prohíbe a los competidores y otros participantes en el mercado la realización de ciertos comportamientos considerados como desleales.

También señaló la Delegatura que la Ley 256 de 1996 establece su campo de aplicación, determinar los parámetros que debe cumplir una conducta para ser objeto de la protección que esta otorga y que, en particular, fija un ámbito objetivo, subjetivo y territorial de aplicación. En ese sentido, ahondó en cuanto al ámbito objetivo de aplicación y explicó que este supone que los actos se realicen en el mercado con fines concurrenciales lo cual significa que se tenga la intención de disputar la clientela.

En relación con el deber de cuidado, este Despacho considera que el investigado si bien pudo haber empleado recursos destinados a tomar medidas para que el consumidor conociera la naturaleza del producto, no encuentra que tales medidas hayan resultado del todo efectivas para lograr esa finalidad en la medida en que para el momento del recaudo del material probatorio no se logró demostrar que los empaques analizados y la exhibición del producto fueran coherentes con esa intención previa, concomitante o posterior de no inducir a error o engaño al consumidor.

En cuanto a la forma de exhibir el producto, este Despacho considera que el productor si bien no tiene poder sobre los comercializadores, como lo menciona el investigado, sí tiene el deber de realizar campañas de educación efectivas a estos para lograr que el consumidor final no sea inducido a error o engaño lo cual no fue debidamente acreditado en el curso de la investigación. Por el contrario, es importante que se tenga en cuenta que los registros documentales de las campañas de información y promoción aportados como soporte de los hechos informados en la declaración de JORGE ALEJANDRO MOJICA, Gerente de marca del negocio de quesos y grasas de ALPINA, revela que el producto en las tiendas y mini mercados de barrio se exhibió en la misma góndola, estante o nevera de las leches.

Por las razones expuestas, el Despacho considera que el empaque analizado sí configura una infracción del artículo 11 de la Ley 256 de 1996".

Conforme a lo anterior, lo primero que debe resaltar el Juzgado es que no se advierte la falta de motivación del acto administrativo, por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera clara y precisa determinó que la forma en que se hizo referencia a la que expresión "leche", no se ajustaba para dar claridad respecto del producto y del análisis de un sin número de elementos expuestos en el producto ALPILAC concluyó que se presentaba irregularidad que conllevó a la sanción impuesta a ALPINA, sin que ello pueda ser calificado como una falta de motivación.

Para decidir lo referente a la falta de motivación, de manera adicional a lo expresado en el acto administrativo, pero de forma relevante el Juzgado acude a lo definido por el Consejo de Estado en fallo de 30

de agosto de 2018²⁶ ya citado en esta providencia, en cuanto advirtió de manera clara y precisa que la forma en que debe hacerse referencia a los productos con la advertencia de “no ser leche”, aun cuando el mismo sea a base de leche, para lo cual indicó que ello, si es posible realizarse en lo relativo a la parte de los ingredientes.

Nótese que la decisión del Consejo de Estado aunque es posterior a los actos administrativos acá enjuiciados tienen una relación frente a la forma en que se debe transmitir el mensaje a los consumidores y el fallo que se cita es de vital relevancia en cuanto dio ordenes precisas y claras al INVIMA respecto de la manera en que se debe adelantar la reglamentación cuando se trata de productos lácteos o que tengan relación directa o indirecta como se indicó al resolver los tres cargos anteriores, de tal manera que para no incurrir en una cita in extenso de los argumentos del Consejo de Estado, esa misma línea teleológica fue expresada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Asimismo, en el acto administrativo transcrito se hace referencia clara y precisa la evocación conjunta de los símbolos y frases, de tal manera que no es lo mismo exponer de manera reiterada la palabra leche, a incluirla en la parte de los ingredientes. En este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio explicó de manera precisa esa circunstancia tal y como se transcribió.

De tal manera que no se presenta la falta de motivación, por cuanto la superintendencia de industria y comercio hizo claramente la distinción en que el producto ALPILAC si bien no era susceptible de inducir a engaño si lo es para error del consumidor.

