



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 82437 DE 2020

(24 de diciembre de 2020)

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Radicación No. 18-256024

VERSIÓN PÚBLICA

LA DIRECTORA DE INVESTIGACIONES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por la Ley 1480 de 2011, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y el Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor conoció de la queja radicada con el número 18-256024-0 del 2 de octubre de 2018, que fue presentada por el señor **DAVID JOSÉ MORENO MAYORGA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.030.622.328, en contra de **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, en adelante la investigada, por medio de la cual manifestó una presunta infracción a las normas que regulan los derechos de los consumidores, toda vez que argumentó, entre otras cosas, lo siguiente:

“Membresía anual familiar, en gimnasio Bodytech, en la localidad de Kennedy. Falta de información sobre el servicio, el primer día en que fui a pedir la inscripción el funcionario de la entidad, no expuso toda la información sobre el servicio adquirido, como en el caso de que al pagar ese mismo día correrían los días haciéndose efectivo aunque no usáramos el gimnasio, ya que jamás habíamos estado en uno, (...) luego por problemas de tiempo decidimos congelar el mes de julio y agosto para no perder lo invertido, ese día, una funcionaria nos atendió y sin mayor detalle nos congeló el mes de julio y también agosto, confiados de que estaba congelado, volvimos en septiembre con la sorpresa de que el mes había transcurrido normalmente y que el mes de julio que había pagado, se perdió sin que nosotros hubiésemos asistido.

Por otro lado el mes de agosto, fue congelado, pero cuando quisimos entrar a entrenar, no nos permitieron el permiso porque estaba debitando el pago de septiembre, un funcionario nos dejó entrar a esta primera lección como si fuese un regalo, luego a sabiendas de que debíamos pagar ese mes, decidimos que volveríamos el primero de octubre para cancelar la membresía, pagar el mes septiembre y los meses venideros, pero resulta que nos están cobrando el mes de octubre sin que hayamos hecho nada, solo por el simple hecho que es primero.

Ese día la gerente del gimnasio nos dijo que debíamos pagar septiembre octubre y los meses siguientes del año, en un total de \$500.000 (quinientos mil pesos), por un servicio que no tomamos, el cual su información era engañosa y no nos explicaron jamás todas las irregularidades. Por otro lado, el servicio el único día el cual pudimos asistir, fue deficiente, sin saber qué hacer, los entrenadores nos dejaban en una máquina y decían ya volvemos cuarenta minutos después no aparecían y debíamos buscarlos por toda la sede y al no encontrarlos debíamos buscar a otro que hacía siempre lo mismo, nos dejaba por cuarenta minutos y desaparecía y debíamos volver a buscarlo. Por esto (...) deseo que se me cobre lo justo y no me cobren por un contrato considerado leonino”.

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

SEGUNDO: Que con base en el hecho inmediatamente anterior y en cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, en especial las establecidas en el Decreto 4886 de 2011 y acorde con lo dispuesto en la Ley 1480 de 2011 y demás normas concordantes, esta Dirección le requirió a la investigada mediante oficio número 18-256024-03 del 13 de febrero de 2019, para que allegara a más tardar el 6 de marzo de 2019, los siguientes documentos:

"(...)

1. Adjuntar la totalidad de la publicidad emitida durante el último año contado a partir del recibo de la presente comunicación, con la cual ofrece sus servicios, indicando la frecuencia y los medios a través de los cuales se anuncia.
 2. Manifiestar qué tipo de contratos celebra con los consumidores.
 3. Aportar un modelo en blanco de cada contrato y copia de (5) contratos de cada tipo, suscritos en los últimos seis (6) meses, con la totalidad de los documentos y anexos suscritos por el consumidor.
 4. Adjuntar la información previa suministrada durante la etapa precontractual a los consumidores (libretos de los vendedores, documentos, charlas, capacitación de los vendedores).
 5. Informar en qué consiste el servicio de congelación del plan de afiliación. a) cuál es el procedimiento para hacerlo efectivo. b) para qué planes se cuenta con el servicio de congelación. (Aporte documentos necesarios para soportar su respuesta).
 6. Allegar las peticiones, quejas y reclamos presentadas durante los últimos tres (3) meses, indicando la fecha de presentación, quejoso, motivo y trámite dado a la misma.
- "(...)".

TERCERO: Que de conformidad con el considerando que antecede, la investigada presentó un escrito a través del consecutivo número 18-256024-04 del 6 de marzo de 2019, con el fin de atender el requerimiento identificado con el número 18-256024-03 del 13 de febrero de 2019.

CUARTO: Que en atención a la información recaudada en la etapa preliminar, esta Dirección mediante Resolución N° 17673 de 29 de mayo de 2019 "*por la cual se inicia investigación administrativa mediante formulación de cargos*", inició la presente investigación administrativa mediante formulación de cargos en contra de **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, en donde las imputaciones fácticas endilgadas fueron las que a continuación se transcriben:

"(...) 9.1 Imputación fáctica No. 1: Posible vulneración a los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1 y su sub numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia:

"(...)

Lo anterior se desprende del análisis del CD que contiene las piezas publicitarias aportadas por la investigada (Fl. 9), mediante el radicado número 18-256024-4 del 06 de marzo del año 2019, en donde se observa que se ofrecen las siguientes promociones: (...)

Las imágenes No. 1, 2 y 3 corresponden a las piezas publicitarias empleadas por la investigada para los meses de febrero, septiembre y octubre de 2018, en las que se observan los diferentes descuentos que se realizan sobre los servicios ofrecidos, entre los que se encuentran: '15% DE DESCUENTO POR LA COMPRA DE UN PAQUETE DE 10 SESIONES DE FISIOTERAPIA (...) COMPRA VÁLIDA HASTA EL 31 DE MAYO DE 2018', 'COMPRA 1 SESIÓN DE NUTRICIÓN Y RECIBE EL 10% DE DESCUENTO con el código **BODYTECH** en el plan Détox de 1 o 3 días en www.biojus.co ** Válido hasta el 31 de diciembre de 2018' y "(...) VÁLIDO POR LA COMPRA DE CINCO (5) SESIONES DE FISIOTERAPIA. LLEVAS DOS (2) SESIONES ADICIONALES GRATIS (...) COMPRA VÁLIDA HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2018. (...)".

Ahora bien, este Despacho advierte que, las condiciones para acceder a los descuentos anunciados en las piezas publicitarias descritas, son objetivas y específicas, por lo que, obligan al anunciante, conforme con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011- Estatuto del Consumidor-. Asimismo, se observa que, en las promociones u ofertas anunciadas en las piezas publicitarias sólo se hace mención al descuento otorgado, sin que se señalen las condiciones de tiempo de la promoción, debido a que no se especifica la fecha de inicio de los incentivos, vulnerando así presuntamente lo previsto en los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1 y 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, que señala que dichas circunstancias deberán ser informadas a los consumidores.

"(...)

9.2. Imputación Fáctica N° 2: Posible vulneración al numeral 2 del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011.

"(...)

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

Por cuánto, luego de analizar los cinco (5) contratos élite sin permanencia (Fls. 70 a 94) aportados por la investigada, se observa que la duración del contrato será indefinida, según la categoría que escoja, por lo que, al parecer se podría entender que el negocio jurídico celebrado no tiene un límite temporal. No obstante, al seguir la lectura del clausulado del contrato, se evidencia que 'el plazo inicial podrá renovarse indefinidamente' sin aclarar cuál es el plazo inicial pactado con el consumidor según la categoría escogida.

En consecuencia, al parecer las condiciones generales de los contratos no son claras, en vista que, en primer lugar, se le informa a los consumidores que la vigencia del contrato es indefinida y luego, se indica que el plazo inicial podrá renovarse, lo cual podría crear confusión en los usuarios del servicio ofrecido, respecto de la vigencia de la relación contractual celebrada, vulnerando posiblemente el numeral 2 del artículo 37 de la ley 1480 de 2011.

9.3. Imputación Fáctica N° 3: Posible vulneración al numeral 4 del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, a los numerales 1, 3, 9 y 10 del artículo 2.2.2.37.8 y a los numerales 1, 3 y 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015.

(...)

9.3.1. Por cuanto, se evidencia que uno de los canales mediante los cuales la investigada comercializa sus servicios es de forma telefónica, por ende, al realizar ventas a distancia, **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A.- SIGLA BODYTECH S.A.**, está obligada a informar a los consumidores de forma previa a la materialización de compraventa de sus servicios, entre otros aspectos, acerca de su información de contacto, el precio de servicio ofrecido, la existencia de los derechos de retracto y de reversión de pago, como lo establecen las normas de protección al consumidor.

En este sentido, del análisis del guion de ventas aportado por la investigada (Fls. 98 a 101) se evidencia que aparentemente no se realiza referencia alguna a la información de contacto de la denunciada, el precio del servicio ofrecido, el derecho de retracto y el derecho de reversión del pago, tal como visualiza en la siguiente transcripción:

(...)

De lo anterior, se observa que la investigada posiblemente no informa a los consumidores mediante la llamada telefónica y de forma previa a la venta de sus servicios, sobre la información de contacto, el precio del servicio ofrecido, la existencia de los derechos de retracto y de reversión de pago que les asiste a los usuarios, con lo cual podría estar incurso en la infracción del numeral 4° del artículo 46 de la ley 1480 de 2011 y a los numerales 1, 3, 9 y 10 del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto 1074 de 2015.

9.3.2. Ahora bien acorde con lo indicado en el guion de ventas telefónico aportado por **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A.- SIGLA BODYTECH S.A.** (Fls 98 a 101), se observa lo siguiente: 'Paso 9: En virtud de este contrato verbal Bodytech prestara los servicios del club médico deportivo sujeto al reglamento general de servicios y al reglamento específico establecido para cada actividad tales como: consulta de valoración clínica, clases grupales, zonas de relajación, zona de peso libre, zona cardiovascular en los términos y condiciones del plan estándar en categoría por un término de...(.)' (Negrilla y subrayado fuera del texto). De lo anterior, se evidencia que mediante llamadas telefónicas se celebra un contrato verbal con los consumidores, por lo que, la investigada al realizar de ventas no tradicionales o a distancia, está en la obligación de cumplir con las normas que regulan dichas ventas.

Así las cosas, previo estudio del guion de ventas telefónico (Fls. 98 a 101), esta Dirección encuentra que el referido documento aparentemente no incorpora información relacionada con los datos de contacto del vendedor, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2.2 2.37.9 del Decreto 1074 de 2015.

9.3.3. Por otro lado, en el documento descrito (Fls. 98-101), esta Dirección evidencia que no se suministra información relacionada con el precio de los servicios ofrecidos, conforme con las reglas previstas en el artículo 26 de la ley 1480 de 2011.

(...)

Conforme lo anterior, esta Dirección evidencia que, la investigada aparentemente no informa a los consumidores durante las llamadas telefónicas, sobre el precio de venta el plan ofrecido, incluidos todos los impuestos y costos adicionales, obligación que le asiste al realizar ventas a distancia según lo establecido en el numeral 3 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015.

9.3.4. Ahora bien, previa revisión del documento mencionado en esta imputación, visto a folios 98 a 101 del expediente, esta Dirección evidencia que al parecer, la investigada no informa sobre las condiciones y modalidades del ejercicio del derecho de retracto, acorde con lo regulado en el numeral 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015. Lo

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

precedente, teniendo en cuenta que dicho numeral establece que el derecho de retracto debe ser informado en los contratos de ventas a distancia, en los términos establecidos en el artículo 47 de la ley 1480 de 2011, estatuto de El consumidor, que señala lo siguiente:

(...)

*Conforme a lo anterior, ese Despacho evidencia que, **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A.- SIGLA BODYTECH S.A.**, aparentemente no informa en los contratos verbales que celebra con los consumidores, las condiciones y modalidades del ejercicio del derecho de retracto, según lo establecido en el numeral 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 2015.*

9.3.5. *Aunado a lo precedente, de conformidad con lo estipulado en el numeral 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015, en los contratos de ventas a distancia, se debe informar las condiciones y modalidades del derecho de reversión del pago, de acuerdo a lo establecido en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011, que señala lo siguiente:*

(...)

Así las cosas, una vez analizado el guion de ventas telefónicas (Fls. 98 a 101), en el que se dispone que mediante la llamada telefónica se celebra un contrato verbal con el usuario, esta Dirección encuentra que, la investigada aparentemente no incluye información relacionada con el derecho de reversión de pago, en los términos del artículo 51 de la Ley 1480 de 2011, obligación que le corresponde al realizar ventas a distancia a través de medios telefónicos, conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015 (...).”

