



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 17876 - - DE 2023

(11 ABR 2023)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación No. 23-75698

VERSIÓN PÚBLICA

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las conferidas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Ley 1480 de 2011 y el numeral 6 del artículo 11 del Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el 30 de marzo de 2022, la Subsecretaria de Inspección, Vigilancia y Control de la Secretaría de Seguridad y Justicia de **LA ALCALDÍA** de Santiago de Cali (**LA ALCALDÍA**), mediante la Resolución número 4161.060.9.8.002, impuso a **ALMACENES ÉXITO S.A. (LA SOCIEDAD)**, identificada con el NIT 890.900.608-9, una multa por la suma de \$80.000.000. La sanción se basó en la vulneración por parte de **LA SOCIEDAD** de los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo establecido en el numeral 2.1 y sus subnumerales del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio. De acuerdo con **LA ALCALDÍA**, **LA SOCIEDAD** informó a los consumidores que, para acceder al beneficio de la exención del IVA otorgado por el Gobierno Nacional, debían registrarse en una base de datos de su propiedad, y difundió publicidad en la que se afirmaba que en Almacenes Éxito se contaba con un mayor número de bienes cubiertos por la exención del IVA.

SEGUNDO: El 21 de abril de 2022, **ALMACENES ÉXITO S.A.**, a través de un apoderado especial, interpuso los recursos de reposición y, en subsidio, el de apelación, con la intención de revocar el cargo único relacionado con la presunta vulneración de los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo señalado en el numeral 2.1 y sus subnumerales del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio. La presunta infracción estaría relacionada con información no veraz e imprecisa, y publicidad engañosa.

TERCERO: Que **LA ALCALDÍA**, mediante la Resolución número 4161.060.9.8.033 del 20 de diciembre de 2022, resolvió el recurso de reposición en el sentido de CONFIRMAR la decisión impugnada y CONCEDER el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto ante la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de esta Superintendencia. El recurso de apelación, por competencia, fue trasladado al despacho de la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor mediante el oficio 23-75698- -1-0 del 3 de marzo de 2023.

CUARTO: Para sustentar su impugnación **LA SOCIEDAD** formuló los siguientes argumentos:

4.1. Vulneración a los principios de congruencia e identidad de los actos en materia sancionatoria, así como al derecho fundamental al debido proceso.

La apelante argumentó que **LA ALCALDÍA** de Santiago de Cali no proporcionó una descripción clara y detallada de las condiciones de modo, tiempo y lugar de comisión de las presuntas conductas violatorias de la normatividad de protección al consumidor al profesar el acto administrativo por el cual se decide la actuación administrativa. Según la Defensa, no se entendía con claridad la conducta que se le reprochaba, el espectro temporal objeto de estudio, el problema jurídico que pretendía resolver **LA ALCALDÍA**, la manera como se hizo material el cargo y en

RESOLUCIÓN NÚMERO 17876 - - DE 2023

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

general el alcance del reproche. También observó que al carecer de un espectro temporal bien definido y delimitado, la sanción incluyó no solo la jornada de días sin IVA del 19 de junio de 2020, sino también las otras jornadas posteriores, incluso posteriores al pliego de cargos cuya fecha corresponde al 30 de junio de 2020. Además, destacó la utilización de la palabra "jornadas de día sin IVA" entre comillas en lugar de "jornada", como una manera mediante la cual **LA ALCALDÍA** expandió el objeto de estudio del problema jurídico que estaba considerando.

En resumen, la Defensa alegó que el pliego de cargos carecía de precisión y claridad, vulnerando así el derecho fundamental al debido proceso y los principios generales del derecho de congruencia e identidad de los actos en materia sancionatoria. Resaltó que, en la forma en que fue sustentada la sanción por la autoridad, no se podía individualizar qué hechos y qué espacio temporal sustentaba la sanción, teniendo en cuenta el cargo único. Por lo tanto, argumentó que no sería dable en derecho indicar que la sanción solo se impuso por el tema de la obligación del registro en la base de datos, dado que la autoridad la sustentó como un todo indivisible. Todo esto fue expuesto con base en fragmentos de la Resolución número 4161.060.9.8.002 de 2022.

4.2. ALMACENES ÉXITO S.A. no incurrió en incumplimiento del artículo 23, 29 y 30 de la ley 1480 de 2011.

La apelante reiteró su línea argumental que había venido siguiendo en los oficios de descargos y alegatos de conclusión en el procedimiento sancionatorio. En primer lugar, se refirió a lo que se entiende por publicidad y se apoyó en la definición contenida en el 5° del Estatuto del Consumidor, así como en aportes de doctrinantes y decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio. También citó jurisprudencia de la Corte Constitucional donde se ha desarrollado el concepto de publicidad.

Lo anterior llevó a la conclusión de que, según las características definidas para el concepto de publicidad, la pieza objeto de investigación no corresponde a una pieza publicitaria, ya que no cumple con la presencia o contención de elementos objetivos o subjetivos, ni busca persuadir al consumidor de adquirir determinados productos. Adicionalmente, se indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio solo estableció órdenes en lo referente a información y publicidad otorgada a los consumidores para los dos últimos días sin IVA del año 2020, y que en la fecha de la investigación no existía una regulación específica en materia de protección al consumidor para el día sin IVA.

En ese sentido, la apelante argumentó que el cargo formulado no prosperaría, ya que no hay ninguna pieza publicitaria u orden vigente al tiempo de la conducta y, a la postre, publicidad engañosa dentro de las piezas examinadas.

En el mismo argumento, la apelante señaló que la presunta pieza publicitaria en cuestión solo tenía el propósito de cumplir con las indicaciones establecidas por el Estatuto del Consumidor, el Decreto 682 de 2020 sobre los requisitos para la exención del impuesto sobre las ventas, la Circular Externa número 05 de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los días sin IVA, y la Resolución 64 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sobre el artículo sexto del Decreto Legislativo 682. Según la apelante, el registro de los consumidores en las bases de datos se realizó no de manera caprichosa, sino para cumplir, en particular, con los requisitos establecidos en los artículos 6 y 7 del Decreto 682 de 2020 y para dar cumplimiento a lo ordenado en las otras normas citadas.

4.3. Nadie está obligado a lo imposible y violación al principio de tipicidad sancionatoria - en concordancia con el derecho fundamental al debido proceso.

La apelante argumenta que la sanción impuesta por la entidad no se ajusta a derecho, ya que ninguna norma de protección al consumidor ni relacionada con el día sin IVA prohíbe expresamente la construcción de bases de datos por parte de los productores o proveedores para la distribución

RESOLUCIÓN NÚMERO 17876 - - DE 2023

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

de sus productos. Además, señala que la interpretación de la norma hecha por **LA ALCALDÍA** impone cargas demasiado onerosas en cabeza de la investigada, como la de cumplir con el deber de parametrización para impedir la adquisición de un mayor número de productos que los permitidos por la norma vigente, sin utilizar una herramienta como la base de datos. La apelante reitera que no existe norma de protección al consumidor ni frente al día sin IVA que prohíba a **LA SOCIEDAD** ejecutar esta conducta y que la Superintendencia de Industria y Comercio tampoco prohibió la realización de este hecho, sino que expidió normatividad para procurar que se respetara el habeas data. Por último, indica que la información que se solicita en los formularios no se rige por la normatividad de habeas data o por el Estatuto del Consumidor y no hace parte del cargo único de la presente investigación administrativa.