Aquí claramente no se presenta la contrariedad que evoca la demandante, por cuanto ambos tienen un alcance diferente, de tal manera que el engaño se concretaría a decir que el producto es leche cuando no lo es, caso que no se presenta en el sub examine. Mientras que error, estaría direccionado a que el consumidor considera que es leche cuando no lo es.

De ahí, que la relevancia de los dos conceptos cobrar relevancia necesaria para decidir cuál es la actuación en la que incurrió ALPINA, y así lo plasmo la Superintendencia del delimitar la calificación de la conducta, en tanto que indicó que la demanda no acudió al engaño,

²⁶ Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00034-01(AP) Actor: ALBERTO LEON MARTINEZ ARIAS Demandado: SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD Y OTROS. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS.

no obstante, de la valoración del empaque de ALPILAC se concluye que el mismo es susceptible de inducir a error.

Por otra parte, la sociedad demandante hace énfasis en que no se valoró de manera conjunta la totalidad de las pruebas que obran en los expedientes como son: i) Material publicitario (POP, brochures), ii) Testimonios de Álvaro Otalora, Claudia Manzano, Jorge Alejandro Mojica y María Carolina Rodríguez y los documentos que aportaron, iii) En el dictamen no se analizó la publicidad del producto "ALPILAC".

El juzgado hará referencia conjunta respecto de las piezas publicitarias como a los testimonios para concluir con lo previsto en el dictamen pericial y demás documentos encontrados en el expediente aportado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

- El señor Álvaro Otalora Chacón (archivo de audio 0-2015-02-16 08-34-08- 013 – Carpeta 11-44619 carpeta publica 12 cd folio 2351 expediente administrativo memoria USB fl.368), quien, en su condición de director de Desarrollo Tecnológico del ALPINA, precisó lo siguiente:

- El producto ALPILAC no es leche, por ser una bebida a base de leche dirigida a las personas de escasos recursos de los estratos 1 y 2 debido a su costo razonable, a la vez que explicó las características de este como sus beneficios.

- Indicó la política de ALPINA de ser transparente y coherente en el rotulado de sus productos, por lo que se parte de una ficha técnica para obtener un registro sanitario y que, en el presente caso, se obtuvo ese registro por parte del INVIMA donde se identificó como una bebida a base de leche.

- Señaló que *"en la parte comercial se hicieron los arreglos necesarios con el equipo comercial, se les entregó un brochure, donde se les explicaba específicamente que esto no podía venderse como leche porque no se constituía y no era leche, eso fue lo que hicimos desde el equipo de diseño y desarrollo de productos"*.

- Frente a la relación de política del producto ALPILAC con el consumidor, precisó que *"solamente yo controlo y diseño el desarrollo del producto, todo lo que tiene que ver con ingredientes, su procesamiento y respondo también por el diseño gráfico y la información técnica enviada al Ministerio, en eso nosotros tomamos medidas básicamente en el diseño gráfico"*, asimismo señaló que el diseño de ALPILAC es diferente de los

productos LECHE ENTERA, LECHE DESLACTOSADA, en la que claramente aparece claramente la palabra "leche", mientras que en ALPILAC aparece la anotación bebida a base de leche y no es 100% leche.

-En los aspectos comerciales refirió que se asesoró al equipo de diseño gráfico para el material POP y el brochure que se entregaba tanto a los vendedores como a los tenderos para que fueran coherentes con la parte grafica.

-En cuanto las instrucciones para la ubicación del producto en tiendas y supermercados, indicó que no tiene conocimiento si por parte de ALPINA se manejó un documento para tal fin.

-Precisó que el producto ALPILAC, fue sacado del mercado en febrero, marzo de 2014, después de un comité de innovación de ALPINA, *"precisamente para mitigar todo este tipo de situaciones y evitar malas confusiones, porque la marca ALPINA y específicamente la de leche, es la que nosotros queremos proteger y adicionalmente para ser coherente un poco con todas estas discusiones y la satanización que de alguna manera se ha hecho sobre el suero"*.

