RESOLUCIÓN NÚMERO 51415 DE 2024

(3 de septiembre de 2024)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede un recurso de apelación"

Radicación N° 21-75875

VERSIÓN RESERVADA

LA DIRECTORA DE INVESTIGACIONES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las conferidas por las Leyes 1437 y 1480 de 2011 y el Decreto 4886 de 2011, modificado por el Decreto 092 de 2022, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor en ejercicio de sus funciones tuvo conocimiento de la queja presentada mediante el radicado N° 21-75875-0 del 22 de febrero de 2022, en contra de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, identificada con NIT 900.462.511-9, por medio de la cual se manifestó una presunta infracción a los derechos de los consumidores, en relación con la publicidad, empaquetado y etiquetado de los productos *Vype* derivados del tabaco y el incumplimiento de los artículos 13 y siguientes de la Ley 1335 de 2009 y la Ley 1480 de 2011.

SEGUNDO: Que posteriormente, la quejosa el 23 de marzo de 2021 radicó una petición a través del consecutivo N° 21-253543-0 en el que solicitó ser reconocida como tercero interviniente, frente a lo cual la Dirección[1] respondió que daría solución a tal petición en el acto administrativo por medio del cual se resolviera la posible imputación de cargos.

TERCERO: Que la Dirección requirió a la sancionada mediante el oficio N° 21-75875-3 del 23 de septiembre de 2021, para que en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, allegara información, entre otra, relacionada con: i) los bienes derivados del tabaco comercializados por la sociedad a través de la página web www.vuse.com e indicara para cada uno su naturaleza, características y referencia, la ficha técnica, los términos, condiciones y restricciones establecidos para la comercialización, la manera en que se encontraban dispuestos para consulta por parte del consumidor, ii) la totalidad de las piezas publicitarias o material promocional emitido, junto con la frecuencia y los medios a través de los cuales se anunciaba, así como la última fecha de emisión, iii) la autorización emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social para el etiquetado e indicara si el consumo de los mencionados bienes tenía algún tipo de advertencia o contraindicación, iv) si existía alguna restricción en la comercialización, v) la descripción detallada del proceso de compra a través de página web, vi) las medidas para verificar la edad del consumidor y, vii) los mecanismos de seguridad adoptados en procura de garantizar la información personal del consumidor y de la transacción comercial, entre otros.

CUARTO: Que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.** presentó mediante el radicado número 21-75875 consecutivos 6 a 20 del 8 de octubre de 2021 y del 11 de octubre del mismo año, información con el fin de acreditar el cumplimiento de la solicitud hecha por esta Dirección.

[1] Radicado número 21-253543-3 del 2 de julio de 2021.

QUINTO: Que la Dirección[2] remitió una solicitud al Ministerio de Salud y Protección Social para que informara, entre otras cuestiones: i) en qué consistía la política pública del Ministerio de Salud y Protección Social en materia de prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana, incluidos los Sistemas Electrónicos de Administración de Nicotina (SEAN) y Sistemas sin suministro de Nicotina (SSSN), conocidos como *"Cigarrillos Electrónicos"*, y los demás dispositivos que simulaban la acción de fumar, ii) si en cumplimiento de las metas propuestas en *"El Plan Decenal para el control del cáncer en Colombia 2012-2021"*, específicamente, en cuanto a las acciones en nivel normativo, tenía conocimiento del impulso de proyectos o expedición de normatividad específica dirigida a los Sistemas Electrónicos de Administración de Nicotina (SEAN) y sin suministro de Nicotina (SSSN), conocidos como *"Cigarrillos Electrónicos"*, iii) si, en el marco de sus competencias, había conocido evidencia científica reciente sobre las posibles consecuencias en la salud por el uso de los Sistemas Electrónicos de Administración de Nicotina (SEAN) y sin suministro de Nicotina (SSSN), conocidos como *"Cigarrillos Electrónicos"* y su nocividad; o si el Ministerio había realizado algún estudio con el mismo fin, iv) informar si el Ministerio había acatado las medidas sanitarias que contrarrestaban los posibles efectos nocivos de esta clase de bienes y que permitieran proteger a la población ante las consecuencias de su uso, aconsejadas por la Organización Mundial de la Salud, v) indicar si se había implementado en la legislación colombiana, las medidas específicas frente a la promoción y publicidad, y el etiquetado y empaquetado, frente a los Sistemas Electrónicos de Administración de Nicotina (SEAN) y sin suministro de Nicotina (SSSN), conocidos como *"Cigarrillos Electrónicos"*, recomendadas por la Organización Mundial de la Salud, entre otros.

SEXTO: Que el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante radicado número 21-75847-25 de 22 de marzo de 2022, allegó información relacionada con la solicitud hecha.

SÉPTIMO: Que la Dirección el 18 de abril de 2022, realizó una visita administrativa a la página web www.govype.com la cual redireccionó a https://www.vuse.com/co/es/. El reporte de página web obra en el expediente bajo el radicado número 21-75875-27 de 18 de abril de 2022.

OCTAVO: Que la Dirección requirió a la sancionada mediante el oficio N° 21-75875-28 del 29 de abril de 2022, para que allegara las piezas publicitarias o material promocional de los bienes comercializados e indicara la frecuencia y los medios a través de los cuales se anunció, así como la última fecha de emisión de cada una de las mismas y que le fueron solicitadas dentro del requerimiento de información número 21-75875-4 del 23 de septiembre de 2021, al no tener acceso a dichos documentos a través del link de drive proporcionado, e informara si existía alguna restricción en la comercialización de los bienes, tales como edad del consumidor, número mínimo o máximo de unidades, a través de la página web http://www.vuse.com/co/es/, y que en caso afirmativo indicara el tipo de restricción y aportara las pruebas de su respuesta.

NOVENO: Que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.** presentó mediante el radicado número 21-75875-29 del 16 de mayo de 2022, información con el fin de acreditar el cumplimiento de la solicitud hecha por esta Dirección.

DÉCIMO: Que en atención a los trámites adelantados durante la etapa de averiguación preliminar, esta Dirección por medio de la Resolución N° 57472 del 26 de agosto de 2022, inició la presente investigación administrativa mediante formulación de cargos en contra de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, por el presunto incumplimiento a lo dispuesto en:

i) El artículo 6 de la Ley 1480 de 2011, por la presunta falla de calidad de los productos ofrecidos y falla en la calidad del servicio derivado de la celebración de una relación de consumo;

[2] Radicado número 21-75875-22 y 23 de 16 de febrero de 2022.

ii) El numeral 1.3 del artículo 3° y el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, por la presunta falta de información oportuna, clara, suficiente y precisa respecto de la intensidad de nicotina que traía el cabezal que se insertaba en el dispositivo Vuse Epod y el presunto suministro de información mínima en idioma diferente al castellano;

iii) El artículo 25 de la Ley 1480 de 2011, ya que al parecer no indicó en el empaque ni en las guías de usuario claramente sobre la nocividad de los productos comercializados ni indicó claramente en el empaque y en las guías de usuario las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, sino que presuntamente dejó a mera liberalidad de los consumidores el uso de dichos productos;

iv) El artículo 31 de la Ley 1480 de 2011, por cuanto al parecer en la publicidad de los productos Vuse que contenían nicotina, no advirtió de manera clara al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto, así como las contraindicaciones del caso;

v) El artículo 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, toda vez que en la promoción denominada "haz tu match vuse" al parecer se limitó a indicar que aplicaban términos y condiciones para hacer efectivo el incentivo pero no informó efectivamente al consumidor en dicha pieza publicitaria sobre los términos y condiciones, siendo éstos de carácter esencial, por lo que los mismos debían estar contenidos en el mismo anuncio publicitario y no ser informados por otro medio, así como que, al parecer en la promoción del producto "bundle starter kit" vista en la visita administrativa a la página web, no indicó las condiciones de tiempo, ya que no se advirtió el plazo o vigencia del incentivo, por cuanto no se indicó la fecha exacta de inicio y terminación de la misma, así como cualquier otro requisito para acceder al mismo;

vi) El artículo 42 y los numerales 1°, 5° y 9° del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, pues al analizar los términos y condiciones presentes en la página web "https://www.vuse.com/co/es/" de propiedad del sujeto pasivo, se encontraron tres estipulaciones que al parecer se constituyen como cláusulas abusivas;

vii) Los literales a), b), c), g) y el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en los numerales 1°, 7° y 9° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, por cuanto presuntamente en la página web no se suministró información con anterioridad a la oferta sobre la identidad del sujeto pasivo, la disponibilidad de los productos, el derecho de retracto que les asistía y el procedimiento para ejercerlo de acuerdo con lo que determina el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, no dispuso de un mecanismo para que el consumidor tuviera constancia de la fecha y hora de la radicación de las peticiones, quejas o reclamos, así como tampoco dispuso de un mecanismo para su posterior seguimiento ni estableció un enlace visible, fácilmente identificable, que le permitiera a los consumidores ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia.

En el mismo acto administrativo, se reconoció a la **CORPORACION COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES Y PODRA USAR COMO SIGLAS REDPAPAZ PAPAZ Y PAPAZ RED DE PADRES Y MADRES**, identificada con NIT. 830.130.422-3, que interpuso la queja inicial, como tercero interviniente en los términos del artículo 38 de la Ley 1437 de 2011.

DÉCIMO PRIMERO: Que, luego de agotadas las etapas de descargos, probatoria y de alegatos de conclusión, esta Dirección expidió la Resolución N° 62028 del 10 de octubre de 2023, acto administrativo por medio del cual se le impuso una multa a **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, por la suma de **MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS M/CTE ($1.244.680.000)** equivalentes a **MIL SETENTA Y TRES (1073)** salarios mínimos mensuales legales vigentes, que corresponden **29347,35 UVT,** a la

fecha de la resolución recurrida, por el incumplimiento de las disposiciones relacionadas en los cargos que le fueron imputados a la sancionada.

En el mismo acto administrativo, se archivó la sub-imputación correspondiente al presunto incumplimiento de lo dispuesto en el literal a) del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 1 del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 que hizo parte de la imputación N° 7, al haber informado en sus términos y condiciones los datos de identificación y datos de contacto de la sancionada.

DÉCIMO SEGUNDO: Que igualmente, en la citada resolución, se le ordenó a **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**:

> *"1. SUMINISTRAR información de forma clara, oportuna, suficiente, precisa y en idioma castellano, frente a la totalidad de los productos VUSE ofrecidos bien sea a través de la página web o piezas publicitarias que emita física o digitalmente.*
> *2. INFORMAR a los consumidores que los productos que comercializa actualmente y a futuro correspondientes a sales de nicotina y líquidos de vapeo en virtud de sus componentes, se constituyen como productos nocivos. Para tal efecto, deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles, bien sea a través de etiquetas, en sus envases o empaques, o, a través de un anexo, se señalarán sus efectos nocivos, condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones de los mismos.*
> *3. AJUSTAR la publicidad física o digital que se emita a futuro en el sentido de advertir claramente al público acerca de la nocividad de los componentes de los productos de vapeo en concreto las sales de nicotina y líquidos de vapeo, así como la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto y las contraindicaciones del caso.*
> *4. MODIFICAR en la página web https://www.vuse.com/co/es/ los términos y condiciones las estipulaciones analizadas en la presente investigación, de tal manera que las mismas no produzcan un desequilibrio injustificado en perjuicio de los consumidores o que afecten el tiempo, modo o lugar en que los consumidores pueden ejercer sus derechos.*
> *5. INFORMAR en la página web https://www.vuse.com/co/es/ en todo momento de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada sobre la disponibilidad de los productos ofertados.*
> *6. INFORMAR en la página web https://www.vuse.com/co/es/, en todo momento de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada y en los términos y condiciones, así como en cualquier documento que se encuentre inmerso en la relación de consumo, la posibilidad que existe de ejercer el derecho de retracto previsto en el artículo 47 de la ley 1480 de 2011.*
> *7. IMPLEMENTAR dentro del dominio web https://www.vuse.com/co/es/, un mecanismo por medio del cual se permita al consumidor radicar PQR, a través del cual se genere un radicado y quede constancia de la fecha y hora de radicación. De igual forma, dicho sistema deberá permitir hacer seguimiento a las PQR, permitiendo evidenciar las gestiones adelantadas frente a la misma.*
> *8. ESTABLECER en el medio de comercio electrónico utilizado https://www.vuse.com/co/es/,un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia*".

DÉCIMO TERCERO: Que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S**., se notificó de la anterior resolución el 23 de octubre de 2023, tal y como lo certificó la Secretaria General Ad-Hoc de esta Entidad, mediante radicado N° 21-75875-68.

NOVENO: Que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S**., encontrándose dentro del término, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en contra del acto administrativo sancionatorio, mediante escrito allegado el 7 de noviembre de 2023 con radicado N° 21-75875-69.

1. Consideraciones previas

Como consideraciones preliminares, esta Dirección estima pertinente aclarar que el poder sancionatorio de la administración ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como *"un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye a la realización de sus cometidos"*[3].

En ese sentido, los actos administrativos que se dicten en virtud de la facultad sancionatoria de la administración, y que tienen como fin la autoprotección del ordenamiento jurídico respecto de las normas de orden público que integran el Estatuto del Consumidor, gozan de la presunción de verdad y acierto[4]. Por lo tanto, al tratar la impugnadora de establecer desaciertos cometidos por este operador jurídico en la valoración de los elementos de juicio allegados o en la aplicación de la norma sustancial que funda la imputación fáctica y jurídica, su tarea necesariamente debe estar dirigida a demostrar que el equívoco alegado es notorio y relevante.

En otras palabras, la labor argumentativa de la recurrente debe ser exhaustiva frente al fundamento de la sanción impuesta, no solamente encaminada a endilgar opiniones contrarias o posibilidades de interpretación frente a la apreciación de pruebas o aplicación de las normas, sino, principalmente, su tarea debe estar encaminada a convencer a la administración de que la falla imputada es inexistente, o que el incumplimiento a los deberes que derivan del Estatuto del Consumidor, se encuentra excusado en una de las causales de exoneración que trata el parágrafo del artículo 24[5].

Conforme a lo anterior, y en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción de la sancionada, esta Dirección estudiará lo planteado por el recurrente y las pruebas obrantes, teniendo en cuenta lo dispuesto al respecto por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, así:

> "(…) *Conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplica "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". Al interpretar este artículo, la Corte ha definido el derecho al debido proceso "como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia".*
>
> (…)
>
> *Como acaba de verse, del derecho fundamental a un debido proceso administrativo se desprende la garantía a ejercer tanto el derecho de defensa como el derecho de contradicción.*
>
> (…)
>
> *El derecho de defensa en el contexto del procedimiento administrativo, tiene una abierta relación con el principio de publicidad y los derechos de acceso y de audiencia con el fin de oponerse, formular excepciones, solicitar, aportar y controvertir pruebas, participar en su práctica, formular alegaciones, ser notificado regularmente y con el derecho a impugnar las decisiones adoptadas por la administración. Si bien la Sala ha reconocido que el derecho de defensa en el procedimiento administrativo tiene "un alto nivel de indeterminación", en todo caso este derecho tiene unos contenidos mínimos,*

[3] Corte Constitucional, Sentencia C-875 del 22 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia que a su vez fue mencionada en sentencia C-364 de 2012. Exp. D-8795. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[4] En similar sentido: Sentencia del 6 de abril 2011, Sección Segunda, Exp. 11001-03-25-000-2008-00079-00(2431-08). Magistrado Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Acción de Nulidad.
[5] Ley 1480 de 2011, Artículo 24, Parágrafo: *"El productor o el proveedor solo podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación"*.

> *que siempre deben protegerse. Estos contenidos mínimos, implican que, en ninguna circunstancia, las autoridades que cumplan funciones administrativas pueden "privar absolutamente a las personas" de las siguientes garantías: 1) la de acceder e intervenir en el procedimiento, 2) la de pronunciarse sobre los medios de prueba, 3) la de solicitar y aportar pruebas y 4) la de cuestionar las decisiones adoptadas en el proceso. En el contexto de los procesos sancionatorios está también la garantía a "no intervenir, a guardar silencio o a esperar que sea el Estado quien pruebe la responsabilidad"*[6].

En consecuencia y considerando que tanto en sede de investigación como en la etapa de agotamiento de la actuación administrativa relativa a los recursos, lo que se pretende encontrar es la verdad de los hechos sin que se trate de una simple verdad formal o una verdad legal, son de vital importancia los medios probatorios que obren dentro del proceso, y que deben ser apreciados o valorados en conjunto con base en las reglas de la sana crítica, ya que es con base en ellos que el fallador resuelve de fondo.

2. Consideraciones de la Dirección

2.1. Consideraciones frente a la imputación N° 1, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1480 de 2011

2.1.1. Motivación de la existencia de la falla de calidad en la prestación del servicio

El impugnante cuestionó que la Dirección no motivó la existencia de la supuesta falla de calidad, y que la actividad probatoria de la Dirección se limitó a evidenciar que existía un *"gran"* número de peticiones, quejas y reclamos (PQRs), sin ninguna actividad investigativa. Luego de citar apartes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sobre dicho punto, sostuvo que la jurisprudencia ha coincidido en que las simples afirmaciones de una persona no tienen por sí mismas ningún tipo de valor probatorio en el marco de un proceso. Alegó que si bien las anteriores consideraciones han sido emitidas en el marco de los procedimientos judiciales, éstas resultan plenamente aplicables a las investigaciones administrativas que adelanta la Dirección, más aún si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional ha determinado que las actividades probatorias de la Superintendencia de Industria y Comercio, deben ser adelantadas a la luz de lo dispuesto en el CGP y en el CPACA, en los cuales se fundamentan las citadas consideraciones de las altas cortes.

De lo expuesto concluyó que la Dirección no analizó las peticiones, quejas y reclamos (PQRs) que sustentaron la imputación, limitándose a verificar que existía un número de las mismas que, en su criterio, implicaban una infracción de las normas de protección al consumidor, sin analizar su contenido.

En esta misma línea argumentó que en caso de aceptar las peticiones, quejas y reclamos (PQRs), no todas demostraron el supuesto de hecho de la imputación número 1 del acto sancionatorio. Por consiguiente, según la sancionada la Dirección incurrió en un defecto fáctico en su dimensión positiva, al no valorar todo el material probatorio obrante en el expediente, y que de haberlo valorado de forma completa no habría concluido que todas las peticiones, quejas y reclamos (PQRs) sustentaron la imputación.

Para ejemplificar sus alegaciones, la sancionada se remitió a peticiones, quejas y reclamos (PQRs) particulares. En relación con la petición identificada con ID 18204, explicó que la misma se originó en el mal uso del bien dado por la compradora, pero que la compañía, como una atención comercial, lo reemplazó. De la petición identificada con ID 30965, advirtió que se refería al caso en el cual un consumidor se

[6] Corte Constitucional. Sentencia C-162 del 27 de mayo de 2021. Expediente: D-1397. Magistrado ponente: JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR.

comunicó con la sancionada solo para obtener información. De la petición identificada con ID 13425, explicó que se refería al caso en el que una consumidora compró el bien equivocado por su propio error. De la petición identificada con ID 13426 indicó que se refería a un consumidor que preguntaba si podía realizar compras a través de la línea telefónica. De la petición identificada con ID 13438, que la misma se refería a un consumidor que solicitaba información sobre los puntos de venta físicos en Bogotá. De la petición identificada con ID 13445, que era un escenario en el cual un consumidor informó que estaba intentando hacer su compra con una tarjeta de crédito. De la petición identificada con ID 13462, que la misma se refirió a un inconveniente de una consumidora conforme el cual recibió con un código de descuento por medio de Rappi, pero no sabía cómo aplicarlo. De la petición identificada con ID 13470, que era un caso en el cual un consumidor se comunicó para preguntar si el dispositivo que quería adquirir tenía cápsulas. De la petición identificada con ID 13479, que la misma correspondía a un consumidor que informó que tuvo dificultades con su propia tarjeta, pero que los solucionó. De la petición identificada con ID 13488, que era una solicitud de información de un consumidor sobre los puntos de venta en la ciudad de Cartagena.

Sobre este punto es preciso señalar que contrario a las aseveraciones de la recurrente, esta Dirección sí analizó el contenido de las peticiones, quejas y reclamos (PQRs), y fue con base en estas que encontró configurada la infracción del artículo 6 de la Ley 1480 de 2011. Es preciso mencionar que no es solo la existencia de un amplio volumen de quejas lo que dio lugar a considerar que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S**., incurrió en responsabilidad administrativa por el incumplimiento del artículo 6° de la Ley 1480 de 2011 respecto de la calidad de los bienes ofrecidos.

Al respecto, esta Dirección considera importante recordar el concepto de calidad que se encuentra definido por la Ley 1480 de 2011 como la *"condición en que un producto* ***cumple con las características inherentes*** *y las atribuidas por la información que se suministre sobre él"*, y que conforme con lo dispuesto en el artículo 6 del Estatuto del Consumidor, existe la obligación a cargo de los productores de asegurar la calidad de los bienes y servicios que ofrecen o ponen en el mercado.