4.4. Graduación de la sanción

La apelante solicita que se consideren los criterios del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 para graduar la sanción y, en particular, sobre el criterio del daño, argumenta que no existe prueba alguna en el expediente que demuestre la existencia de un daño o afectación, y que las quejas y denuncias presentadas por la Superintendencia de Industria y Comercio no son concluyentes ni pertinentes, por lo que no deberían tenerse en cuenta, ya que su consideración vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa de **LA SOCIEDAD**. En relación con los demás criterios de dosificación de la sanción se opone con base en que considera probado, de acuerdo con sus argumentos y los medios de conocimiento que reposan en el expediente, que no se cometió ninguna conducta infractora de la normatividad de protección al consumidor.

QUINTO: Que este Despacho de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A), resolverá las cuestiones planteadas por la sancionada, anunciando que se confirma la sanción impuesta a **LA SOCIEDAD ALMACENES ÉXITO S.A.**, sin embargo, modificará el monto de la multa impuesta pues considera que la segunda conducta endilgada relacionada con *“la difusión de publicidad que informaba a los consumidores acerca de un mayor número de bienes cubiertos por la exención del IVA”*, no cumplió con el principio de congruencia. Adicionalmente, se evidencia que no se aplicaron adecuadamente algunos de los criterios graduación establecidos en el párrafo del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

En este apartado, se procederá a analizar el acto administrativo mediante el cual se inicia la investigación y se formula el pliego de cargos con el propósito de verificar la imputación realizada y si esta reviste las características de precisión y claridad que le son exigibles a la administración en su imputación. La apelante ha argumentado que la falta de precisión y claridad del pliego de cargos vulnera el derecho fundamental al debido proceso y los principios generales del derecho de congruencia e identidad de los actos en materia sancionatoria. Para sustentar su argumento, se basa en fragmentos de la Resolución número 4161.060.9.8.002 de 2022 y destaca que la imputación realizada no permite individualizar qué hechos y qué espacio temporal sustentan la sanción. En este sentido, se procederá a analizar si la imputación realizada cumple con las características exigibles a la administración en su imputación.

El acto administrativo que inicia la investigación y formula el pliego de cargos.

En primer lugar, se debe anotar que en la Resolución número 4161.060.9.8.050 de 2020, por medio de la cual se inicia una investigación administrativa y se formula el pliego, se hace referencia al marco jurídico que fundamenta la investigación desde el numeral PRIMERO al OCTAVO. En adición, los numerales NOVENO y DÉCIMO, se refieren a una visita de la Subsecretaría a establecimientos de **LA SOCIEDAD** para verificar el cumplimiento de las normas de protección al consumidor y la exención especial del impuesto sobre las ventas implementada por el Gobierno Nacional. El propósito de estas visitas fue verificar el cumplimiento de los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011.

RESOLUCIÓN NÚMERO 17876-2023 DE 2023

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Asimismo, en dichos numerales se destacan las obligaciones de los proveedores y productores de suministrar información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrecen y la prohibición de publicidad engañosa. También se incluyen instrucciones y reglas aplicables a la información y publicidad brindada a los consumidores por los proveedores y productores. Lo anterior, se realizó con el fin de “brindar mayor claridad en la formulación de cargos”¹.

El numeral DÉCIMO PRIMERO indica que, durante una visita administrativa a **ALMACENES ÉXITO S.A.**, se encontró un posible incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 23, 29 y 30 de la ley 1480 de 2011, por indicar a los consumidores que para disfrutar del beneficio de los tres días sin IVA debían registrarse en la base de datos del proveedor, requisito que no se encuentra previsto dentro del Decreto 682 de 2020.

Así, en el numeral DÉCIMO SEGUNDO, se formula un cargo único por presunta vulneración de los artículos 23, 29 y 30 de la ley 1480 de 2011 en concordancia con lo señalado en el numeral 2.1 y sus subnumerales del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, por presunta información no veraz, imprecisa y publicidad engañosa. A continuación, se transcribe el cargo único en su totalidad.

“CARGO ÚNICO: PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 23, 29 Y 30 DE LA LEY 1480 DE 2011 EN CONCORDANCIA CON LO SEÑALADO EN EL NUMERAL 2.1 Y SUS SUBNÚMERALES DEL CAPÍTULO SEGUNDO DEL TÍTULO SEGUNDO DE LA CIRCULAR ÚNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, POR PRESUNTA INFORMACIÓN NO VERAZ, IMPRECISA Y PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

*Lo anterior, teniendo en cuenta que **LA SOCIEDAD ALMACENES ÉXITO S.A.** presuntamente anunció a sus consumidores la necesidad de registrarse en sus bases de datos como requisito previo para acceder al beneficio de exención del IVA a los productos establecidos en el Decreto 682 de 2020, aun cuando dicho Decreto en su artículo 6 establece los requisitos para la procedencia de la exención sin que se encuentre tal requisito.”*

A la anterior imputación se le suma una tabla que contiene información sobre la evidencia documental, donde se detallan el número, la descripción y los folios correspondientes de los medios de conocimiento en los que se fundamenta la imputación, a saber:

- *Formato operativo en campo del 19 de junio de 2020. Folio 3.*
- *Acta de Visita No. 4161.060.9.8.206 de 2020. Folios del 4 al 6. Corresponde al Almacén Éxito Chipichape el día 19 de junio de 2020.*
- *Denuncias instauradas por consumidores en el establecimiento de comercio Éxito del Chipichape. Folios del 7 al 9.*
- *Acta de Visita No. 4161.060.9.8.207 de 2020. Folios 10 al 11. Corresponde al Almacén Éxito la Flora el día 19 de junio de 2020.*
- *Denuncias instauradas por consumidores en el establecimiento de comercio Éxito de la Flora. Folios del 12 al 29.*
- *Evidencia fotográfica de visita del 19 de junio de 2020. Folios del 36 al 43.²*

Los numerales DÉCIMO TERCERO al DÉCIMO QUINTO expresan consideraciones relativas a normas de carácter procesal y posteriormente en la parte resolutive los artículos PRIMERO y SEGUNDO hacen referencia al inicio de la investigación administrativa y la concomitante formulación del pliego de cargos en contra de **LA SOCIEDAD** por el presunto incumplimiento de los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011 en concordancia con lo señalado en el numeral 2.1 del

¹ Folio 48 del expediente.

² Esta información corresponde a la tabla titulada “Evidencia documental” que puede consultarse en el folio 50 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 17876 - - 2 DE 2023

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Capítulo II del Título Segundo de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la resolución objeto de estudio.

La imputación realizada por la administración y sus características en cuanto a precisión y claridad.