-Seguidamente hizo referencia a las condiciones nutricionales del suero y explicó el proceso de producción de ALPILAC.

-Frente al interrogante de si la etiqueta durante la vida del producto cambio indicó "No es seguro. La verdad no estoy seguro, el producto duro aproximadamente año y medio tal vez, dos años, no estoy seguro y no estoy seguro si cambio, normalmente nosotros a veces cambiamos las etiquetas por problemas de empastelamiento de colores o porque se quiere resaltar algo, se quiere quitar algo y no lo tengo claro".

-Respecto al interrogante ¿Quién en la persona dentro de ALPINA que nos podría dar esta información o nos podría hacer un recuento cronológico de las etiquetas del producto ALPILAC? Respondió "Está la última etiqueta, no hay un histórico, no lo hay" y luego agregó *"yo creo que podríamos revisar si puede haber históricas fotografías, puede haber archivos, si esos archivos están en ALPICA, toca buscarlos"*.

-La Superintendencia en ese sentido hizo el requerimiento de que se aportara el histórico de las etiquetas desde que el producto salió al mercado.

-Finalmente, el testigo hizo referencia a los ingredientes de ALPILAC.

- La señora Claudia Lucia Manzano Arenas (archivo de audio 0 -2015-02-13 08-14-15-066 expediente administrativo memoria USB fl. 368), quien, en su condición de directora de Nutrición de ALPINA, indicó:

-Las propiedades de los productos desarrollados a base de lactosuero.

- Indicó que en la etiqueta del producto ALPILAC se hizo referencia a que el mismo no era 100% leche, que "era un alimento a base de leche" y adicionalmente, *"cuando ya nos dirigimos a punto de venta en este caso a tenderos o grandes superficies, hicimos un documento educativo que hacía mención de las características nutricionales y de los beneficios que tenía el lacto suero"*.

-Frente al interrogante que criterios tiene ALPINA para denominar que un producto es a base de leche, advirtió que "esa es una situación bien interesante, porque desafortunadamente no solo en este tema sino en otros temas regulatorios alimentarios el país tiene un déficit importante en regulación alimentaria, entonces nosotros lo que hacemos en la industria es tratar de adherirnos a lo que puede contemplar la legislación alimentaria para el tema de este tipo de productos, carecemos en el país de una legislación en la que pueda directamente incluirse".

-Respecto del componente mayoritario del producto, indicó que el 60% es leche y el 40% es suero. La denominación para que este acorde con su origen debe primar el componente en mayor cantidad presente en el alimento, en este caso, leche.

- Frente a la pregunta ¿es de su competencia conocer de las decisiones que toma ALPINA respecto de los empaques de los productos? Respondió: *"En este momento si porque actualmente recibo el cargo el 1 de febrero, que es la dirección de asuntos regulatorios y nutrición, en el momento del desarrollo de ALPILAC no, estaba esa decisión de etiqueta, estaba a cargo de la Dirección de Calidad de la compañía, pero si tenía conocimiento del mismo"*.

-Hizo referencia a las características nutricionales del lactosuero.

- El señor Jorge Alejandro Mojica, (archivo de audio 0 -2015-04-14 15-50-21-104 expediente administrativo memoria USB fl. 368), quien, en su condición gerente de marca del Negocio de Quesos y Grasas de ALPINA, señaló:

- Que lideró la estrategia de mercadeo del ALPILAC después de un estudio muy grande que se hizo con consumidor, debido al segmento de las bebidas a base de leche, por lo que llegaron a un producto "a base de leche con lactosuero, que lo que hicimos fue testearlo con consumidor, entender que era lo que pensaban de él, si era bueno si era malo, si creían que podía funcionar si no, todas las virtudes y también las barreras que pueda tener el producto y después de ese estudio fue que se decidió lanzarlo".