QUINTO: Que con ocasión de los cargos imputados a la investigada, se le concedió un plazo de 15 días hábiles contados a partir de la notificación del referido acto administrativo, para presentar los descargos, aportar y/o solicitar las pruebas que pretendiera hacer valer, de conformidad con el inciso 3° del artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

SEXTO: Que en el plazo señalado para presentar escrito de descargos a la Resolución N° 17673 de 29 de mayo de 2019¹, la investigada por conducto de su apoderado, **DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO**, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.556.665 y tarjeta profesional número 76.433 del C. S. de la J², presentó a través del radicado número 18-256024-12 del 2 de julio de 2019, un documento mediante el que expuso sus consideraciones respecto de los hechos, los fundamentos de derecho, las presuntas infracciones imputadas en el acto administrativo en cuestión, así como solicitó se tuvieran en cuenta dentro de la investigación diversas pruebas documentales que aportó con el documento referido y que se practicaran pruebas testimoniales a los señores **PEDRO NEL FLÓREZ** (Coordinador Servicio al Cliente de Bodytech) y **CÉSAR GONZÁLEZ** (Abogado Corporativo de Bodytech) y al Representante Legal de PayU Colombia S.A.S.

Del mismo modo, solicitó que se declarara que la investigada no vulneró las normas que le fueron endilgadas, que se archivara la presente actuación y, que en caso contrario, se le instruyera respecto de los términos en los que se debían emitir las piezas publicitarias que contuvieran promociones e incentivos, la forma en que debían ser redactados los contratos para que no se generara confusión en los consumidores, así como indicarle la información que debía entregársele a éstos respecto a los servicios que ofrecía el sujeto pasivo, tanto en la etapa previa a la aceptación de la oferta como en los contratos que celebrara.

SÉPTIMO: Que mediante el radicado número 18-256024-14 del 15 de agosto de 2019, el representante legal para asuntos judiciales de Archila Abogados Ltda., firma de abogados apoderada de **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, allegó los números de las cédulas de ciudadanía de los señores **PEDRO NEL FLÓREZ** y **CÉSAR GONZÁLEZ**.

OCTAVO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor mediante la Resolución N° 37775 de 20 de agosto de 2019 “*por la cual se ordena la apertura del periodo probatorio y se decretan pruebas de oficio*”³, ordenó la apertura del período probatorio, incorporó y otorgó valor probatorio a los documentos recaudados en la etapa de averiguación preliminar como los allegados con el escrito de descargos, **rechazó** la solicitud de que se practicara prueba testimonial al Representante Legal de PayU Colombia S.A.S., toda vez que se indicó que la misma era

¹ Notificada en debida forma a la investigada el 10 de junio de 2019, mediante el aviso N° 7153, de conformidad con la certificación radicada con el número 18-256024-11 del 2 de julio de 2019, que es visible tanto en el plenario como en el Sistema de Trámites y Gestión Documental de esta Entidad.

² De conformidad con el poder debidamente otorgado por la investigada al apoderado y que obra dentro del plenario a través del radicado número 18-256024-12 del 2 de julio de 2019.

³ Comunicada en debida forma a la investigada el 22 de agosto de 2019, de conformidad con la certificación radicada con el número 18-256024-21 del 13 de septiembre de 2019, que es visible tanto en el plenario como en el Sistema de Trámites y Gestión Documental de esta Entidad.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

inconducente, ya que no existía correspondencia alguna entre lo pedido y lo investigado, dado que la imputación fáctica N° 3, hacía referencia a la información sobre dicha prerrogativa y no al proceso posterior que efectuara el operador a través de la plataforma para la reversión del pago; asimismo, se le indicó que no había explicado de forma alguna lo que pretendía demostrar con dicha prueba.

Por otro lado, en el acto administrativo en mención **accedió** a la práctica de la prueba testimonial de los señores **PEDRO NEL FLÓREZ** (Coordinador Servicio al Cliente de Bodytech) y **CÉSAR GONZÁLEZ** (Abogado Corporativo de Bodytech), así como reconoció personería jurídica para actuar dentro de este trámite a **DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO** y decretó pruebas de oficio, con el fin de que la investigada en un término de diez (10) días hábiles contados a partir de la comunicación de la resolución referida, aportara lo siguiente:

“(…)

12.1. Documentales:

12.1.1. Balance General vigencia 2018, firmado por el Revisor Fiscal.

12.1.2. Estado de Resultados correspondiente al año 2018, firmado por el Revisor Fiscal.

12.1.3. Relación de ventas en medio magnético formato Excel (.xls), de todos los productos y/o servicios comercializados desde el 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2018. Deberá indicar: fecha de venta, número de factura, descripción del producto y/o servicio, precio de venta y precio total cancelado.

12.1.4. Aportar relación de ventas en medio magnético formato Excel (.xls), de todos los productos y/o servicios comercializados con ocasión a las promociones que se mencionan a continuación.

Deberá indicar: fecha de venta, número de factura, descripción del producto y/o servicio, precio de venta y precio de total cancelado.

- ‘Aprovecha en el mes de la madre. 10 sesiones de fisioterapia. Con 15% de descuento’.
- ‘Plan Détox. Nutrición por objetivos. 10% de descuento’.
- ‘Fisioterapia. Compra 5 lleva 7’.

12.1.5. PQR’s recibidas durante la vigencia de 2018, cuyo motivo esté relacionado con las promociones mencionadas en el numeral anterior, esta información debe ser presentada en medio magnético formato Excel (.xls), debe contener fecha de radicación, quejoso, motivo-breve descripción y trámite.

(…)”.

NOVENO: Que en el plazo señalado para aportar las pruebas decretadas en la Resolución N°37775 de 20 de agosto de 2019, esta Dirección advirtió que, la investigada aportó lo que le fue solicitado mediante el radicado número 18-256024-19 del 3 septiembre de 2019 (cuaderno reservado).

DÉCIMO: Que en atención a lo señalado en la parte resolutive de la Resolución N° 37775 de 20 de agosto de 2019 “Por la cual se ordena la apertura del periodo probatorio y se decretan unas pruebas de oficio”, esta Dirección realizó el 4 de septiembre de 2019, la práctica de la declaración de parte de los señores **PEDRO NEL FLÓREZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 80.417.764, en calidad de Coordinador de Servicio al Cliente de Bodytech y **CÉSAR GONZÁLEZ FLÓREZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 80.758.423, en su calidad de abogado corporativo de Bodytech y emitió constancia de la misma a través del radicado número 18-256024-20 del 4 de septiembre de 2019.

DÉCIMO PRIMERO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor mediante la Resolución N° 50634 del 30 de septiembre de 2019 “por la cual se ordena el cierre del periodo probatorio y se corre traslado para alegar de conclusión”⁴, incorporó y otorgó valor probatorio a todas y cada una de las pruebas recaudas en las etapas del presente procedimiento administrativo sancionatorio; cerró el término probatorio, reconoció nuevamente personería jurídica para actuar dentro de ese trámite a **DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO** y corrió traslado a la investigada para presentar sus alegatos de conclusión.

DÉCIMO SEGUNDO: Que teniendo en cuenta lo anterior, la investigada por conducto de su apoderado presentó sus alegatos de conclusión mediante el escrito radicado con el número 18-

⁴ Comunicada en debida forma el 1 de octubre de 2019, de conformidad con la certificación 18-256024-26 del 16 de octubre de 2019.

256024-25 del 16 de octubre de 2019, en el que reiteró los argumentos previamente esgrimidos en la etapa de descargos.

DÉCIMO TERCERO: Que dentro de esta investigación administrativa se tuvieron como pruebas las siguientes:

13.1. Pruebas documentales incorporadas con ocasión de la averiguación preliminar:

13.1.1. Denuncia presentada por el señor **DAVID JOSÉ MORENO MAYORGA**, en contra de la investigada y radicada con el número 18-256024 del 2 de octubre de 2018.

13.1.2. Oficio proferido por esta Dirección a través del radicado número 18-256024-03 del 13 de febrero de 2019, contentivo de un requerimiento de información.

13.1.3. Escrito de respuesta presentado por la investigada, a través del radicado número 18-256024-04 del 6 de marzo de 2019, con el fin de atender el requerimiento de información contenido en el oficio número 18-256024-03 del 13 de febrero de 2019, el cual contiene:

- Un CD *"con toda la publicidad emitida mes a mes desde el mes de febrero de 2018 al mes de febrero de 2019."* (Anexo 1).
- Copia simple del documento denominado *"CONTRATO ÚNICO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS"* en blanco (Anexo 2).
- Copia simple de *"CONTRATOS ESTANDAR"* contentivo de documentos denominados *"CONTRATO ÚNICO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS"* suscrito con cinco (5) usuarios. (Anexo 3).
- Copia simple de los documentos *"CONTRATOS ELITE CON PERMANENCIA"* contentivo de cinco (5) documentos denominados *"CONTRATO ÚNICO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS"* suscritos por cinco (5) usuarios junto con el documento denominado *"ANEXO CONTRATO ÚNICO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS"* suscrito con los mismos 5 usuarios. (Anexo 3).
- Copia simple de los documentos *"CONTRATOS ELITE SIN PERMANENCIA"* contentivo de cinco (5) documentos denominados *"CONTRATO ÚNICO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS"* suscritos por cinco (5) usuarios y copia del documento denominado *"ANEXO 1 – REGLAMENTO GENERAL DE SERVICIOS BODYTECH"* (Anexo 3).
- Copia simple del documento denominado *"Modelo Comercial"* (Anexo 4).
- Copia simple del documento denominado *"GUION VENTAS TELEFÓNICAS BODYTECH"* (Anexo 5).
- Un CD *"con la relación de peticiones, quejas y reclamos recibidas por Bodytech en los últimos dos meses, indicando fecha de presentación, quejoso, motivo y trámite dado a la misma"* (Anexo 6).
- Copia del Certificado de Existencia y Representación Legal de la investigada.

13.1.4. Certificado de Existencia y Representación Legal de **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A.-SIGLA BODYTECH S.A.**

13.2. Pruebas documentales incorporadas con ocasión de la apertura del periodo probatorio.

13.2.1. Escrito de descargos radicado con el número 18-256024-12 del 2 de julio de 2019, el cual contiene:

- Extracto de un contrato en el que se indica *"4 duración"*.
- Captura de pantalla de una *"Solicitud de pago"* a través de la pasarela de pagos *"PayU"*.
- Imágenes de los pasos N° 4 y 5 del documento denominado *"GUION VENTAS TELEFÓNICAS BODYTECH"*.
- Imagen de la tabla de los precios para el *"Plan Elite (plan débito automático mensual, duración indefinida)"*.
- Imagen de la tabla en donde se encuentran los centros médicos deportivos Bodytech, por ciudad, sede y categorías de afiliación.
- Poder especial conferido por el señor **JAIME ALBERTO SARMIENTO MARTÍNEZ**, identificado con cédula de ciudadanía número 79.951.620, en su calidad de representante legal de la investigada a la firma de abogados **ARCHILA ABOGADOS LTDA.** (Anexo 1).
- Certificado de Existencia y Representación Legal de la firma de abogados **ARCHILA ABOGADOS LTDA.**, identificada con NIT. 830.027.520-7, expedido por Cámara de Comercio

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

de Bogotá. (Anexo 2).

- Certificado de Existencia y Representación Legal de la investigada. (Anexo 3).
- Un (1) CD-R con doce (12) elementos cuatro (4), Acrobat titulados:
 - “1.1. Instructivo de Bodytech de junio del 1 al 30 de junio de 2019”.
 - “1.2. Pantallazo link de pago a través del PayU”.
 - “1.8. Relación de correos de desistimiento” y “términos y condiciones generales”.
- Tres (3) archivos de Excel titulados:
 - “1.9. Cuadro con lista de personas que accedieron a la promoción del mes de mayo de 2018”.
 - “1.10. Cuadro con lista de personas que accedieron a la promoción del mes de octubre de 2018”.
 - “1.11. Cuadro con lista de personas que accedieron a la promoción del mes de septiembre de 2018”.
- Cinco (5) archivos de audios titulados
 - “1.3. Grabación venta pasarela de pagos I”.
 - “1.4. Grabación por error en compra”.
 - “1.5. Grabación venta pasarela de pagos II”.
 - “1.6. Grabación renovación plan con link de pago”.
 - “1.7. Grabación venta plan Welcome Pass”.

13.2.2. Documento con radicado número 18-256024-14 del 15 de agosto de 2019, allegado por el representante legal para asuntos judiciales de Archila Abogados Ltda., firma de abogados apoderada de **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, mediante el cual informó los números de cédulas de ciudadanía de los señores **PEDRO NEL FLÓREZ** y **CÉSAR GONZÁLEZ**.

13.3. Pruebas documentales incorporadas con ocasión del cierre del periodo probatorio.

13.3.1. Escrito presentado por la investigada mediante el consecutivo número 18-256024-19 del 3 de septiembre de 2019, el cual contiene:



13.3.2. Constancia de la práctica de la declaración de parte de los señores **PEDRO NEL FLÓREZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 80.417.764, en su calidad de Coordinador de Servicio al Cliente de Bodytech y **CÉSAR GONZÁLEZ FLÓREZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 80.758.423, en su calidad de abogado corporativo de la investigada y radicada con el número 18-256024-20 del 4 de septiembre de 2019.

DÉCIMO CUARTO: Marco Jurídico.