Dicho lo anterior, encontramos que esta Dirección analizó el contenido de las peticiones, quejas y reclamos (PQRs), y revisó el radicado número 21-75875 consecutivos 6 a 20 del 8 y 11 de octubre de 2021, y el radicado No 21-75875-9 del 8 de octubre de 2021. Este último, se corresponde con una base de datos en la cual se observan multiplicidad de quejas clasificadas en diferentes criterios, dentro de los cuales es preciso resaltar aquellos relacionados las casillas de *"SUBCLASIFICACIÓN"* y *"DETALLE"*, en donde se observaban quejas relacionadas con *"batería, casos garantía, como usar vype, derrame, devolución de dinero,* (…) *no vapor,* (…) *peladura en pintura/frotando, producto llegó en mal estado, producto no corresponde a lo comprado* (…)", donde se evidencia que los productos comercializados presentaban problema de calidad. Para ejemplificar lo anterior, se pueden traer a colación algunas de las quejas obrantes en el documento, sin desconocer la presencia de un número mucho mayor de estas:

Tabla No. 1 "Elaborada por la Dirección"

Id. del Caso	Observaciones de la investigada
21680	"nos comunicamos con la usuaria, con el fin de validar el estado del dispositivo vype epod, luego de haber realizado las recomendaciones de uso bridadas. la usuaria indica que el dispositivo continua igual, manifiesta que en todo momento el vype le titila una luz led color verde, no carga correctamente y no le permite vapear".
21787	"usuario envía evidencias de las capsulas que no tienen color ni sabor, se valida con Alejandra indica que se debe realizar garantía"
22164	"nos comunicamos con el usuario para validar el estado del dispositivo ya que se enviaron recomendaciones de uso, usuario indica que siguió sin funcionar, la carga, pero no enciende"
22227	"nos comunicamos con el usuario para validar el estado del dispositivo ya que se enviaron recomendaciones de uso, usuario indica que no funciona, no enciende".
22284	"nos comunicamos con el usuario debido que reportó que el device epod no le funcionaba. compró el epod el día de ayer 11-01-2020 y al principio le funcionaba perfectamente pero después no le generaba vapor, indica que lo

	puso a cargar aproximadamente 30 minutos hasta que le encendió la luz led color verde, realizó las recomendaciones de uso (por ejemplo: cargar el dispositivo en el computador, el tiempo de carga de 80 minutos, etc). informa que el dispositivo siguió con el mismo inconveniente, no le genera vapor".
22339	"se comunica el usuario e indica, que se tiene un caso de garantía pendiente, ya que, a la hora de comunicar el usuario no se pudo establecer una comunicación, esta capsula presenta problemas de derrame; al momento de enviarle pruebas de uso y evidencias del derrame, el usuario las envía a los 2 días después donde se evidencia que la capsula está vacía, se valida con el área encargada y desde allí nos autorizan realizar el proceso como tal al usuario".
22612	"nos comunicamos con la usuaria para validar el estado del dispositivo debido a que se enviaron la recomendación de uso, ya que, informó que no genera vapor. la usuaria manifiesta que a pesar de seguir las recomendaciones (método correcto de carga, sacar/cambiar la cápsula, etc.), el dispositivo si carga, pero no le genera vapor".
22638	"nos comunicamos con la usuaria, con el fin de proceder con la garantía de la cápsula del dispositivo vype epod, ya que, se comunicó por medio del correo electrónico adjuntando una foto, donde se puede evidenciar el derrame de esta y adicional la cápsula tiene el color del líquido demasiado claro".
22790	"se comunica el usuario e indica que tenía un proceso de garantía pendiente; pero al momento de brindar las pruebas de uso nunca no lo contactaron, usuario aclara que siguió la prueba de uso, pero el vype sigue sin generar carga, adicional indica que lo pone a cargar y muestra la luz led verde, pero al momento de usarlo no funciona".
22803	"nos comunicamos con el usuario, con el fin de validar el estado del dispositivo vype epen 3, luego de haber realizado las recomendaciones de uso brindadas. el usuario reportó que el dispositivo no le está cargando a pesar de ponerlo a cargar durante dos horas. indica que siguió las recomendaciones, pero el vype sigue presentando el inconveniente de no generar carga".

De conformidad con lo esbozado, contrario a lo manifestado por la investigada, no es solo la existencia de las quejas lo que deja en evidencia la infracción al deber de calidad, sino que de las respuestas y seguimiento que se hizo a las mismas es posible evidenciar que en una multiplicidad de ocasiones el producto entregado a los consumidores no cumplía con las características que se habían anunciado o que se podían esperar de este, pues tal como se observa en esta muestra del material probatorio, la sancionada respondió a las peticiones, quejas y reclamos (PQRs) y reconoció las fallas en los bienes entregados al utilizar expresiones tales como *"nos comunicamos con el usuario para validar estado de los dispositivos, para enviar recomendaciones de uso, el usuario se comunica porque pone a cargar varias veces el dispositivo, porque solicita la garantía,* ***se procede a realizar garantía*** (...)*"*, entre otros.

Luego de hacer las explicaciones anteriores, y del material probatorio obrante en el expediente, se evidenció que efectivamente **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S**., incumplió lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1480 de 2011, por no asegurar la calidad en los bienes ofrecidos, porque según las casillas *"SUBCLASIFICACIÓN"* y *"DETALLE"* se relacionaron novecientas setenta y dos (972) peticiones, quejas y reclamos (PQRs) respecto de las fallas *"batería, derrame, no vapor",* y novecientas setenta y uno (971) peticiones, quejas y reclamos (PQRs) con las opciones *"no enciende el dispositivo, derrame de líquido, batería no carga, led no apaga, sobrecalentamiento, no vapor, poco vapor, led no enciende, batería no dura lo suficiente, derrame líquido, luz roja parpadea"*, como características inherentes del bien.

Asimismo, lo esbozado deja en evidencia que el argumento de la investigada según el cual la Dirección incurrió en un defecto fáctico en su dimensión positiva, al no valorar todo el material probatorio, no está llamado a prosperar comoquiera que la Entidad nunca indicó que todas y cada una de las PQR´s presentadas hubieran implicado una vulneración, sino que dentro de dichas quejas se encontraba una multiplicidad de casos en que la investigada había desconocido su deber respecto de la calidad de los bienes lo que representaba una violación del artículo 6° de la Ley 1480 de 2011 respecto de la calidad de los bienes ofrecidos.

Adicionalmente es preciso indicar que los casos utilizados por la sancionada para sustentar su dicho no se tuvieron en cuenta para endilgar la presunta responsabilidad en el pliego de cargos ni en el acto sancionatorio como lo pretende hacer ver la recurrente, pues los supuestos de hecho mencionados no fueron los que configuraron

la imputación endilgada ni la infracción administrativa en contra de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, por el contrario, fueron la múltiples quejas y respuestas, como las enunciadas en la tabla anterior, las que dejaban en evidencia los problemas de calidad de los productos los que sustentaron la aplicación de la sanción.

Con base en la información anterior, esta Dirección considera que el fundamento de la decisión sancionatoria fue suficiente. Esto, porque el documento de relación de quejas aportado por la sancionada se valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica, en los términos del artículo 176 del Código General del Proceso (CGP) se encuentra demostrando los defectos de calidad que le fueron imputados, esto es mediante la aplicación de las máximas de la experiencia. Para este propósito, es importante hacer una breve referencia al significado de este concepto, sus condiciones de aplicación y los elementos que le atribuyen valor probatorio en una actuación de esta naturaleza. De conformidad con la jurisprudencia[7], las máximas de la experiencia son *"aquellos dictámenes hipotéticos de carácter general originados en el saber empírico, a partir de situaciones concretas, pero que, desligándose de éstas, adquieren validez en nuevas circunstancias o, lo que es lo mismo, 'aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad que atañe al ser humano y que sirve de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio"*.

En esta línea encontramos que para esta Entidad existe una máxima de la experiencia según la cual si un grupo de personas sin capacidad de organización, de forma individual y reiterada presentan una serie de inconformidades respecto de un bien o servicio es razonable creer que dicha inconformidad existe más aún si el único incentivo de los quejosos es la materialización de sus derechos, esto es la corrección de las inconformidades.

Así entonces, comoquiera que el archivo analizado contiene la descripción de lo que los consumidores afectados le manifestaron a la compañía al momento de formular su reclamación y atendiendo a la referida máxima de la experiencia, las manifestaciones obrantes en el mismo pueden ser tenidas como ciertas en razón a que: **i)** son que son una cantidad de quejas que difícilmente pueden resultar de una actuación articulada o manipulada, **ii)** hay patrones en el tipo de defectos que tienen los productos, ya sea que no encienden, que no producen humo, que tiene peladuras que no cargan, que tienen filtraciones entre otras y **iii)** que las mismas requirieron un despliegue de actividades y tiempo por parte de los consumidores, quienes su incentivo principal para la interposición de la queja es la materialización de sus derechos.

Adicionalmente, en los términos del artículo 241 del Código General del Proceso el comportamiento procesal de la compañía terminó por corroborar las conclusiones que una adecuada valoración del documento de relación de quejas imponía. Al respecto, debe llamarse la atención acerca de que el sujeto pasivo accedió a las peticiones de los usuarios que reclamaron los defectos de los bienes adquiridos, y que fundamentaron que la imputación efectivamente hubiera existido. tal como se puede observar en el detalle del cuadro de PQR´S, donde se evidencia el trámite que se les dio a la diferentes PQR´s y si las mismas representaron o no una solución al problema de quien fungiera como quejoso.

En conclusión, han quedado desestimados los reparos del impugnante por improcedentes y, en ese sentido, se confirmará la decisión de haber encontrado probada la infracción del artículo 6 de la Ley 1480 de 2011 imputada.

2.1.2. Inaplicación del servicio postventa a los bienes comercializados por BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.

La sancionada aseveró enfáticamente, que el servicio postventa no era aplicable a los productos comercializados por la compañía, pues en su criterio, de conformidad con el Título II de la Circular Única de la SIC, los casos en los que resulta aplicable el servicio postventa son: **(i)** Automotores y **(ii)** Electrodomésticos y Gasodomésticos.

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Penal, M. Ponente: Patricia Salazar Cuellar, Número De Proceso: 37175.

Adicionalmente, la impugnante hizo referencia a la entrega de los bienes, particularmente las consideraciones hechas en el acto sancionatorio según las cuales se presentó una falla en el servicio derivado de la relación de consumo, lo que generó que los consumidores se sintieran defraudados porque al ofrecer el servicio de entrega envió productos que no correspondían a lo inicialmente comprado o se entregaron en mal estado. Al respecto, la defensa advirtió que tales consideraciones no guardaban concordancia con lo señalado en la Resolución N° 12996 de 16 de marzo de 2023, conforme la cual esta Superintendencia señaló que la actividad de entrega era inherente a las actividades realizadas. Por consiguiente, cuestionó que en casos anteriores se definió la entrega del bien como inherente a la venta, sin que fuera un servicio en sí mismo.

Respecto de los reproches esbozados, esta Dirección señaló expresamente en el acto sancionatorio: *"Respecto de lo anterior, este Despacho debe indicar que, no le asiste razón a la investigada ni puede traer a colación conceptos de otros sectores de la economía palmariamente diferentes al entorno en el que ésta desarrolla su actividad económica para excusar su actuar".*

Así, esta Autoridad explicó que se refirió al servicio postventa para indicar que la sancionada, luego de celebrar la relación de consumo, remitió unos bienes que estaban en mal estado o eran diferentes a lo adquirido por los consumidores y, en ese sentido, la compañía realizó ventas bajo la modalidad de ventas a distancia, en las que la entrega de los bienes no se surtió de manera concomitante al pago del precio por la cosa.

Consecuentemente, no resultan aplicables las disposiciones de (i) Automotores, y (ii) Electrodomésticos y Gasodomésticos en el marco del servicio postventa, como lo hace ver la sancionada, lo que no quiere decir, que el servicio postventa no sea aplicable como tal.

En ese sentido, lo que sí se dejó claro en el acto administrativo sancionatorio es que el concepto de *"calidad"*, contempla el acto de entrega ya que es inherente a la adquisición del bien, y la sancionada no puede desligarse del proceso de comercialización y distribución que se desarrolla para satisfacer una necesidad de consumo. Esto corresponde tal cual a la transcripción hecha por el impugnante de la Resolución N° 12996 del 16 de marzo de 2023, en donde se manifestó que la actividad de entrega es inherente a una relación de consumo.

En ese sentido, esta Superintendencia no ha cambiado su posición frente a casos anteriores y mantiene el argumento conforme el cual se presentó una falla en el servicio, ya que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, remitió bienes que no correspondían a lo inicialmente comprado y los mismos llegaron en mal estado, lo que impidió a los consumidores satisfacer su necesidad de consumo.

Por lo tanto, los argumentos de la sancionada no están llamados a prosperar.

2.2. Consideraciones frente a la imputación N° 2, por el incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 1.3 del artículo 3o y el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011

2.2.1. Información sobre el nivel de nicotina

La sancionada alegó que, en el escrito de descargos aportó una encuesta realizada por *Ipsos*, líder en investigación de mercados, cuyo propósito fue determinar qué tanto comprendían los consumidores la información que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S**., indicaba sobre el nivel de nicotina de los bienes *Vuse.*

Agregó, que la Dirección no tuvo en cuenta que según la mencionada encuesta *"el 76% de los consumidores entienden la unidad de medición de miligramos de nicotina, que el 79% entiende las diferencias comparativas respecto del contenido de nicotina, el 94% de los consumidores entienden que las barras dispuestas en los productos*

denotan el nivel de nicotina del líquido, y que el 99% de los consumidores se considera suficientemente informado sobre los niveles de nicotina de un producto".

Sostuvo que, el acto sancionatorio no tuvo en cuenta el entendimiento racional del consumidor medio, y que esta Dirección subestimó sus capacidades cognitivas, lógicas, de entendimiento y toma de decisiones.

Aseveró, que la gran mayoría de los consumidores de *Vuse* entendían la intensidad de los niveles de nicotina a través de números, porcentajes y/o gráficas.

Lo anterior, con base en el entendimiento racional de un consumidor medio sin subestimar las capacidades cognitivas, lógicas, de entendimiento y toma de decisiones, porque los consumidores de *Vuse* entendían la intensidad de los niveles de nicotina según números, porcentaje y gráficas.

Igualmente, cuestionó que en el acto sancionatorio se hubiera establecido que no era suficiente la información suministrada, ya que para el impugnante sería imposible que los consumidores entendieran completamente las indicaciones y, en ese sentido, se vulneraría el principio conforme el cual, nadie está obligado a lo imposible.

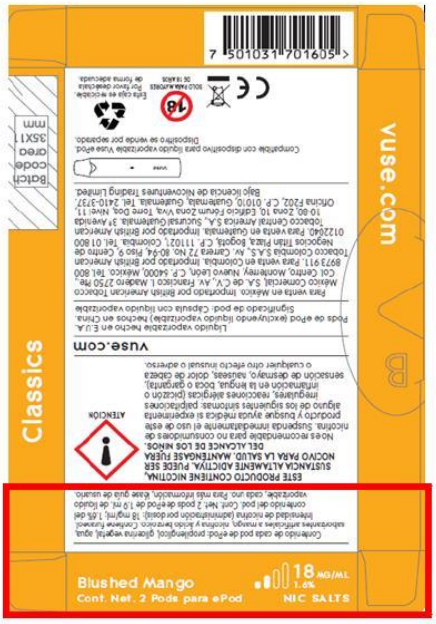
Para la sancionada, esta Superintendencia debió haber realizado un estudio bajo el concepto de consumidor racional para determinar si la información era suficiente, y cuestionó que no se argumentó que existía otro elemento que hiciera comprensible los niveles de nicotina para los consumidores.

Frente a los argumentos planteados por la sancionada, esta Dirección considera importante reproducir a continuación las piezas por medio de las cuales **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, informó a los consumidores el nivel de nicotina de *Vuse*[8]:

Imagen N° 1 de la Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado N° 21-75875-18 del 8 de octubre de 2021

Imagen N° 2 de la Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado N° 21-75875-18 del 8 de octubre de 2021

[8] Radicado número 21-75875 consecutivos 6 a 20 del 8 de octubre de 2021 y del 11 de octubre del mismo año. Radicado N° 21-75875-18 del 8 de octubre de 2021, "anexo 7 pregunta 9", con un (1) archivo en formato PDF denominado "pack cápsulas con nicotina (1)" correspondiente a un empaque del producto referido como "blushed mango".



De las imágenes anteriores, se observa que las mismas corresponden al *"pack cápsulas con nicotina (1)"* del empaque del bien identificado como *"blushed mango"*, en el que se indicó *"18 mg/ml 1,6%"* *"NIC SALT"* con un gráfico de cuatro (4) barras crecientes.

Igualmente, de la visita administrativa[9] a la página web *"https://www.vuse.com/co/es/"* de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** se observó:

Imagen N° 3 de la Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado N° 21-75875-27 del 18 de abril de 2022 minuto 23:37

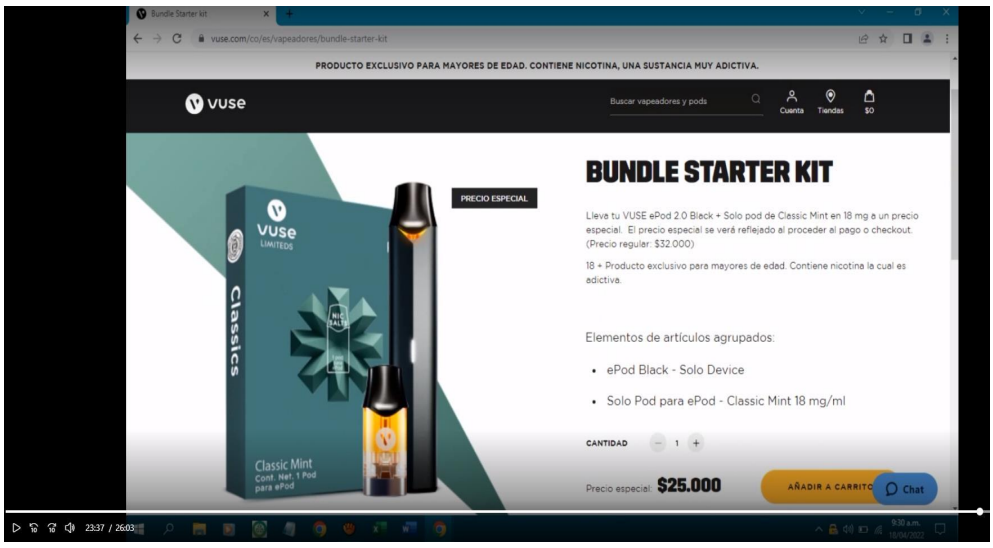
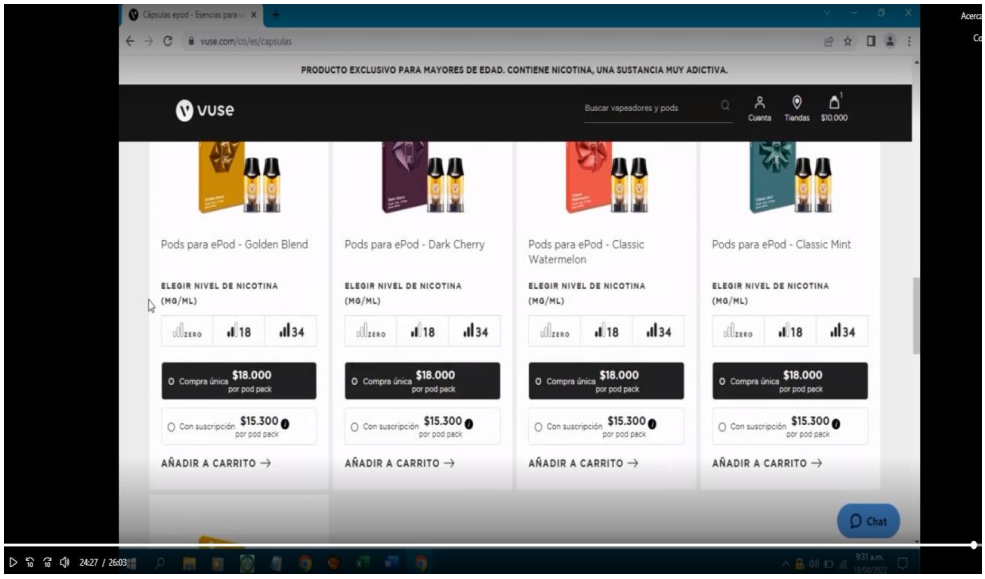


Imagen N° 4 de la Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado N° 21-75875-27 del 18 de abril de 2022 minuto 24:27

[9] Radicado número 21-75875-27 del 18 de abril de 2022.



Con base en las imágenes anteriores, se advierte que la sancionada informó la intensidad de nicotina en el cabezal que se inserta en el dispositivo *Vuse Epod*, *"18 mg/ml"*, y utilizó barras ascendentes y la expresión *"zero"* o los números *"18"* y *"34"*.

De la información transcrita, concuerda esta Dirección con las conclusiones del acto administrativo sancionatorio en cuanto a que la información no fue **suficiente, precisa ni clara.** En efecto, de la revisión de la encuesta de *Ipsos* señalada en el documento mediante el cual se interpuso el recurso de reposición, deja de lado el impugnante que en la misma se les preguntó a los encuestados *"¿qué información considera usted que sería necesario incluir, respecto de los niveles de nicotina de un producto, en un empaque de un producto de vapeo?"*, a lo que el **cincuenta y uno por ciento (51%) señaló que el porcentaje de nicotina presente en el bien**, el **veintiocho por ciento (28%) nivel de nicotina (comparativo)**, el **veinte por ciento 20% contenido de nicotina por mililitro** y el 1% otro aspecto que no fue relacionado.

Asimismo, se tiene que el setenta y seis por ciento (76%) señaló que la expresión *"MG/ML"* correspondía a la unidad de medición de miligramos de nicotina por cada mililitro de líquido de vapeo, pero el diecisiete por ciento (17%) indicó que era la cantidad de líquido de vapeo que tenía una cápsula, y el seis por ciento (6%) referenció que era la cantidad de sabor que contenía un *pod* de *Vuse*. Lo anterior evidencia, que la expresión *"MG/ML"* tenía diferentes evocaciones para los encuestados y que, al ver un porcentaje y unos números, en todo caso, no hubo claridad sobre los niveles de nicotina.