-Indica que se hizo el estudio pensando en que pensaban las personas acerca de ese tipo de bebidas y después que pensaban del producto que estaban desarrollando. Lo primero era que en algún momento en el estudio podíamos entender *"que había personas que sentían como que podría ser una leche económica, entonces cuando diferenciaban los diferentes tipos de leche decían oiga existe leche entera, leche deslactosada, la leche en polvo, leche cruda y, existen ahora unas leches económicas en el mercado las cuales no son de muy buen sabor no son de muy buena calidad, pero al final a nosotros nos terminan sirviendo para el consumo diario"*. En cuanto al "producto nuestro decían que era un muy buen producto, que les parecía que podía funcionar en el mercado porque tenía una buena cremosidad, porque no parecía que fuese como lo que ellos decían una leche económica, sino que era un producto muy bueno, cosa que a nosotros nos preocupada mucho porque nosotros desde el negocio de leches debíamos velar por nuestro mismo negocio, uno de los negocios mas importantes de la compañía es leche y no podíamos entrar con un producto en el cual la gente creyera que la estábamos reemplazando".

-Indica como hallazgos principales: Había un poco de rechazo, el producto no estaba bueno y teníamos que estar muy conscientes que teníamos que hacer hasta lo imposible para no dejar que nuestro negocio de leche que ya existía que tiene muchos años, se pueda ver afectado con esto.

-Precisa que el estudio arrojaba" digamos que en algunos casos ciertas confusiones y eso pasaba y era que le estaban diciendo que era una leche barata y una leche económica al final es porque podía generarse confusiones que era lo que estaban

consumiendo las personas, esa fue una de las preocupaciones que tuvimos y de acuerdo a ello fue que se monto el plan de mercadeo para poder contrarrestar una de las barreras que era no afectar nuestro negocio".

-Indica que procedió a indicar por parte de ALPINA que el producto no era 100% leche y que no debía ser confundido con leche, por ejemplo: " El empaque: además de decir ALPILAC bebida a base de leche, decía claramente en el frontal, este producto no es 100% leche, tuvimos material publicitario en tiendas: afiches, salatarines, que estaban digamos que el producto para mostrar que era una novedad, diciendo este producto no es 100% leche, tuvimos unas cuñas de radio, donde decíamos llegó el nuevo ALPILAC de ALPINA, este producto no es 100% leche, digamos que todo el tiempo estábamos haciendo énfasis para que la gente supiera que el producto no era leche al final porque realmente no lo era y que no llegara a confusión, eso desde la comunicación en medio masivos e impresos y en el empaque"

-Por otra parte, *"Nosotros hicimos 3 campañas diferentes de educación al consumidor y educación a los tenderos". Lo primero fue el plan que se llamaba el profe ALPILAC, esta campaña educativa que se hizo principalmente con tenderos y mr shopper que hacen parte de una brigada que nosotros contratamos pero que realmente se hacen pasar como si no estuvieran trabajando, son que van vestidos como de civil y no con uniformes de ALPINA ni nada y van a donde los tenderos y explicaban que es el ALPILAC..."*, precisando que no era leche.

Otro programa era a la mesa con ALPILAC, lo que buscaba no era meterse tanto con clientes o los tenderos sino a los consumidores, lo que queríamos era mostrarle a la gente y explicarle a la gente que era ALPILAC y que al final no fueran a tener confusión con que eso era leche, sino que era una bebida a base de leche.

-Hizo referencia a la forma en que se realizó la elección del nombre de ALPILAC.

Frente a los testimonios rendidos, el Juzgado debe precisar que la sanción ALPINA se edificó en inducir a error, más no en engaño. Para ello, es preciso hacer claridad en que no se cuestionó a ALPINA respecto a decir que ALPILAC era leche cuando no lo era, sino por inducir a creer por parte del consumidor que es leche.

En este punto, los testigos Álvaro Otalora Chacón y Claudia Lucia Manzano Arenas, explicaron el procedimiento realizado para elaborar el producto ALPILAC y sus ingredientes, sin embargo, ello no es trascendente para la investigación con la que continuó la Superintendencia dentro del presente asunto, por cuanto se itera no se endilga a ALPINA la conducta de **engaño** sino de inducción a **error**, de tal manera que lo relevante no es la forma de producción del mismo, sino **la manera en que se presenta y se comprende el producto por el consumidor**.