Según el análisis precedente, es evidente que la impugnación está fundamentada en reproches que cumplen con las condiciones de precisión y claridad en cuanto al modo, tiempo y lugar. De acuerdo con la narración de los hechos en el acto que inicia la investigación y formula los cargos, los presuntos incumplimientos a las normas de protección al consumidor ocurrieron durante la jornada de día sin IVA del 19 de junio en los establecimientos de **ALMACENES ÉXITO S.A.**

En este sentido, la imputación realizada permite una individualización detallada de los hechos que se consideran como presuntos incumplimientos a las normas de protección al consumidor, así como el espacio temporal en que se habrían presentado. Específicamente, se hace referencia a la jornada del día sin IVA del 19 de junio de 2020 y a la conducta de **ALMACENES ÉXITO S.A.** de requerir a los consumidores que se registraran en su base de datos como requisito para acceder al beneficio de exención del IVA en los productos establecidos en el Decreto 682 de 2020, aun cuando dicho Decreto no establece tal requisito.

De esta manera, la precisión en la individualización de los hechos y en su marco temporal fue fundamental para garantizar el debido proceso y la defensa de **ALMACENES ÉXITO S.A.**, ya que le permitió conocer con claridad los cargos en su contra y presentar sus descargos correspondientes, circunstancia que este Despacho puede acreditar ocurrió en oportunidad.

La imputación cumple con las características exigibles a la administración.

De acuerdo con el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma procesal que rige la presente actuación en virtud del artículo 60 de la Ley 1480 de 2011³, al momento de formular cargos en un procedimiento administrativo sancionatorio, la autoridad debe cumplir con ciertas obligaciones de información. Primero, debe comunicar al interesado la existencia de méritos para adelantar el procedimiento sancionatorio. Luego, en el acto administrativo de formulación de cargos, la autoridad debe señalar con precisión y claridad los hechos que originan la imputación, las personas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas procedentes.

En el caso que se estudia, la autoridad realizó una visita administrativa a **ALMACENES ÉXITO S.A.** y luego de las averiguaciones preliminares, formuló el pliego de cargos en el cual se señalaron con precisión y claridad los hechos que originan la imputación, las personas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas procedentes. Además, se notificó personalmente el acto administrativo de formulación de cargos a la entonces investigada⁴, quien tuvo la oportunidad de presentar descargos⁵ y aportar pruebas, según lo establece el artículo 47 antes citado. En este sentido, se puede afirmar que se cumplió con las obligaciones de información de la autoridad al momento de formular cargos, lo que garantiza el debido proceso de la sancionada.

En el anterior sentido, no se observa la alegada falta de precisión y claridad del pliego de cargos que pone de presente la apelante y en consecuencia el contenido de dicho acto no tiene la potencialidad de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso de **LA SOCIEDAD**.

³ LEY 1480 DE 2011. ARTÍCULO 60. PROCEDIMIENTO. Las sanciones administrativas serán impuestas previa investigación, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo.

⁴ Folio 53 del expediente.

⁵ Folio 58, ibidem.

RESOLUCIÓN NÚMERO 17876 - - 4 DE 2023

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Con respecto al principio de congruencia el H. Consejo de Estado, en su sentencia del 26 de octubre de 2017⁶, señaló que el principio de congruencia en el proceso judicial constituye una garantía del derecho fundamental al debido proceso para las partes involucradas. Este principio establece que el juez de la causa solo puede emitir su pronunciamiento con base en lo que ha sido pretendido, probado y excepcionado dentro del mismo, sin que sea posible dictar sentencias por fuera o por más de lo solicitado en las pretensiones del proceso (petita). En caso de que el juez omita pronunciarse sobre algo solicitado en las pretensiones, tiene el deber de explicar de manera clara las razones de dicha omisión. En resumen, el principio de congruencia busca asegurar que la sentencia emitida por el juez se ajuste de manera precisa y exacta a lo que ha sido pedido y debatido dentro del proceso, evitando así pronunciamientos que excedan o se alejen de lo solicitado por las partes.

En este sentido, le asiste razón al apelante al señalar que, en la parte resolutive del acto administrativo por el cual se decidió la actuación administrativa contra **ALMACENES ÉXITO S.A.** (Resolución Número 4161.060.9.8.002 de 2022), la **ALCALDÍA** vulneró el principio de congruencia al mencionar en el artículo primero que la sanción tenía que ver con la difusión de publicidad que informaba a los consumidores acerca de un mayor número de bienes cubiertos por la exención del IVA. Esto es así porque, como se ha dejado claro, el cargo único formulado en contra de **ALMACENES ÉXITO S.A.** se refiere solamente al hecho de haber exigido el registro en su base de datos como requisito para acceder a los beneficios de la jornada de exención de impuestos sobre las ventas otorgada por el gobierno nacional.

En consecuencia, se procederá a dosificar la sanción impuesta teniendo en cuenta que uno de los dos motivos de sanción considerados por la **ALCALDÍA** no hizo parte de la imputación en el escrito de formulación de cargos y, por lo tanto, no debía ser parte del debate probatorio y argumental, ni de la parte resolutive del acto administrativo que impuso la sanción. En línea con lo expuesto, el motivo de censura aquí analizado prosperará parcialmente para el apelante.

5.2. Publicidad engañosa.

En este numeral se examina la alegación de la apelante de que **ALMACENES ÉXITO S.A.** no habría infringido los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011. Según la apelante, la pieza publicitaria bajo investigación no cumple con los criterios definidos para la publicidad, sino que se diseñó con el fin de ajustarse a las normas establecidas por el Estatuto del Consumidor, el Decreto 682 de 2020, la Circular Externa número 05 de la Superintendencia de Industria y Comercio y la Resolución 64 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. De acuerdo con la apelante, el registro de los consumidores en las bases de datos se realizó para cumplir con los requisitos previstos en los artículos 6 y 7 del Decreto 682 de 2020, así como para dar cumplimiento a lo establecido en las demás normas aplicables.

Diferencia entre publicidad e información en el Estatuto del Consumidor

En términos generales, la diferencia entre información y publicidad⁷ radica en su finalidad y contenido. Mientras que la información busca dar a conocer aspectos relevantes de los productos o servicios ofrecidos, como su naturaleza, origen, componentes, propiedades, calidad, etc., la publicidad tiene como objetivo influir en las decisiones de consumo mediante la persuasión.

Por lo tanto, podemos decir que la información es objetiva mientras que la publicidad es subjetiva y persuasiva. Asimismo, la información busca dar a conocer la realidad de los productos o servicios mientras que la publicidad busca presentar una imagen favorable de los mismos.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Radicación número: 25000-23-42-000-2014-01139-01(2458-15), Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

⁷ Ley 1480 de 2011, Artículo 5: Definiciones. Numerales 7 y 12.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Es importante destacar que, aunque la información y la publicidad son conceptos distintos, se relacionan estrechamente en el ámbito del consumo. La información es esencial para garantizar que los consumidores tengan acceso a datos veraces y objetivos sobre los productos y servicios que adquieren lo que les permite tomar decisiones informadas y proteger sus derechos como consumidores. Por su parte, la publicidad tiene un papel importante en la promoción de los bienes y servicios, sin embargo, no puede ser engañosa.