En consecuencia, la información **no fue oportuna** porque los consumidores no conocieron en el tiempo conveniente[10], es decir al momento de la compra tanto en las cajetillas como en la página web, el nivel de nicotina de los *Vuse*. Tampoco fue **suficiente**, ya que no fueron idóneos la unidad de medida, los números, porcentajes y gráficos para que los consumidores tuvieran los elementos de juicio para elegir según el nivel de nicotina, y así adoptar una decisión de consumo razonable. Finalmente, puede decirse que la información no fue **clara** porque la misma pudo generar dudas y no fue fácil de comprender la intensidad de la nicotina.

No se trata pues de un error aislado, como equivocadamente lo manifestó la sancionada en su escrito impugnatorio, sino de la evidencia con la encuesta de *Ipsos* de falta de claridad frente a las respuestas de los encuestados.

Respecto del concepto de consumidor racional que invocó la defensa para analizar la información suministrada a los consumidores, el Tribunal de Justicia de la Comunidad

[10] Definición de oportuno según la Real Academia Española.

Andina[11] definió el consumidor medio, y cuya definición ha sido utilizada por el Consejo de Estado[12], de la siguiente forma:

> *"La jurisprudencia española en esta materia, se refiere 'al **consumidor medio**' o 'al **público medio**', a quien le califica como a 'una **persona dotada de las normales facultades perceptivas**' o 'a **personas de raciocinio normal**' quien por lo general **no es una persona conocedora y diligente**, que **se 'guía por sencillas apreciaciones visuales** o auditivas corrientes'.*
>
> *Frente a este tipo de consumidor medio o 'promedio' sale a luz el **consumidor profesional y especializado**, el que **por su propia formación está expuesto al riesgo de confusión en menor grado que el consumidor medio o corriente**.* (…)
>
> *El Tribunal ha abordado el punto del consumidor medio en sentencia de 3 de Diciembre de 1987. Ha dicho el Alto Organismo Comunitario: '...El Tribunal se permite precisar - de acuerdo con la doctrina predominante - que el **consumidor** al que debe tenerse en cuenta, (…) es el llamado '**consumidor medio**' o sea el **consumidor común y corriente de determinada clase de productos**, en quien debe suponerse un **conocimiento y una capacidad de percepción corrientes**.* (…)
>
> ***Cuando pensamos en el consumidor**, en principio partimos de la hipótesis de que se trata de un '**consumidor medio**'; 'aquél que **no está muy alerta ni muy distraído**, **ni disponiendo de mucho tiempo** **ni andando excesivamente de prisa**, **ni instruido ni ignorante**', se **diferencia** de aquellos **consumidores** con un grado de **especialización o conocimiento técnico**.* (…)*".* (Destacado fuera del texto original).

Las disposiciones que protegen al consumidor parten de la premisa de que el consumidor, como destinatario de la información que se transmite se debe tener como "*consumidor medio o racional*" para verificar si la misma fue clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea.

Además, vale la pena mencionar que, frente a la información suministrada, las personas realizan sobre esta un **análisis superficial**, no profundo y detallado, por lo que la información es evaluada conforme al contenido y significado que el consumidor le atribuya **guiándose por el sentido común y usual de las palabras**.

En consecuencia, esta Superintendencia no tenía que hacer ningún estudio técnico bajo el concepto de consumidor racional para determinar si la información era suficiente, como equivocadamente lo pretendió hacer valer el contradictor, porque el análisis que hace esta Autoridad debe partir de la posición en la que se encuentre un consumidor medio sin que deba realizar un estudio exhaustivo de su entender.

Así las cosas, este Despacho reitera que se acoge el criterio del *"consumidor racional"* puesto que *"los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al **sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas**, **complejas** o **forzadas** prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor*[13]*"*.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el análisis que hace un consumidor medio es un examen superficial, no profundo ni detallado, y por el contrario se guiará por el sentido natural de las palabras, esta Dirección analizó correctamente la información acerca del nivel de nicotina pues de la información sobre el producto no es posible, para un consumidor medio, determinar con total certeza a que se refieren

[11] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 09-IP-94 caso "DIDA" - SOCIEDAD CONFECCIONES DEPORTIVAS DIDA LTDA., y Proceso No. 41-IP-99 caso PASTEUR SANOFI DIAGNOSTICS.
[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011), radicación número: 11001-03-24-000-2004-00390-01, Actor: Puma Ag Rudolf Dassler Sport, Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, Referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
[13] Jaeckel Kovacs Jorge, *Publicidad Engañosa: Análisis Comparativo*, Boletín Latinoamericano de Competencia, Tomo número 20, junio 2005, páginas 59 a 61.

lo porcentajes o gráficos de barra, por el contrario como se observa incluso en los estudios aportados por la recurrente, un gran número de consumidores no identificaron a que se referían los datos numérico y proporcionales obrantes en el paquete.

Es evidente entonces, que el consumidor medio, con base en la información suministrada, no conoció en un tiempo conveniente el nivel de nicotina de los *Vuse* y, por ende, la unidad de medida, los números, porcentajes y gráficos no fueron idóneos y generó dudas que no permitieron comprender fácilmente la intensidad de la nicotina.

No se trata de obligar a **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, a lo imposible como equivocadamente lo pretendió hacer valer el contradictor, sino de que la mencionada compañía atendiera su obligación de suministrar información de manera **oportuna, suficiente y clara** acerca del nivel de nicotina de su *Vuse*, lo cual, como quedó previamente explicado, no ocurrió.

Por lo tanto, los argumentos de la sancionada no están llamados a prosperar.

2.2.2. Información en idioma diferente al castellano

La recurrente aseveró que la gran mayoría de los consumidores entendieron la información que fue proporcionada por **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, con base en los resultados de la encuesta de *Ipsos* conforme la cual el ochenta por ciento (80%) de los encuestados entendió que la expresión *"nicotine level"* se refería al nivel de nicotina que contenía el líquido del dispositivo de vapeo, y que el setenta y dos por ciento (72%) de los encuestados entendió que la expresión *"nic salts"* se refería a sales de nicotina en los dispositivos de vapeo.

La defensa advirtió que esta Autoridad no aportó ningún sustento técnico o estadístico que llevara a concluir que la muestra de la encuesta no era significativa. Añadió que la Dirección debió motivar las razones por las cuales concluyó que la encuesta no era "*significativa*", explicando el estándar adecuado para que la muestra si lo hubiese sido, y que además tenía que aportar una prueba que demostrara que la encuesta allegada por la sancionada no era válida. Advirtió, que en todo caso esta Superintendencia tenía la carga de la prueba frente a la imputación fáctica.

Contrario a las aseveraciones del contradictor, tal y como se explicó en el acto administrativo sancionatorio, la muestra de la encuesta no fue representativa en atención al número de personas encuestadas, respecto de la totalidad de ventas realizadas por la compañía.

En efecto, la muestra representativa para un análisis estadístico es una muestra de un tamaño relativamente apropiado que ha sido seleccionada por procedimientos aleatorios y las características que se observan en ella corresponden a la población de la cual se extrajo[14]. La doctrina ha explicado que la representatividad es una función de varios factores, que no solo depende de la aleatoriedad y del tamaño de la muestra, sino también del diseño muestral, muy particular para cada caso, del uso de información auxiliar clave, y de un marco muestral útil y actualizado. El término *representativo* se utiliza siempre y cuando la muestra represente fielmente la variable objeto de estudio, la cual tiene una distribución probabilística en la población y la distribución de frecuencias en la muestra debe ser espejo o muy similar a la de la población[15].

Lo anterior, denota la complejidad de la selección de una muestra representativa, y en consecuencia debe tenerse en cuenta la forma de selección de la muestra, los estimadores a proponer y su precisión, la determinación del tamaño de la muestra que tome en cuenta el margen de error permitido, el nivel de confianza en la estimación y la variabilidad sobre la que se va a realizar la *Inferencia Probabilística*[16].

[14] Ras, 1980; Cochran, 1976; Scheaffer, Mendenhall y Ott, 1987
[15] Ibídem.
[16] Ibídem.

Con base en lo anterior, le asistió razón a esta Dirección en el acto sancionatorio al afirmar que la prueba aportada por **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, correspondiente a la encuesta de *Ipsos*, no incluyó una muestra representativa porque para dar validez a los resultados de la investigación y recopilación de datos para obtener información de personas sobre un tema en específico[17], es requisito emplear instrumentos estadísticos capaces de apoyar esas conclusiones, tales como el tamaño de la muestra. La muestra[18], es un conjunto de datos que representa al total de la población estadística, caracterizada por su gran tamaño, y cuya representatividad es la característica mas importante y ha sido definida como:

> *"La capacidad de un subconjunto de presentar iguales características a las del conjunto completo, por ende el muestreo adquiere todo su sentido en cuanto se garantice que las características que se quieren observar en la población quedan reflejadas adecuadamente en la muestra. Al respecto, una muestra será representativa de la población de la que fue tomada, si 'la suma de sus características se aproxima al conjunto de características de la población' (…)"*[19].

Teniendo en cuenta los conceptos anteriormente explicados, esta Dirección pudo verificar que la encuesta de *Ipsos* se hizo con una base de 138 participantes según su ficha técnica[20], mientras que de la revisión de la información allegada por **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**[21], conforme el requerimiento de información que se le hizo en la Resolución N° 3295 de 2 de febrero de 2023[22], la relación de ventas de todos los productos comercializados desde el 01 de septiembre del 2020 al 30 de septiembre del 2021, a través de la página web https://www.vuse.com/co/es/ y la relación de ventas de todos los productos VYPE comercializados desde el 01 de septiembre del 2020 al 30 de septiembre del 2021, correspondió a 45.900 ventas, por un lado, y 343.000, aproximadamente, por el otro.

Consecuentemente, al revisar la muestra de la encuesta, esto es 138 participantes, la misma no es representativa frente a 343.000 unidades vendidas de los productos VYPE, porque el subconjunto no tiene la capacidad de garantizar las mismas características del conjunto completo y no tiene validez su aproximación.

Esto, sumado a que la imputación, según el pliego de cargos, correspondió al cuestionamiento frente a que la información fue puesta a disposición del consumidor en un idioma diferente al castellano.

Así las cosas, de la revisión del pliego de cargos, Resolución N° 57472 de 26 de agosto de 2022[23] se tiene que uno de los sustentos fácticos que soportaron la imputación dos fue el hecho de que aparentemente no se suministró a los consumidores la información mínima en idioma castellano. Por consiguiente, el reproche se centró en que la sancionada utilizó expresiones que no son en idioma castellano tales como *"nic salts"* y *"nicotine level"*, en su página web y en las piezas emitidas desde el 15 de junio al 30 de septiembre de 2021, en puntos de venta, *Instagram, Facebook, YouTube*, entre otros.

---

[17] Definición de *encuesta* del DANE: *"Las encuestas tienen por objetivo obtener información estadística continua a una muestra de la población, mientras que los censos y registros de población son de mayor alcance y extensión. Las encuestas se pueden adelantar de varias formas: por muestreo, sondeo de opinión, prueba piloto."*, disponible en https://www.dane.gov.co/files/Glosario.pdf fecha de consulta 30 de agosto de 2024.

[18] Definición de *muestra* tomada de la Enciclopedia Iberoamericana disponible en https://enciclopediaiberoamericana.com/muestra-estadistica/ fecha de consulta 30 de agosto de 2024.

[19] Definición de la *representatividad de la muestra* tomada de la *Guía Práctica para la Construcción de Muestras* de la Unidad Técnica de Control Externo de la Contraloría General de la República de Chile, disponible en https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_chl_const.pdf fecha de consulta 30 de agosto de 2024

[20] Aportada por la sancionada mediante radicado número 21-75875-40 de 21 de septiembre de 2022.

[21] Radicado número 21-75875-51 de 17 de febrero de 2023.

[22] Mediante el acto administrativo que ordenó la apertura del periodo probatorio Resolución No. 3295 de 2 de febrero de 2023, se le ordenó a la sancionada *"11.1.3. Aportar la relación de ventas de todos los productos comercializados desde el 01 de septiembre del 2020 al 30 de septiembre del 2021, a través de la página web https://www.vuse.com/co/es/; deberá indicar: fecha de venta, número de factura, breve descripción del producto, unidades y valor total cancelado. Esta información debe ser presentada en formato Excel (.xls), vía email.*
11.1.4. Allegar relación de ventas de todos los productos VYPE comercializados desde el 01 de septiembre del 2020 al 30 de septiembre del 2021; deberá indicar: fecha de venta, número de factura, breve descripción del producto, unidades y valor total cancelado. Esta información debe ser presentada en formato Excel (.xls), vía email.

[23] Considerando 17.2. Imputación N° 2: Presunto incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 1.3 del artículo 3° y el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 - 17.2.2. Presunto suministro de información mínima en idioma diferente al castellano.

Se le recuerda a la sancionada que el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 es enfática en señalar que *"en todos los casos* ***la información mínima debe estar en castellano***".

Consecuentemente, al haberse configurado el incumplimiento de la obligación de tener la información en castellano al utilizar las expresiones *"nic salts"* y *"nicotine level"*, **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, incurrió en la conducta reprochada y, en ese sentido, han quedado desestimados los argumentos del contradictor.

Ahora bien, en relación con la carga de la prueba, esta Dirección reconoce que a esta Superintendencia le correspondía verificar el incumplimiento de las normas imputadas con base en pruebas debidamente aportadas al expediente, lo que en efecto sucedió como se explica en el presente acto administrativo. Esto, ya que la infracción es uno de los presupuestos básicos de la sanción administrativa que se impone en ejercicio del poder sancionatorio del Estado.

En tal sentido, es preciso señalar que esta Superintendencia cumplió con su carga probatoria, debido a que realizó las averiguaciones preliminares correspondientes así como valoró su mérito para iniciar la correspondiente investigación administrativa, ya que en ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y control en materia de protección al consumidor, conoció, entre otras cuestiones, varias quejas, realizó los requerimientos de información correspondientes, así como una visita administrativa a la página web del sujeto pasivo, por lo que durante la etapa de averiguación preliminar, recaudó evidencias con el fin de determinar si había lugar a continuar con la actuación o no.

Además, esta Autoridad elevó el respectivo pliego de cargos mediante la Resolución N° 57472 de 26 de agosto de 2022 en la que describió con precisión y claridad los hechos con los elementos materiales probatorios que fundamentaron cada una de las imputaciones jurídicas hechas. Igualmente, ordenó la apertura del periodo probatorio mediante la Resolución N° 3295 de 2 de febrero de 2023, en la cual incorporó y otorgó el valor probatorio que de acuerdo con la ley les correspondía a los documentos recaudados en la etapa de averiguación preliminar, así como a las pruebas documentales allegadas con los descargos con el radicado número 21-75875-40 y ordenó el cierre del periodo probatorio a través de la Resolución N° 10093 de 10 de octubre de 2023, en la que incorporó y otorgó el valor probatorio que, de acuerdo con la ley, les correspondía a todas y cada una de las pruebas recaudadas y allegadas en las etapas de averiguación preliminar, enlistadas en el pliego de cargos, apertura y cierre del periodo probatorio.

Asimismo, en el acto sancionatorio valoró todo el acervo probatorio de conformidad con las reglas de sana critica, con lo que acreditó el incumplimiento de lo previsto en numeral 1.3 del artículo 3°, los artículos 6°, 23, 25, 31, 33, 42 y los numerales 1°, 5° y 9° del artículo 43, los literales b), c), g) y el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia y lo que establecen los numerales 7° y 9° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

Por tal motivo, de conformidad con lo expuesto en el presente caso le correspondía a **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, desvirtuar lo que resultó probado en la actuación y, en consecuencia, demostrar que acató las directrices impartidas en las normas imputadas, o que existió un eximente de responsabilidad, pues se aclara, el principio de presunción de inocencia debe conjugarse con la determinación de la carga probatoria, correspondiéndole a la sancionada aportar los medios de convicción necesarios para desvirtuar los cargos formulados en el pliego y demostrar que en efecto, cumplió con sus deberes de cara a la protección de los derechos de los consumidores, situación que no acaeció en el asunto sub examine.

Por este motivo, en el caso concreto, esta Entidad asumió la carga de la prueba para demostrar el incumplimiento por parte de la sancionada, sin que para el efecto

hubiera sido necesario que esta Dirección hubiera practicado una prueba técnica o estadística, como equivocadamente lo interpretó la defensa.

Teniendo en cuenta lo explicado, quedan debidamente desvirtuados y por lo tanto desestimados los reparos de la defensa según los cuales la Dirección no tuvo en cuenta la encuesta de *Ipsos* y sus resultados, en tanto que esta Superintendencia sí valoró esa prueba en el sentido de considerar que la muestra no fue representativa, y que en todo caso se emplearon expresiones en un idioma diferente al castellano, situación que evidencia el incumplimiento de la norma imputada, lo cual no logró desvirtuarse por parte de la sancionada.

Así, los argumentos del contradictor han quedado desestimados y no pueden prosperar por improcedentes.

2.2.3. Interpretación de las Normas

En el escrito impugnatorio, la sancionada aseveró, que la interpretación de las nomas por parte de la Dirección debía seguir un criterio teleológico o finalista. Explicó, que bajo el citado criterio se debía identificar la intención que tuvo el legislador al establecer un texto legal o su espíritu. Reiteró, que según la encuesta de *Ipsos* el setenta y seis por ciento (76%) de los encuestados entendieron los números que expresan el nivel de nicotina, el setenta y nueve por ciento (79%) entendieron el porcentaje de los productos que denotan el contenido de nicotina y el noventa y cuatro por ciento (94%) entendieron el componente gráfico que indicaba el nivel de nicotina.

Alegó, que esta Dirección hizo un análisis formalista de las normas imputadas, y que la Corte Constitucional advirtió que las normas debían interpretarse conforme los criterios establecidos en el Código Civil.

En el mismo sentido argumentó que debía concluirse que la compañía cumplió la finalidad de la norma al encontrarse probado que la mayoría de los consumidores comprendieron la información.

Respecto de lo señalado, esta Dirección le recuerda a la sancionada que de conformidad con el artículo 4 de la Ley 1480 de 2011, las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor y en caso de duda se resolverá en favor del consumidor.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que las relaciones de consumo se desenvuelven en un plano de asimetría debido al papel preponderante del productor en cuanto a él compete la elaboración del bien o la modelación del servicio imponiendo condiciones para su funcionamiento y utilización, así como de la ventaja del distribuidor o proveedor debido a su dominio de los canales de comercialización de los bienes y servicios[24]. En este sentido cabe reiterar que el régimen de protección al consumidor corresponde al esquema ideado por el Constituyente y el Legislador para responder a la asimetría del mercado en el que el consumidor se encuentra en situación de desventaja[25]. Precisamente por estas razones, es que la norma imputada, esto es el artículo 23 del Estatuto del Consumidor exige que la información mínima sea en idioma castellano, para proteger al consumidor colombiano cuya lengua materna es el español.

Con base en lo expuesto, no es acertada la afirmación de la recurrente en cuanto a que esta Dirección deba aplicar el criterio de interpretación teleológico o finalista, ya que lo cierto es que deberá aplicarse el criterio conforme el cual la disposición imputada, esto es, el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011 debe interpretarse en la forma más favorable al consumidor, y esto es, que la información correspondiente al nivel de nicotina debe ser clara, suficiente oportuna y, adicionalmente, por ser información mínima y de gran importancia debido a las consecuencias adversas que puede traer, debe estar en idioma castellano . Se concluye entonces, que contrario a

[24] Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995. Expediente D-920. Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Diaz.
[25] Corte Constitucional. Sentencia C-973 de 2002. Expediente D-4032. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis.

lo expuesto por la sancionada, **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, no cumplió con lo establecido en la norma, en tanto se encuentra probado que utilizó las expresiones *"nic salts"* y *"nicotine level"*, sin que para el efecto tenga relevancia que la gran mayoría de consumidores, en su criterio, comprendió el contenido de la información.

En conclusión, se mantiene la decisión de haber infringido lo previsto en el numeral 1.3. del artículo 3º de la Ley 1480 de 2011 por parte de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**

2.3. Consideraciones frente a la imputación N° 3, por el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011

2.3.1. Información acerca de las condiciones de uso y contraindicaciones de los bienes comercializados

La recurrente aseveró que la sancionada informó a los consumidores las condiciones de uso y contraindicaciones de los bienes comercializados.

Manifestó que la Circular Externa 32 del 21 de octubre de 2019, expedida por el Ministerio de Salud no era una norma aplicable para determinar el incumplimiento por parte de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.** en relación con el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011.

Reiteró que, si esta Autoridad reprochaba lo que se comunicó o una contraindicación en particular, la Dirección debió hacer un estudio bajo el concepto del consumidor racional, para determinar si los consumidores conocían la forma adecuada de uso y los riesgos asociados con el consumo de *Vuse*.

La defensa puso de presente el uso de *lenguaje facultativo*, lo cual, en su sentir, no estaba prohibido por el artículo 25 del Estatuto del Consumidor ni era reprochable, con lo que la sancionada suministró información clara y suficiente sobre la posibilidad de que *Vuse* generara efectos adversos. En el mismo sentido, alegó que el uso de *lenguaje facultativo* era el adecuado para el presente caso, teniendo en cuenta que el efecto nocivo que podía derivarse de *Vuse*, incluso de la nicotina, era una posibilidad.

Finalmente, en relación con el formaldehído, la sancionada explicó que no lo anunciaba como un efecto nocivo porque la cantidad emitida por *Vuse* estaba por debajo de los niveles que se consideraban seguros de conformidad con estándares internacionales.