A partir de las imputaciones efectuadas por este Despacho mediante la formulación de cargos en contra de **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, resulta necesario efectuar las precisiones normativas correspondientes a fin de determinar el contenido y alcance de las disposiciones presuntamente vulneradas, concretamente los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1 y su sub numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011 y el numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 1°, 3°, 9° y 10° del artículo 2.2.2.37.8 y los numerales 1°, 3° y 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para conocer y adelantar las investigaciones que considere pertinentes para la protección de los derechos de los consumidores, en virtud de lo señalado en los numerales 22, 39, 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, a saber:

“Artículo 1. Funciones generales. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de República.

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:
(...).

22. 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.

(...).

39. 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 postales.

(...).

62. 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 cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones. (...)."

Por otra parte, el numeral 1° del artículo 12 del Decreto 4886 de 2011, establece dentro de las funciones de la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor lo siguiente:

"Artículo 12. Funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor.
Son funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor:

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

De otro lado, el artículo 1° de la Ley 1480 de 2011, establece entre los principios orientadores, el siguiente:

"Artículo 1. Principios generales. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:
(...)
2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.
(...)"

En la misma línea, la Ley 1480 de 2011 define el alcance de su objeto así:

"Artículo 2. Objeto. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.

Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados."

Además, la misma ley señala como derechos de los consumidores, entre otros, los que a continuación se exponen:

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

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

1. Derechos:

(...)

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

1.4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa.

(...)"

Que el artículo 5° de la Ley 1480 de 2011, establece, entre otras, la definición de promociones y ofertas, así:

"(...) 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 (...)"

Ahora, los artículos 29 y 30 de la normatividad en cuestión, disponen:

"ARTÍCULO 29. FUERZA VINCULANTE. *Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad.*

ARTÍCULO 30. PROHIBICIONES y responsabilidad. *Está prohibida la publicidad engañosa.*

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

Asimismo, el artículo 33 de la norma en cita, prevé respecto de las promociones y ofertas, lo siguiente:

ARTÍCULO 33. PROMOCIONES Y OFERTAS. *Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley.*

Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

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

En concordancia con lo anterior, el numeral 2.1 y su sub numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, señalan:

"2.1 Información al consumidor y propaganda comercial.

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

Por lo tanto se deben tener en cuenta entre otros los siguientes criterios:

(...)

2.1.2.1. Propaganda comercial con incentivos

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

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

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

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

a) Información mínima:

- i. Identificación del producto o servicio promovido y del incentivo que se ofrece indicando su cantidad y calidad.
- ii. Requisitos y condiciones para su entrega, como por ejemplo si no es acumulable con otros incentivos, si se limita la cantidad por persona, etc.
- iii. Plazo o vigencia del incentivo, indicando la fecha exacta de iniciación y terminación de la misma.
- iv. Nombre comercial o razón social del oferente.
- v. Gastos, descuentos, retenciones, impuestos, deducciones y, en general, los costos a cargo del consumidor para la entrega del incentivo, si llegaren a ser aplicables.
- vi. Si en la propaganda comercial se utilizan imágenes de los productos o incentivos, los elementos entregados deben tener las mismas características de los presentados en la propaganda comercial.
- vii. Si el incentivo es un descuento ofrecido de manera general al público o sector determinado, en la propaganda comercial debe señalarse expresamente el monto o porcentaje, salvo cuando los descuentos son diferentes y se aplican a varios productos caso en el cual podrán señalarse los montos o porcentajes mínimos y máximos otorgados. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Por otra parte, se destaca que el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011 señala:

"Artículo 37. Condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión. Las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.

2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.

3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo". (Destacados fuera de texto).

Por su parte artículo 46 de la norma en cita señala, entre otras cosas, lo siguiente:

"ARTÍCULO 46. DEBERES ESPECIALES DEL PRODUCTOR Y PROVEEDOR. El productor o proveedor que realice ventas a distancia deberá:

(...)

4. Informar, previo a la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto el término para ejercerlo, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega.

PARÁGRAFO. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Gobierno Nacional se encargará de reglamentar las ventas a distancia".

En concordancia con lo anterior, el artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, establece la información previa que el vendedor debe suministrar al consumidor en las transacciones de ventas a través de métodos no tradicionales o a distancia, así:

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

“ARTÍCULO 2.2.2.37.8. INFORMACIÓN PREVIA QUE EL VENDEDOR DEBE SUMINISTRAR AL CONSUMIDOR EN LAS TRANSACCIONES DE VENTAS A TRAVÉS DE MÉTODOS NO TRADICIONALES O A DISTANCIA. Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 23,24 y 37 de la Ley 1480 de 2011, en las ventas por métodos no tradicionales o a distancia, el vendedor, con anterioridad a la aceptación de oferta, debe suministrar al consumidor como mínimo la siguiente información:

1. Su identidad e información de contacto.

(...)

3. El precio, conforme con las reglas previstas en el artículo 26 de la Ley 1480 de 2011.

(...)

9. La existencia del derecho de retracto previsto en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011.

10. La existencia del derecho a la reversión del pago en los casos previstos en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011”. (Destacados fuera de texto).

Asimismo, frente al contenido mínimo de los contratos de ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, el artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.2.37.9. CONTENIDO MÍNIMO DE LOS CONTRATOS DE VENTAS QUE UTILIZAN MÉTODOS NO TRADICIONALES O A DISTANCIA. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1480 de 2011, los contratos de ventas no tradicionales o a distancia deberán incorporar como mínimo las siguientes condiciones:

1. Identidad del vendedor y su información de contacto.

(...)

3. El precio, conforme con las reglas previstas en el artículo 26 de la Ley 1480 de 2011.

(...)

8. Información suficiente sobre las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de retracto y reversión del pago, de acuerdo con lo establecido en los artículos 47 y 51 de la Ley 1480 de 2011”. (Destacados fuera de texto).

Asimismo, el referido decreto establece el marco sancionatorio por el incumplimiento a lo dispuesto respecto de las disposiciones relativas a las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancias, así:

“ARTÍCULO 2.2.2.37.11. SANCIONES. El incumplimiento de lo establecido en este capítulo dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 61 y 62 de la Ley 1480 de 2011”.

Finalmente, el artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, establece las facultades administrativas con las que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección al consumidor de la siguiente manera:

“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 (...).”

En relación con lo anterior, y respecto a la facultad sancionatoria con la que cuenta esta Superintendencia, el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, establece y enumera las sanciones previstas para tal efecto de la siguiente manera:

“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:

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.
2. Cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días;
3. En caso de reincidencia y atendiendo a la gravedad de las faltas, cierre definitivo del establecimiento de comercio o la orden de retiro definitivo de una página web portal en Internet o del medio de comercio electrónico utilizado;
4. Prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos. El productor podrá solicitar a la autoridad competente, el levantamiento de esta sanción previa la demostración de que ha introducido al proceso de producción las modificaciones que aseguren el cumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad;
5. Ordenar la destrucción de un determinado producto, que sea perjudicial para la salud y seguridad de los consumidores.
6. Multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por inobservancia de órdenes o instrucciones mientras permanezca en rebeldía.

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

Bajo las anteriores consideraciones, queda plasmado el marco jurídico dentro del cual se procederá a tramitar la presente actuación administrativa, con miras a resolver el problema jurídico derivado de la situación fáctica bajo examen.

DÉCIMO QUINTO. Consideraciones previas

15.1. Consideraciones de la Dirección

Esta Dirección considera pertinente previo al estudio del juicio de reproche contra **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, realizar las siguientes consideraciones jurídicas, de cara a los argumentos expuestos por ésta en el escrito de descargos presentado mediante el radicado número 18-256024-12 del 2 de julio de 2019 y en los alegatos de conclusión radicados con el número 18-256024-25 del 16 de octubre de 2019, de la siguiente manera:

15.1.1. Frente a la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de Protección al Consumidor:

La investigada en su escrito de descargos identificado con el radicado número radicado número 18-256024-12 del 2 de julio de 2019, manifestó lo siguiente:

“solicitamos que se accede a las siguientes peticiones:

Primera principal: Declarar que inversiones en Recreación Deporte y Salud S.A.-Sigla Bodytech S.A. no violó lo establecido en:

- (i) Los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1 y 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio;
- (ii) El numeral 2 del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011; y
- (iii) El numeral 4 del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, los numerales 1, 3, 9 y 10 del artículo 2.2.2.37.8 y numerales 1, 3 y 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015.

Segunda principal: archivar la investigación contra Inversiones en Recreación Deporte y Salud S.A.-Sigla Bodytech S.A. por la violación de:

- (i) Los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1 y 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio;
- (ii) El numeral 2 del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011; y
- (iii) El numeral 4 del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, los numerales 1, 3, 9 y 10 del artículo 2.2.2.37.8 y numerales 1, 3 y 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015.

En defecto de las anteriores peticiones, solicito.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Primera subsidiaria: en el remoto evento de encontrarse alguna responsabilidad que amerita que se siga el trámite por parte del Despacho, que se instruya a BODYTECH respecto a:

1. Los términos en que deben ser emitidas las piezas publicitarias que contengan promociones e incentivos, de conformidad con los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011.
2. La forma en que deben ser redactados los contratos de forma que no tiendan a confundir a los consumidores, según lo previsto en el numeral 2 del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011.
3. La información que debe entregarse a los consumidores y la forma en que la misma se debe dar, en caso de que los servicios ofrecidos por Bodytech así lo requieran, en consonancia con (i) el numeral 4 del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, los numerales 1, 3, 9 y 10 del artículo 2.2.2.37.8 y numerales 1, 3 y 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015 (...).

Al respecto, es importante destacar que en aquellos eventos en que se infringen las normas de protección al consumidor, estas conductas son objeto de sanción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con las facultades otorgadas a esta Entidad y señaladas en el numeral primero del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor, esto es, “*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; (...)*” y tales sanciones obedecerán a lo contemplado en el artículo 61 de este Estatuto.

Así las cosas, esta Dirección debe indicar que en materia de derecho administrativo sancionatorio, la Corte Constitucional ha señalado que: “*a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas*”⁵.

Del mismo modo, el Consejo de Estado en sentencia 6214 del 7 de septiembre de 2000, reiteró lo que declaró la Corte Constitucional en sentencias C- 406 de 2004⁶, C-597 de 1996⁷ y C-214 de 1994⁸, acerca que la potestad administrativa sancionatoria de la administración “*se traduce normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas*”⁹.

En ese sentido, es oportuno destacar que, esta Autoridad ejerce la facultad sancionatoria legalmente atribuida¹⁰, como uno de los instrumentos con que cuenta el Estado para cumplir con sus cometidos y garantizar el cumplimiento de los mandatos dispuestos para proteger los derechos de los consumidores. De tal manera, una vez se tiene conocimiento de alguna infracción a las disposiciones sobre protección al consumidor y al existir mérito, se inicia una investigación administrativa cuyo resultado determinará la necesidad de imponer o no una sanción, sin tener en cuenta la intención o la involuntariedad de la investigada de transgredir la norma imputada.

Así las cosas, debe destacarse que la potestad sancionadora se encuentra delimitada, entre otros, por la aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad.

En ese orden y en lo que tiene que ver con el **principio de la proporcionalidad** frente a una eventual sanción respecto de la presente investigación, debe ponerse de presente al administrado en primera medida, que el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración, requiere el cumplimiento de los siguientes supuestos¹¹:

⁵ Sentencia C-818 de 2005

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-406 de 2004. Expediente D-4874. Magistrado Ponente: VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. 4 de mayo de 2004.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-597 de 1996. Expediente D-1229. Magistrado Ponente: MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. 6 de noviembre de 1996.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-214 de 1994. Expediente D-394. Magistrado Ponente: BARRERA CARBONELL, Antonio. 28 de abril de 1994.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia septiembre 7 de 2000. Sección Primera. Expediente 6214.

¹⁰ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 12 del Decreto 4886 de 2011, se le facultó a esta Entidad: “**Artículo 12. Funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor. Son funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor:**

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

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 412 de 2015. Expediente D-10485. Magistrado Sustanciador: ROJAS RÍOS, Alberto. 1 de julio de 2015.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

(i) Una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma.

Por lo anterior, puede señalarse que en el presente y de acuerdo al ámbito de competencias de este Despacho, el marco normativo fue delimitado, ya que lo que se verifica es el cumplimiento de la Ley 1480 de 2011 y el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, situación que origina que los productores y/o proveedores de bienes y servicios, deban cumplir con lo preceptuado en aras de una protección efectiva de los derechos de los consumidores, so pena de verse expuestos al desarrollo de un procedimiento administrativo sancionatorio.

(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.

De esta manera y como se estudiará a fondo más adelante, esta Dirección debe mencionarle a la investigada que, se establecerá mediante un análisis del caso concreto si la conducta desplegada estuvo ajustada o no a la normativa imputada, para determinar así, si efectivamente se presentó o no una vulneración que conlleve a la imposición de una sanción administrativa, teniendo en cuenta que la misma en virtud de dicho principio constitucional deberá estar ajustada a la falta o a la infracción administrativa que se sanciona.