En varias ocasiones, la cuestión de la diferencia entre información y publicidad se ha abordado desde el punto de vista de los elementos objetivos y subjetivos de la publicidad, en estos casos, se hace referencia, a elementos objetivos como la información concreta y verificable que se presenta sobre un producto o servicio. Por ejemplo, su composición, características técnicas, beneficios, entre otros.

Por otro lado, los elementos subjetivos de la publicidad son aquellos que buscan influir en la percepción o valoración que el consumidor tenga del bien o servicio, por ejemplo, la creación de un ambiente, el uso de música, el empleo de frases impactantes, la selección de modelos, entre otros. Estos elementos pueden generar una predisposición a favor o en contra del producto y no necesariamente aportan información objetiva o verificable sobre el mismo.

Sobre el particular, este Despacho se permite resaltar lo manifestado en la sentencia C-830 de 2010, en la que la Corte Constitucional reconoció la importancia vital de la publicidad como parte del proceso de comercialización de productos, ya que prodiga información y obtiene un cambio en las tendencias de consumo. Además, se estableció que la publicidad comercial contiene elementos objetivos y subjetivos, siendo el objetivo el suministro de información relativa al producto y el subjetivo la influencia en la decisión del receptor. En consecuencia, las piezas publicitarias que incluyen información acerca de los bienes anunciados deben adecuarse a los parámetros exigidos por la ley y ser vinculantes. Por otro lado, se definió la publicidad engañosa como aquella que es falsa o que induce a error al consumidor y se estableció que el cumplimiento de las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad deviene obligatorio para el anunciante.

Los elementos objetivos y subjetivos también han sido caracterizados por la doctrina⁸, en los siguientes términos:

*“En la definición de publicidad comercial se pueden identificar los dos elementos configuradores del anuncio publicitario: (1) **elemento objetivo: constituido por el carácter informativo del anuncio, mediante el suministro de datos relativos al producto, sus características o aspectos cuantificables;** su determinación corresponde a quienes participan en el proceso comunicativo –anunciantes, agencias y medios de publicidad-, **debiendo éstos soportar el juicio de licitud respecto de su contenido y alcance;** y (2) elemento subjetivo: determinado por el carácter persuasivo del mensaje, lo que hace posible influir en la decisión de su receptor, mediante la transmisión de emociones, sentimientos o situaciones. (...) A este escenario es al que se refiere el artículo 29 del Estatuto del Consumidor, al consagrar la **vinculación obligatoria e inexcusable del anunciante a la información incorporada en un anuncio publicitario**”. (Destacado fuera del texto original).*

Dicho lo anterior, sobre la publicidad es posible concluir que se identifica por la presencia de un **elemento objetivo** “constituido por el **carácter informativo del anuncio, mediante el suministro de datos relativos al producto sus características o aspectos cuantificables**” y un elemento

⁸ Juan Carlos Martínez Salcedo y Juan Francisco Ortega Díaz, Información y publicidad comercial: ¿Entre dos orillas diferentes?, en Derecho del Consumo Tras un Lustró del Estatuto del Consumidor en Colombia, Universidad de los Andes- Colombia, facultad de Derecho, editorial Temis 2018, p. 18.

RESOLUCIÓN NÚMERO **17876 - - 5** DE 2023

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

subjetivo, “*determinado por el carácter persuasivo del mensaje, lo que hace posible influir en la decisión de su receptor, mediante la transmisión de emociones, sentimientos o situaciones*”⁹.

Por otra parte, es necesario referirse al fenómeno de la **publicidad engañosa**, calificada como **“cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario que sea entera o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor”**¹⁰. (Destacado fuera del texto original).

Es importante aclarar que basta con que se advierta en abstracto que la publicidad induce al error y/o a la posibilidad de ocasionar daño con el mismo¹¹, para que se configure la infracción de la norma.

En este mismo sentido lo ha concluido la doctrina:

“(…) la responsabilidad por publicidad engañosa opera con la sola demostración de que la publicidad no corresponde a la realidad o que por ser insuficiente tiene la capacidad de inducir a error o confusión al consumidor. De igual forma, puede demostrarse que la publicidad ha sido diseñada, preparada o presentada de tal forma, o que ha omitido cierta información importante, que es capaz de producir engaño al consumidor para la adquisición de un producto en unas condiciones determinadas que no son reales. Lo anterior, aunado al hecho de que las causales de exculpación son regladas y limitadas a ciertas circunstancias, la responsabilidad derivada de la publicidad engañosa se puede considerar como una responsabilidad estricta del anunciante. (…)”¹². (Destacado fuera del texto original).

De lo anterior, también es posible argumentar que el cumplimiento de las condiciones objetivas anunciadas en su publicidad deviene obligatorio para el anunciante, so pena de configurar esta un mensaje potencialmente engañoso.

Características de las piezas que reposan en el expediente y hacen referencia al requisito de inscripción previa en la base de datos del anunciante.

En el acto administrativo que decidió la presente actuación, se mencionan varios medios de prueba, entre ellos, la evidencia fotográfica de una visita realizada el 19 de junio de 2020, que se encuentra en los folios 36 al 43, así como las piezas publicitarias e informativas utilizadas para el desarrollo del día sin IVA, que se encuentran en los folios 134 a 164 del expediente¹³. Cabe destacar que, en relación con la imputación única presente en el expediente referente al requisito previo de inscripción en la base de datos del anunciante, únicamente se analizarán aquellas piezas publicitarias e informativas que hacen referencia a este requisito. En consecuencia, es importante aclarar que solo se examinarán aquellas piezas que contengan información sobre el requisito mencionado, y no la totalidad de las piezas gráficas y fotográficas mencionadas en el acto administrativo. Adicionalmente, solo se tendrán en cuenta aquellas que se circunscriben al 19 de junio de 2020 y no aquellas posteriores, por ejemplo, las que dan cuenta de la jornada de exención del 3 de julio del mismo año.

⁹ Rozados Oliva (2019) citado por Juan Carlos Martínez Salcedo y Juan Francisco Ortega Díaz en Información y publicidad comercial: ¿Entre dos orillas diferentes?, en Derecho del Consumo Tras un Lustró del Estatuto del Consumidor en Colombia, Universidad de los Andes- Colombia, facultad de Derecho, editorial Temis 2018, p. 30.

¹⁰ RINESSI Juan Antoni, Relación de Consumo y Derechos del Consumidor, Editorial Astrea, página 205.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 15-754 del 1 de abril de 2016 Expediente 14-65689

¹² Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, páginas 93 y 94.