Respecto del reproche mencionado, esta Dirección reitera que la norma que resultó incumplida fue el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011, al no haber indicado claramente y en caracteres perfectamente legibles, la nocividad y las condiciones o indicaciones necesarias para la correcta utilización del bien comercializado por la sancionada, y las contraindicaciones del líquido almacenado por el cabezal del dispositivo de vapeo en el caso de la nicotina, así como los producidos con ocasión del calentamiento de otras sustancias incorporadas que generaban formaldehído, que por su naturaleza o componentes, eran nocivos para la salud.

Ahora bien, para demostrar el incumplimiento imputado, se hizo necesario acudir a pronunciamientos del Ministerio de Salud y Protección Social[26] con base en los cuales es evidente la nocividad del bien mencionado.

Por una parte, el Ministerio alertó sobre *"las consecuencias nocivas a nivel sanitario por el uso de sistemas electrónicos de administración de nicotina y sin suministro de nicotina, SEAN/SSSN"*. Además, de conformidad con la Circular Externa N° 32 de 21 de octubre de 2019 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la nicotina ocasiona entre otros, adicción, afecta el desarrollo neuronal en adolescentes y causa

[26] Circular Externa N° 00000032 de 21 de octubre de 2019 (Diario Oficial No. 51.114 de 2019). https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/circular-32-de-2019.pdf

intoxicación aguda, siendo grave en niños. Igualmente, en dicha circular se explicó que una de las evidencias de los productos químicos presentes en el vapor del cigarrillo electrónico tales como el formaldehído y acroleína, podían causar daño celular y mutagénesis, hallazgo que apoya la posibilidad de que la exposición a largo plazo aumente el riesgo de desarrollar cáncer[27].

De conformidad con lo anterior, y contrario a lo aseverado por la sancionada, sí existen estudios y pruebas que demuestran que la nicotina genera efectos nocivos para la salud de los consumidores[28], sin que de ninguna manera se esté coaccionando a la sancionada a proporcionar información imprecisa y falsa.

Además, teniendo en cuenta la presencia de sustancias como el formaldehído en el producto analizado, tal como se describió en el acápite 3.5 del acto recurrido, es evidente que los productos de vapeo comercializados incrementan la exposición de los consumidores a estos componentes nocivos, aun cuando sea en proporciones mínimas, situación que favorece la materialización de impactos en la salud, los cuales deberían ser informados a los consumidores en cumplimiento del artículo 25 de la Ley 1480 de 2011.

Ahora bien, esta Dirección considera importante advertir que las cantidades de formaldehído presentes en el bien *Vuse*, no le restan importancia a su nocividad. En efecto, de la revisión de la Circular 32 del 21 de octubre de 2019, el Ministerio de Salud y Protección Social detalló que existían riesgos asociados a la salud por productos químicos presentes en el vapor del cigarrillo electrónico **como el formaldehído** que se insiste, puede causar daño celular y mutagénesis, que apoya la posibilidad de que la exposición a la largo plazo aumente el riesgo de causar cáncer, sin que de ninguna manera se haga alguna diferenciación en cuanto a los bajos o altos niveles de dicha sustancia.

Entonces, esta Superintendencia enfatiza que no existe prueba alguna que demuestre el grado de nocividad del formaldehído dependiendo si está en menores o mayores proporciones y, por ende, que sea más o menos nocivo, razón por la cual, es factible aseverar que no existe prueba de cuánta concentración de formaldehído no representa que pueda ser perjudicial, con lo que las afirmaciones del impugnante no están probadas más allá de haber hecho referencia a estándares internacionales, pero sin demostración de sus afirmaciones. En otras palabras, el hecho alegado por la defensa en cuanto a que las cantidades de formaldehído, no tiene sustento probatorio y, en ese sentido, tales argumentos no pueden prosperar para desestimar la imputación fáctica.

Así las cosas, interpreta equivocadamente la impugnante la argumentación de esta Dirección en cuanto a la Circular Externa 32 del 21 de octubre de 2019, ya que la infracción administrativa se configuró por el incumplimiento del artículo 25 de la Ley 1480 de 2011, debido a que se advirtió el carácter nocivo de los bienes según la mencionada Circular.

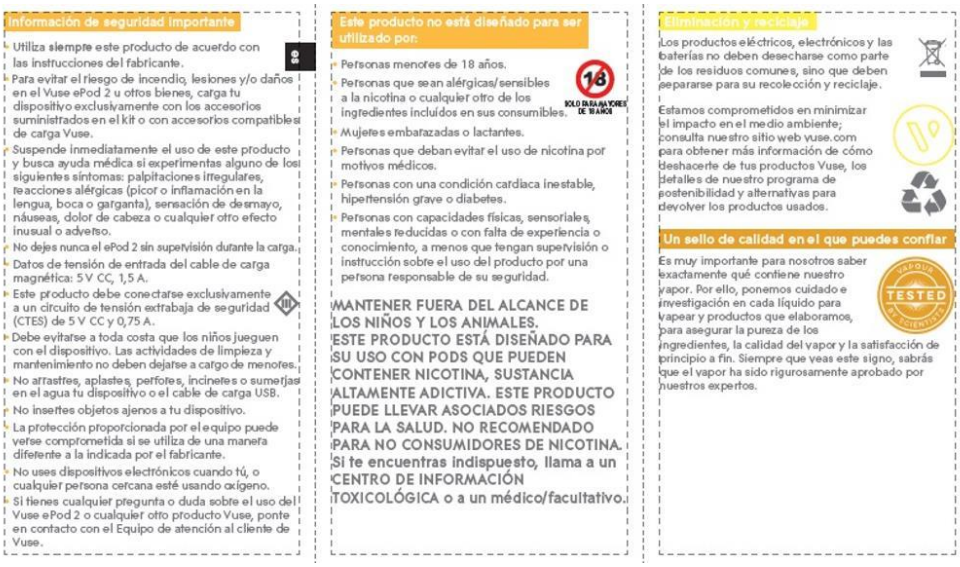
Por otra parte, la sancionada aseveró que informaba a los consumidores sobre el uso adecuado del bien y las contraindicaciones de este, según la imagen número 10 del acto sancionatorio correspondiente al radicado número 21-75875-18 del 8 de octubre de 2021. Añadió, que el lenguaje facultativo no estaba prohibido por el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011 y que, en el proyecto de circular propuesto por esta Superintendencia para informar sobre los efectos nocivos de los productos, utilizaba la expresión *"puede"*, con lo que se impuso una sanción con base en un lenguaje que esta Entidad proponía como facultativo para informar la nocividad de ciertos bienes.

[27] Huang, Xu, & Lau, 2018

[28] Ministerio de Salud y Protección Social. Circular Externa N° 00000032 de 21 de octubre de 2019 (Diario Oficial No. 51.114 de 2019). https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/circular-32-de-2019.pdf
Los estudios científicos que fueron tenidos en cuenta por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, fueron los siguientes: (Centers for Disease Control, 2019); (U.S. Department of Health and Human Services, 2018); (Cullen KA, 2018); (Jenssen BP, 2019); (American Psychiatric Association, 2013); (Moheimani & Bhetraratana, 2017); (Alzaharani, Pena, & Temesgen, 2018); (Bhatta & Glantz, 2019); (Jenssen & Boykan, 2019); (Unger, Leventhal, McGovern, Stone, & Barrintong, 2018); (McConnell, Barrington, Wang, & Urman, 2017); (Itoh, Aoshiba, Herai, Nakamura, & Takemura, 2017); (Huang, Xu, & Lau, 2018); (Weiss, Tomasallo, Meiman, & Creswell, 2016); (Ordonez, Kleinschmidt, & Forrester, 2015); (Layden, Ghinai, Kimbal, & Layer, 2019); (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2016); (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017); (World Health Organization, 2019); (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018); (Sociedad Colombiana de Medicina Familiar, 2018); (European Respiratory Society, 2019); (Asociación Latinoamericana de Tórax, 2019).

Para mayor claridad, esta Dirección se permite reproducir la imagen número 10 del acto sancionatorio:

Imagen N° 10 de la Resolución N° 62028 de 2023, radicado número 21-75875-18 del 8 de octubre de 2021



Información de seguridad importante

- Utiliza siempre este producto de acuerdo con las instrucciones del fabricante.
- Para evitar el riesgo de incendio, lesiones y/o daños en el Vuse ePod 2 u otros bienes, carga tu dispositivo exclusivamente con los accesorios suministrados en el kit o con accesorios compatibles de carga Vuse.
- Suspende inmediatamente el uso de este producto y busca ayuda médica si experimentas alguno de los siguientes síntomas: palpitaciones irregulares, reacciones alérgicas (picor o inflamación en la lengua, boca o garganta), sensación de desmayo, náuseas, dolor de cabeza o cualquier otro efecto inusual o adverso.
- No dejes nunca el ePod 2 sin supervisión durante la carga.
- Datos de tensión de entrada del cable de carga magnética: 5 V CC, 1,5 A.
- Este producto debe conectarse exclusivamente a un circuito de tensión extrabaja de seguridad (CTES) de 5 V CC y 0,75 A.
- Debe evitarse a toda costa que los niños jueguen con el dispositivo. Las actividades de limpieza y mantenimiento no deben dejarse a cargo de menores.
- No arrastres, aplastes, perfores, incinetes o sumerjas en el agua tu dispositivo o el cable de carga USB.
- No insertes objetos ajenos a tu dispositivo.
- La protección proporcionada por el equipo puede verse comprometida si se utiliza de una manera diferente a la indicada por el fabricante.
- No uses dispositivos electrónicos cuando tú, o cualquier persona cercana esté usando oxígeno.
- Si tienes cualquier pregunta o duda sobre el uso del Vuse ePod 2 o cualquier otro producto Vuse, ponte en contacto con el Equipo de atención al cliente de Vuse.

Este producto no está diseñado para ser utilizado por:

- Personas menores de 18 años.
- Personas que sean alérgicas/sensibles a la nicotina o cualquier otro de los ingredientes incluidos en sus consumibles.
- Mujeres embarazadas o lactantes.
- Personas que deban evitar el uso de nicotina por motivos médicos.
- Personas con una condición cardiaca inestable, hipertensión grave o diabetes.
- Personas con capacidades físicas, sensoriales, mentales reducidas o con falta de experiencia o conocimiento, a menos que tengan supervisión o instrucción sobre el uso del producto por una persona responsable de su seguridad.

MANTENER FUERA DEL ALCANCE DE LOS NIÑOS Y LOS ANIMALES.
ESTE PRODUCTO ESTÁ DISEÑADO PARA SU USO CON PODS QUE PUEDEN CONTENER NICOTINA, SUSTANCIA ALTAMENTE ADICTIVA. ESTE PRODUCTO PUEDE LLEVAR ASOCIADOS RIESGOS PARA LA SALUD. NO RECOMENDADO PARA NO CONSUMIDORES DE NICOTINA.
Si te encuentras indispuesto, llama a un CENTRO DE INFORMACIÓN TOXICOLÓGICA o a un médico/facultativo.

Eliminación y reciclaje

Los productos eléctricos, electrónicos y las baterías no deben desecharse como parte de los residuos comunes, sino que deben separarse para su recolección y reciclaje.

Estamos comprometidos en minimizar el impacto en el medio ambiente; consulta nuestro sitio web vuse.com para obtener más información de cómo deshacerte de tus productos Vuse, los detalles de nuestro programa de sostenibilidad y alternativas para devolver los productos usados.

Un sello de calidad en el que puedes confiar

Es muy importante para nosotros saber exactamente qué contiene nuestro vapor. Por ello, ponemos cuidado e investigación en cada líquido para vapear y productos que elaboramos, para asegurar la pureza de los ingredientes, la calidad del vapor y la satisfacción de principio a fin. Siempre que veas este signo, sabrás que el vapor ha sido rigurosamente aprobado por nuestros expertos.

Con base en la imagen anterior, y respecto del argumento del contradictor en cuanto a que en el presente caso era factible emplear lenguaje facultativo ya que el efecto nocivo *podía* derivarse de los bienes *Vuse*, sumado a los efectos posibles de la nicotina misma, esta Dirección le aclara que la disposición establecida en el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011 es un mandato imperativo de obligatorio cumplimiento, y su acatamiento no es, ni puede ser, facultativo[29].

En esta misma línea se encuentra procedente insistir en que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.** mal puede pretender exonerar su responsabilidad al indicar que el formaldehído que emiten los productos *Vuse* no se anunció a los consumidores, pues a su juicio, sus niveles de emisión se consideran seguros, ya que según lo ya explicado, dicha sustancia al ser un producto químico presente en el valor del cigarrillo electrónico puede causar daño celular y mutagénesis, hallazgo que apoya la posibilidad de que la exposición a largo plazo aumente el riesgo de desarrollar cáncer, tal cual lo señaló la Autoridad Nacional que determina las normas y directrices en materia de salud pública en nuestro país, sin que de ninguna manera haya realizado diferenciación alguna en cuanto a los bajos o altos niveles de dicha sustancia para que sea considerada nociva o no, pues lo cierto es que, el formaldehído es nocivo por sí mismo independientemente de si su concentración es baja o no.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la nicotina y el formaldehído son nocivas y pueden generar daños o perjuicios para la salud, era obligación de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.** indicar claramente y en caracteres perfectamente legibles, en etiquetas, envases o empaques o en un anexo que se incluyera dentro de estos, su nocividad.

Igualmente, la compañía omitió informar las condiciones e indicaciones para el uso adecuado de *Vuse*, y las contraindicaciones por no haber informado las demás implicaciones en la salud de los consumidores debido a la presencia de nicotina.

Observa esta Dirección que, teniendo en cuenta que la Circular 0000032 del 2 de octubre de 2019, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, señaló que *"e. Los productos químicos presentes en el vapor del cigarrillo electrónico (por ejemplo, formaldehído y acroleína) pueden causar daño celular y mutagénesis,*

[29] Artículo 4°. Carácter de las normas. Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público.

hallazgo que apoya la posibilidad de que la exposición a largo plazo aumente el riesgo de desarrollar cáncer", y el formaldehído estaba presente en el vapor generado por el uso de *Vuse*, la sancionada debió informar la presencia de formaldehído, pero no lo hizo, porque es nocivo y puede incrementar la probabilidad de generar graves afectaciones a la salud.

Frente al uso del *leguaje facultativo*, tal y como se advirtió en el acto sancionatorio, la recurrente no puede desconocer los efectos adversos tanto de la nicotina como del formaldehído, los cuales fueron descritos en la circular externa del Ministerio de Salud y Protección Social. Consecuentemente, es imperativo que las advertencias sean informadas de forma cierta, sin que de ninguna manera el cumplimento de la obligación sea facultativo, teniendo en cuenta la nocividad de las sustancias.

En consecuencia, esta Dirección desestimará por improcedentes los reparos de la impugnante y confirmará la decisión en cuanto al incumplimiento del artículo 25 de la Ley 1480 de 2011 por parte de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**

2.4. Consideraciones frente a la imputación N° 4, por el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1480 de 2011

2.4.1. Advertencia sobre el carácter nocivo de la nicotina

El contradictor aseveró que la sancionada sí informó a los consumidores el carácter nocivo de la nicotina, particularmente, su carácter adictivo.

En efecto, explicó que las advertencias eran claras al señalar que la nicotina era una sustancia altamente adictiva y que *Vuse* podía ser nocivo para la salud. Ahora bien, aclaró que no existía estudio o prueba que demostrara que la nicotina generaba efectos nocivos para la salud y, en ese sentido, para el impugnante anunciar que la nicotina generaría un daño sería suministrar información imprecisa y falsa. En sentir de la defensa, la comunicación de la nocividad y presencia de la nicotina en *Vuse* se ajustó a estándares nacionales e internacionales.

Por otra parte, en relación con el formaldehído, explicó que era una sustancia química que se encontraba de forma natural en alimentos como frutas, verduras, la carne y el pescado, y que no era una sustancia añadida ni un ingrediente directamente adicionado a *Vuse*. Consecuentemente aclaró que la cantidad de formaldehído emitido por *Vuse* al día, era seguro según los criterios de organismos internacionales comparado con el nivel emitido por alimentos cotidianos.

Así las cosas, la sancionada sostuvo que era absurdo exigir incluir advertencias respecto de la presencia de formaldehído en los bienes por ella comercializados, porque los niveles de emisión se consideran seguros.

Esta Dirección no concuerda con las afirmaciones del recurrente, ya que del análisis del material probatorio obrante en el expediente se estudiaron las **piezas publicitarias emitidas desde el 15 de junio al 30 de septiembre de 2021**, en puntos de venta, *Instagram*, *Facebook*, *YouTube*, página web, entre otros, en los que se observó que en los bienes *Vuse* con nicotina, no se advirtió de manera clara acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto y las contraindicaciones, pues el sujeto pasivo, simplemente se limitó a indicar en un círculo ubicado en el área lateral de las mismas, que *"este producto contiene nicotina sustancia altamente adictiva 18",* como se observa a continuación:

Imagen N° 12 de la Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado número 21-75875-20 del 11 de octubre de 2021

Imagen N° 13 Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado número 21-75875-20 del 11 de octubre de 2021

Imagen N° 14 de la Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado número 21-75875-20 del 11 de octubre de 2021

Imagen N° 15 Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado número 21-75875-20 del 11 de octubre de 2021

Con base en las imágenes anteriores[30], se encuentra plenamente probado que la sancionada incluyó en su publicidad la nocividad y la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su correcto uso y las contraindicaciones del mismo, ya que aun cuando en las piezas publicitarias analizadas y reproducidas previamente se informó que la nicotina era adictiva, no se indicó que la misma era nociva, por el contrario se dejaron de lado otros factores que también están íntimamente relacionados con su nocividad tales como los efectos que produce en el sentido de aumentar el riesgo de enfermedades cardiovasculares, respiratorias y gastrointestinales, disminución de la respuesta inmune, impacto negativo a la salud reproductiva, la afectación de la proliferación celular, el estrés oxidativo, la apoptosis y la mutación del ADN produciendo cáncer, entre otros[31].

Así las cosas, aun cuando uno de los efectos nocivos de la nicotina es su adicción, **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.** omitió informar otros efectos nocivos de la nicotina utilizada en *Vuse.* Igualmente, tal y como se advirtió en el acto sancionatorio, la sociedad no informó que con el uso de *Vuse* se generaba formaldehído con ocasión del calentamiento de otras sustancias incorporadas, que pueden causar daño.

Hechas las consideraciones anteriores, esta Dirección no puede aceptar los argumentos de la sancionada en cuanto a que las advertencias incluidas en los empaques de *Vuse* fueron claros, porque, contrario a lo manifestado por la investigada, sí existen estudios y pruebas que demuestren que la nicotina genera efectos nocivos para la salud aparte de ser altamente adictiva. En consecuencia, limitarse a mencionar la adicción como el único efecto de *Vuse*, sin hacer referencia a la existencia de los efectos nocivos de esta, representa publicidad que no se ajusta a lo exigido por el artículo 31 de la Ley 1480 de 2011.

Por otra parte, en cuanto al argumento según el cual el formaldehído estaba presente en frutas, verduras, en la carne y el pescado, lo cierto es que al estar presente en *Vuse* como un producto químico, pueden causar daño celular y mutagénesis, hallazgo que apoya la posibilidad de que la exposición a largo plazo aumente el riesgo de desarrollar cáncer[32], lo que lo convierte en nocivo para la salud.

[30] Las cuales se traen a colación a modo de ejemplo del radicado N° 21-75875-20 del 11 de octubre de 2021.
[31] Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud – Colombia, "Opciones en Colombia para la regulación del uso de sistemas electrónicos con o sin dispensación de nicotina: un resumen de evidencias para política (policy brief)", consultado en: https://www.iets.org.co/Archivos/3/Policy_brief_version_completa.pdf.
[32] Huang, xu, & Lau, 2018

Así se explicó en el acápite 2.3.1. del presente acto administrativo, pues la Circular 32 del 21 de octubre de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social, fue enfática en advertir los riesgos asociados a la salud por **el formaldehído** como producto químico presente en el vapor del cigarrillo electrónico que en efecto puede causar daño celular y mutagénesis, junto con la posibilidad de que la exposición a la largo plazo aumente el riesgo de cáncer, lo que lleva a esta Dirección a concluir que el formaldehído es nocivo por sí mismo y así debió advertirlo **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, por lo que es claro que incumplió las normas imputadas.

Por consiguiente, la interpretación de la impugnante en cuanto a que se llevaría a concluir que todos los productores y comercializadores de frutas, verduras, leche, productos lácteos, carne, pescados y mariscos deban incluir advertencias en todos sus empaques que alerten a los consumidores de la presencia de formaldehido en dichos bienes, es irrelevante para el presente asunto teniendo en cuenta que de lo que aquí se habla es del dispositivo *Vuse Epod*.

2.5. Consideraciones frente a la imputación N° 5, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia

2.5.1. Información de los elementos esenciales de la promoción

El contradictor alegó que en la pieza de comunicación denominada *"haz tu match vuse"*, la sancionada informó a los consumidores todos los elementos necesarios para comprender la publicidad en la misma pieza y que, en ese sentido, no era necesario acudir a remisiones adicionales.

Agregó, que cumplió con la obligación de informar el tiempo de validez de la promoción, el modo, el lugar y otras condiciones para acceder a la promoción. En igual sentido, argumentó que las exigencias de esta Entidad en el acto sancionatorio en cuanto a que debían señalarse los requisitos y condiciones para la entrega, si era acumulable con otros incentivos, si se limitaba a una determinada cantidad por persona, y el plazo de vigencia al indicar fecha exacta de inicio y terminación, no estaban establecidos en los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia. Advirtió, que no era cierto que fuera obligatorio anunciar en la publicidad si se limitaba la cantidad por persona o si era acumulable con otros incentivos.