Así, del estudio que resulte de la imputación fáctica frente a la conducta de la investigada y las pruebas que obran en el expediente, este Despacho podrá determinar si tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma, son adecuadas a los fines de la norma, teniendo en cuenta que la misma no podrá ser excesiva en rigidez frente a la gravedad de los hechos, ni tampoco carente de relevancia frente a esa misma gravedad.

Y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso.

Por último, este supuesto hace referencia a la existencia de un conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo que pueda estar incurso en una conducta administrativamente sancionable¹², precisando que son elementos integradores del debido proceso el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; el derecho al juez natural; el derecho a la defensa; el derecho a un proceso público desarrollado dentro de un tiempo razonable y el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.¹³

Por otra parte y en lo que tiene que ver con el **principio de legalidad**, debe indicarse que, el legislador estableció de manera previa a la presente investigación un marco normativo en materia de protección al consumidor y facultó a esta Entidad para sancionar las conductas que puedan ser violatorias de los derechos de los consumidores. En tal sentido, los vigilados al tener conocimiento de la normativa aplicable a sus actuaciones, saben lo que se espera de ellos en términos de cumplimiento de deberes, así como también las implicaciones por violar o incumplir las previsiones normativas.

En ese orden, cabe destacar igualmente que, dicho principio encuentra su desarrollo normativo para el caso concreto, en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 y en la creación por parte del legislador de los criterios para graduar la sanción a imponer, los cuales se encuentran en el parágrafo 1° del mentado artículo, a saber:

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

1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.
2. Cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días;

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2011. Expediente D-8206. Magistrado Ponente: VARGAS SILVA. 16 de febrero de 2011.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-248 de 2013. Expediente: D-9285. Demanda de Inconstitucionalidad. Magistrado Ponente: GONZÁLEZ CUERVO. 24 de abril de 2013.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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

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

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

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

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

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

1. El daño causado a los consumidores;

2. La persistencia en la conducta infractora;

3. La reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor.

4. La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores.

5. La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes.

6. El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción.

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

8. El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes (...).”

De lo anterior, debe indicarse que en caso de determinarse que la investigada infringió la normativa objeto de reproche, la eventual sanción a imponer se encontrará fundamentada en lo que establece el artículo 61 antes referido y deberá cumplir con una serie de requisitos para que se desarrolle el principio de legalidad: **el primero**, es que la sanción esté contemplada previamente en la ley; **el segundo requisito**, es que se dosifique dentro de los parámetros normativos establecidos por el legislador en el parágrafo 1° del artículo antes referenciado, por lo que en el evento en que se determine el incumplimiento a las normas objeto de estudio, esta Autoridad los tendrá en cuenta junto con los argumentos esgrimidos, las pruebas que obran en el plenario y la situación económica que fue informada por la sociedad investigada al momento de la imposición de la sanción.

Y por último, **el tercer requisito** a tener en cuenta para imponer la sanción, es que al momento de la graduación, se vele por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y motivación, por lo que el artículo en mención, se instituye en un parámetro normativo que esta Autoridad debe tener en cuenta al momento de tasar la sanción a imponer con base en los criterios que sean aplicables a las circunstancias probadas y propias del caso.

En ese sentido, debe ponerse de presente que, esta Autoridad en caso de determinar que efectivamente existió una infracción al régimen de protección al consumidor, tendrá el deber al momento de imponer y tasar la sanción, de observar de manera estricta lo que establece el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 y debe proceder a aplicar los criterios de dosificación conforme con el sentido en que fueron creados por el legislador, por lo que, no aplicarlos o darles un sentido diferente constituiría una vulneración a los principios de legalidad y proporcionalidad.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo anterior, debe indicársele a la investigada que en este caso, se dio inicio a la etapa de averiguación preliminar, que es una actuación facultativa de comprobación desplegada, para determinar el grado de probabilidad o similitud de la existencia de una infracción a las normas que protegen los derechos de los consumidores, dirigida a identificar a los presuntos responsables de ésta o para recabar elementos de juicio que le permitan a esta Dirección efectuar una imputación clara, precisa y circunstanciada¹⁴.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Radicación N° 25000-23-24-000. Consejero Ponente: URUETA AYOLA, Manuel. 23 de enero de 2003. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-543 de 2017. Referencia: Expedientes T-6.29.705 y T-6.139.760. Magistrada Ponente: FAJARDO RIVERA, Diana. 25 de agosto de 2017.

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

En ese sentido y una vez se determinó que existían méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio contra la aquí investigada, esta Autoridad, formuló cargos a través de la Resolución N° 17673 de 29 de mayo de 2019 *"por la cual se inicia una investigación administrativa mediante formulación de cargos"*, en la que se señaló con precisión y claridad, los hechos que la originaron, la persona jurídica objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes.

De tal forma, en el acto administrativo en mención, se plasmó la manifestación de la administración, regida por los criterios de legalidad, debida calificación jurídica y apreciación razonable, tanto de los hechos como de los fundamentos de derecho, así como se individualizó a la persona jurídica objeto de la investigación y las sanciones o medidas que serían procedentes.

De esta manera y en caso de que se determine que la investigada vulneró el marco normativo a ella endilgado, es claro que deberá ser objeto de sanción administrativa, teniendo en cuenta las sanciones previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, siendo la del numeral 1° correspondiente a la imposición de una multa pecuniaria la menos gravosa del marco de posibilidades sancionatorias aplicables respecto de las infracciones de la normativa de protección al consumidor.

Así las cosas, esta Autoridad en caso de comprobar que el sujeto pasivo incurrió en una infracción de la normativa antes indicada, no podrá omitir el incumplimiento y proceder de forma contraria a la ley archivando la investigación, sino que deberá imponer la sanción administrativa correspondiente, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y observando para su aplicación, los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad antes expuestos.

Ahora y como se indicó previamente es claro que en el acto de formulación de cargos, se le señaló al sujeto pasivo tanto el régimen sancionatorio como las medidas que serían procedentes para proteger los derechos que les asisten a los consumidores, por lo que de acuerdo con las circunstancias particulares del caso y en caso de determinarse la comisión de la infracción de las normas endilgadas, tiene la facultad además de imponer una sanción administrativa, el poder impartir órdenes con el fin de evitar que se cause un daño o un perjuicio a los usuarios por la violación de las normas de protección al consumidor.

En tal entendido, la solicitud de la investigada respecto de que se declare que no infringió la normativa, está supeditado al análisis que se realice en este acto administrativo de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada imputación, así como de los argumentos esgrimidos y los soportes documentales que hacen parte del plenario; por lo que en caso de determinar que no se vulneró el marco normativo endilgado, se deberá proceder a archivar la investigación, pero en el evento de comprobar que vulneró la normativa es claro que la investigación no podrá ser objeto de archivo y esta Autoridad en virtud de su facultad sancionatoria procederá a dar aplicación a lo que establece el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor y podrá además, en virtud de la situación particular de esta investigación, impartir las órdenes administrativas correspondientes, con el fin de proteger los derechos de los consumidores.

En todo caso, resulta importante indicar previo a concluir el análisis expuesto, que la investigada es un profesional en el negocio que desarrolla en el mercado, por lo que es obligación de ésta adaptar su modelo de negocio a la normativa vigente en la materia y cumplir los preceptos legales que hacen parte del ordenamiento jurídico.

15.1.2. Frente a los argumentos expuestos respecto de que no se configuró una presunta cláusula abusiva en los contratos de adhesión celebrados con los consumidores:

Por otra parte, la investigada en sus escritos de defensa radicados con los números 18-256024-12 del 2 de julio de 2019 y 18-256024-25 del 16 de octubre de 2019, manifestó lo siguiente:

"(...) 2. Respecto a la imputación número 2: El término de los contratos

(...)

2.2.2. No hay forma que el consumidor se afecte/La cláusula no es una cláusula abusiva

En el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 se definieron las cláusulas abusivas en los siguientes términos: (...)

Es claro que la cláusula 4 del contrato celebrado entre Bodytech y el consumidor no produce un desequilibrio injustificado para éste y mucho menos afecta las condiciones del mismo, toda

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

vez que el término del contrato no se afecta, ya que reiteramos, a lo sumo la cláusula se podría entender como que al culminar el término indefinido pactado, el contrato se podría renovar.

Asimismo, al acudir al artículo 43 de la misma ley, donde el legislador previó que tipo de cláusulas son consideradas abusivas, es claro que las expresiones que generan preocupación al Despacho en ningún caso encajan dentro el listado de cláusulas consideradas como abusivas por el legislador en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, en esa medida no se entiende que deba proceder sanción alguna (...).

Al respecto, resulta importante precisarle a la investigada que en el acto de formulación de cargos, esto es, la Resolución N° 17673 del 29 de mayo de 2019, se formularon tres (3) imputaciones fácticas, a saber:

1. Imputación fáctica No. 1: Posible vulneración a los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1 y su sub numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia:
2. Imputación Fáctica N° 2: Posible vulneración al numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011.
3. Imputación Fáctica N° 3: Posible vulneración al numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, a los numerales 1°, 3°, 9° y 10° del artículo 2.2.2.37.8 y a los numerales 1°, 3° y 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015.

De lo anterior, se advierte que el fundamento jurídico que sustenta la presente investigación administrativa fue señalado con precisión y claridad, razón por la cual no se entiende porque la investigada hizo alusión a que la cláusula que soporta la imputación fáctica N° 2, no resulta ser abusiva, si de la lectura de los cargos no se evidencia que se hubiera imputado tal fundamento normativo.

En tal entendido, la imputación fáctica N° 2 se sustentó en el presunto incumplimiento de lo que dispone el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, que establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 37. CONDICIONES NEGOCIALES GENERALES Y DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. Las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

(...)

2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas”.

De esta forma, el reproche de dicha imputación versó en que al parecer, la investigada en sus contratos élite sin permanencia señaló que el plazo inicial podría renovarse indefinidamente, sin aclarar cuál era el plazo inicial pactado con el consumidor según la categoría escogida y que dicha circunstancia, podría generar confusión en los usuarios del servicio, respecto de la vigencia de la relación contractual, toda vez que por un lado, indicó que la vigencia del contrato era indefinida, pero por otro, en la misma disposición señaló que ese plazo inicial podría ser objeto de renovación y en ese sentido, las condiciones generales de los contratos no serían claras.

Así las cosas, los argumentos esgrimidos frente a este aspecto no son de recibo ni tienen asidero legal dentro de esta investigación, toda vez que la misma no se erigió en el presunto incumplimiento de lo que disponen los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011.

En consecuencia, la manifestación tendiente a indicar que dicha cláusula no se configuró en abusiva y que por ello, no hay lugar a una sanción administrativa, no es de recibo ni tiene incidencia frente a lo que aquí se investiga.

Así y precisado lo anterior, este Despacho procederá a resolver de fondo el juicio de responsabilidad contra la aquí investigada, con miras a determinar si se cumplió o no el marco normativo que le fue endilgado.

15.2. Problema jurídico

La Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, se encargará de determinar si la conducta desplegada por **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, configura o no una vulneración a las disposiciones contenidas en los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1 y su sub numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta

Superintendencia, el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011 y el numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 1°, 3°, 9° y 10° del artículo 2.2.2.37.8 y los numerales 1°, 3° y 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

15.3. Frente a la posible vulneración de los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1 y su sub numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia - Imputación Fáctica N° 1:

En este cargo, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor imputó presunta responsabilidad a la investigada por considerar que con su conducta podría configurarse una vulneración de los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1 y su sub numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

En consideración a lo anterior, esta Dirección procederá a realizar un estudio de la imputación fáctica frente a la conducta de la investigada, los argumentos expuestos y las pruebas que obran en el expediente, pues resulta indispensable establecer si en el presente caso se incumplió o no la mencionada normatividad.

Así las cosas, esta Dirección considera pertinente precisar que, la publicidad es la forma de comunicación o divulgación para direccionar la atención del público a través de cualquier canal de comunicación, con el fin de incentivar a los consumidores a que adquieran los productos que se ofrecen en el mercado.

Así pues, se tiene que la actividad publicitaria por sí misma tiene una alta potencialidad lesiva, en la medida en que la actuación de un comerciante que resulte contraria a los usos y prácticas mercantiles, puede causar un grave daño, no solo al mercado, sino a los consumidores medios o racionales, razón por la cual, el contenido del mensaje debe ser verídico, honesto y atender a las prácticas usuales del comercio, pues ante todo la publicidad debe cumplir con la función orientadora, esto es, lograr que el consumidor elija fundadamente entre la variedad de bienes y servicios que se ofertan en el mercado, pues ese es justamente el interés jurídico protegido.

Ahondando en el tema de la publicidad, es ésta el medio por excelencia que tienen los productores y/o proveedores para ofrecer sus productos con el fin de atraer la atención de los consumidores, lo que a su vez implica un incremento de la competencia y la garantía de libertad de empresa contenida en la Carta Política de 1991. Es por ello, que el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011, hace referencia a las condiciones objetivas de la publicidad, las cuáles deben entenderse como todas aquellas afirmaciones que se refieren a características, cualidades o atributos del producto y que cumplen una función informativa tendiente a proporcionar al consumidor argumentos que lo guíen en su decisión de compra.