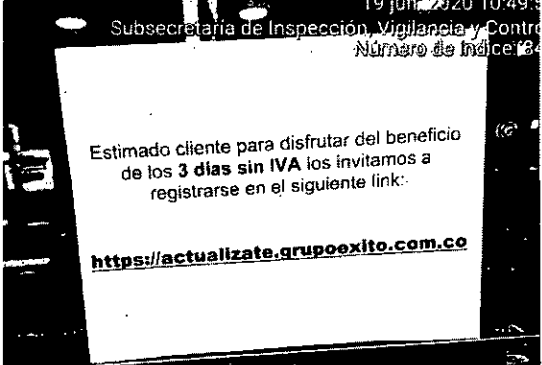
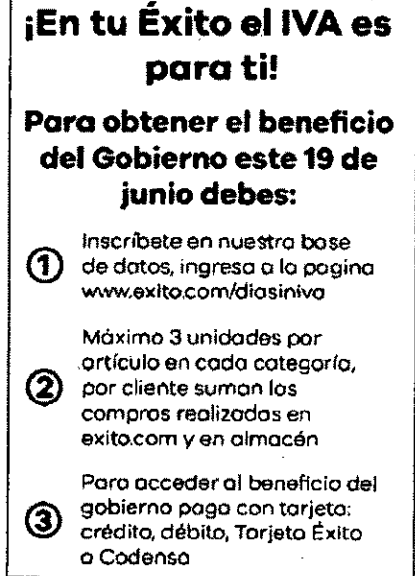
¹³ De acuerdo con la tabla titulada “evidencia documental”, folio 235 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 17876 - - DE 2023

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

De igual forma, se incluirá en el análisis la imagen del escrito de descargos de **ALMACENES ÉXITO S.A** a folio 59 del expediente que ha sido ampliamente discutida en la actuación por reunir las características antes especificadas.

Así, las piezas objeto de análisis a criterio de este Despacho son las siguientes:

<p><i>Imagen 1 Folio 37 del expediente.</i></p> <p>“¡En tu Éxito el IVA es para ti! Disfruta de este beneficio del Gobierno Nacional y de muchas promociones que tendremos para ti este 19 de junio. Regístrate.</p> <p>*Icono de formulario *Código QR (dirige a la página web éxito.com)</p> <p>www.exito.com/diasiniva”</p> <p>Texto añadido por LA ALCALDÍA que indica la fecha y hora de captura de la imagen. 19 de junio de 2020, 14:26:50</p>	
<p><i>Imagen 2 Folio 43 del expediente.</i></p> <p>“Estimado cliente para disfrutar del beneficio de los 3 días sin IVA los invitamos a registrarse en el siguiente link: https://actualizate.grupoexito.com.co”</p> <p>Texto añadido por LA ALCALDÍA que indica la fecha y hora de captura de la imagen. 19 de junio de 2020, 10:49</p>	
<p><i>Imagen 3 Folio 59 del expediente.</i></p> <p>“¡En tu Éxito el IVA es para ti!</p> <p>Para obtener el beneficio del Gobierno este 19 de junio debes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Inscríbete en nuestra base de datos, ingresa a la página www.exito.com/diasiniva 2. Máximo 3 unidades por artículo en cada categoría, por cliente suman las compras realizadas en éxito.com y en almacén 3. Para acceder al beneficio del gobierno para con tarjeta: crédito, débito, Tarjeta Éxito o Codensa” 	

Al punto, el apelante establece en su escrito que las piezas investigadas no cumplen con los elementos de la publicidad, ya que solo proporcionan información objetiva sobre los requisitos

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

establecidos por el Decreto 682 de 2020 para la aplicación del beneficio de exención del IVA, y no buscan persuadir al consumidor a adquirir un producto o servicio en particular.

Sin embargo, encuentra este despacho que, al menos en las imágenes 1 y 3, los elementos objetivos y subjetivos de la publicidad están presentes, en un claro contraste con la imagen número 2 donde salta a la vista su eminente y exclusivo carácter informativo.

El anuncio "En tu Éxito el IVA es para ti" (imagen 1) está redactado en lenguaje publicitario, lo que significa que su objetivo es persuadir al público para que realice una acción específica, en este caso, comprar en la tienda Éxito durante la promoción del 19 de junio y registrarse en su página web.

El lenguaje publicitario utiliza técnicas persuasivas para atraer la atención del público, generar interés y deseo, y llevar a la acción de compra. En este caso, el anuncio utiliza técnicas como el llamado a la acción ("Regístrate"), el uso de iconos y códigos QR para facilitar el acceso a la página web del Éxito, y la promesa de beneficios ("En tu Éxito el IVA es para ti").

El anuncio contiene elementos objetivos y subjetivos de la publicidad. Los elementos objetivos son aquellos que se pueden medir y verificar, como el beneficio del IVA para el consumidor y la fecha de la promoción del 19 de junio. Estos elementos objetivos son importantes para dar credibilidad al anuncio y demostrar que la promoción es real y tangible.

Los elementos subjetivos son aquellos que están diseñados para influir en las emociones y percepciones del público. En este anuncio, los elementos subjetivos incluyen la invitación a "disfrutar" del beneficio del IVA, la sugerencia de que hay "muchas" promociones adicionales que los consumidores pueden aprovechar, y el uso de términos positivos como "tu Éxito" para crear una conexión emocional entre el público y la marca.

Preliminarmente, es posible afirmar que este anuncio utiliza técnicas persuasivas y elementos objetivos y subjetivos para persuadir al público para que compre en la tienda Éxito durante la promoción del 19 de junio y se registre en su página web.

El anuncio de la imagen 3, por su parte, también está escrito en lenguaje publicitario, con el objetivo de persuadir a los consumidores para que compren en la tienda Éxito durante la jornada del 19 de junio y se inscriban en su base de datos.

El anuncio utiliza técnicas persuasivas como el llamado a la acción ("Inscríbete"), el uso de números específicos para crear un sentido de urgencia y limitación (máximo 3 unidades por artículo y sumar las compras realizadas en éxito.com y en almacén), y el énfasis en el beneficio del Gobierno para motivar a los consumidores a realizar compras en el Éxito.

Sin embargo, en términos de elementos objetivos y subjetivos de la publicidad, el anuncio contiene principalmente elementos objetivos. Se especifica claramente los supuestos requisitos para obtener el beneficio del Gobierno, incluyendo la inscripción en la base de datos del Éxito y el límite de unidades por artículo y compras por cliente. Además, se mencionan específicamente las tarjetas de crédito, débito y las tarjetas Éxito y Codensa para acceder al beneficio, lo que proporciona información a los consumidores.

Aunque el anuncio también utiliza elementos subjetivos, como la invitación a "obtener" el beneficio del Gobierno, estos son menos prominentes que en el anuncio anterior. En general, el anuncio se enfoca más en proporcionar información detallada y precisa sobre cómo obtener el beneficio del Gobierno que en utilizar técnicas persuasivas para motivar a los consumidores.

En resumen, este segundo anuncio también utiliza técnicas persuasivas y elementos objetivos y subjetivos para persuadir a los consumidores para que compren en la tienda Éxito durante la jornada

RESOLUCIÓN NÚMERO 17876 - -2 DE 2023

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

del 19 de junio y se inscriban en su base de datos. Sin embargo, en comparación con el primer anuncio, este se enfoca más en proporcionar información detallada y precisa sobre cómo obtener el beneficio del Gobierno que en utilizar técnicas persuasivas para motivar a los consumidores.

Es posible afirmar que las características publicitarias de los dos anuncios contienen diferencias de grado y no de naturaleza. Esto significa que ambos anuncios comparten características publicitarias similares pero no necesariamente la misma intensidad en su implementación.

La publicidad de Almacenes Éxito vulnera los artículos 23, 29 y 30 de la ley 1480 de 2011 en concordancia con lo señalado en el numeral 2.1 del capítulo segundo del título segundo de la circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio, por información no veraz, imprecisa y publicidad engañosa.

El Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional en mayo de 2020, con la finalidad de atender las consecuencias negativas del Coronavirus COVID-19, incluyendo los efectos económicos. Con el objetivo de reactivar la economía y brindar un estímulo a los consumidores, el Gobierno Nacional estableció una exención especial del impuesto sobre las ventas -IVA para ciertos bienes corporales muebles enajenados en los días 19 de junio, 3 de julio y 19 de julio de 2020.

El Despacho considera que **ALMACENES ÉXITO S.A.** vulneró el régimen de protección al consumidor con su publicidad en ocasión de la jornada de día sin IVA el 19 de junio de 2020. Esta publicidad fue engañosa de acuerdo con las razones que se expresarán a continuación:

En primer lugar, tal como lo establece el *a quo* las piezas exhibidas a los consumidores por parte de **ALMACENES ÉXITO S.A** sancionada si corresponden a la definición de publicidad de acuerdo a las consideraciones expuestas en el numeral anterior.

Ahora bien, este despacho comparte la posición de la **ALCALDIA**, en el sentido de que se configuro una publicidad engañosa pues las piezas publicitarias que obran en el expediente manifiestan que para acceder al beneficio de la exención del IVA otorgado por el Gobierno Nacional, era obligatorio registrarse en la base de datos indicada por el proveedor, requisito que no está previsto en el Decreto 682 de 2020, ni en ninguna de las normas expedidas con ocasión del "DIA SIN IVA", por tal motivo no es veraz lo que se indicaba allí. Frente al particular es importante resaltar que el Decreto Legislativo 682 de 2020 establecía una serie de requisitos que debían ser cumplidos por los proveedores, mas no imponía la obligación de los consumidores de efectuar registro de sus datos.

En segundo lugar, es importante destacar que uno de los requisitos para la exención de IVA establecidos en el Decreto Legislativo 682 de 2020 es el límite de unidades que el consumidor final puede adquirir. Este requisito va de la mano con la obligación contenida en el artículo 7 del mismo decreto, que ordena la parametrización de sistemas informáticos y les ordena a los responsables del impuesto sobre las ventas que ejerzan control sobre el número máximo de unidades que puedan ser adquiridas. Sin embargo, el decreto no establece una manera específica de cumplir con esta responsabilidad, lo que significa que los comerciantes podían establecer sus propios controles.

Comprende el Despacho que el método escogido por **ALMACENES ÉXITO S.A** haya sido la elaboración de una base de datos, sin embargo esta Delegatura al igual que la **ALCALDÍA**, encuentra que la Resolución 0064 del 18 de junio de 2020 emitida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), establecía lo siguiente:

"ARTICULO 1º Información a entregar por parte del responsable. El vendedor o responsable deberá entregar la información relacionada con las ventas de los bienes de que trata el artículo 4º del Decreto Legislativo 682 de 21 de mayo de 2020, realizadas los días 19 de junio, 3 de julio y 19 de julio del

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

año 2020 conforme con los parámetros establecidos en las Especificaciones Técnicas del Formato 2669 Versión 1, así:

a. Tipo de documento del comprador

b. Número de identificación del comprador

c. Nombre del comprador

d. Tipo de factura

e. Número de la Factura o documento equivalente emitido al comprador

f. Lugar y Fecha de la Factura o documento equivalente

g. Género del bien cubierto

h. Número de unidades

i. Unidad de medida

j. Descripción del (los) bien (es) comprado (s)

k. Valor unitario del bien y valor total de los bienes vendidos con exención

l. Medio de pago

m. Tipo de documento del tarjetahabiente o remitente del pago

n. Identificación del tarjetahabiente o remitente del pago

o. Nombre e identificación del tarjetahabiente o remitente de pago

p. Número de comprobante de pago

q. Fecha de entrega de la mercancía vendida

r. Precio de venta al público al primero (1) junio de 2020"

Como bien lo indica el *a quo*, no resultaba indispensable el registro en la base de datos que estaba proponiendo **ALMACENES ÉXITO S.A**, en tal medida para dar cumplimiento a la normatividad solo debía obtener del consumidor el nombre, el tipo y número de identificación, pues el resto de los datos que exige la resolución era información que debía poseer el responsable, sin embargo, de acuerdo con el formulario de registro que obra en el expediente se le solicitó a los consumidores información adicional, la cual no era necesaria para cumplir con lo exigido por la Resolución 0064 del 18 de junio de 2020. Además, dicha situación que no fue informada previamente a los consumidores.

En consecuencia de lo anterior **ALMACENES ÉXITO S.A** captó datos adicionales a los requeridos para dar cumplimiento a la normatividad mencionada, valiéndose de información no veraz en sus piezas publicitarias pues en ninguno de los preceptos de las normas se exigía un registro a los consumidores. Téngase en cuenta que la información adicional que requería en su formulario no era un requisito ni jurídico ni fáctico para poder acceder al beneficio de la exención del IVA, como la compañía sancionada le indicó a los consumidores.

En conclusión, este despacho comparte la posición de la **ALCALDIA**, según la cual es evidente que **ALMACENES ÉXITO S.A** solicitó el registro en la base de datos con la intención de recolectar datos personales e información que podría ser de interés comercial y no únicamente en cumplimiento de las cargas impuestas por la Resolución 0064 del 18 de junio de 2018 proferida por la DIAN y el Decreto 682 de 2020. Al punto, conviene advertir que la conducta de recolección de datos con la debida autorización no es ilegal per se, sin embargo, lo que se censura es la obtención de dichos datos mediante información alejada de la verdad, significando esto un incumplimiento a lo dispuesto

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

en los artículos 23, 29 y 30 de la ley 1480 de 2011, en concordancia con lo señalado en el numeral 2.1 del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única de La Superintendencia De Industria y Comercio.

En cuanto al argumento presentado por el apelante en el caso objeto de estudio, en el que se afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio solo había establecido órdenes sobre información y publicidad otorgada a los consumidores para los dos últimos días sin IVA del año 2020, y que no existía una regulación específica en materia de protección al consumidor para el día sin IVA del 19 de junio de la misma anualidad, el Despacho considera importante precisar que las normas de la Ley 1480 de 2011 son de orden público y de obligatorio cumplimiento. Así, dentro del marco temporal de las jornadas del Día sin Iva, las normas del Estatuto del Consumidor se encontraban vigentes y eran plenamente aplicables. En este sentido, es importante destacar que esta Entidad, como competente en materia de protección al consumidor estaba atenta a la defensa de los derechos de los consumidores y a garantizar el cumplimiento de las normas de protección al consumidor. Por tanto, la existencia de una regulación específica en materia tributaria, no implica que los consumidores estuvieran desprotegidos por la normatividad vigente, y que la entidad no estuviera facultada para actuar en caso de vulneración de sus derechos. Lo anterior, como un punto para tener en cuenta, hacia una adecuada comprensión y aplicación del marco normativo vigente en materia de protección al consumidor.