De la revisión del material probatorio obrante en el expediente, esta Dirección evidenció lo siguiente:

Imagen N° 16 de la Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado número 21-75875-20 del 11 de octubre de 2021

Del análisis de la pieza de comunicación reproducida, se evidencia que en la parte de abajo se indicó *"Aplican T&C disponibles en (TBC)"*, pero los mismos no fueron referidos ni dados a conocer al público dentro de la publicidad. Igualmente, como se mencionó en el acto sancionatorio, **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA**

S.A.S. mediante radicado 21-75875-51 del 17 de febrero de 2023 aseguró que no había un documento adicional que estableciera términos y condiciones. Sin embargo, en la pieza de comunicación aseveró que aplicaban términos y condiciones que estarían disponibles, pero no informó cuál sería el medio para que los consumidores los consultaran.

En consecuencia, reitera esta Dirección que el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011 es claro en advertir que las condiciones de tiempo, modo, lugar **y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta**, **deberán ser informadas al consumidor en la publicidad**. Así las cosas, se tiene de la revisión detallada del material probatorio obrante en el expediente y de la revisión del numeral 2.2.5. del escrito de descargos que el sujeto pasivo señaló expresamente que: "(…) *La Dirección aduce que BAT supuestamente incumplió el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011, porque (i) no indicó los términos y condiciones dentro de una pieza publicitaria* (…)*"* (…) ***No obstante, BAT sí remitió al consumidor a los términos y condiciones de la pieza publicitaria reprochada****",* afirmación que ratifica que no sólo aplicaban las disposiciones informadas en la pieza de comunicación sino que, además, aplicaban otras restricciones pero no informó cuáles ni dónde podían consultarse.

En complemento de lo anterior, y respecto de la aplicación de los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, el impugnante argumentó que no era cierto que fuera obligatorio anunciar en la publicidad si se limitaba la cantidad por persona o si era acumulable con otros incentivos, y que al no haber limitado en la pieza de comunicación analizada la cantidad a adquirir por persona, no existía una restricción en ese sentido, sumado a que tampoco se limitó la posibilidad de acumularla con otros incentivos, entonces, el consumidor podía hacerlo.

Contrario a las afirmaciones del recurrente, de la lectura cuidadosa del numeral 2.1.2.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, tal disposición hace referencia a los criterios técnicos y jurídicos para la cabal aplicación de los requisitos de veracidad, suficiencia y no inducción a error exigidos por el legislador, particularmente, lo que corresponde a la información mínima. Es así, cuando al revisar el material probatorio obrante en el expediente no se evidenció que la sancionada hubiera informado los requisitos y condiciones para la entrega de *"1 edpod 2.0 + 1 pack de pods + 2 cervezas Club Colombia por solo $34.000"*. En efecto, no es evidente, ni claro, ni preciso cómo podían reclamar la promoción los consumidores, ni qué debían hacer efectivamente para recibir 1 edpod 2.0 + 1 pack de pods + 2 cervezas Club Colombia.

En igual sentido, tampoco se indicó si era acumulable con otros incentivos, ni si se limitaba la misma a una determinada cantidad por persona, con lo que la interpretación de los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia hecha por la recurrente, no se adecúa al propósito de la norma ya que cuando se utiliza la expresión *"por ejemplo"* es para guiar la lectura de la norma en algunos casos respecto de los requisitos y condiciones para la entrega, más no que la información mínima sea facultativa.

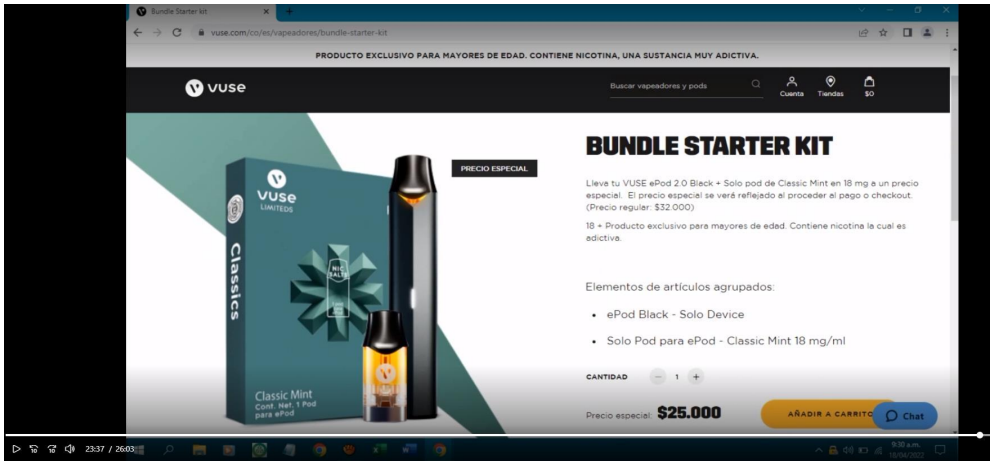
Con base en lo expuesto, quedan desestimados los argumentos de la defensa en cuanto al incumplimiento de artículo 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numera ii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia y, por consiguiente, se desestimarán los reproches y se confirmará la decisión en lo que corresponde a esta parte de la imputación.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la pieza de comunicación *"Bundle starter kit"*, el contradictor explicó que no se trataba de una oferta temporal, y que el mismo correspondía a la venta de un paquete compuesto por dos bienes: *Vuse epod 2.0 black* y *Pod de Classic Mint de 18 mg*.

De la revisión del material probatorio obrante en el expediente, esta Dirección considera que la aseveración del escrito impugnatorio no corresponde con lo

informado en la pieza de comunicación, ya que se utilizó la expresión *"PRECIO ESPECIAL"*, como puede observase a continuación:

Imagen N° 17 de la Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado N° 21-75875-27 del 18 de abril de 2022 minuto 23:37



El hecho de haber empleado la expresión *"PRECIO ESPECIAL"*, lleva a deducir que se trataba de una promoción u oferta, que según el numeral 10 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, se define como:

> *"10. Promociones y ofertas: **Ofrecimiento temporal** de productos en **condiciones especiales favorables** o de manera gratuita **como incentivo para el consumidor**. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o **a precio reducido**, así como el que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos".*

Igualmente, de la información incluida en la pieza de comunicación, se observa que se indicó *"El precio especial se verá reflejado al proceder al pago o checkout (**precio regular:$32.000**)"*, **cuando el *"precio especial"* era de veinticinco mil pesos ($25.000)**, lo que en consecuencia lleva a esta Dirección a reiterar que se trataba de un ofrecimiento en condiciones especiales favorables para el consumidor como incentivo a precio reducido y, en ese sentido, **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.** debía dar cumplimiento a las disposiciones aplicables respecto de las promociones y ofertas.

Hechas las consideraciones anteriores, y sin haber encontrado un argumento probado por parte de la sancionada que desvirtúe los hallazgos hechos por esta Dirección, se confirmará que la mencionada compañía no indicó las condiciones de tiempo, al no haber advertido el plazo o vigencia del incentivo, sin indicar la fecha exacta de inicio y terminación de la misma, ni informar otro requisito para acceder al mismo, ratificando así el incumplimiento de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

2.6. Consideraciones frente a la imputación N° 6, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 y los numerales 1°, 5° y 9° del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011

2.6.1. Cláusulas abusivas

La sancionada explicó, que sus términos y condiciones no incluían cláusulas abusivas, y procedió a realizar su defensa según cada cláusula así:

2.6.1.1. Numeral 4.10 de los Términos y Condiciones

En relación con este numeral, el impugnante alegó que esta Dirección hizo una interpretación equivocada de la cláusula, ya que en su sentir la misma no asumía la voluntad del consumidor ni concedía a la compañía una discrecionalidad arbitraria. Explicó, que su objetivo era lograr que se cumplieran los términos y condiciones, y que la cláusula no establecía un escenario en el cual el consumidor voluntariamente decidiera no seguir adelante con la relación de consumo según el numeral 5 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Sostuvo que la cláusula, además de no ser abusiva, nunca ha implicado que aquella no devuelva el dinero de las órdenes correspondientes, pues a su juicio, todas las órdenes canceladas por incumplimiento de términos por parte del consumidor surtieron un trámite de devolución íntegra del dinero.

De la lectura del numeral 4.10 de los Términos y Condiciones, se lee lo siguiente:

> *"Numeral 4.10. si usted incumple con estos términos antes de nuestro envío del Producto, incluso después de nuestra aceptación de su orden, nosotros no le despacharemos a usted el producto. Nos reservamos el derecho a cobrarle el Producto, pero podemos, a discreción nuestra, reembolsar todo o una porción del pago hecho por usted por el Producto en cuestión".*

De la cláusula anterior, esta Dirección observa que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** estableció que *"Nos reservamos el derecho a cobrarle el Producto, pero podemos, a discreción nuestra, reembolsar todo o una porción del pago hecho por usted por el Producto en cuestión"*. Así las cosas, la sociedad se reservaba el derecho a cobrar el dinero del bien, y a **su discreción reembolsar todo o una porción**, lo que en definitiva contraría el numeral 5 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, conforme el cual son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que **establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto del contrato.**

En igual sentido, también contraría el numeral 9 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, porque la cláusula mencionada **presume una manifestación de voluntad del consumidor, derivando erogaciones u obligaciones a su cargo**, teniendo en cuenta que se presume la aceptación por parte del consumidor de que en el evento en el cual no se despache o entregue el bien como consecuencia del incumplimiento de los términos y condiciones, estaría de acuerdo en que la sancionada, a su discreción, reembolsara todo o una porción del pago hecho.

Consecuentemente, y como se advirtió previamente en el acto sancionatorio, aun cuando en la primera parte de la cláusula se trata de una consecuencia en contra del consumidor por el incumplimiento de los términos y condiciones, lo cierto es que la última parte de la cláusula es abiertamente ineficaz de pleno derecho concediéndole a **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S**., una discrecionalidad de reembolsar todo o una parte de lo pagado, que resulta arbitraria desde la normatividad imputada.

Adicionalmente, frente al argumento consistente en que todas las órdenes canceladas por incumplimiento de términos por parte del consumidor resultaron en la devolución del dinero, es preciso señalar que tal situación no exonera a la compañía de su responsabilidad por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, porque lo que verifican las normas imputadas es que la redacción de la cláusula como tal, no vulnere los derechos de los consumidores y por ende, se constituya en una cláusula abusiva ineficaz de pleno derecho.

Todo lo anterior, en línea con el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, que establece que son cláusulas abusivas las que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, lo que representa un abuso de poder de negociación que ostenta el productor y/o proveedor, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor, ampliando las ventajas o provechos del predisponente, o aligeramiento de sus obligaciones y, consecuentemente, agravamiento de las

cargas y obligaciones del consumidor[33].

Finalmente, en relación con lo alegado por la defensa en cuanto a que la cláusula no estableció un escenario en el cual el consumidor voluntariamente decidiera no seguir adelante con la relación de consumo según el numeral 5 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, esta Dirección considera que tal supuesto de hecho no hace parte del reproche. Efectivamente, la sancionada, con la terminología empleada en la cláusula analizada, se reservó el derecho de reembolsar todo o una porción del pago hecho, lo que configuró el carácter abusivo de la cláusula al establecer que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto del contrato, y presumió una manifestación de voluntad del consumidor, lo que deriva erogaciones u obligaciones a su cargo.

En consecuencia, han quedado desestimados los argumentos de la defensa, y se confirmará lo resuelto respecto del Numeral 4.10 de los Términos y Condiciones.

2.6.1.2. Numeral 6.4 de los Términos y Condiciones

Respecto de este numeral, el contradictor alegó que la Dirección hizo una interpretación equivocada del mismo, ya que en sentir de la sancionada la cláusula indicaba que solamente debía compensarse a la compañía en caso de que, como consecuencia de un pago fallido del producto, ésta tuviera que incurrir en algún costo.

De la lectura de la cláusula se tiene:

> *Numeral 6.4. "En el caso de un pago fallido por cualquier razón, usted acuerda compensarnos en totalidad por todos los costos, gastos y egresos en los que hayamos incurrido al tratar de cobrar el pago hecho por usted".*

Contrario a las aseveraciones del escrito impugnatorio, para esta Dirección se ha hecho una lectura correcta de la citada cláusula, ya que expresamente presume la manifestación de voluntad del consumidor, derivándole erogaciones u obligaciones a su cargo, cuando utiliza la expresión *"usted acuerda compensarnos"* y *"todos los costos, gastos y egresos"*, lo que lleva a la infracción del numeral 9 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, haciendo dicha cláusula ineficaz de pleno derecho.

Así mismo, y debido a que dicha estipulación infringe el artículo 42 del Estatuto del Consumidor al ser una cláusula abusiva por generar un desequilibrio injustificado en contra del consumidor, **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.** no puede, en la redacción de las cláusulas de sus términos y condiciones, de ninguna manera presumir la manifestación de voluntad del consumidor para cobrarse los rubros en los que llegase a incurrir por pagos fallidos, como equivocadamente lo quiso hacer valer el impugnante.

En consecuencia, no puede alegar la sancionada que la cláusula parte de la premisa de que hubo un pago fallido, ya que, como se explicó en el acto sancionatorio, las fallas en los pagos pueden generarse incluso por **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** y no exclusivamente por el consumidor.

Finalmente, se aclara que el reproche no se fundamenta en que la mencionada compañía se hubiera sustraído de su responsabilidad, o hubiera ocultado el cobro de algún valor, sino que en sus términos y condiciones incluyó cláusulas abusivas infringiendo el artículo 42 del Estatuto del Consumidor, y el numeral 9 del artículo 43 de la misma ley, sin que para el efecto sea necesario que se hubiera aplicado o no la cláusula, ya que el simple hecho de haberla establecido es suficiente para encontrar configurada la infracción imputada.

Por lo tanto, los argumentos de la sancionada no están llamados a prosperar.

2.6.1.3. Numerales 7.3 y 7.5 de los Términos y Condiciones

En relación con el numeral 7.3 de los Términos y Condiciones, la sancionada

[33] Rubén S. Stiglitz, Contrato de consumo y cláusulas abusivas. Página 39.

argumentó que no limitó su responsabilidad en la entrega de los bienes adquiridos por consumidores, y que lo que debía entenderse era que los tiempos de entrega eran estimados y no exactos.

Indicó que ha cumplido en todo momento con el tiempo máximo de entrega previsto en el literal h) del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011 y ha entregado los productos en un número de días menor o igual a su promesa de venta.

De la lectura del mencionado numeral, se observa:

> *Numeral "7.3. Los tiempos estimados de despacho son los indicados en nuestro sitio web. Por favor tenga en cuenta que los horarios de despacho indicados en ella son solo estimaciones y no están garantizados, por lo tanto, no se puede depender de ellos. Se enviará un correo electrónico confirmando cuando su Producto se ha enviado. No garantizamos que la entrega será en la fecha determinada".*

Con base en la cláusula reproducida, se lee que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, incluyó en sus términos y condiciones que *"los horarios* (…) *no están garantizados"* y *"no garantizamos que la entrega será en la fecha determinada"*, lo cual efectivamente limita la responsabilidad de la compañía de las obligaciones que le corresponde y, por lo tanto, infringió el numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011. Esto, porque la sociedad limita su responsabilidad frente a la entrega, al establecer que no la garantizaba en determinada fecha a pesar de haberla informado.

Igualmente, la sancionada incumplió el artículo 42 del Estatuto del Consumidor porque con la cláusula cuestionada se produjo un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, al indicar los tiempos como estimaciones y no garantizarlos, sumado a que la compañía fue enfática en señalar que **no garantizaba la entrega en una fecha determinada**, situación que quedó al arbitrio del predisponente estableciéndolo en su beneficio exclusivo y en perjuicio de los consumidores, lo que comprometió el principio reciprocidad de intereses e incluyó la renuncia por el consumidor de facultades de intereses, sin fundamentos de justificación.

Además, el desequilibrio significativo se derivó del abuso de poder de negociación que ostentó **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** en su calidad de profesional, ante la posibilidad de establecer el contenido del contrato sin la intervención del consumidor y en su perjuicio[34], lo cual amplió las ventajas de la compañía, al aligerar y suprimir sus obligaciones y al agravar las cargas del consumidor quien no podía esperar su compra en una fecha cierta.

Frente al argumento conforme el cual la sancionada cumplía en todo momento con el tiempo máximo de entrega previsto en el literal h) del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, sumado a que estaba probado que entregó los bienes comercializados en un número de días menor o igual a su promesa de venta, esta Dirección le aclara al impugnante que en el presente cargo lo que se analiza es la redacción de la cláusula que se incluyó en los términos y condiciones, y que resultó ser abusiva, sin que para el análisis de la conducta infractora deba analizarse si en efecto los bienes se entregaron o no, ni en qué tiempo.

Se reitera entonces, que lo que se estudió fue el desequilibrio al haber establecido una cláusula que desfavoreció al consumidor por falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación de desventaja frente a la otra. Así mismo, la cláusula no se negoció individualmente y causó detrimento del consumidor frente al desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes[35].

Consecuentemente, la compañía infringió el numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 y el artículo 42 del Estatuto del Consumidor, por lo que los reproches de la defensa en relación con este tema han quedado desestimados.

---

[34] Rubén S. Stiglitz, Contrato de consumo y cláusulas abusivas. Página 39.
[35] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 14 de diciembre de 2011. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Referencia. C-1100131030142001-01489-01.

Respecto del numeral 7.5, el impugnante señaló que el estándar de responsabilidad de la sancionada se relacionaba con casos en los que las entregas se retrasaban por fuerza mayor.

Sostuvo que, en cualquier caso, la misma cláusula menciona de forma expresa que si el producto no es entregado dentro de los diez (10) días siguientes, este será enviado nuevamente por aquella, sin ningún costo al consumidor, por lo que no existe ni nunca ha existido una exoneración de responsabilidad.

Encuentra esta Dirección, que la cláusula 7.5. incluida en los términos y condiciones señalaba:

> *"7.5. No aceptamos ninguna responsabilidad por cualquier retraso en la entrega, incluyendo pero no limitando a la demora causada por un evento de fuerza mayor (véase clausula 14). Sin embargo, si usted no ha recibido el producto dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de entrega dada en nuestro correo electrónico de aceptación, por favor avísenos y nosotros volveremos a enviar su pedido sin costo adicional. Podemos a nuestra discreción exigir prueba de la no entrega el producto y los costos de esta correrán bajo su responsabilidad".*

Según la lectura de la cláusula, y de la revisión del acto sancionatorio, esta Dirección aclara que el reproche se centró en la expresión *"**No aceptamos ninguna responsabilidad** por **cualquier retraso en la entrega**, **incluyendo pero no limitando a la demora causada por un evento de fuerza mayor** (véase clausula 14).*

Así, contrario a las alegaciones del escrito impugnatorio, no se trata de casos en las que las entregas se hubieran retrasado por casos de fuerza mayor, sino que la cláusula expresamente señaló que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** no aceptaba ningún tipo de responsabilidad por cualquier retraso en la entrega, lo cual es manifiestamente contrario a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, incurriendo así en una cláusula abusiva ineficaz de pleno derecho al limitar la responsabilidad del productor de las obligaciones que por ley le corresponden.

También infringió el artículo 42 del Estatuto del Consumidor, porque al incluir la cláusula cuestionada generó un desequilibrio injustificado frente al consumidor quien espera razonablemente recibir lo que adquirió, siendo responsabilidad de la sancionada asegurar la entrega como una obligación inherente de la relación de consumo.

Finalmente, frente al argumento de la sancionada en cuanto a que en la misma cláusula se mencionó de forma expresa que si el bien no era entregado dentro de los diez (10) días siguientes, el mismo sería enviado nuevamente sin ningún costo al consumidor, esta Dirección le reitera que lo que se analiza es la redacción de la cláusula como tal, encontrándola abusiva porque expresamente se exoneró de su responsabilidad por cualquier caso de retraso en la entrega, sin que para el realizar un nuevo envío corrija la referida exoneración.

Hechas las consideraciones anteriores, han quedado desestimados los argumentos de la defensa en contra de lo decidido en el acto sancionatorio y, en consecuencia, se confirmará la decisión de que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** infringió lo dispuesto en el artículo 42 y los numerales 1°, 5° y 9° del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

2.7. Consideraciones frente a la imputación No. 7, por el incumplimiento de lo dispuesto en los literales b), c), g) y el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en los numerales 1°, 7° y 9° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único 1074 de 2015

2.7.1. Enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al

consumidor ingresar a la página de Superintendencia de Industria y Comercio

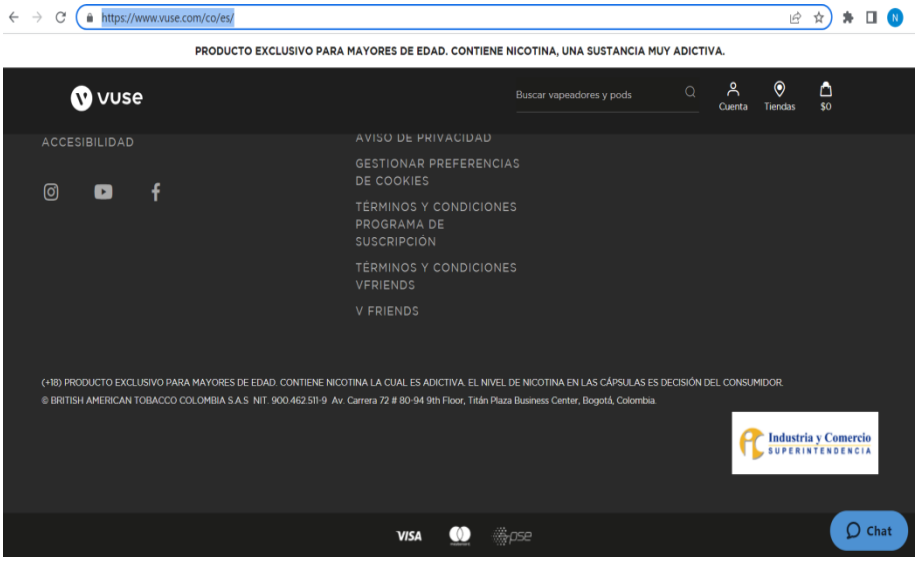
Frente a la imputación número 7, la sancionada argumentó que subsanó algunas irregularidades identificadas por esta Autoridad, lo cual no fue reconocido en el momento de proferir el acto administrativo sancionatorio.