Asimismo, el artículo 33 de la mentada ley, dispone, entre otras cosas, que los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realiza, situación que conduce a que las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito de las mismas deban ser informadas al consumidor en la publicidad que se pone a su disposición.

Ahora bien, el numeral 2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, establece por un lado, que toda la información y publicidad que se suministre a los consumidores debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir o poder inducir a error sobre la actividad, productos, servicios y establecimientos; en igual sentido, el numeral 2.1.2.1., define que se entiende por propaganda comercial con inventivos, en el sentido de indicar que, es todo anuncio dirigido al público en general o a un sector específico de la población, en el cual se ofrece en forma temporal, la comercialización de productos o servicios en condiciones más favorables que las habituales, con el fin de inducir o hacer más atractiva la compra de un producto o servicio determinado. Asimismo, señala los criterios técnicos y jurídicos a tener en cuenta para la cabal aplicación de los requisitos de veracidad, suficiencia y no inducción a error exigidos por el legislador, como por ejemplo, lo correspondiente, al plazo o vigencia del incentivo, respecto del cual se deberá indicar la fecha exacta de inicio y terminación del mismo.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo anterior, esta Dirección formuló el presente cargo en la Resolución N° 17673 de 29 de mayo de 2019, con base en lo siguiente:

"(...) Ahora bien, este Despacho advierte que, las condiciones para acceder a los descuentos enunciados en las piezas publicitarias descritas son objetivas y específicas, por lo que,

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

obligan al anunciante, conforme con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011- Estatuto del Consumidor-. Asimismo, se observa que, en las promociones u ofertas anunciadas en las piezas publicitarias sólo se hace mención al descuento otorgado, sin que se señalen las condiciones de tiempo de la promoción, debido a que no se especifica la fecha de inicio de los incentivos, vulnerando así presuntamente lo previsto en los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 2.1 y 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, que señala que dichas circunstancias deberán ser informadas a los consumidores. (...)”.

Lo anterior, tuvo como fundamento las piezas publicitarias que allegó la investigada mediante el radicado número 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019, con el fin de atender el requerimiento de información formulado por esta Autoridad a través del oficio número 18-256024-3 del 13 de febrero de 2019 y de las cuales se advirtió que ésta las utilizó para promocionar los descuentos de los servicios que les ofrecía a los consumidores; sin embargo, al analizar dichas piezas publicitarias se observó que al parecer, ésta no había señalado las condiciones de tiempo de la promoción, porque no especificó vigencia de las mismas, particularmente, la fecha de inicio de los incentivos.

Frente al particular, la investigada tanto en su escrito de descargos identificado con el radicado número 18-256024-12 del 2 de julio de 2019, como en el de alegatos de conclusión radicado con el consecutivo número 18-256024-25 del 16 de octubre de 2019, manifestó frente a esta imputación lo siguiente:

*“(...) 1.2 los mensajes contienen la fecha de inicio y fin de la promoción
(...)”*

Señora Directora, Bodytech no violó los artículos 29 y 33 de la ley 1480 de 2011 ya que (i) se trata de una norma supletiva, (ii) el texto de las promociones contienen el marco temporal dentro de los cuales rigen y (iii) “Sin perjuicio de las acciones administrativas a que haya lugar”, hace alusión a las condiciones de tiempo, modo y lugar necesarios para acceder a la promoción, pero no al término de vigencia de la promoción, omisión que la misma suple.

1.2.2 La ley suple la fecha de inicio

Las disposiciones supletivas son aquellas que el legislador prevé para el caso que los destinatarios de las normas no opten por cambiar lo que en estas se prevé. Al respecto, la Core Constitucional ha señalado que:

*‘Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, **de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria** y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas’.*

De esta manera, cuando exista una norma supletiva, es discrecional del destinatario acogerse a lo que en la ley se regula o cambiarlo, es decir, pueden permitir que opere aquello previsto por la ley, o si a bien lo tienen los destinatarios de la norma, disponer de otra manera, sin que en ningún caso pueda entenderse vulnerado el ordenamiento jurídico.

Naturalmente, si la parte guarda silencio, existiendo una norma de esa naturaleza, no habrá vacío, sino que se seguirá lo que para ese evento previó la ley.

En el caso que nos ocupa, el artículo 33 de la ley 1480 de 2011 establece que “(...) de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público (...)”. Así, la misma ley contiene una norma supletiva que aplica cuando no se ha indicado la fecha de inicio de una promoción.

En ese orden de ideas, quien hace una promoción no incurrirá en ninguna falta si se acoge a la fecha de inicio de la promoción que el legislador ha previsto.

En este caso, la promoción se inició desde el momento en que Bodytech la dio a conocer al público y así ocurrió, en la medida en que Bodytech hizo efectivas las promociones contenidas en la publicidad desde el momento en que el público la conoció.

En efecto de la lectura de la norma, se desprende que esta no exige que la publicidad incluya la fecha exacta de inicio propiamente, por el contrario, la misma norma se encarga de suplir

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

el vacío en relación con esto como ya pasara a explicarse. En todo caso, las piezas emitidas en ningún momento indujeron a error a los consumidores ni afectaron sus derechos.

(...) 1.2.3. El texto de las promociones contienen el marco temporal dentro de los cuales rigen las promociones.

En relación con la publicidad emitida en el mes de mayo de 2018, si bien no se especificó la fecha de inicio de la promoción, se puede encontrar en letras grandes que la pieza dice: ‘EN MAYO QUEREMOS QUE ESTÉS MEJOR QUE NUNCA’, y adicionalmente se establece; ‘APROVECHA EN EL MES DE LA MADRE’.

Se ha dicho en relación las piezas publicitarias (sic) que: ‘Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuirá, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que estas siguieren 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’.

De lo anterior, es claro que un consumidor medio tiene pleno conocimiento de que el mes de las madres es mayo y más cuando la misma pieza así lo especifica y, en esa medida que es este mes dentro del cual podrá hacer efectiva la promoción.

Para los demás casos, tal como se mencionó en líneas atrás, se entiende que los mismos aplicaron una vez se dio a conocer la pieza publicitaria, es decir: mes de septiembre de 2018 para la pieza ‘Plan Détox’ y mes de octubre de 2018 para la pieza ‘Prepara rehabilita y mejora tu rendimiento’.

En todos los casos, se puede evidenciar que las pruebas que se aportan que los consumidores pudieron hacer efectivas las promociones contenidas en las piezas publicitarias objeto de reproche por parte del Despacho.

1.2.4. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, hace alusión a las condiciones de tiempo modo y lugar necesarios para acceder a la promoción, pero no al término de vigencia de la promoción que la misma ley suple.

Establece el artículo 33 de la ley 1480 de 2011, 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’.

‘Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público...’

Las sanciones administrativas a las que hace alusión la ley se derivan de las omisiones del párrafo anterior, y no respecto a la fecha de inicio o terminación de la promoción ya que de otra manera no se entenderá para qué la ley suple esta omisión del proveedor. Esta interpretación se acompasa con el hecho de que la reglamentación que aun figura en la Circular básica de la SIC hace referencia al decreto 3466 de 1982, que poco regulaba respecto de las promociones.

En efecto, la disposición comentada en el numeral anterior, entró a regular los casos en los que quien promociona un bien o servicio no señalaba la fecha a partir de la cual entraría en vigencia su promoción, ya que el decreto 3466 de 1982 nada decía al respecto. Por ello, si no se indicaba en ese momento de inicio, bien podría ser que el consumidor lector de la propaganda fuera engañado, ya que quedaba a discreción del proveedor el momento de inicio de la promoción.

Pero ahora, con la Ley 1480 de 2011, esa posibilidad de engaño no existe, toda vez que en esas hipótesis la promoción estará, por virtud de la ley, vigente a partir de su anuncio.

Por ello, si bien es cierto que en el texto de la circular única aún se exige que se indique la fecha de iniciación de la promoción, dado que dicha instrucción fue impartida en el marco del anterior estatuto, no sería legalmente aceptable que se dé la infracción puesto que la norma supletiva posterior del mencionado artículo 33 de la ley 1480 de 2011, prevalece jerárquicamente sobre las disposiciones contenidas en esa circular única (...)

(...)

Señora Directora, Bodytech se acogió al término de la ley que hace responsable al anunciante de la promoción desde el momento en que la promoción se da a conocer al público.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

(...)

De esta manera señora Directora, cuando exista una **norma supletiva, es discrecional** de destinatario acogerse a lo que en la ley se regula o cambiarlo, es decir, pueden permitir que opere aquello previsto por la ley o si a bien lo tienen los destinatarios de la norma, disponer de otra manera, sin que en ningún caso pueda entenderse violado el ordenamiento jurídico.

Naturalmente, si la parte guarda silencio, existiendo una norma de esa naturaleza, no habrá vacío, sino que se seguirá lo que para ese evento se prevé en la ley.

(...)

En ese orden de ideas, quien hace una promoción no incurrirá en ninguna falta si se acoge a la fecha de inicio de la promoción que el legislador ha previsto.

En este caso, se demostró, la promoción se inició desde el momento en que Bodytech dio a conocer al público y así ocurrió, en la medida en que Bodytech hizo efectivas las promociones contenidas en la publicidad desde el momento en que se pusieron en conocimiento del público.

En efecto, de la lectura de la norma se desprende que esta no exige que la publicidad incluya la fecha exacta de inicio propiamente, por el contrario, la misma norma se encargada de suplir el vacío en relación con esto como ya pasará a explicarse. En todo caso, las piezas publicitarias emitidas en ningún momento indujeron a error a los consumidores ni afectaron sus derechos.

De acuerdo a lo anterior, se entiende que a las promociones: mes de septiembre de 2018 (...) y mes de octubre de 2018 (...) comenzaron a regir desde que fueron presentadas al mercado.

Señora Directora, en todos los casos, se pudo evidenciar de las pruebas que se aportaron, que los consumidores pudieron hacer efectivas las promociones contenidas en las piezas publicitarias objeto de reproche por parte del Despacho.

1.1.2. El texto contiene el marco temporal dentro de los cuales rigen las promociones

Señora Directora, la ley no exige que se fije un día, hora, minuto y segundo exacto del comienzo de la promoción y aquí viene otra garantía para el consumidor: ya dijimos que la ley y el mismo consumidor sabe que una promoción está vigente, por lo menos desde que lo conoce, pero además, la ley al no exigir una fecha exacta, deja la posibilidad que el momento a partir del cual la promoción es exigible, sea determinable.

En este caso, las promociones objeto del presente trámite las fechas o el momento a partir del cual el consumidor puede exigirla, son determinables (...)

1.1.3. En todo caso, si hay lugar a sanciones por omisiones, estas tienen relación con las condiciones de tiempo, modo y lugar necesarios para acceder a la promoción, pero no al término de vigencia de la promoción (...)

Señora Directora, en todo caso, las sanciones administrativas a las que hace alusión la ley se deriva de las omisiones del mandato contenido en el párrafo anterior y no respecto a la fecha de inicio o terminación de la promoción, ya que de otra manera no se entendería para que la ley suple esta omisión del proveedor. Esta interpretación tiene dos argumentos que la respaldan: (i) Es coherente con la función que ejerce la norma supletiva ya explicada. En efecto, si la sanción es por omitir la fecha, la ausencia de las condiciones de ‘tiempo, modo y lugar’ quedaría sin sanción, siendo que esta abstención no cuenta con una norma ‘supletiva’ que cubra el vacío y (ii) esta interpretación se acompasa con el hecho de que la reglamentación que aun figura en la Circular básica de la SIC hace referencia al decreto 3466 de 1982, que poco regulaba las promociones.

(...)

Por ello, si bien es cierto que en el texto de la circular única aún se exige que se indique la fecha de iniciación de la promoción, dado que dicha instrucción fue impartida en el marco del anterior estatuto, no sería legalmente aceptable que se dé la infracción puesto que la norma supletiva posterior y de mayor rango, esto es, el mencionado artículo 33 de la Ley 1480 de 2011, prevalece jerárquicamente sobre las disposiciones contenidas en la circular única (...).

Al respecto, este Despacho considera importante traer a colación lo que dispone el numeral 10° del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011, respecto de la definición de las promociones y ofertas, así:

“Promociones y ofertas: Ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

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”.