Así, cobra especial relevancia lo expresado por el testigo Jorge Alejandro Mojica quien puso de presente que ALPILAC generaba confusión, incluso antes de salir al mercado y una vez expuesto al consumidor fue necesario realizar actividades para que no se confundiera ALPILAC con leche, pese a que en el empaque se hizo referencia a que este no era leche por tratarse de una bebida a base de leche.

De tal manera que, si bien ALPINA acudió a implementar las 3 medidas explicadas por el testigo Jorge Alejandro Mojica, para corregir la percepción del producto, es precisamente esa la razón por que ALPILAC no era claro para el consumidor, como bien lo expuso la Superintendencia demanda al resaltar que a pesar de haberse hecho referencia a no ser 100% leche, la forma de la presentación en conjunto, llevaba a una percepción diferente, esto es, a tenerlo como leche.

Por lo tanto, es necesario hacer énfasis en que la sanción está direccionada a la forma en que se percibió el producto, por cuanto el mismo no era claro y no al proceso de producción de este; así cobra especial relevancia lo expuesto por el testigo Jorge Alejandro Mojica, al afirmar que se catalogaba por algunos los tenderos como una leche barata, razón por la cual no se discute y menos se sanciona a ALPINA por la apertura de nuevo mercado a base del lactosuero, no. La sanción está edificada en la falta de claridad y precisión para el consumidor, por cuanto en la forma en que se construyó la etiqueta apunta a generar la confusión, tanto que ALPINA optó por realizar actividades para precisar la real naturaleza del producto.

En este punto, es pertinente citar nuevamente al Consejo de Estado en fallo del 30 de agosto de 2018²⁷, por cuanto al realizar la valoración en conjunto de la presentación de una bebida a base de leche, indicó:

(...)

Así, al igual que en los casos anteriores, el empaque genera una imprecisión al cliente sobre la verdadera naturaleza del producto que se le está ofreciendo, atendida la palabra "milk" en conjunto con la representación gráfica del rótulo, todo ello asociado con la leche, pese a que el empaque también contiene la frase "a base de leche", pues ésta se encuentra en una letra mucho más pequeña en la parte inferior del empaque, difícilmente perceptible por el consumidor, puesto que tampoco resalta en el empaque como si lo hacen las palabras "larga Vida" y "UTH (UHT)", que por lo general pueden ser asociadas con el producto "leche".

En razón de lo anterior, los consumidores relacionan el producto con leche, lo cual no es acorde con la realidad, haciéndolos incurrir en error, generando de tal manera la transgresión al derecho colectivo que les asiste. [...].

Analizado el rótulo, se observa que al igual que con el producto FORTIMILK, la representación gráfica de las vacas y la palabra "milk", hace que el consumidor relacione la naturaleza del producto con "leche", vulnerando así los derechos de los consumidores. [...]"

Bajo tal prisma, cobra relevancia el dictamen pericial rendido dentro de la actuación administrativa (Fls. 154 vuelto a 169) y en el cual se concluyó:

"(...)

5.23 Empresa ALPINA Productos Alimenticios S.A.

Producto Alpilac - Bebida a Base de Leche

Etiqueta número 111

Cuadro número 24

Se evidencia una nula asociación con el producto (Bebida a Base de Leche). Ninguno de los Encuestados dio esa respuesta.

²⁷ Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00034-01(AP) Actor: ALBERTO LEON MARTINEZ ARIAS Demandado: SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD Y OTROS. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS.