Aseveró que de conformidad con el escrito de descargos y en los alegatos de conclusión, la compañía incluyó en la página web https://www.vuse.com/co/es/ un enlace que redirigía a los consumidores directamente a la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo que, en su criterio, la Dirección debió reconocer que, para la fecha de presentación del escrito de descargos, aquella reconoció su falencia y la subsanó.

Esta Dirección encuentra que, de la revisión del escrito de descargos[36] **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** acreditó que corrigió el error reprochado de no haber incluido un enlace que redirigiera a los consumidores directamente a la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la página web https://www.vuse.com/co/es/, tal como se observa a continuación:

> *"La página web https://www.vuse.com/co/es/, como puede evidenciarse por la propia Dirección, cuenta actualmente con el enlace en mención se encuentra disponible y visible en* https://www.vuse.com/co/es/*:*

Imagen N° 18 tomada del radicado N° 21-75875-40



Por consiguiente, esta Dirección procederá a reducir proporcionalmente la cuantía de la multa en la parte resolutiva del presente acto administrativo.

Asimismo, esta Dirección procederá a modificar el artículo segundo de la parte resolutiva de la Resolución N° 62028 de 2023, en el sentido de revocar la orden número 8 consistente en *"8. ESTABLECER en el medio de comercio electrónico utilizado https://www.vuse.com/co/es/, un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia"*, debido a que en sede de este recurso se ha encontrado que con ocasión al escrito de descargos, la sancionada ajustó su página web e incluyó el enlace de esta Autoridad.

2.7.2. Información sobre el derecho de retracto.

El impugnante agregó que, de conformidad con el escrito de descargos y los alegatos

[36] Radicado número 21-75875-40.

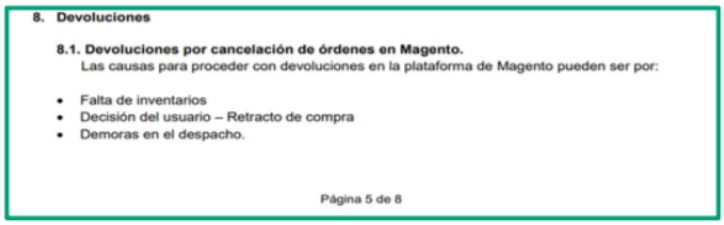
de conclusión, para la presentación del escrito de descargos, **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** había ajustado sus Términos y Condiciones para acreditar el cumplimiento de la obligación de informar a los consumidores el derecho de retracto.

En consecuencia, solicitó que esta Dirección reconociera tal supuesto de hecho, y aplicara las consecuencias jurídicas correspondientes.

En su escrito de descargos[37], la sancionada indicó:

> *"Para la fecha de estos descargos, BAT ha ajustado sus T&C para cumplir con esta obligación.*
>
> *Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que, BAT sí aplicaba dicho proceso y sí hace efectivo el derecho. Como se evidencia en el Anexo 11, el procedimiento de pagos online menciona al derecho de retracto como una causal de devolución del dinero, así:*

Imagen N° 19 tomada del radicado N° 21-75875-40



8. Devoluciones

8.1. Devoluciones por cancelación de órdenes en Magento.
Las causas para proceder con devoluciones en la plataforma de Magento pueden ser por:

- Falta de inventarios
- Decisión del usuario – Retracto de compra
- Demoras en el despacho.

Página 5 de 8

Ahora bien, el artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, establece que:

> "*Artículo 50. Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la presente ley, los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán:*
> (…)
> *c). Informar, en el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de que disponen para realizar los pagos, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo, y cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error*".

Al respecto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el análisis del acervo probatorio se evidenció que la sancionada no informó sobre la posibilidad de ejercer el derecho de retracto ni indicó el procedimiento para hacerlo efectivo en su página web, situación que configuró el incumplimiento a lo previsto en el literal c) del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 9 del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

En esa medida, sin perjuicio de las afirmaciones hechas por la defensa en el escrito impugnatorio, esta Dirección debe señalar que las mismas no la eximen de responsabilidad, pues es evidente que no acató su obligación conforme a lo ordenado en la norma endilgada. Además, si bien la sancionada alegó que hizo ajustes con el fin de acreditar el cumplimiento de la obligación de informar a los consumidores el derecho de retracto, lo cierto es que dentro de este tipo de investigaciones administrativas no resulta aplicable la figura del hecho superado como se explicó en detalle en el acto sancionatorio.

Con todo, en gracia de discusión, este Despacho no encontró ninguna prueba que evidenciara que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** hubiera modificado sus términos y condiciones con base en las exigencias legales. Así, esta Dirección revisó los anexos aportados por la sancionada en su escrito de descargos, y analizó el Anexo 11, pero de la lectura de dicho documento no es claro que el mismo

[37] Ibídem.

corresponda a los *Términos y Condiciones* aplicables a las operaciones comerciales a través del comercio electrónico de la compañía, ni que se pongan a disposición de los consumidores.

Por consiguiente, es claro el incumplimiento a la norma endilgada y, por lo tanto, los argumentos de la sancionada no están llamados a prosperar.

2.7.3. Disposición en el mismo medio en que realiza comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de tal forma que le quede constancia de la fecha y hora de la radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento

Respecto de este tema, el contradictor explicó que la sancionada contaba efectivamente con canales de atención y seguimiento de peticiones, quejas y reclamos (PQRs) a través de su línea telefónica y en chat dispuesto en la página web https://www.vuse.com/co/es/. Añadió que a través de dichos mecanismos se asignaba un número de seguimiento con el cual el consumidor podía hacer seguimiento de su caso mediante la línea de atención al cliente.

Contrario a las explicaciones de la sancionada, y de la revisión del material probatorio obrante en el expediente, se observa que aun cuando **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** tenía a disposición en su página web una opción de *ENVÍANOS UN MENSAJE"*, lo cierto es que no es claro que dicha opción sea para la presentación de peticiones, quejas y reclamos (PQRs).

En efecto, se observa en el expediente las imágenes que se reproducen a continuación:

Imagen N° 20 de la Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado N° 21-75875-27 del 18 de abril de 2022 minuto 17:31

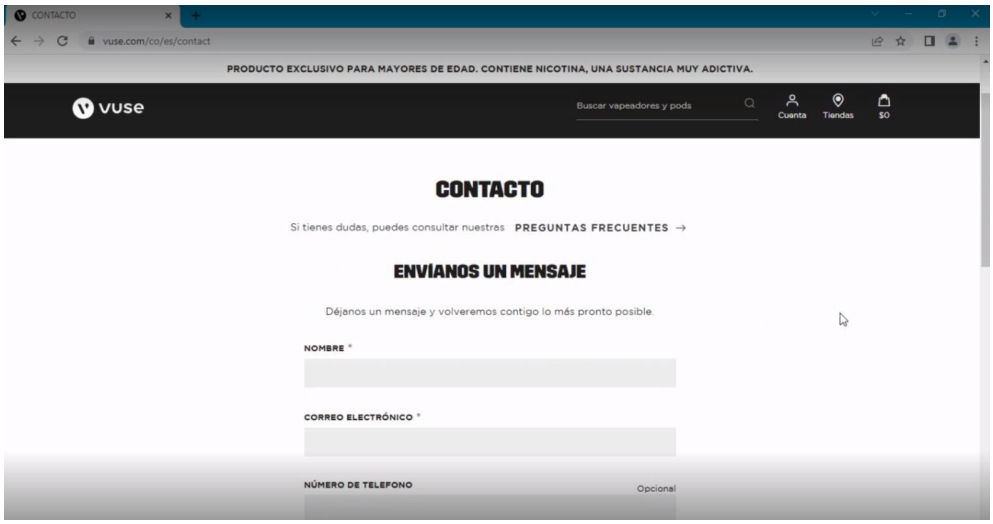
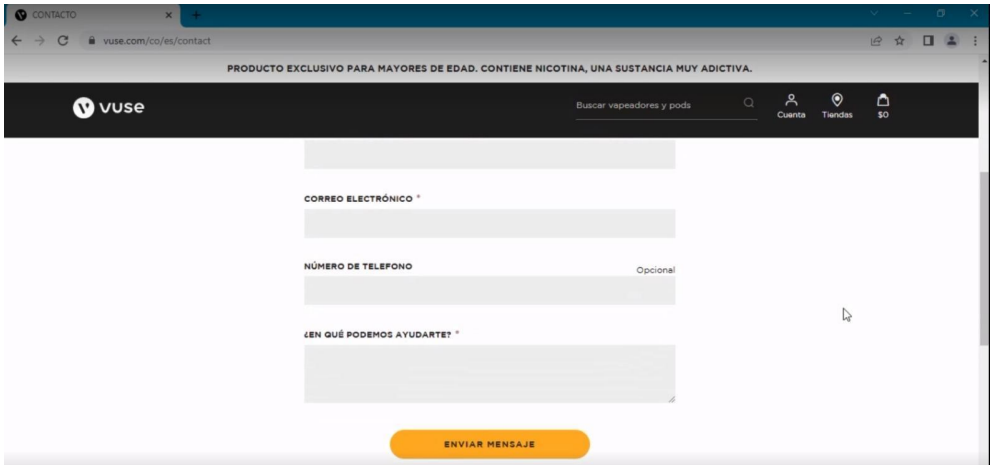


Imagen N° 21 de la Resolución N° 62028 de 2023 - Radicado N° 21-75875-27 del 18 de abril de 2022 minuto 17:35



De una lectura cuidadosa de la norma, el literal g) del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011 dispone expresamente que es obligatorio **disponer en el mismo medio en que realiza comercio electrónico**, **de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos**, y además dichos mecanismos deben permitirle al consumidor **que le quede constancia de la fecha y hora de la radicación**, **y que incluyera** un **mecanismo para su posterior seguimiento**.

Por consiguiente, no existe prueba en el expediente que acredite que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** tenía un mecanismo por medio del cual el consumidor contara con una constancia de la **fecha y hora en que radicó su petición, queja o reclamo, ni tampoco un mecanismo para su posterior seguimiento.**

En esa medida, dadas las condiciones que anteceden, precisa esta Dirección que no es factible aceptar los mecanismos dispuestos por la sancionada para la radicación de peticiones, quejas o reclamos, porque no cumplen con el cometido de la norma que es dejar constancia de la fecha y hora de radicación, y un mecanismo para su posterior seguimiento.

Así las cosas, han quedado desvirtuados los reparos de la impugnante y se procederá a confirmar la infracción del literal g) del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011.

2.8. Facultad de la Dirección para emitir órdenes administrativas

La sancionada alegó que se vulneró su derecho fundamental al debido proceso y las demás garantías legales, ya que luego de la averiguación preliminar, la Dirección podía formular cargos en su contra, pero no podía, en el marco de una investigación administrativa, imponer una multa y al mismo tiempo, impartir órdenes administrativas. Advirtió que, de ser el caso, debían impartirse en un acto administrativo diferente y que imponer una multa e impartir órdenes, representaba una nueva sanción.

Agregó, que las órdenes debían impartirse en un contexto específico que incluyera que no fueran impuestas de forma paralela con otra sanción como multa, sin infringir el principio de proporcionalidad, sumado a que las órdenes no podían ser de tal magnitud que se convirtieran en una sanción.

Para el contradictor, al impartir las órdenes esta Dirección se extralimitó en sus funciones y que, si la intención era imponer unas medidas cautelares, las órdenes no se asemejaron a dicha figura.

La Constitución Política de Colombia, establece en su artículo 2, como fin esencial del Estado, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos de los consumidores:

> "*Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*".

El artículo 78 de la Carta Política de 1991, otorga rango superior a los derechos de los consumidores, al señalar:

> "*Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.*
> *Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.*
> *El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos*".

Frente a las órdenes administrativas, es pertinente señalar que el doctrinante Jaime Orlando Santofimio Gamboa[38], señala que la imposición de órdenes que hacen parte de las facultades administrativas, busca hacer efectivas las disposiciones constitucionales y legales, para lo cual, esta Superintendencia debe dirigir sus actuaciones en el marco de las garantías legales a la protección de los consumidores, en su intervención en el ejercicio de las actividades económicas o de derechos, a través de órdenes, como se lee a continuación:

> *"10. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 62 de la Ley 1480 de 2011, a la Superintendencia de Industria y Comercio, como a los alcaldes, [se les otorgan] precisas* ***facultades administrativas de ordenación****, o de otrora policía administrativa, esto es de control y vigilancia* ***con la finalidad de hacer efectiva la preceptiva constitucional de protección al consumidor****.* (...)
>
> *Se entiende entonces al* ***poder administrativo del Estado Colombiano****, con las potestades y facultades necesarias, en los términos de las normas imperativas superiores (principio de legalidad), para* ***ordenar las actividades privadas en aras de la preservación de los intereses de la comunidad****. El ejercicio de la actividad ordenadora de la administración, en este sentido, tiene la particularidad* ***de incidir en la vida social, económica, política y civil de los particulares, esto es, de todas las actividades o derechos que eventualmente afecten su vida en comunidad****.* (...)
>
> *Bajo este marco conceptual y de ejercicio de la* ***moderna actividad ordenadora de la administración*** *(o si se quiere, dentro del contexto clásico del poder de policía [...]) obtiene sus bases en el Derecho colombiano, la actividad de la Superintendencia de Industria y Comercio. Frente a este conjunto de limitaciones y ordenaciones de los intereses y derechos de los particulares****, a las autoridades competentes les corresponde actuar de manera previa, mantener la limitación o permitir el ejercicio de la actividad o del derecho o simplemente sancionar a los infractores***[39"40]*.*
> (Destacado fuera del texto original).

[38] Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *"Aproximaciones a los procedimientos administrativos en el Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"* En Perspectivas Del Derecho Del Consumo (Compilación). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. Pp 251-597.
[39] RIVERO, JEAN. Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Universidad Central, 1984, pp.458 y ss. En lo nacional puede consultarse, RODRÍGUEZ, LIBARDO. Derecho Administrativo. General y Colombiano. Temis. Bogotá, 2005, p. 494".
[40] SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL CONSUMO (compilación). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. Pp. 538 a 542.

En complemento de lo anterior, es importante indicar que, en relación con el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control, la facultad de impartir órdenes es de tipo operativo, cuyo fin no es otro que el de asegurar el cumplimiento del ordenamiento aplicable a través de mecanismos preventivos y represivos.[41]

Las medidas adoptadas tienen como propósito garantizar de una manera eficiente y eficaz los derechos del sujeto objeto de protección, es decir, en el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, la totalidad de los derechos de los consumidores.

Hechas las consideraciones anteriores, se tiene que la Ley 1480 de 2011 y el Decreto 4886 de 2011[42] establecen las dos facultades ejercidas por esta Dirección, la de imponer una sanción e impartir unas órdenes, son diferentes, pero igualmente importantes. Así, la facultad sancionatoria está dispuesta en el numeral 1 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 y en los numerales 17, 30 y 55 del artículo 1º y en el numeral 1 del artículo 12 del Decreto 4886 de 2011, mientras que la facultad de ordenar las medidas necesarias se encuentra en el numeral 9 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, así:

La Ley 1480 de 2011, atribuye las siguientes facultades a esta Entidad:

> *"Artículo 59.* ***Facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio****. Además de la prevista en el capítulo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las siguientes* ***facultades administrativas en materia de protección al consumidor****, las cuales ejercerá siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad:*
> *1.* ***Velar por la observancia de las disposiciones contenidas en esta ley*** *y* ***dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento****, así como* ***imponer las sanciones respectivas****;*
> (…)
> *9.* ***Ordenar las medidas necesarias para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores por la violación de normas sobre protección al consumidor****.* (…)".

Por su parte, el Decreto 4886 de 2011, establece que:

> *"Artículo 1°.* (…) ***La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones****:*
>
> (…)
>
> *17. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso y ordenar las medidas que resulten pertinentes.*
>
> (…)
>
> *30. Imponer, previa investigación, de acuerdo con el procedimiento aplicable, sanciones por violación de las normas sobre protección al consumidor y del régimen de protección a usuarios de los servicios de telecomunicaciones.*
>
> (…)
>
> *55. Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, administración de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones, fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.*
> *56. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las*

[41] Cfr. Jiménez Jaramillo. C. Un régimen jurídico propio para las actividades de vigilancia y control. Revista Contexto. Diciembre de 2006. Universidad Externado de Colombia.
[42] Modificado por el Decreto 092 de 2022.

> *disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley"*.

De conformidad con lo anterior, este Despacho concluye que esta Superintendencia está facultada para adelantar procedimientos administrativos sancionatorios por la presunta infracción de las normas de protección al consumidor **y para impartir órdenes administrativas.** En tal sentido, esta Dirección puede impartir órdenes de forma concomitante con la multa, porque son el ejercicio de dos facultades paralelas e igual de importantes, sin que ninguna norma prohíba que se puedan ejercer en el mismo acto administrativo.

Tampoco se vulnera el principio de proporcionalidad, ya que las órdenes son eso, instrucciones para corregir una conducta, mientras que la multa tiene un carácter punitivo por la configuración de las infracciones imputadas[43].

En lo que corresponde al respeto y observancia del debido proceso de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, esta Dirección, durante toda la actuación administrativa sancionatoria, ha garantizado dicho derecho ya que del material probatorio obrante en el expediente quedó suficientemente probado que la compañía en efecto incumplió lo dispuesto en el numeral 1.3 del artículo 3°, los artículo 6°, 23, 25, 31, 33, 42 y los numerales 1°, 5° y 9° del artículo 43, los literales b), c), g) y el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia y lo que establecen los numerales 7° y 9° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

La jurisprudencia constitucional[44] ha señalado de manera constante que el derecho al debido proceso se identifica por:

> "(…) *El debido proceso que exige entre otros, la definición de un procedimiento así sea sumario, que garantice el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, lo que incluye la designación expresa de la autoridad competente para imponer la sanción. [45]*". (Subrayado fuera del texto original).

Igualmente, la Corte Constitucional ha definido el debido proceso administrativo como:

> *"(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal[46].*
>
> *Lo anterior, con el objeto de '(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados[47]'* (…)". (Subrayado fuera del texto original).

Con fundamento en lo expuesto, encuentra esta instancia que la Dirección respetó el derecho fundamental al debido proceso de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** ya que luego de establecer con grado de probabilidad que dicha sociedad podría estar incumpliendo las normas señaladas en las imputaciones fácticas del pliego de cargos, dio la oportunidad para que la sancionada presentara los descargos y aportara las pruebas[48] y luego expusiera sus alegatos de conclusión[49],

[43] OSSA ARBELAEZ Jaime*, Derecho Administrativo Sancionador*, Legis 2009, segunda edición, p. 559.
[44] Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2002. Referencia: expediente D-3860 Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
[45] Corte Constitucional Sentencia C-401 de 2010. Referencia: expediente D-7928. Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva.
[46] Corte Constitucional Sentencia T-796 de 2006. Referencia: expediente T-1330716. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
[47] Corte Constitucional Sentencia T-522 de 1992. REF.: EXPEDIENTE No. 2972. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero
[48] Resolución No. 3295 de 2 de febrero de 2023.
[49] Resolución No. 10093 de 3 de marzo de 2023.

respecto de lo cual la mencionada sociedad se pronunció en ambas oportunidades[50], y en las que no logró desvirtuar la presunta infracción de las normas que fundamentaron las imputaciones, contrario a lo que quedó suficientemente probado en el expediente.

En otras palabras, además de que existen suficientes pruebas en el plenario conforme las cuales esta Superintendencia encontró probada la infracción a las normas de protección al consumidor imputadas, la sancionada tuvo la oportunidad de controvertir, durante todo el procedimiento administrativo sancionatorio que inició a partir del pliego de cargos, las imputaciones en su contra, y por consiguiente se verificó el respeto y observancia de su derecho fundamental al debido proceso y a su defensa.

Por otra parte, la sancionada alegó que la decisión de impartir órdenes infringía el numeral primero del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, en tanto que en su sentir la Dirección se extralimitó en las sanciones, y que las órdenes podían asimilarse a una medida cautelar administrativa y que así ha debido proceder esta Entidad, pero que tampoco lo eran ya que implicaban para **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** cambios de fondo y permanentes en el desarrollo de sus negocios.

Frente a lo expresado en el escrito impugnatorio, no puede hablarse de infracción al numeral primero del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, sino todo lo contrario. Esta Dirección cumplió con su función de velar por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 1480 de 2011 y de dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento, así como imponer las sanciones respectivas, tal y como se desprende de la lectura cuidadosa de la Resolución N° 62028 de 2023.

En complemento de lo anterior, y respecto del poder de policía[51], la misma Corte ha advertido que éste se identifica como la **facultad de policía administrativa**, que en términos generales puede ser definida como *"el* ***conjunto de medidas coercitivas*** *utilizables por la administración* ***para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública y lograr de esa manera la preservación del orden público***[52]*"*; es decir, es una facultad de **intervención del Estado** a través de las diferentes entidades públicas investidas de tal potestad para comprobar la adecuación del ejercicio de derechos y obligaciones de los particulares al ordenamiento jurídico y a los actos administrativos que los rigen.