A su turno, el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor, señala lo siguiente frente a las promociones y ofertas:

“ARTÍCULO 33. PROMOCIONES Y OFERTAS. Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley. Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De igual manera, el Consejo de Estado en su jurisprudencia¹⁵ ha señalado, respecto de la publicidad en las promociones u ofertas lo siguiente:

“(…) en esas disposiciones se establece como características fundamentales de la publicidad o propaganda comercial la veracidad e integralidad en la información sobre el producto o el incentivo objeto de la misma, esto es, que sea cierta y lo más completa posible, dado el papel medular de la información en la protección de los derechos del consumidor y la necesidad que éste tiene de ella para poder tomar decisiones acordes con sus necesidades y, por ende, de manera racional, consciente y con certeza de lo que adquiere; y que con una condición para que efectivamente sea veraz y genere la certeza de lo que adquiere; y que una condición para que efectivamente sea veraz y genere la certeza que necesita el consumidor en sus decisiones de compra es la precisión de los datos pertinentes, es decir, que los mismos no sean vagos, equívocos e indeterminados. Esos son los principios rectores consignados en tales normas en relación con la publicidad en general y con la publicidad fundada en incentivos, que es la que aquí interesa. (…)”

Asimismo, resulta relevante indicar que el criterio general dispuesto por la Ley 1480 de 2011, determina que sus normas son de orden público y por ende, irrenunciable, es decir, que sus mandatos son imperativos y de forzoso cumplimiento¹⁶ y en tal entendido, el artículo 33 de la referida ley, cumple dicho propósito y establece una obligación legal que debe cumplirse por los productores y/o proveedores respecto de los términos y condiciones de los incentivos; por lo que esta Dirección debe aclarar que en relación con las condiciones de tiempo (vigencia), modo (características, propiedades, condiciones, agotamiento de incentivos, entre otros), lugar (establecimientos) o cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas a los consumidores en la publicidad.

De esta manera, cuando se trate de promociones y ofertas, el consumidor debe obtener de la publicidad los elementos necesarios y esenciales para valorar si la acepta o no. Por lo tanto, cuando existan condiciones que se refieran a aspectos fundamentales y objetivos del incentivo, es imperativo que la pieza publicitaria las señale, dado que los usuarios deben poder conocerlas de antemano, teniendo en cuenta que éstos tienen la potencialidad de cambiar o modificar la decisión de compra.

Ahora, es importante destacar que el artículo 33 establece que los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realiza y están sujetas a las normas de la Ley 1480 de 2011, circunstancia que genera como ya se indicó, una obligación legal para los productores y/o proveedores que se prevalecen de incentivos para que los consumidores adquieran sus productos y/o servicios en condiciones más beneficiosas que las habituales.

De igual manera, dicho artículo señala de manera clara y expresa que las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad y en tal entendido, al ser éstas condiciones esenciales de los incentivos

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Expediente Radicado No. 250002324000200200540 del 22 de junio de 2006. Magistrado Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.

¹⁶ Artículo 4°. Carácter de las normas. Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

anunciados, los productores y/o proveedores tienen el deber legal de incluir en la publicidad que empleen para tal fin, dichos requisitos con el objetivo de que los usuarios tomen decisiones razonables de consumo y se garantice así, el derecho que les asiste a recibir información en los términos que establece el Estatuto del Consumidor.

A su turno, dicha disposición también prevé que sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, si el productor y/o proveedor no indicó la fecha de inicio de la promoción, se entenderá que ésta rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público, determinación normativa que indica que en caso de que los productores y/o proveedores no hayan cumplido con la obligación legal de indicar la fecha de inicio del incentivo, genera una infracción a la disposición legal y que en beneficio de los consumidores se tendrá que la promoción rige a partir del momento en que se da a conocer a éstos.

En tal entendido y contrario a lo manifestado por la investigada, aquí no se está frente a una norma supletiva, toda vez que el artículo 33 de la referida ley, contiene un mandato categórico que los productores y/o proveedores están en la obligación de cumplir y que en caso de que no se haya indicado la fecha de inicio en la promoción, dicha circunstancia no lo releva de las sanciones administrativas a que haya lugar.

Así y teniendo en cuenta el principio pro consumidor consagrado en el artículo 4° de la Ley 1480 de 2011, la disposición normativa en comento, se aplica es en favor de los consumidores y no de los productores y/o proveedores y por ello, los argumentos esgrimidos por la investigada no tienen asidero legal, toda vez que la norma no tiene un carácter supletivo como erradamente argumentó y la omisión del requisito esencial de tiempo, no genera que éste se haya acogido a la posibilidad que contempla la ley, toda vez que la misma es clara en determinar que si dicha circunstancia no se indicó en la promoción, dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan y en beneficio de los consumidores se entenderá que el incentivo rige a partir del momento en que se les da a conocer a éstos.

De tal manera, los argumentos referentes a que las promociones que son objeto de reproche, no configuran una infracción porque empezaron a regir en el momento en que se las dio a conocer al público, no son de recibo, toda vez que como ya se indicó, las disposiciones del Estatuto del Consumidor, son normas de orden público y por ende, irrenunciables y en caso de duda respecto de ellas, se aplicarán es beneficio de los consumidores.

Aunado a ello, la norma establece de manera clara, expresa y textual que si no se indicó la condición de tiempo (fecha de inicio de la promoción) dicha circunstancia no releva a los productores y/o proveedores de las sanciones administrativas a que haya lugar.

De igual manera, debe indicarse que la norma en comento debe ser interpretada de manera integral, por lo que no le asiste razón al sujeto pasivo respecto de que las sanciones administrativas se predicen de las condiciones de tiempo, modo y lugar y no del término de vigencia de la promoción, ya que de aceptar tal hipótesis, desdibujaría el propósito del legislador de que en las ofertas se indiquen todos aquellos aspectos esenciales de los mismos, entre ellos, lo que aquí se reprocha.

Por otro lado, la investigada indicó que “demostró” que las promociones iniciaron desde que se dieron a conocer al público y que las hizo efectivas, sin embargo este Despacho debe indicarle que tal circunstancia no la releva del presente juicio de responsabilidad, sino que por el contrario tal manifestación confirmaría que efectivamente no cumplió con informar las condiciones de vigencia y por ello, sería objeto de la sanción administrativa correspondiente porque omitió la fecha de inicio de los incentivos que anunció por medio de su publicidad.

De otra parte y respecto de que supuestamente de la lectura de la norma no se exige que en la publicidad se tenga que indicar la fecha exacta de inicio, este Despacho debe reiterar que, dichas manifestaciones no son de recibo, toda vez que la disposición legal es clara en establecer que se deben señalar las condiciones de tiempo, que no es más que la vigencia de la misma y éste aspecto se determina a través de una fecha clara, cierta y determinable.

Ahora bien, la investigada indicó que los consumidores pudieron hacer efectivas las promociones contenidas en las piezas publicitarias objeto de reproche, sin embargo, debe indicársele que dicha circunstancia no desvirtúa la presente imputación ni tiene la virtualidad de relevarla del juicio de responsabilidad, ya que aquí no se cuestionó que los usuarios hubieran podido acceder o no a los incentivos, aquí lo que se reprochó es que ésta pese a que realizó promociones a través de distintas piezas publicitarias, no indicó al parecer, la vigencia de las mismas, porque no puso de presente la

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

fecha de inicio de las mismas, razón por la cual los argumentos esgrimidos frente a este aspecto no tienen asidero legal.

Por otro lado y respecto de los argumentos tendientes a cuestionar la aplicación de lo que determina la Circular Única de esta Superintendencia, este Despacho debe indicar que, si bien es cierto que bajo el criterio cronológico, la norma posterior prevalece sobre la anterior (*Lex posterior derogat priori*)¹⁷ y que el artículo 84 de la Ley 1480 de 2011, estableció que una vez ésta entrara en vigencia, se derogaban todas las normas que le fueran contrarias¹⁸, lo cierto es que, las instrucciones contenidas en el título II de la Circular Única son aplicables actualmente a los vigilados, en tanto las mismas se encuentran acordes con dicha ley y le permite a esta Autoridad que igualmente tenga en cuenta lo establecido en dicho acto administrativo en aras de garantizar la protección de los derechos de los consumidores.

Así las cosas, no le asiste razón a la investigada sobre este aspecto, en tanto que la Circular Única es un acto administrativo vigente, que goza de presunción de legalidad y, por ende, es de obligatorio cumplimiento, hasta tanto no se desvirtué tal presunción a través de un proceso judicial o una derogatoria expresa o tácita, razón por la cual, los argumentos referentes a que la misma no tiene aplicación porque se produjo en vigencia del Decreto 3466 de 1982, no tiene asidero legal.

En ese orden y si bien el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011 tiene una jerarquía superior porque está contenida en una ley de orden público, no por ello, la Circular Única no se podría aplicar, toda vez que ésta está en concordancia con dichas disposiciones y por ello, es válido el estudio de aquellos aspectos que se deben tener en cuenta respecto de las promociones y ofertas.

De esta forma y precisado lo anterior, este Despacho para abordar los argumentos específicos respecto del objeto de la imputación, procederá a analizar las promociones que fueron objeto de reproche, con el fin de determinar si se cumplió o no la normativa por parte del sujeto pasivo.

En ese sentido, esta Autoridad procedió a revisar en su integridad el plenario y, particularmente, el consecutivo número 18- 256024-4 del 6 de marzo de 2019 y advirtió que la investigada allegó la siguiente pieza publicitaria contentiva de la siguiente promoción:

Imagen N° 1 (Radicado N° 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019 CD)



“VÁLIDO PARA AFILIADOS A BODYTECH. 15% DE DESCUENTO POR LA COMPRA DE UN PAQUETE DE 10 SESIONES DE FISIOTERAPIA. ESTE BONO ES PERSONAL E INTRANSFERIBLE. COMPRA VÁLIDA HASTA EL 31 DE MAYO DE 2018. SUJETO A DISPONIBILIDAD DE AGENDA EN LAS SEDES DONDE SE PRESTE EL SERVICIO A NIVEL NACIONAL”

¹⁷ Ibíd. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-439 de 2016.

¹⁸ Ley 1480 de 2011. “Artículo 84. Vigencia. La presente ley entrará en vigencia seis (6) meses después de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias”.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Respecto de esta publicidad, la investigada indicó que si bien no se especificó la fecha de inicio de la promoción, en letra grande se señalaba *“en mayo queremos que estés mejor que nunca”* y *“aprovecha en el mes de la madre”* y que por ello, un consumidor medio tenía conocimiento que mayo era el mes de la madre y que en esa medida, era ese el mes dentro del cual podría hacer efectiva la oferta. Aunado a ello, señaló que la ley no exigía que se fijara un día, hora, minuto y segundo exacto del comienzo de la promoción.

Frente al particular, debe indicarse que la investigada con tales manifestaciones, aceptó que la vigencia de la promoción, no fue informada en dicha pieza, circunstancia que incluso se encuentra respaldada con el contenido de la imagen antes expuesta, toda vez que en ninguna parte de la misma se señala la fecha de inicio de tal incentivo.

Ahora bien, la investigada para exculpar su actuar indicó que la promoción regía para mayo porque allí se indicó dicho mes y que además se señaló *“mes de la madre”* y que los consumidores entenderían que ese era el lapso de vigencia, frente a lo cual este Despacho debe aclarar que si bien en dicha pieza se anunciaron tales circunstancias, la normativa objeto de estudio es clara en determinar que en la publicidad que se hace de las promociones, se deberá indicar las condiciones de tiempo, es decir, la vigencia de las mismas y por ello, era obligación legal de ésta indicar la fecha de inicio de la promoción y en tal entendido, ésta no puede pretender que se tenga por cumplido tal requisito porque indicó un mes y la celebración para las madres en dicha época, máxime si se tiene en cuenta que ésta sí pudo señalar la fecha exacta de terminación del incentivo.

Asimismo y frente al argumento referente a que la norma no exigía que se fijara un día, hora, minuto y segundo exacto del comienzo de la promoción, este Despacho debe indicarle que la disposición legal contiene los enunciados generales de carácter obligatorio que deben cumplir sus destinatarios, toda vez que el legislador no puede realizar especificidades frente a cada una de las situaciones que regula, sin embargo, lo anterior no obsta para que los productores y/o proveedores cumplan con los deberes legales que les asisten y les suministren a los usuarios todos aquellos aspectos esenciales que rigen para sus promociones. En tal entendido, es claro que esta Autoridad no le imputó una presunta responsabilidad a la investigada por que no señaló el día, hora, minuto y segundo en que empezaría dicho incentivo, sino porque ni siquiera incluyó la vigencia de la misma, indicando un tiempo cierto, claro y expreso.

Así las cosas y al analizar la anterior pieza publicitaria de cara a los argumentos esgrimidos por el sujeto pasivo, es claro que ésta realizó una promoción del 15% respecto de diez (10) sesiones de fisioterapia, además indicó que la misma era aplicable para los afiliados, que era personal e intransferible, que estaba sujeto a la disponibilidad de agenda las sedes donde se prestara dicho servicios a nivel nacional y que se podía comprar hasta el 31 de mayo de 2018.

En ese sentido y si bien ésta indicó ciertas condiciones para acceder a dicho incentivo, es claro que debía señalar todos aquellos aspectos esenciales del mismo, con el fin de que los consumidores pudieran tomar una decisión de consumo.