- *Del total de Entrevistados el 63% dice que es Leche y el 19% dice que es Avena.*
- *El 99% de los entrevistados se mantiene en su respuesta inicial al observar con mayor detenimiento la etiqueta.*
- *Los elementos de la etiqueta que contribuyen a la asociación de que es Leche en su mayoría son: Porque dice bebida láctea (27%) la leche que se está sirviendo y está salpicando (21%), por el nombre (17%) y contiene calcio (12%).*
- *Con respecto al conocimiento del producto, el 6% de los Encuestados dijo Conocerlo. De este total, el 50% si lo ha comprado y las razones más importantes son que es nutritivo, la marca es reconocida, tiene buen sabor, es un producto para niños, es económico, es espeso y es de buena calidad, y el 50% no la ha comprado porque prefiere otra marca y no ha probado el producto..."*

De la valoración de los testimonios y del dictamen transcrito, esta primera instancia encuentra ajustado a derecho el acto sancionatorio, en tanto que se hizo referencia clara y precisa a que el producto ALPILAC inducía a error al consumidor, aspecto conocido por ALPINA Ex -ante al lanzamiento del producto como bien lo expuso el testigo Jorge Alejandro Mojica y demostrado en el dictamen como quiera que se determinó el grado de percepción de leche en un 63% y en un 19% en avena, sin que ninguno identificara que se trataba de una bebida a base de leche distinta de los 2 anteriores.

De tal manera que la calificación realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio respecto del producto ALPILAC no adolece de la falsa motivación alegada, ni en el desconocimiento del material probatorio.

Otro asunto que resulta relevante es que ALPINA estructura la nulidad de los actos demandados en la no valoración de los testimonios, el material publicitario adicional y las falencias del dictamen pericial por no haber valorado material diferente a la etiqueta de ALPILAC.

Como se expuso, los testimonios rendidos por los señores Álvaro Otalora Chacón y Claudia Lucia Manzano Arenas, se centraron en explicar el proceso de preparación de ALPILAC y no la percepción del consumidor, razón por la cual los mismos no resultan útiles, necesarios ni conducentes para valorar la **percepción del producto por parte del consumidor**, en tanto que se enfocaron en expresar los beneficios del producto, cuestión que no se discute dentro del presente asunto como

ya se ha venido precisando.

Por otra parte, como quedó expuesto el testimonio del señor Jorge Alejandro Mojica, quien participó en la estrategia comercial de ALPILAC expuso las debilidades del producto previo a su lanzamiento, concretamente lo relativo a la confusión con la leche, circunstancia que si se presentó como él lo afirmó y para lo cual ALPINA acudió a tres campañas con el fin de hacer claridad en ello.

Este es un elemento central en los cargos de la demanda, en tanto que ALPINA considera que las campañas como otras piezas publicitarias han debido ser valoradas por el perito y por lo mismo edifica su reproche en las conclusiones del mismo, sin embargo, para el Juzgado las demás piezas no inciden en la percepción del consumidor como quiera que **no hacen parte del producto**, es decir, si bien se realizaron las campañas estas **no influyen en la presentación del mismo** como claramente se determinó en las conclusiones realizadas por los consumidores de ALPILAC quienes afirmaron que era leche y avena.

Asimismo, es del caso indicar que el artículo 167 del Código General del Proceso establece:

"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

La carga de la prueba en este asunto cobra especial relevancia como quiera que ALPINA cuestiona la valoración realizada por la

demandada, sin embargo, dentro del presente medio de control no aportó prueba alguna para cuestionar lo realizado en el procedimiento sancionatorio adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio, es decir que no demostró de manera alguna que de haberse valorado las demás piezas publicitarias el resultado de quienes valoraron el producto categóricamente hubiera sido afirmativo se ser una bebida a base de leche y no leche ni avena.

Bajo tal lógica, ALPINA acudió a enunciar lo que a su juicio constituía una indebida valoración probatoria, sin haber cumplido la carga de la prueba que le asistía, no obstante, el Juzgado, como se expuso en precedencia procedió a la valoración en conjunto de estas para determinar que la conclusión a la que arribó la Superintendencia de Industria y Comercio se ajusta a derecho.

Así, analizados los cargos propuestos por la demandante y ante la inexistencia de su comprobación como la ausencia probatoria para determinar una conclusión diferente a la arribada dentro del proceso sancionatorio adelantado en contra de ALPIANA, los cargos no prosperan y en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenará en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO. En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

CUARTO. Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el Sistema de Gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ERICSON SUESCUN LEÓN

Juez

oms