Asimismo, es importante indicar que las facultades de inspección, vigilancia y control, **son de tipo operativo**, puesto que su fin no es otro que el de **asegurar el cumplimiento de la ley a través de mecanismos** incluso represivos, si es del caso.[53] Consecuentemente, la adopción de órdenes administrativas, se configura como una herramienta efectiva en el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control asignadas a esta Autoridad y una expresión más de los poderes exorbitantes del Estado en el ejercicio de la función administrativa[54].

Ahora bien, en cuanto se refiere a su finalidad, sobre este particular, conviene advertir que al revisar la exposición de motivos del proyecto de ley número 089 de 2010 Cámara, y 252 de 2011 Senado *"Por medio del cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones"*, entre las motivaciones planteadas por el promotor de la iniciativa, se aduce: *"La Constitución Política de 1991 consagra disposiciones claras, tendientes a salvaguardar los derechos y prerrogativas de los consumidores. Es así como se contempla en el Capítulo III, 'De los derechos colectivos y del ambiente', artículo 78, primer inciso que: 'La Ley regulará el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización'. Este texto,*

[50] Radicados números 21-78575-40 22 de 22 septiembre de 2022 para los descargos y 21-75875-59 del 24 de marzo de 2023 para los alegatos de conclusión.
[51] "[E]*s la facultad de crear la norma de policía, reguladora de la libertad y del comportamiento ciudadano en aras de la conservación del orden público".* Corte Constitucional. Sentencia C – 110 del 9 de febrero de 2000.
[52] Corte Constitucional. Sentencia C – 432 del 12 de septiembre de 1996.
[53] Cfr. Jiménez Jaramillo. C. Un régimen jurídico propio para las actividades de vigilancia y control. Revista Contexto. Diciembre de 2006. Universidad Externado de Colombia.
[54] Robledo del Castillo, Pablo Felipe. "Las cautelas administrativas, sus características y su práctica". En XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2014. ISSN 2322-6560.

fue ampliamente debatido en el seno de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente y para ello ***el constituyente de 1991 consideró la condición de inferioridad de los consumidores y usuarios ante los productores y comerciantes****. El artículo acogido consagra expresamente la* ***intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos su derecho a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos contra cualquier indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o subordinación****.* (…)[55]", situación que, más allá de la imposición de multas u otras medidas sancionatorias, justifica la facultad de emitir órdenes administrativas que apunten a la satisfacción real y efectiva de las necesidades de los consumidores bajo un escenario preventivo.

En este sentido, dichas órdenes son una herramienta imprescindible para la realización del principio constitucional de eficacia de la función administrativa que busca que la ley se cumpla *"en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa"*, de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política[56] y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011[57]. Mal hace entonces la defensa en calificarlas como ajenas a la imputación de cargos proferida al finalizar la etapa de indagación preliminar.

Sobre el punto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

> *"las* ***autoridades administrativas*** *ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a* ***implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos****. Dichos problemas constituyen deficiencias atribuibles a deberes específicos de la administración, y así* ***las mencionadas soluciones*** *han de ser* ***ciertas****,* ***eficaces*** *y* ***proporcionales a éstos****"[58].* (Destacado fuera del texto original).

Así las cosas, es posible concluir que la expedición de órdenes, como aquellas dispuestas en la Resolución N° 62028 del 10 de octubre de 2023 a cargo de la sancionada, está íntimamente relacionada con la necesidad de proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía del interés general, el cumplimiento de los fines estatales y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1437 de 2011[59].

Finalmente, las órdenes en el presente caso no pueden catalogarse como medidas cautelares en estricto sentido. Al respecto, la Corte Constitucional[60] ha señalado:

> *"Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales* ***el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso****, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento* ***protege preventivamente*** *a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho,* ***con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada****. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no*

[55] República de Colombia. Gaceta del Congreso, Senado y Cámara. Año XIX – N° 626 del 9 de septiembre de 2010. Edición de 24 páginas. Bogotá D.C.
[56] El artículo 209 de la Constitución Política, establece: *"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".*
[57] El artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, dispone: *"Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. (…) 11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa".*
[58] Corte Constitucional Sentencia T-733 del 15 de octubre de 2009, Referencia: expediente T-2303945. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
[59] El artículo 1º de la Ley 1437 de 2011, establece: *"Finalidad de la parte primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares".*
[60] Corte Constitucional Sentencia C-379/04. Referencia: expediente D-4974. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido".

Hechas las consideraciones anteriores, en el presente caso no se trata de una medida provisional mientras dure el proceso sancionatorio, sino que se trata de una orden para que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** ajuste su conducta según los mandatos imperativos de obligatorio cumplimiento habiéndose encontrado probados los supuestos de hecho que llevaron a la infracción del ordenamiento jurídico aplicable, y en ese sentido el reproche de la defensa no puede prosperar.

Conforme los argumentos y explicaciones hechos, encuentra desestimados los reproches de la defensa y en consecuencia confirmará la decisión de impartir las órdenes administrativas debido a que esta Dirección tiene facultad para tal efecto.

2.9. Naturaleza de la visita administrativa a la página web

En el escrito impugnatorio, la recurrente manifestó que la Dirección aplicó de manera incorrecta el Código General del Proceso, en particular lo dispuesto en relación con las inspecciones judiciales por no haber garantizado la presencia de la compañía durante la visita administrativa a la página web de la sancionada con fecha 18 de abril de 2022.

Igualmente, manifestó que esta Autoridad incurrió en un error al clasificar las visitas de inspección como una prueba documental y no seguir las reglas establecidas en el Código General del Proceso para las inspecciones judiciales.

La defensa señaló, que las visitas de inspección no eran una prueba establecida en el Código General del Proceso y, en consecuencia, debían practicarse según el medio de prueba que más se asemejara, que según el contradictor era la inspección judicial. Por consiguiente, advirtió que según las reglas aplicables y de obligatorio cumplimiento para esta Autoridad, **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** ha debido comparecer o hacer parte de la inspección.

Como consideración inicial es preciso indicar que las visitas administrativas a páginas web tienen la naturaleza de ser diligencias probatorias con miras a verificar la posible comisión de infracciones a un régimen específico; es a través de esta que se recaudan las pruebas necesarias para definir el cumplimiento de las obligaciones legales, de allí que no comporten una formalidad o el ritualismo propio de un proceso judicial, simplemente deben propender por garantizar el objeto de contradicción en las oportunidades procesales.

La Corte Constitucional[61] ha señalado que "*las visitas administrativas de inspección son diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan las facultades administrativas que por ley les corresponden* (…) *para el debido cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Por ello, la Corte Constitucional[62], el Consejo de Estado[63], y Tribunales Superiores del Distrito[64] han señalado que la realización de visitas de inspección encuentra fundamento constitucional en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución*" [65].

Al respecto, es pertinente señalar que de conformidad con el numeral 56 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011[66], esta Superintendencia tiene la función de realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales. En el mismo sentido, el numeral 4 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, señala que una de las facultades administrativas de esta Entidad es practicar visitas de inspección.

[61] Corte Constitucional Sentencia C-165 de 2019. Referencia: Expediente D-12536. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo
[62] Corte Constitucional, sentencia T-040 de 2018. Referencia: Expediente T-6412404. Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado.
[63] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia Rad. 2012-00832 del 1 de marzo de 2018. M.P., Lucy Jeannete Bermúdez.
[64] Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 30 de abril de 2013, M.P., Ruth Elena Galvis Vergara.
[65] Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.
[66] Modificado por el Decreto 092 de 2022.

En efecto, en ejercicio de dichas funciones conferidas por el Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1480 de 2011, esta Dirección en el marco de una averiguación preliminar que tuvo como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas que son de resorte de este Despacho, realizó el 18 de abril de 2022, una visita administrativa a la página web https://www.vuse.com/co/es/ de propiedad de la sancionada.

Así las cosas, se tiene que la visita corresponde a una prueba documental que se recaudó para verificar unos hechos en la etapa de averiguación preliminar, cuyo soporte corresponde a una grabación magnética, tal y como se indicó en el acto sancionatorio.

Posteriormente, al evaluar la visita administrativa y analizarla, se advirtió que existía mérito para iniciar una investigación administrativa mediante la expedición de un acto administrativo, es decir, a través del pliego de cargos se vinculó formalmente al sujeto pasivo al trámite administrativo de conformidad con lo señalado en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011.

Aunado a lo anterior y de cara a los argumentos de la recurrente, esta Dirección le aclara al censor que la Corte Constitucional en la sentencia C-165 de 2019 advirtió que las visitas de inspección adelantadas por las Superintendencias no eran diligencias o actuaciones cuya práctica requiriera autorización judicial previa o control de legalidad posterior, por lo cual, no vulnera el derecho al debido proceso que las visitas de inspección sean realizadas sin previa notificación a los investigados.

La Corte agregó, que los medios probatorios recaudados durante esas diligencias eran objeto de contradicción en las oportunidades procesales ordinarias, por lo que en el presente caso a **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** no se le afectó su derecho de defensa, ya que en el pliego de cargos se estableció, entre otras cuestiones, con precisión y claridad los hechos que lo originan y que tuvieron fundamento en la visita de inspección y las disposiciones presuntamente vulneradas.

En complemento de lo anterior, la Corte[67] advirtió que la práctica de visitas de inspección sin previo aviso perseguía una finalidad legítima, en el sentido de permitir recaudar las pruebas necesarias para definir si las entidades investigadas estaban dando cumplimiento a sus obligaciones legales. Dicha finalidad se vería obstaculizada si no se garantizara el *"factor sorpresa"* pues el aviso permitiría que el sujeto investigado ocultara información relevante.

Consecuentemente, se insiste, para la Corte[68] no existe un deber constitucional ni legal en cabeza de esta Superintendencia de informar, previamente, la realización de las visitas de inspección, pues las mismas no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior.

La Alta Corte agregó, que su práctica sin previo aviso no vulnera el debido proceso administrativo, ya que los materiales probatorios recaudados durante las diligencias son objeto de contradicción en las oportunidades procesales ordinarias, por lo tanto, los sujetos investigados no ven afectado su derecho de defensa[69]. En igual sentido, explicó que la práctica de visitas de inspección sin previo aviso perseguía una finalidad legítima consistente en fortalecer las facultades administrativas de la Superintendencia. Invocó lo señalado por el Consejo de Estado[70], en cuanto a que la finalidad de las visitas administrativas era la de recaudar las pruebas necesarias para determinar si las entidades investigadas cumplían con sus obligaciones legales.

---

[67] Corte Constitucional Sentencia C-165 de 2019 Referencia: Expediente D-12536. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo
[68] Ibídem.
[69] Corte Constitucional, sentencia C-505 de 1999. Referencia: Expediente D-2278. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido, ver sentencia C-034 de 2014, el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 garantiza el ejercicio del derecho de defensa, ya que fija la oportunidad para establecer la posición jurídica frente a la actuación administrativa sancionatoria y controvertir las pruebas allegadas en su contra.
[70] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia Rad No. 2012-00832 del 1 de marzo de 2018. M.P., Lucy Jeannete Bermúdez.

Dicho lo anterior, si en gracia de discusión la práctica de estas se asemejara a la de la inspecciones judiciales, lo cierto es que se asemejaría a la de la inspección judicial como prueba extraprocesal, comoquiera que la misma se desarrolla en la etapa de indagación preliminar, y en tal sentido se atendería a lo establecido en el artículo 189 del Código General del Proceso, conforme al cual, la prueba extraprocesal correspondiente a la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, podrán practicarse sin citación de la futura contraparte.

En conclusión, las visitas a página Web no se asemejan a la inspección judicial, y en ese sentido no era obligatorio la presencia de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** durante su desarrollo que se efectuó el 18 de abril de 2022 por lo que los argumentos de la defensa han quedado desestimados por improcedentes.

2.10. Dosificación de la sanción

La sancionada, en su escrito impugnatorio, aseveró que esta Dirección no aplicó correctamente los criterios de tasación de la sanción. Esto porque, en su sentir, se omitió desagregar la multa según los cargos, vulnerando el derecho a su defensa al no existir claridad frente a cuánto era el valor de la multa por cada cargo y qué valor le correspondía a cada uno.

Respecto de lo señalado por el contradictor, el Consejo de Estado[71] ha explicado que:

> "*El principio de legalidad de las faltas y de las sanciones 'alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas. En consecuencia, la Constitución exige la predeterminación legal de las infracciones administrativas, así como las correspondientes sanciones. Este principio se desarrolla en una doble dimensión: i) reserva de ley, y ii) tipicidad*".

Así, el principio de tipicidad *"Integra el principio de legalidad y alude concretamente a la determinación previa y precisa de —infracciones, penas, castigos o sanciones que pueden ser impuestas por las autoridades administrativas en ejercicio del poder punitivo estatal"*[72].

Por su parte, la Corte Constitucional[73] señaló que

> *"El* ***principio de legalidad*** ***exige*** *que* ***dentro del procedimiento administrativo sancionatorio*** *la* ***falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma*** *-lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una* ***doble garantía****, a saber:* ***material****, que se refiere a la* ***predeterminación normativa de las conductas infractoras*** *y las* ***sanciones****; y,* ***formal****, relacionada con la exigencia de que estas deben estar* ***contenidas en una norma con rango de ley****, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando* ***en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica****. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa* (…)*', es decir, que* ***no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación****, ya sea por acción u omisión.* (…)
>
> *El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que* ***toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia****. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que* ***corresponde al legislador establecer previamente la infracción****,* ***las sanciones a que se hacen***

[71] Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil, Consejero ponente: Germán Alberto Bula Escobar, Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00217-00(2403), Actor: Ministerio De Transporte.
[72] Ibídem.
[73] Sentencia C-412 de 2015.

> ***acreedores quienes incurran en estas*** *y* ***la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación*** *y, consecuentemente,* ***imponer la sanción****. La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que el* ***debido proceso es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable****, precisando que son elementos integradores del debido proceso los siguientes: 'a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.'* (…)
>
> *Para el* ***ejercicio de la potestad sancionatoria*** *a cargo de la administración se requiere: (i)* ***una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción****, así como* ***la definición de los destinatarios*** *de la misma, -****sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio****-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii)* ***que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista****, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente,* ***un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto****, y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso.* (…)
>
> *El debido proceso integrado a su vez por el principio de legalidad y de reserva legal, en lo que al* ***derecho administrativo sancionador*** *se refiere, establece el* ***deber del legislador de predeterminar la sanción*** *y, para lo cual, le corresponde* ***indicar los aspectos relativos a su núcleo esencial****, a saber:* ***clase****,* ***término****,* ***cuantía*** *y el* ***tope máximo****, con el fin de* ***proporcionar al funcionario competente un marco de referencia cierto*** *para la* ***determinación e imposición de la sanción*** *y a los* ***administrados el conocimiento de las consecuencias que se derivan de su trasgresión****.* (…)".

Con base en el pronunciamiento jurisprudencial anteriormente reproducido, es factible concluir que el ejercicio de la potestad sancionatoria comprende, para efectos de la imposición de una sanción, un **marco de referencia que permita la determinación de la sanción en cada caso concreto**, y que la Ley determine la sanción porque indica su núcleo esencial integrado por la **clase, término, cuantía y tope máximo**, para que esta Autoridad tenga **un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción.**

Así las cosas, el marco normativo en el presente caso es la Ley 1480 de 2011, que en su artículo 61 que en su tenor literal establece:

> *"Artículo 61. Sanciones. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios:*
>
> *1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.*
>
> (…)
>
> *Parágrafo 1°. Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:*
>
> *1. El daño causado a los consumidores;*
>
> *2. La persistencia en la conducta infractora;*

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

De la lectura de la norma aplicable, encuentra esta Dirección que se cumplen los requisitos de legalidad y tipicidad porque luego de adelantar una investigación administrativa de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, encontró debida y suficientemente probado que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** incumplió el numeral 1.3 del artículo 3°, los artículos 6°, 23, 25, 31, 33, 42 y los numerales 1°, 5° y 9° del artículo 43, los literales b), c), g) y el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia y lo que establecen los numerales 7° y 9° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, lo que habilita a esta Autoridad a imponer una multa hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

Por consiguiente, las disposiciones legales que regulan el asunto en estudio no establecen en ninguna parte la obligación de esta Dirección de desagregar la multa según los cargos que se encontraron probados, como equivocadamente lo alegó el contradictor. En ese sentido, no puede señalarse que se vulneró el derecho de la sancionada a la defensa porque durante todo el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado, se le dio la oportunidad de desvirtuar los hallazgos con base en los cuales se estructuraron las imputaciones, sin que con éxito hubiera adelantado sus gestiones.

Pasa ahora este Despacho, a resolver los reparos de la defensa en relación con la aplicación de los criterios de dosificación de la multa.

2.10.1. Daño causado a los consumidores

La sancionada aseveró que no incumplió con los deberes de información imputados por esta Entidad, y consecuentemente no afectó los derechos de los consumidores.

En relación con el criterio del **daño causado a los consumidores**, es menester indicar que la Corte Constitucional en sentencia T-466 del 2003, ha señalado:

> *"Tratándose de la protección de los derechos de los consumidores, no se requiere entonces la existencia de un daño, tampoco la de un perjuicio, ni hay lugar mediante el ejercicio de una acción colectiva a una indemnización reparatoria, como ya se dijo. Lo que el legislador protege es el derecho de quienes adquieran un producto o servicio determinado a no resultar defraudados en la confianza pública que el productor debe honrar permanentemente y con respecto a todos. Es la simple posibilidad de que lo ofrecido no corresponda a la realidad en calidad, cantidad, condiciones de higiene y demás especificaciones particulares del producto o del servicio, lo que merece la protección del Estado. Son, como se ve, los denominados en otras legislaciones 'intereses difusos', que no obstante serlo, tienen sin embargo la protección prevista por el legislador y decretada luego, en cada caso, por el juez".*

Con fundamento en la citada jurisprudencia, se aclara que la demostración de un daño real y efectivo no aplica en estos casos, por cuanto se protege un derecho colectivo, concretado en los derechos de los consumidores.

Con base en lo anterior, dicho criterio se valoró en contra de la sancionada, toda vez que, la conducta de la recurrente, al no atender las normas correspondientes a la información y publicidad de los bienes nocivos, la prohibición de inclusión de cláusulas abusivas, derecho de retracto, entre otros, desconoció los derechos de los consumidores a modo de ejemplo a: i) recibir bienes y servicios de calidad, ii) recibir información oportuna, clara, suficiente y precisa respecto de la intensidad de nicotina que contenía el cabezal que se inserta en el dispositivo *Vuse Epod,* iii) ser protegidos frente a la publicidad de productos nocivos, iv) recibir la información correspondiente sobre los términos y condiciones en el marco de las promociones y ofertas puestas en el mercado, v) a la protección contractual, entre otros y que fueron ampliamente detallados en el acto sancionatorio.

De esta manera, y respecto del reproche de la recurrente acerca de haber cumplido la obligación de información invocada, es claro que la sancionada tenía la obligación legal de suministrar información oportuna, clara, suficiente y precisa en relación con la intensidad de nicotina que tenía el cabezal que se insertaba en el dispositivo *Vuse Epod*, y no lo hizo porque aun cuando utilizó expresiones, número y gráficos, la información no fue clara, precisa ni suficiente.

Además, la información no se suministró en idioma castellano contrario a lo exigido en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011.

En complemento de lo anterior, la sancionada no cumplió lo dispuesto en el artículo 25 del Estatuto del Consumidor al no informar claramente y en caracteres perfectamente legibles, bien sea en sus etiquetas, envases o empaques o en un anexo que se incluya dentro de estos, la nocividad de los bienes por ella comercializados y las condiciones o indicaciones necesarias para su correcto uso, y las contraindicaciones.

Esta obligación es fundamental para permitir a los consumidores recibir información para tomar decisiones de consumo racionales.

Así las cosas, esta Dirección confirmará las consideraciones hechas para utilizar el criterio correspondiente al daño causado a los consumidores para graduar la cuantía de la multa, según las previsiones del acto administrativo sancionatorio.

2.10.2. Persistencia de la conducta infractora

La recurrente alegó que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** no incumplió las disposiciones de la Ley 1480 de 2011 en la comercialización de sus bienes y en la prestación de servicios y, por consiguiente, solicitó aplicar el criterio a su favor.

Contrario a lo señalado por el contradictor, luego de adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la compañía, ha quedado suficientemente probado que la misma incumplió el numeral 1.3 del artículo 3°, los artículos 6°, 23, 25, 31, 33, 42 y los numerales 1°, 5° y 9° del artículo 43, los literales b), c), g) y el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia y lo que establecen los numerales 7° y 9° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

En consecuencia, y tal como se explicó en el acto sancionatorio, según la imputación N° 1 por el incumplimiento del artículo 6 de la Ley 1480 de 2011, desde el 10 de noviembre de 2020 hasta el 21 de noviembre 2021 inclusive, se reportaron fallas en los bienes comercializados y en la prestación del servicio desde el 5 de enero de 2021 al 27 de septiembre de 2021 inclusive, y en ese sentido, se reitera que el criterio en cuestión sea tenido en cuenta en contra de la sancionada.

2.10.3. Reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor

La sancionada solicitó aplicar el criterio a su favor, ya que no había sido sancionada previamente por la infracción de las normas de protección al consumidor.

Para esta Dirección, y de una lectura analítica de la norma, se tiene que el mencionado criterio aplicaría en contra de la sancionada y como no se configuró el supuesto de hecho, este Despacho no lo tuvo en cuenta para el presente caso.

2.10.4. Disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores

La sociedad afirmó que brindó solución a los consumidores, porque respondió de manera diligente los requerimientos de esta Superintendencia y las peticiones, quejas y reclamos (PQRs) de los consumidores.

Para esta Dirección, los comportamientos invocados por la sancionada no pueden ser tenidos en cuenta para aplicar en su favor el criterio correspondiente.