5.3. Dosimetría de la sanción.

En virtud de los argumentos presentados, el Despacho va modificar el monto de la multa impuesta al evidenciarse que no se aplicaron adecuadamente algunos de los criterios graduación establecidos en el parágrafo del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, como se entrara a desglosar a continuación:

En primer lugar, frente al daño causado a los consumidores, la **ALCALDÍA** recapitula el argumento de la defensa en el sentido de indicar que *"no genero una afectación a los derechos de los consumidores, toda vez que las PQR presentadas ante la Superintendencia de Industria y Comercio, pocas versaban sobre la obligación del registro en la base de datos, razón por la cual, de acuerdo a LA INVESTIGADA, no hay una universalidad de consumidores afectados."* Al respecto, el *a quo* manifiesta que no es de recibo el argumento expresado por **ALMACENES ÉXITO S.A.**, en la medida que no se necesita la presentación de peticiones, quejas y reclamos para determinar que exista un daño a los consumidores, adicionalmente cita reiteradas decisiones administrativas de esta Superintendencia, donde se ha manifestado que *"la afectación a que hace referencia este criterio, difiere del daño cierto y resarcible, pues obedece a la potencialidad con que la conducta infractora puede perjudicar a un universo de consumidores, y en el hecho de haber vulnerado derechos que tienen protección constitucional"*¹⁴, por tal motivo concluye el *a quo* que *"se vio afectado el derecho de los consumidores a no recibir publicidad engañosa y obtener información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, toda vez que LA INVESTIGADA informó a los consumidores que por mandato del Gobierno Nacional debían registrarse en la base de datos para poder acceder al beneficio de la exención del IVA"*¹⁵

Frente a lo anterior, la defensa en su recurso manifestó:

"Pues no se encuentra dentro del expediente de la investigación administrativa evidencia alguna que demuestre fehacientemente que en relación a los consumidores en general, haya existido o se haya denunciado un daño o afectación tangible.

Ahora bien, en el entendido que, en materia de control y vigilancia, las actuaciones administrativas tienen una finalidad preventiva, especialmente encaminada a la protección en materia de información

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 30541 del 20 de mayo de 2021, Pag. 197

¹⁵ Folio 245 del expediente

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

y de libertad de elección, el honorable despacho podrá colegir que la sociedad investigada no ha vulnerado los derechos de los consumidores en materia de información, por el contrario, esta sociedad ha procurado honrar los deberes que tiene con los consumidores en materia de información. En ese mismo sentido una vez revisada las quejas adjuntadas por el honorable despacho se puede vislumbrar que las quejas respecto del registro se presentaron por las filas para realiza el registro y novedades del sistema que no fueron probadas por parte del honorable despacho por lo cual se solista se de aplicación al principio Indubio pro administrado³².

Ahora bien, respecto de las denuncias adjuntadas por la Superintendencia de Industria y Comercio de la totalidad allegada únicamente 6 fueron por motive de inscripción a la plataforma o actualización de datos, de esos 6 2 fueron anónimos los cuales el honorable despacho no los puede tener en cuenta ya que se estaría violando el debido proceso y el derecho de defensa de la sociedad.¹⁶

Este Despacho comparte la posición de la alcaldía en el sentido de reiterar que para que se materialice la afectación a los consumidores a la que hace referencia este criterio, no se necesita que exista una afectación tangible que se traduzca en un daño cierto, sino en la potencialidad que tuvo esa conducta para perjudicar a un universo de consumidores, lo cual contrario a lo que indica a la defensa si se puede evidenciar con las múltiples quejas y comentarios efectuados en el lugar de la inspección, así como los que fueron objeto de traslado de la propia superintendencia que obran en el expediente, sin dejar de lado el hecho de que esta conducta vulneró el derecho a recibir información veraz, precisa y detallada sobre el acceso al beneficio tributario que aplicaba el día sin IVA, el cual es un derechos legal y constitucionalmente protegido, como ya lo ha expresado este Despacho.

En segundo lugar, en relación a la persistencia en la conducta infractora, la **ALCALDIA** señalo que:

“la conducta desplegada constituyo una vulneración a los artículos 23, 29 y 30 de la ley 1480 de 2011, en concordancia con lo señalado en el numeral 2.1 del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, conducta que fue persistente, toda vez que durante los días 3 de julio y 19 noviembre de 2020 LA INVESTIGADA aun solicitaba a los consumidores el registro en la base de datos como condición para acceder al beneficio, a pesar de que a la fecha ya se habían formulado cargos por el desarrollo de dicha conducta.¹⁷

Frente a lo anterior, la defensa insiste en que no hubo infracción alguna.¹⁸

Al respecto, debe indicarse que este Despacho comparte la posición de la **ALCALDIA** referente a la existencia de la vulneración a los artículo 23, 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo señalado en el numeral 2.1 del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin embargo, disiente de la aplicación del criterio de la persistencia. Al punto, conviene advertir que los hechos objeto de sanción fueron los ocurridos el día 19 de junio de 2020 y, si bien para las otras jornadas la Sancionada tenía conocimiento de la existencia de un acto administrativo de formulación de cargos, lo cierto es que el acto que determina la ocurrencia de la conducta, es aquel mediante el cual se decide de fondo el asunto.

Por tal motivo, no resulta acertado fundamentar la persistencia de la conducta con base en el conocimiento de la investigada sobre la posible ocurrencia de una infracción, puesto que, se reitera, es la decisión que pone fin a la investigación, la que determina la ocurrencia de la conducta infractora y no así, el acto mediante el cual se imputan cargos.

En tercer lugar, frente a la reincidencia de la conducta, comparte el Despacho con la **ALCALDIA**, que la sancionada ha sido reincidente en la violación a las normas de protección al consumidor,

¹⁶ Folios 262 y 263 del expediente.

¹⁷ Folio 281 del expediente.

¹⁸ Folio 263 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 17876 - - - DE 2023

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

como se evidencia en la Resolución 28260 de 2018, proferida por la Dirección de Protección al Consumidor.

En cuarto lugar, frente a la disposición o no de buscar una solución a los consumidores, la **ALCALDIA** manifestó que *“LA INVESTIGADA al ser persistente en la conducta infractora, no ha dispuso de esfuerzos tendientes a mitigar la vulneración de los derechos de los consumidores, pues a pesar de cuestionarse la conducta mediante la formulación de cargos, ha continuado brindando información a los consumidores que no resulta veraz, vulnerado así lo dispuesto en los artículos 23, 29 y 30 de la ley 1480 de 2011.”*¹⁹

Por su parte la defensa frente al particular, reitera que no ha existido infracción alguna.

Este despacho encuentra que este criterio fue indebidamente aplicado. Lo anterior, teniendo en cuenta que se fundamenta en la supuesta persistencia de la conducta, situación que como se aclaró en líneas anteriores, no pudo ser demostrada en los términos indicados en la sanción.

En quinto lugar, frente a la disposición de colaborar con las autoridades administrativas, este despacho considera que se evidencia que **ALMACENES ÉXITO S.A**, estuvo siempre a disposición de cumplir con los requerimientos realizados y comparecer a las actuaciones dentro del proceso sancionatorio, sin embargo, ello hace parte de las cargas procesales que son propias como parte investigada, por lo que no se pueden tener en cuenta como atenuantes para efectos de la imposición de la sanción.