Por un lado, las respuestas a los requerimientos o solicitudes que se presentaron durante el procedimiento administrativo sancionatorio hacen parte del ejercicio efectivo del debido proceso y derecho de defensa de la sancionada. A lo anterior se suma, que el actual proceso se inició en uso de las facultades legales de esta Superintendencia para vigilar, inspeccionar y controlar a sus administrados en el cumplimiento de las normas que buscan proteger los derechos de los consumidores, esto es principalmente, la Ley 1480 de 2011.

Por lo anterior, no puede pretender la sancionada considerar a su favor, el hecho de haber dado respuesta a las solicitudes propuestas durante el actual proceso pues tal situación constituye el ejercicio de un derecho procesal, a partir del cual, la sancionada tiene la oportunidad de desvirtuar las imputaciones que se efectúan en la resolución de apertura de la investigación, aportó pruebas u otorgó las explicaciones pertinentes.

Considerar lo contrario equivale a aceptar, que en los casos de infracción a las normas de protección de los consumidores no pueda imponerse sanción alguna bajo el argumento de que la sancionada atendió los requerimientos durante el proceso.

Por otro lado, y en lo que se refiere a la conducta de la sancionada de atender las peticiones, quejas y reclamos de los consumidores, vale la pena precisar que la sanción impuesta, no exonera a la sancionada de cumplir en todo caso con las normas del Estatuto del Consumidor y sus disposiciones concordantes.

Adicionalmente, vale la pena recordarle a la defensa que, en el acto administrativo sancionatorio, esta Dirección aplicó el criterio de dosificación de la sanción a favor de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** bajo el entendido de que la compañía modificó algunas de las disposiciones contractuales que resultaron abusivas.

Finalmente, y según las consideraciones hechas en el numeral 2.7.1. del presente acto administrativo, esta Dirección procederá a disminuir proporcionalmente la cuantía de la multa en atención a que la compañía corrigió la infracción de la obligación establecida en el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, correspondiente a tener un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de Superintendencia de Industria y Comercio, en su página web a través de la cual hace operaciones a través de comercio electrónico.

2.10.5. Disposición o no de colaborar con las autoridades competentes.

El recurrente argumentó que la sancionada reconoció sus fallas e hizo modificaciones a su página web de comercio electrónico en atención a lo establecido en el artículo 50 de la Ley 1480 de 2011.

En relación con este argumento, esta Dirección considera que dicha conducta fue reconocida en el numeral inmediatamente anterior para disminuir proporcionalmente la cuantía de la multa en aplicación al criterio de dosificación de la sanción correspondiente a la disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores.

2.10.6. Beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción

La sancionada alegó que no recibió ningún beneficio económico por la presunta infracción, frente a lo cual esta Dirección considera que de una lectura analítica de la norma dicho criterio solo tiene la virtualidad de aplicarse en contra del sujeto pasivo y no a su favor, por lo mismo, este Despacho no lo tuvo en cuenta para el presente caso.

2.10.7. La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos

El contradictor señaló, que esta Dirección les dio una interpretación equivocada a sus propias consideraciones, ya que, al graduar la multa, ha debido tener en cuenta el criterio señalado a favor de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.,** al no haber utilizado medios fraudulentos en la comisión de la infracción.

En lo que respecta a la utilización de medios fraudulentos se aclara, que tal mandato rige todas las actuaciones de cada uno de los miembros de la sociedad. Tal principio en materia de Protección al Consumidor, no constituye una excepción en su aplicación, razón por la cual, no se hace referencia en la resolución impugnada a que el monto de la sanción impuesta obedezca a que la sancionada haya actuado de manera fraudulenta.

De esta manera también se concluye que en todos los casos incluyendo la protección al consumidor, la totalidad de las actuaciones deben ejecutarse con transparencia sin que tal circunstancia implique valorarse como un atenuante o eximente de responsabilidad toda vez que constituye un deber moral, un principio bajo el cual debe actuar toda la ciudadanía.

En todo caso, vale la pena señalar que en el acto sancionatorio este criterio no se analizó en contra de la sancionada, porque no se configuró.

2.10.8. Grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes

La sancionada advirtió que quedó acreditada su diligencia con la respuesta a los requerimientos y las modificaciones a su página web a través de la cual concreta operaciones de comercio electrónico.

En relación con lo alegado, esta Dirección considera que, como se explicó previamente, atender los requerimientos de esta Superintendencia durante un procedimiento administrativo sancionatorio hace referencia al ejercicio efectivo del derecho a la defensa y contradicción, como expresión del derecho al debido proceso de **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, lo cual no puede ser considerado como atenuante para la dosificación de la multa. Además, como se ha señalado, quedó probado que la compañía incumplió los literales b), c), g) y el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, entre otros.

En consecuencia, no observa esta Dirección alguna conducta diligente para atender los deberes que le correspondían y el cumplimiento de las normas aplicables.

2.11. Principio de proporcionalidad de la sanción y principio de igualdad

El contradictor manifestó que la multa impuesta infringió los principios de proporcionalidad e igualdad.

Respecto del principio de proporcionalidad, advirtió que no se tuvieron en cuenta las alegaciones de la sancionada frente a su esfuerzo por encontrar una solución adecuada para los consumidores, su colaboración con esta Entidad para corregir ciertas conductas, y su prudencia y diligencia durante el procedimiento sancionatorio en su contra.

En referencia a lo aducido por la recurrente, esta Dirección debe mencionar que no está probado en el expediente que **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, hubiera actuado con prudencia y diligencia en el cumplimiento de las normas imputadas.

Frente al principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional[74] expuso:

> *"La potestad sancionadora de la administración es una manifestación del ius puniendi estatal que consiste en la aplicación de medidas represivas por parte de las autoridades administrativas frente a los particulares (administrados) y a los servidores públicos cuando éstos incurren en actuaciones que afectan y/o amenazan el ordenamiento jurídico.*
>
> *Sobre la naturaleza jurídica de esta rama del derecho público, la jurisprudencia constitucional[75] ha señalado de manera constante que si bien este cuerpo normativo tiene por finalidad la preservación de bienes jurídicos protegidos, aun así está sometido a unos principios que operan como límites, a saber:*
>
> *'(i) el principio de legalidad, que se traduce en la existencia de una ley que la regule; es decir, que corresponde sólo al legislador ordinario o extraordinario su definición. (ii) El principio de tipicidad que, si bien no es igual de riguroso al penal, sí obliga al legislador a hacer una descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción y a determinar expresamente la sanción[76]. (iii)El debido proceso que exige entre otros, la definición de un procedimiento, así sea sumario, que garantice el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, lo que incluye la designación expresa de la autoridad competente para imponer la sanción. (iv)* ***El principio de proporcionalidad que se traduce en que la sanción debe ser proporcional a la falta o infracción administrativa que se busca sancionar[77]*** *y (v) La independencia de la sanción penal; esto significa que la sanción se puede imponer independientemente de si el hecho que da lugar a ella también puede constituir infracción al régimen penal".*

Con base en lo anterior, encuentra esta Dirección que en el acto sancionatorio se impuso una sanción que respetó el principio de proporcionalidad porque el valor de la multa corresponde efectivamente a la gravedad de la conducta en la que incurrió **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, al haber incumplido el numeral 1.3 del artículo 3°, los artículos 6°, 23, 25, 31, 33, 42 y los numerales 1°, 5° y 9° del artículo 43, los literales b), c), g) y el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales ii) y iii) del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia y lo que establecen los numerales 7° y 9° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, lo cual tiene toda la importancia frente a la gravedad. Así, se materializó el principio de proporcionalidad en el sentido de que esta Autoridad se ajustó a las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción.

---

[74] Corte Constitucional Sentencia C-412 de 2015. Referencia: Expediente D-10485. Magistrado Sustanciador: Alberto Rojas Ríos

[75] Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2002, Referencia: expediente D-3860. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

[76] Corte Constitucional Sentencia SU-1010 de 2008. Referencia: Expedientes T-1.410.120, T-1.540.637, T-1.541.417, T-1.541.805, T-1.546.704, T-1.546.830, T-1.548.002, T-1.550.439, T-1.550.854, T-1.553.717, T-1.557.174, T-1.559.660, T-1.570.640, T-1.572.628, T-1.572.853, T-1.573.598, T-1.573.600, T-1.573.681, T-1.573.787, T-1.574.070, T-1.574.078, T-1.574.079, T-1.575.094, T-1.575.659, T-1.579.196, T-1.618.168, T-1.619.105, T-1.619.182, T-1.621.210, T-1.621.497, T-1.621.898, T-1.621.963, T-1.622.627, T-1.622.802, T-1.622.835, T-1.622.894, T-1.623.944, T-1.624.749, T-1.625.827, T-1.631.213, T-1.632.319, T-1.632.544, T-1.635.364, T-1.639.727, T-1.639.736, T-1.828.809, T-1.828.810, T-1.828.811, T-1.836.549. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

[77] Corte Constitucional Sentencia C-401 de 2010. Referencia: expediente D-7928. Magistrado Ponente Luís Ernesto Vargas Silva.

Adicionalmente, se reitera que la presentación del escrito de descargos, así como el aporte de la documentación por parte de la sancionada, hace parte del ejercicio de su derecho de defensa y contradicción, por lo que dicho actuar no puede ser considerado como un factor que afecte la proporcionalidad de la sanción.

Por otra parte, en lo que referente al principio de igualdad, la defensa alegó que la multa impuesta fue desproporcionada, al compararla con otras sanciones por ejemplo las decididas en la Resolución N° 63724 de 2023, por valor de diecinueve millones setecientos veinte mil pesos ($19.720.000) a Grupo DIY S.A.S., y en la Resolución N° 61017 de 2023, por valor de doscientos treinta y dos millones ($232.000.000) a la sociedad LIFETECH S.A.S., por imputaciones fácticas similares.

El artículo 13 de la Constitución Política señala que en Colombia todas las personas son iguales ante la ley y por lo tanto deben recibir el mismo trato y las mismas garantías sin ningún tipo de discriminación por cuestiones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Igualmente, esta norma establece el deber constitucional de proteger a aquellas personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta o hacen parte de un grupo discriminado, por lo que se impone la obligación en cabeza de las autoridades de adoptar todas las medidas que sean necesarias para lograr una igualdad real de trato, condiciones, protección y oportunidades a dicho grupo de personas.

Para precisar el alcance de esta norma, la Corte Constitucional desde sus inicios ha establecido[78] que a fin de hacer que este derecho fundamental devenga efectivo para todas las personas, el Estado debe acudir, incluso, al trato diferencial positivo. Así, la Sentencia T-330 de 1993[79] precisó:

> *"Con el trato diferencial positivo se aplica la filosofía esencial del Estado Social de Derecho, que se traduce en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, para hacer que la igualdad sea real y efectiva. El principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo".*

De esta manera, la Corte Constitucional en diversas oportunidades ha analizado y desarrollado el derecho fundamental a la igualdad establecido en el citado artículo 13 Constitucional, y señaló de manera clara, enfática y reiterada que el principio de igualdad contempla *"de un lado, un mandato de trato igual frente a todas aquellas situaciones fáctica o jurídicamente equiparables siempre que no existan razones suficientes para proveer un trato diferente, y de otro lado, un mandamiento de trato desigual frente a circunstancias diferenciables"*[80].

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la igualdad se vulnera **cuando sin motivos constitucionalmente legítimos** se otorga un trato preferencial o se consagran discriminaciones a **personas que están en situaciones fácticas y jurídicas semejantes** y, por lo tanto, se encuentran en igualdad de condiciones. En este sentido, precisó[81]:

> *"Armoniza este enunciado con el alcance del principio a la igualdad contenido en el artículo 13 superior que determina que dos o más situaciones fácticas comparables sean objeto de un mismo trato jurídico. Esto no impide que exista un trato diferente entre situaciones fácticas similares, pues* ***la discriminación se constituye a partir de la diferenciación que no presenta una justificación objetiva y razonable****. Al respecto la Corte ha manifestado que para que el juez de tutela pueda determinar sobre la*

[78] Corte Constitucional Sentencia T-554 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional Sentencia C-040 de 1993, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón; Corte Constitucional Sentencia T-273 de 1993, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; entre otras.
[79] M. P. Alejandro Martínez Caballero
[80] Corte Constitucional Sentencia C- 445 de 2011. Referencia: expediente D-8345. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto
[81] Corte Constitucional Sentencia T-047 de 2002. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis

> *violación de la igualdad debe verificar no sólo las razones objetivas en que se sustenta el trato diferente sino también la proporcionalidad existente entre finalidad perseguida y los medios empleados para dicho trato".*(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Así, en relación con la supuesta vulneración al derecho a la igualdad, esta Dirección encuentra que el mismo no se ha infringido en contra de la sancionada ya que no está comprobado que las situaciones fácticas y de hecho respecto de los procedimientos administrativos sancionatorios en contra de DIY S.A.S., y LIFETECH S.A.S., fueran idénticas o similares para que merecieran un trato igual.

Por lo tanto, los argumentos de la sancionada no están llamados a prosperar.

3. Consideración final.

De conformidad con lo establecido en el artículo 313 de la Ley 2294 de 2023, por medio de la cual se expidió el "*Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026*", les corresponde a las autoridades que tengan a su cargo, entre otros, cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas, actualmente denominados y establecidos con base en salarios mínimos o en Unidades de Valor Tributario — UVT—, deberán ser calculados con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Básico —UVB—, conforme lo dispuesto el mencionado artículo.

En cumplimiento de la anterior disposición, y teniendo en cuenta que el acto administrativo sancionatorio aún no se encuentra en firme, esta Entidad a efectos de cumplir con lo antes expuesto, procederá a calcular el valor de la multa impuesta con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Básico (UVB)[82], de conformidad con lo que determina la Resolución N° 62028 de 10 de octubre de 2023, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO 1: MODIFICAR el artículo primero de la Resolución N° 62028 de 10 de octubre de 2023, el cual quedará así:

> "***ARTÍCULO PRIMERO: IMPONER*** *una multa a* ***BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.*** *identificada con el NIT 900.462.511-9 por* ***MIL CINCUENTA (1050)*** *salarios mínimos mensuales legales vigentes[83] equivalentes a* ***111222,72 UVB[84]****, que corresponden a* ***MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO MILLONES DE PESOS M/CTE ($1.218.000.000)*** *a la fecha de la presente resolución, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este acto administrativo.*
>
> ***PARÁGRAFO:*** *El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá ser pagado dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución. Vencido este plazo se cobrarán intereses por cada día de retraso, los cuales serán liquidados a la tasa del 12% efectivo anual.*
>
> *Para el efecto, podrán utilizarse los siguientes medios de pago:*
>
> *1-A través del Botón de Pagos PSE en el enlace https://serviciolinea.sic.gov.co/sic.multas.pagos/payform efectuada la transacción podrá descargar automáticamente el recibo de caja.*
> *2- Utilizando el formato universal de recaudo, consignando en efectivo o cheque de gerencia en el Banco de Bogotá a la cuenta corriente N° 062-87028-2, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio Nit:800.176.089-2 y código rentístico 03. En este caso deberá acreditarse el*

[82] De conformidad con la Circular Interna N° 005 de 19 de febrero de 2024 emitida por la Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio.
[83] El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023 es de UN MILLÓN CIENTO SESENTA MIL PESOS MCTE ($1.160.000.).
[84] El valor de la Unidad de Valor Básico (UVB) que aplicaba para el año 2024 es de DIEZ MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($10.951).

pago, enviando el respectivo soporte través del correo electrónico contactenos@sic.gov.co donde se expedirá el recibo de caja aplicado a la Resolución sancionatoria, o en su defecto, entregar el soporte de pago en la ventanilla de la Tesorería de la Superintendencia de Industria y Comercio, ubicada en la Avenida Carrera 7 N.º 31ª - 36, piso 3 Bogotá".

ARTÍCULO 2: MODIFICAR PARCIALMENTE el artículo segundo de la Resolución N° 62028 de 10 de octubre de 2023, el cual quedará así:

*"**ARTÍCULO PRIMERO:** ordenar a **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.** identificada con el NIT 900.462.511-9, lo siguiente:*

*1. **SUMINISTRAR** información de forma clara, oportuna, suficiente, precisa y en idioma castellano, frente a la totalidad de los productos VUSE ofrecidos bien sea a través de la página web o piezas publicitarias que emita física o digitalmente.*

*2. **INFORMAR** a los consumidores que los productos que comercializa actualmente y a futuro correspondientes a sales de nicotina y líquidos de vapeo en virtud de sus componentes, se constituyen como productos nocivos. Para tal efecto, deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles, bien sea a través de etiquetas, en sus envases o empaques, o, a través de un anexo, se señalarán sus efectos nocivos, condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones de los mismos.*

*3. **AJUSTAR** la publicidad física o digital que se emita a futuro en el sentido de advertir claramente al público acerca de la nocividad de los componentes de los productos de vapeo en concreto las sales de nicotina y líquidos de vapeo, así como la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto y las contraindicaciones del caso.*

*4. **MODIFICAR** en la página web https://www.vuse.com/co/es/ los términos y condiciones las estipulaciones analizadas en la presente investigación, de tal manera que las mismas no produzcan un desequilibrio injustificado en perjuicio de los consumidores o que afecten el tiempo, modo o lugar en que los consumidores pueden ejercer sus derechos.*

*5. **INFORMAR** en la página web https://www.vuse.com/co/es/ en todo momento de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada sobre la disponibilidad de los productos ofertados.*

*6. **INFORMAR** en la página web https://www.vuse.com/co/es/, en todo momento de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada y en los términos y condiciones, así como en cualquier documento que se encuentre inmerso en la relación de consumo, la posibilidad que existe de ejercer el derecho de retracto previsto en el artículo 47 de la ley 1480 de 2011.*

*7. **IMPLEMENTAR** dentro del dominio web https://www.vuse.com/co/es/, un mecanismo por medio del cual se permita al consumidor radicar PQR, a través del cual se genere un radicado y quede constancia de la fecha y hora de radicación. De igual forma, dicho sistema deberá permitir hacer seguimiento a las PQR, permitiendo evidenciar las gestiones adelantadas frente a la misma.*

PARÁGRAFO: Para efectos de acreditar el cumplimiento de las órdenes impartidas BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. identificada con el NIT 900.462.511-9, deberá allegar a esta Dirección los soportes necesarios, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del presente acto administrativo.

Por último, se advierte que, en caso de incumplir lo anterior dentro de los términos antes señalados, se podrá iniciar en su contra un procedimiento administrativo sancionatorio por el incumplimiento de la orden administrativa y si es del caso, imponer las sanciones contempladas en el numeral 6 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, por permanecer en estado de rebeldía".

ARTÍCULO 3: CONFIRMAR en sus demás partes la Resolución N° 62028 de 10 de octubre de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO 4: CONCEDER el recurso de apelación interpuesto por **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, identificada con NIT 900.462.511-9, en contra de la mencionada resolución, ante la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor.

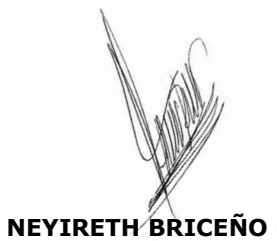
ARTÍCULO 5: TRASLADAR al Despacho de la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor el expediente de la referencia, para que se surta el recurso de apelación.

ARTÍCULO 6: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, identificada con NIT 900.462.511-9, a través de su apoderado, entregándole copia de la misma e informándole que contra ella no procede recurso alguno.

ARTÍCULO 7: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **CORPORACION COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES Y PODRA USAR COMO SIGLAS REDPAPAZ PAPAZ Y PAPAZ RED DE PADRES Y MADRES**, identificada con NIT. 830.130.422-3, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, entregándola copia de la misma y advirtiéndole que contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Dada en Bogotá, D.C., 3 de septiembre de 2024

LA DIRECTORA DE INVESTIGACIONES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR,



NEYIRETH BRICEÑO RAMÍREZ

NOTIFICACIÓN

Sancionada:	**BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**
Identificación:	NIT 900.462.511-9
Representante legal:	ALEXANDRE CAMPOS DE OLIVEIRA
Identificación:	C.E. No 7501106
Dirección física de Notificación judicial:	AK 72 No 80-94, P 9
Ciudad:	Bogotá D.C.
Correo electrónico de notificación judicial:	alexandra_bernal@bat.com

Apoderado:	**JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO**
Identificación:	C.C. N° 80.417.606
Tarjeta Profesional:	66.218 del C. S. de la J.
Dirección electrónica[85]:	jose.miguel.delacalle@garrigues.com

[85] Radicado número 21-75875-69 de 7 de noviembre de 2023.

Dirección física[86]:	Avenida Calle 92, No. 11-51 Piso 4
Ciudad:	Bogotá D.C.
Otros correos electrónicos[87]:	natalia.serrano@garrigues.com

Tercero interesado:	**CORPORACION COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES Y PODRA USAR COMO SIGLAS REDPAPAZ PAPAZ Y PAPAZ RED DE PADRES Y MADRES**
Identificación:	NIT. 830.130.422-3
Representante legal:	CAROLINA PIÑEROS OSPINA
Identificación:	C.C. N° 39.694.233
Correo electrónico de Notificación judicial:	director@redpapaz.org
Dirección física de Notificación judicial:	AV. Carrera 16 No 93 A 36 Oficina 201 Edificio Business Center 93 Oficina 201
Ciudad:	Bogotá D.C.
Otros correos que obran en el expediente:	soportelegal@redpapaz.org

Proyectó: MAAG
Revisó: DCM
Aprobó: NBR

[86] Radicado número 21-75875-69 de 7 de noviembre de 2023.

[87] Radicado número 21-75875-52 de 17 de febrero de 2023.