En sexto lugar, frente al beneficio económico derivado la conducta censurada, este despacho comparte la posición de la **ALCALDIA**, pues es claro que la recolección de datos e información que podría ser de interés comercial recaudada de forma injustificada a los consumidores, a partir de la información no veraz y la publicidad engañosa ya expuesta, puede generar un beneficio económico indirecto para el proveedor, máxime que como lo evidenció la **ALCALDIA** durante los días previos y durante el día sin IVA la recolección de estos datos aumento considerablemente. Por tal motivo el despacho considera que si se efectuó una aplicación adecuada de este criterio de dosificación.

En séptimo lugar, frente a la *“utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos”*²⁰, este despacho comparte el criterio del *a quo*, en el sentido de indicar que no es un criterio aplicable al presente caso y por tal motivo no debe tenerse en cuenta para graduar la sanción.

Finalmente, frente al criterio relacionado con el *“grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes”*²¹, este Despacho comparte la posición de la alcaldía en la cual señala: *“no medio prudencia por parte de LA INVESTIGADA en cuanto a la atención de las obligaciones contenidas en los artículos 23, 29 y 30 de la ley 1480 de 2011 en concordancia con lo señalado en el numeral 2.1 y sus subnumerales del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única de La Superintendencia De Industria y Comercio, pues en las piezas difundidas, brindo información que no se ajusta a la realidad y que por tanto es susceptible de inducir a los consumidores al error o engaño”*²².

Lo anterior, en la medida que encuentra este despacho que la **ALCALDIA**, no fue cuidadosa y diligente al momento de construir sus piezas publicitarias e informativas, pues en estas debía advertir al consumidor que con el fin de cumplir las disposiciones del Gobierno Nacional, requería que le suministrara unos datos específicos, informándole explícitamente que datos eran los

¹⁹ Folio 281 del expediente.

²⁰ Numeral 7 del Parágrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

²¹ Numeral 8 del Parágrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011

²² Folio 282 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 17876 - - - DE 2023

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

exigidos, los cuales debían corresponder a los estrictamente necesarios. Por el contrario, informa al consumidor que para acceder al beneficio tributario, debía efectuar un registro, en cuyo formulario se solicitaban datos adicionales que no eran necesarios, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 682 de 2020 y la Resolución 064 de 2020 proferida por la DIAN, tales como el género, las personas con las que vivía, si tenía mascotas, etc. Lo cual constituye información no veraz que se encontraba adicionalmente en las piezas publicitarias que utilizó para atraer consumidores. Los cuales fueron inducidos a error, ya que entendían que debían suministrar todos los datos del formulario para acceder al beneficio tributario lo cual es contrario a la realidad.

Frente a los argumentos de la defensa relacionados con que "Nadie está obligado a lo imposible" y "violación al principio de tipicidad sancionatoria - en concordancia con el derecho fundamental al debido proceso)", no se entran a analizar de manera específica por parte del despacho, por cuanto se encuentran implícitos en los demás argumentos ya examinados.

De acuerdo con las consideraciones expuestas, el Despacho considera que es procedente confirmar de manera parcial la Resolución 4161.060.9.8.002 del 30 de marzo de 2022, pues se encuentra debidamente acreditada la comisión de la infracción endilgada relacionada con la violación los artículos 23, 29 y 30 de la ley 1480 de 2011 en concordancia con lo señalado en el numeral 2.1 y sus subnumerales del Capítulo Segundo del Título Segundo de la Circular Única de La Superintendencia De Industria y Comercio por informar a los consumidores que, para acceder al beneficio de la exención del IVA otorgado por el Gobierno Nacional, debían registrarse en una base de datos de su propiedad. Sin embargo, es necesario modificar el monto de la sanción impuesta teniendo en cuenta que el *aquo* atribuye a la sancionada en el acto administrativo sancionatorio de primera instancia haber difundido publicidad en la que se afirmaba que en Almacenes Éxito se contaba con un mayor número de bienes cubiertos por la exención del IVA, lo cual de acuerdo a las consideraciones de la **ALCALDÍA** era contrario a la realidad, dicha imputación no guarda el principio de congruencia con la Resolución mediante la cual se abre el pliego de cargos, pues en esta solo se abre la investigación por la presunta conducta relacionada con informar a los consumidores que, para acceder al beneficio de la exención del IVA otorgado por el Gobierno Nacional, debían registrarse en una base de datos de su propiedad, como ya se mencionó, adicionalmente no fueron aplicados adecuadamente algunos de los criterios de graduación de la sanción como ya se explicó.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el artículo primero de la Resolución número 4161.060.9.8.002 del 30 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"ARTÍCULO PRIMERO: "IMPONER una multa a la sociedad **ALMACENES ÉXITO S.A.**, identificada con el número de NIT No 890.900.608-9 por la suma de **TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000)** equivalentes a **TREINTA (30)** salarios mínimos mensuales legales, que corresponden a \$1.140.120.000.000 UVT, a la fecha de la sanción, de conformidad a la parte motiva de la presente Resolución.

PARAGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá efectuarse utilizando la forma universal de recaudo, consignando en efectivo o cheque de gerencia en el Banco de la Republica, identificado con NIT No. 860.005.216-7, traslado **SEBRA_CUD**, cuenta corriente No. 61011110, bajo la denominación **DTN OTRAS MULTAS Y CONTRIBUCIONES NO ESPECIFICADAS**, código de portafolio 438- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo Superintendencia de Industria y Comercio, código de operación 137, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución, pago que debe acreditarse mediante el envío del soporte de consignación al

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

correo protección@cali.gov.co. Vencido este plazo se cobrarán intereses por cada día de retraso, liquidados a la tasa del 12% efectivo anual"

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus demás partes la Resolución número 4161.060.9.8.002 del 30 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTICULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente decisión a **ALMACENES ÉXITO S.A.** identificada con el NIT 890.900.608-9, a través de su apoderado especial entregándole copia de esta y advirtiéndole que contra ella no procede ningún recurso.

ARTÍCULO CUARTO: ORDENAR que se regrese oportunamente el expediente a la Alcaldía de Cali

ARTICULO QUINTO: COMUNICAR el contenido de la presente resolución a la Alcaldía de Cali

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **11** 1 ABR 2023

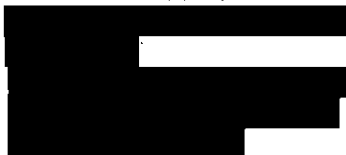
LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR


NATALIA ALVIS RODRÍGUEZ

Notificación:

Sancionada:
Identificación:
Apoderado Especial:
Cédula:
Dirección 1:
Dirección 2:
Ciudad:

ALMACENES ÉXITO S.A.
NIT 890.900.608-9



Comunicación:

Entidad: Alcaldía de Cali
Subsecretario de Inspección, Vigilancia y Control
Identificación: Nit. 890.399.011-3.
Dirección 1: notificacionesjudiciales@cali.gov.co
Dirección 2: Centro Administrativo Municipal CAM Torre Alcaldía Piso 4
Ciudad: Cali-Valle del Cauca

Proyectó: JAQA
Revisó:AMGF
Aprobó:NAR