No obstante, al revisar el contenido de dicha publicidad se pudo advertir que si bien realizó afirmaciones objetivas respecto de dicho incentivo, ésta no indicó la condición esencial de la vigencia del mismo, toda vez que no puso de presente la fecha de inicio de la promoción, razón por la cual, vulneró lo dispuesto en los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1 y el numeral iii. del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

Por otro lado, este Despacho igualmente procedió a revisar en su integridad el plenario y, particularmente, el consecutivo número 18- 256024-4 del 6 de marzo de 2019 y advirtió que la investigada allegó también la pieza publicitaria contentiva de la siguiente oferta:

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

Imagen N° 2 (Radicado N° 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019 CD)

PLAN DETOX
NUTRICIÓN POR OBJETIVOS

DESARROLLAMOS TU PLAN DETOX ELIMINA TOXINAS REINICIA TU METABOLISMO

JUGOS PERSONALIZADOS POR TU NUTRICIONISTA

1 DÍA CON 6 JUGOS 3 DÍAS CON 18 JUGOS

COMPRA 1 SESIÓN DE NUTRICIÓN Y RECIBE
10% DE DESCUENTO
con el código **BODYTECH** en **www.biojus.co**

*Válido hasta el 31 de diciembre de 2018.

ALIANZA CON **BIOJUS** **BODYTECH**

"Válido hasta el 31 de diciembre de 2018"

Frente a esta promoción, la investigada indicó que la misma aplicó una vez se dio a conocer la pieza publicitaria en el mercado, haciendo uso de lo que determinaba el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011.

Al respecto y como ya se aclaró, el omitir la fecha de inicio de una promoción no genera una interpretación de la norma en favor de los productores y/o proveedores, sino que es un deber legal que les asiste, por lo que en caso de no dar cumplimiento a lo dispuesto en ella, la misma se entiende es en favor de los usuarios.

Así las cosas y hecha la anterior precisión, este Despacho procedió a analizar la promoción y advirtió que la misma correspondía a un descuento del 10% en "plan detox nutrición por objetivos" y en el que realizó afirmaciones objetivas como "desarrollamos tu plan detox", "elimina toxinas", "reinicia tu metabolismo" a través de "jugos personalizados por tu nutricionista" bien "1 día con 6 jugos o 3 días con 18 jugos", así, si se compraba una sesión de nutrición se recibiría dicho descuento que sería aplicable con un código y la misma sería válida hasta el 31 de diciembre de 2018.

No obstante, al analizar en su integridad dicha pieza se pudo advertir que si bien realizó afirmaciones objetivas respecto de dicho incentivo, ésta no indicó la condición esencial de la vigencia del mismo, toda vez que no puso de presente la fecha de inicio de la promoción, razón por la cual, vulneró lo dispuesto en los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1 y el numeral iii. del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

Por otro lado, este Despacho igualmente procedió a revisar en su integridad el plenario y, particularmente, el consecutivo número 18- 256024-4 del 6 de marzo de 2019 y advirtió que la investigada allegó también la pieza publicitaria contentiva de la siguiente oferta:

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen N° 3 (Radicado N° 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019 CD)



“VÁLIDO PARA AFILIADOS Y NO AFILIADOS A BODYTECH. VÁLIDO POR LA COMPRA DE CINCO (5) SESIONES DE FISIOTERAPIA. LLEVAS DOS (2) SESIONES ADICIONALES GRATIS. ESTE BONO ES PERSONAL E INTRANSFERIBLE. COMPRA VÁLIDA HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2018. SUJETO A DISPONIBILIDAD DE AGENDA EN LAS SEDES DONDE SE PRESTE EL SERVICIO A NIVEL NACIONAL.”

Frente a esta promoción, la investigada igualmente indicó que la misma aplicó una vez se dio a conocer la pieza publicitaria en el mercado, haciendo uso de lo que determinaba el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011. Al respecto, este Despacho debe indicar que dichos argumentos no son de recibo por las consideraciones antes expuestas.

Así las cosas, esta Autoridad procedió a revisar dicha pieza publicitaria y advirtió que, efectivamente se trataba de un incentivo respecto de unas sesiones de fisioterapia, toda vez que se indicó que si se compraban 5 sesiones se llevaban 2 sesiones adicionales gratis. Asimismo, realizó afirmaciones objetivas como “compra 5 x lleva 7” y que era válida para cualquier persona porque no lo restringió solo a los afiliados, así como puso de presente que era personal e intransferible, que estaba sujeto a disponibilidad de agenda en las sedes donde se prestara ese servicio a nivel nacional y que era válido hasta el 31 de octubre de 2018.

En ese sentido y si bien ésta indicó ciertas condiciones para acceder a dicho incentivo, es claro que debía señalar todos aquellos aspectos esenciales del mismo, con el fin de que los consumidores pudieran tomar una decisión de consumo.

No obstante, al revisar el contenido de dicha publicidad se pudo advertir que si bien realizó afirmaciones objetivas respecto de dicho incentivo, ésta no indicó la condición esencial de la vigencia del mismo, toda vez que no puso de presente la fecha de inicio de la promoción, razón por la cual, vulneró lo dispuesto en los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1 y el numeral iii. del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

De esta manera y en relación con las promociones objeto de estudio, puede advertirse que los descuentos anunciados, corresponden a factores específicos y determinantes para que los consumidores tomen la decisión de adquirir una promoción o incentivo, toda vez que dichas condiciones objetivas y específicas anunciadas como ya se vio, tenían especial relevancia en la mente del consumidor, al crear en éstos una expectativa de poder disfrutar de un beneficio al adquirir los servicios descritos.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

De esta forma y en atención al caso particular, debe señalarse que lo indicado en los descuentos ofrecidos por la investigada, constituyen afirmaciones objetivas, pues pretendieron motivar a los consumidores a tomar decisiones de consumo y si bien se tiene que las mismas señalaron hasta cuando se encontraban vigentes las promociones, lo cierto es que no se indicó la fecha exacta de inicio, razón por la cual se constituye un incumplimiento de lo establecido en el artículo 29 del Estatuto del Consumidor, porque las condiciones objetivas y específicas anunciadas que lo obligaban no se cumplieron a cabalidad para las promociones ofrecidas.

Asimismo, teniendo en cuenta que el tiempo es un elemento esencial de los incentivos, la investigada estaba obligada a suministrar dicha condición en su publicidad, por ello vulneró el 33 del Estatuto del Consumidor, que establece que las condiciones de tiempo, para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad. Aunado a ello y como no indicó el aspecto esencial del tiempo, porque no se relacionó la fecha de inicio de las promociones es claro que ésta vulneró lo dispuesto en el numeral 2.1 y el numeral iii. del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, que dispone que es deber de los proveedores informar a los consumidores la fecha exacta de iniciación de las promociones ofrecidas a los consumidores.

Como consecuencia, esta Dirección teniendo en cuenta la situación fáctica, jurídica, los argumentos esgrimidos y los soportes probatorios antes analizados, determina que la presente imputación fáctica está llamada a prosperar en su integridad y por ello, se procederá a imponer la sanción administrativa a que haya lugar, de conformidad con lo que establece el artículo 61 del Estatuto del Consumidor.

15.4. Frente a la posible vulneración del numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011- Imputación Fáctica N° 2:-

En este cargo, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor le imputó una presunta responsabilidad a la investigada, por considerar que presuntamente infringió lo señalado en el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 del 2011.

En consideración de lo anterior, esta Dirección procederá a realizar un estudio de la imputación fáctica frente a la conducta de la investigada, los argumentos expuestos y las pruebas que obran en el expediente, pues resulta indispensable establecer si en el presente caso se cumplió o no la normatividad mencionada.

Así las cosas, debe indicarse que, el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, contempla que las condiciones negociales generales deberán ser concretas, claras y completas, en este sentido, se destaca que la Doctrina¹⁹ ha destacado la importancia de tales exigencias, de la siguiente manera:

“(…) otros deberes como los de claridad, conforme al cual, en las negociaciones y durante la formación del contrato las partes deben evitar un lenguaje equívoco, susceptible de no ser comprendido por el otro, que se traduzca en aprovecharse de la falta de comprensión del significado de las estipulaciones aceptadas; sigilo, que le impide divulgar los asuntos reservados que hayan conocido como partícipes de las negociaciones (...).

Es así como se ha entendido que la suscripción de un contrato implica una concertación previa de las partes sobre las cláusulas que se incorporaran en el contrato, no obstante, existen contratos en los que estas concertaciones no se realizan, como quiera que, es la empresa que ofrece el bien o el servicio la que establece las condiciones sin que el usuario tenga lugar a debatirlas, por lo tanto, en este tipo de contratos, denominados como contratos de adhesión²⁰ se obliga al productor o proveedor a que informe estas condiciones de manera concreta, clara y completa, de manera tal que el consumidor tenga total claridad del negocio jurídico que está celebrando; así la doctrina ha señalado lo siguiente:

“(…) Tiempo atrás la exigencia de información relativa a los aspectos relevantes sobre los bienes y servicios involucrados en una relación contractual, era una cuestión cuando menos superficial y las más de las veces impensable, pues la naturaleza de las relaciones negociales y las características propias de los bienes y servicios parecía no requerirlo, mientras que en los tiempos modernos, debido a la complejidad de las relaciones, a la especialidad de las prestaciones y la amplitud o diversificación de productos y servicios se hace imperativa la exigibilidad del deber de información, al punto que brindar dicha

¹⁹ Marcela Castro de Cifuentes. Derecho de las obligaciones. Con Propuestas de Modernización. Tomo II Segunda Edición. Universidad de los Andes. Bogotá-Colombia.2016. Página 15.

²⁰ Ley 1480 de 2011. “Artículo 5 (...) 4. Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

información sobre los aspectos trascendentales del negocio que permitan ilustrar a la contraparte sobre la conveniencia del mismo se erige en un requerimiento que está a la orden del día. Así las cosas, el deber de información contractual, se convierten en un tema de gran envergadura, que adquiere cada vez mayor entidad, en cuanto incide en la legitimidad del contrato, el contenido de las obligaciones de las partes y la propia interpretación del negocio.

(...) En aquellos eventos en que la relación contractual se establece entre un profesional y un inexperto, la obligación de informar a cargo del profesional se hace más evidente. Ello debido a la necesidad de reequilibrar la relación mediante la exigencia de protección de la parte débil; al efecto se ha construido una presunción de ignorancia legítima consistente en que por el solo hecho de su condición, su conocimiento es precario, situación ésta que exige una mayor rigurosidad de la obligación de informar que recae sobre el profesional respecto de su contraparte.

Por su parte, el segundo supuesto en el que encuentra razón de ser el deber de información es el robustecimiento del consentimiento, robustecimiento que implica no solo comprender el mecanismo de la operación contractual a celebrar sino que se extiende hasta la plena comprensión del contenido de los derechos y obligaciones que por tal virtud se adquieren y a la valoración de los riesgos que comporta el contrato. La información suministrada de forma clara, oportuna y transparente, determina el consentimiento, a través de la influencia que ejerce sobre el contratante en la toma de la decisión de contratar o no, y en caso de contratar bajo las condiciones que, según la información suministrada, sean favorables y protectoras de los intereses de ambas partes, así mismo en aquella situación en la que haya sido celebrado el contrato se puedan ejecutar las obligaciones teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la relación contractual en particular respetando los cánones del principio general de la buena fe.

La información comunicada deficientemente o en su defecto no comunicada, perturba el consentimiento, la voluntad común y enrarece la atmósfera contractual de forma tal que si ella se presenta en la formación del contrato, generaría un vicio desde la génesis, es por ello que el contenido del deber de informar se extiende a la información que sea relevante y suficiente en miras a la toma de una decisión, de manera que cuando se contrate se tengan todos los elementos de juicio necesarios que determinen un consentimiento pleno y sin vicio alguno.

Así pues, el cumplimiento del deber de información permite actuar en pleno uso de la libertad contractual en cuanto facilita decidir la conveniencia del negocio, prevenir los riesgos, determinar el alcance de las obligaciones y derechos asumidos. Exigir una información completa, clara y veraz no supone inhibir la autonomía contractual, muy al contrario, se erige en una garantía del principio de la autonomía privada, promueve la igualdad real entre los contratantes y el equilibrio de las fuerzas en aras del logro de la justicia contractual.

(...)

El contratante debe evitar un lenguaje ambiguo que no pueda ser comprendido a cabalidad por la contraparte¹⁴, por ello se puede entender que la claridad significa expresar de manera inequívoca el contenido íntegro y enteramente comprensible de la operación económica proyectada. Ello permite evitar cualquier ambigüedad lingüística o conceptual, de forma tal que el contenido del futuro contrato y el objeto sobre el cual recae sean evidenciados de forma tal que no se tenga duda sobre su significado e interpretación¹⁵. A fin de lograr tal claridad, se debe evitar el uso de vocablos que tengan una doble significación o una comprensión conceptual de difícil aprehensión, además de precaver que la contraparte no encuentre dentro del contrato disposiciones que le generen malentendidos¹⁶, de manera tal que se le permita el correcto entendimiento de las palabras y por consiguiente, la comprensión del sentido y alcance de lo que se quiere y de aquello de lo que se obliga (...)²¹

Así las cosas y visto lo anterior, debe indicarse que esta Superintendencia, como ente encargado de salvaguardar los derechos de los consumidores frente a los potenciales abusos del poder económico de la parte fuerte en una relación de consumo y dando cumplimiento a lo previsto en la Constitución Política de Colombia²², busca propender por “ajustar la relación de ‘contención’ entre los derechos del consumidor y la libertad de empresa (...) vistos en el contexto de una economía social de

²¹Carlos Alberto Chinchilla Imbett. El deber de información contractual y sus límites. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 22 de agosto de 2011.

²² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-1141 de 2000. Expediente: D-2830. Magistrado Ponente: CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. 30 de agosto de 2000.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

*mercado*²³²⁴, con el fin de equilibrar el poder que los empresarios ejercen al imponer condiciones generales para el desarrollo de sus negocios.

En ese sentido y teniendo en consideración que el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, contempla el tema de las condiciones generales y de los contratos de adhesión, debe advertirse que en el mismo no se encuentra una definición del concepto “*condiciones generales*”, por lo que previo a iniciar el análisis de fondo de la presente imputación, este Despacho considera oportuno hacer alusión a lo que la doctrina²⁵ y jurisprudencia²⁶ ha manifestado al respecto.

De esta manera, puede indicarse que las condiciones generales son consideradas como aquellas condiciones uniformes, preestablecidas o predispuestas por una persona natural y/o jurídica que resulta ser la parte fuerte dentro de la relación asimétrica que se origina con un consumidor y que están destinadas a regular una serie indefinida de relaciones jurídicas. Así, dicha contratación en masa, a través de tales condiciones generales, es un fenómeno que se ha venido presentando en la economía moderna, pues ello implica una reducción sustancial de los costos en la negociación de los contratos para los empresarios²⁷.

Tales condiciones también han sido denominadas por la doctrina como cláusulas predispuestas por el productor, proveedor y/o expendedor para ser incluidas de manera uniforme e invariable en una pluralidad de contratos, acerca de las cuales no hay lugar a negociación con el consumidor, viéndose éste obligado a rechazarlas o aceptarlas en su integridad²⁸.

Sin embargo y “*contrario a lo que pareciese, las condiciones generales de contratación es un mecanismo necesario en el mercado, ya que agiliza el número de transacciones*”²⁹, pero las mismas deben ser establecidas y redactadas de manera asequible para el consumidor, es decir, que deben estar en consonancia con lo que establece el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, esto es, de manera concreta, clara y completa, en donde se informe suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las disposiciones, de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza del contrato. Asimismo, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, pues de no cumplir con lo antes mencionado, faculta al operador jurídico a interpretarlas contra *stipulatorem*, esto es contra el predisponente³⁰.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo anterior, esta Dirección formuló el presente cargo en la Resolución N° 17673 de 29 de mayo de 2019, en el que se indicó lo siguiente:

“(…) luego de analizados los cinco (5) contratos élite sin permanencia (Fls. 70 a 94) aportados por la investigada, se observa que la duración del contrato será indefinida, según la categoría que se escoja, por lo que, al parecer se podría entender que el negocio jurídico celebrado no tiene un límite temporal. No obstante, al seguir la lectura del clausulado del contrato, se evidencia que ‘el plazo inicial podrá renovarse indefinidamente’ sin aclarar cuál es el plazo inicial pactado con el consumidor según la categoría escogida.

En consecuencia, al parecer las condiciones generales de los contratos no son claras, en vista que, en primer lugar, se le informa a los consumidores que la vigencia del contrato es indefinida y luego, se indicar que el plazo inicial podrá renovarse, lo cual podría crear confusión en los usuarios del servicio ofrecido, respecto de la vigencia de la relación

²³ De conformidad con el marco de funciones establecido, como el artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 y los numerales 22, 39, 62, 63, 64 del artículo 1° del Decreto 4886 de 2011.

²⁴ CHAMIE, José Félix. Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado. Núm. 24. (2013). Enero-Junio. P. 119.

²⁵ *Ibíd.*

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, La Regla de la ‘prevalencia de las condiciones particulares sobre las condiciones generales’. Su proyección en el ámbito de la interpretación de los contratos, y en especial en el contrato de seguro. Universidad Javeriana. 45 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros. (2016). P. 59-103.

GRANADOS ARISTIZÁBAL, Juan Ignacio. Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor-Una aplicación del principio de buena fe que resulta exigible a la totalidad de las relaciones contractuales. Universidad Externado de Colombia Revista Emercatoria. Vol. 12, Núm. 1 (2013). P. 13.

Óp. Cit. VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales en el derecho colombiano. P. 296.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-024-1998-4175-01. Magistrado Ponente: MUNAR CADENA, Pedro Octavio. 4 de noviembre de 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación civil. SC129-2018. Radicación N° 11001-31-03-036-2010-00364-01. Magistrado Ponente: QUIROZ MONSALVO, Aroldo Wilson. 12 de febrero de 2018.

²⁷ BIANCA, Massimo. Derecho Civil 3, El contrato, 2° ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 363 y 364. Citado por: GRANADOS ARISTIZÁBAL, Juan Ignacio. Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor-Una aplicación del principio de buena fe que resulta exigible a la totalidad de las relaciones contractuales. Universidad Externado de Colombia Revista Emercatoria. Vol. 12, Núm. 1 (2013). P. 13.

²⁸ *Ibíd.*

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. La cláusula penal y la protección de los consumidores. II. Los mecanismos de control de las condiciones generales de la contratación: abusividad y transparencia. Vlex, España. Revista crítica de derecho inmobiliario. Núm. 748. Marzo. 2015. P. 953-981.

²⁹ Óp. Cit. GRANADOS ARISTIZÁBAL, Juan Ignacio. P. 14.

³⁰ DÍAZ JIMÉNEZ, María Carmen. “Interpretatio contra stipulatorem” y principio de interpretación favorable al consumidor. Dialnet. Actualidad Civil. N° 2. 1994. P. 315-328.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

contractual celebrada, vulnerando posiblemente el numeral 2 del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011 (...)”

Frente al particular, la investigada tanto en su escrito de descargos identificado con el radicado número 18-256024-12 del 2 de julio de 2019, como en el de alegatos de conclusión radicado con el consecutivo número 18-256024-25 del 16 de octubre de 2019, manifestó frente a esta imputación lo siguiente:

“(…)

2.2. El sentido común le da el verdadero alcance a la cláusula

2.2.1. El texto literal de la cláusula no induce a error

En lo que corresponde a los contratos élite a término indefinido, no existe la potencialidad de confusión para el consumidor en la medida en que darle un efecto distinto a que el contrato es a término indefinido, conduciría al absurdo de pensar que una vez se venza lo indefinido, el contrato se renueva.

En efecto, recordemos que el artículo 162 del Código Civil establece (...) asimismo, en el artículo 1621 se previó (...)

Así mismo, el diccionario de la Real Academia Española define indefinido como ‘que no tiene término señalado o conocido’ y así es como lo entienden los consumidores al momento de contratar algún servicio que tenga esta denominación.

De lo anterior, es decir, haciendo una interpretación de la cláusula al tenor de la ley y la definición exacta de la expresión ‘indefinido’, no se puede llegar a una conclusión distinta a la de que el contrato élite es a término indefinido. En ese sentido, no tiene ninguna relevancia que en una oración posterior al establecimiento del término del contrato se establezca la posibilidad de renovar plazos por un término igual o superior al inicial, precisamente, porque el contrato ya se ha definido así mismo como de término indefinido y adicionalmente porque en ningún caso se estableció un plazo. A lo sumo, la cláusula se podría entender como que al culminar el término indefinido pactado, el contrato se podría renovar.

Igualmente, hay que tener presente que el mismo estatuto del consumidor ha entendido que las condiciones de los contratos siempre serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor, por lo que, en caso de que los enunciados que generan preocupación a esa autoridad pudieran tener una potencialidad real de confundir al consumidor, las mismas siempre se interpretarán de la manera que más favorable resulten para este. En este caso, entendiendo siempre que el contrato celebrado es indefinido y que en esa medida, no se necesita la celebración de un nuevo contrato para su renovación.

(…)

2.2.3. En todo caso, se trata de un olvido sin consecuencias

Tal como se evidencia en la respuesta al requerimiento de información hecho por esta dirección, Bodytech cuenta con un contrato único de prestación de servicios. En ese sentido, dicho contrato ‘genérico’ tiene precisamente la función de que el encargado lo pueda adaptar según la elección del consumidor y del plan que este contrate, el cual puede ser un plan ESTÁNDAR, suscrito a término FIJO, ‘definido’ de un año, seis meses o tres meses o un plan ELITE, como el caso objeto de estudio, el cual consiste en un plan de débito automático mes a mes, suscrito a término ‘indefinido’.

Como consecuencia de lo anterior, en la cláusula 4 de dicho modelo se establece que la duración del contrato puede ser de: 365, 180 o 90 días si el afiliado contrata un plan ESTÁNDAR a término fijo, en la categoría que escoja el consumidor y acto seguido se aclara que en caso de ser un plan élite (plan débito automático mensual), el contrato será a término indefinido.

Es conforme a esa opción que permite ingresar una duración inicial del contrato en días, que en líneas siguientes de la cláusula se establece ‘el plazo inicial podrá renovarse indefinidamente y en forma consecutiva, por un término igual o diferente, mediante la suscripción de un nuevo contrato de afiliación’, tal como se muestra en la siguiente imagen:

(…)

En ese sentido, las condiciones de celebración del contrato son concretas, claras y completas, sin que sea posible que el consumidor llegue a confundirse. Esta conclusión no debería variar por un eventual descuido de una frase que no varía el efecto del término del contrato, como lo explicamos en números anteriores.

(…)

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

2.2. No se confunde al consumidor

2.2.1. No hay forma que el consumidor se confunda

Como se explicó por parte del señor Pedro Nel Flórez Coordinador de Servicio al Cliente de Bodytech, la empresa cuenta con formatos de contratos que el ejecutivo llena dependiendo del tipo de contrato que requiere el consumidor.

(...)

En ese sentido, las condiciones de celebración del contrato son concretas, claras y completas, sin que sea posible que el consumidor llegue a confundirse. Esta conclusión no debería variar por un eventual descuido de una frase que no varía el efecto del término del contrato.

Más aún, en lo que corresponde a los contratos élite a término indefinido, no existe siquiera potencialidad de confusión para el consumidor en la medida en que darle un efecto distinto a que el contrato es simplemente indefinido, conduciría al absurdo de pensar que una vez se venza lo indefinido, el contrato se renueva (...).”

Frente al particular, este Despacho debe indicar que la presente imputación versa en el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, que señala que las condiciones generales del contrato deben ser, entre otras cosas, claras.

Así las cosas y en lo concerniente a las manifestaciones expuestas de que los artículos 1620 y 1621 del Código Civil, señalan lo correspondiente a la interpretación de los contratos en el sentido que produce efectos y por la naturaleza del mismo, este Despacho debe indicar que si bien dichas disposiciones normativas aluden a lo anterior, dicha circunstancia no es óbice para que ésta pueda llegar a vulnerar el régimen de protección al consumidor e incluir condiciones negociales carentes de claridad, por lo que si bien es cierto que en la legislación civil se plantean alternativas de interpretación respecto de los contratos, esto no exime de responsabilidad al sujeto pasivo frente a sus obligaciones legales de cara al Estatuto del Consumidor.

Por otro lado y respecto de que en virtud del Estatuto del Consumidor, las condiciones de los contratos siempre serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor, este Despacho debe indicar que si bien la Ley 1480 de 2011, contempla el principio pro consumidor, esto no es óbice para que la investigada incluya presuntamente condiciones generales carentes de claridad en sus contratos y luego espere a ser convocada en un proceso administrativo o judicial, para respaldar su actuar en dicho principio, toda vez que éste como un profesional del negocio que desarrolla, tiene a su cargo el cumplimiento de obligaciones legales y deberes de información frente a los consumidores.

De otra parte y frente a las manifestaciones respecto de las cuales indica que la frase que contiene la cláusula objeto de reproche es en todo caso “*un olvido sin consecuencias*”, debe indicarse que de ninguna manera es de recibo tal argumento, toda vez que éste como profesional del negocio tiene el deber legal de suministrar las condiciones generales de los contratos en forma concreta, clara y completa, con el fin de equilibrar la asimetría natural que supone su posición dominante en la relación de consumo que concreta con los consumidores.

En tal entendido y de comprobarse la infracción a lo dispuesto en la normativa en comento, es claro que la consecuencia que acarreará la inclusión de tal disposición, si traerá consecuencias por la infracción a la disposición legal vigente. Así, ésta no puede pretender que porque incluye estipulaciones que no son presuntamente claras, no tenga una consecuencia para su esfera patrimonial.

Aunado a lo anterior, debe recordársele que lo que aquí se estudia es que las conductas desplegadas por los productores y/o proveedores se encuentren ajustadas a los preceptos que regulan la protección al consumidor, por cuanto las mismas son de resultado, ya que aquí no se analiza la intención del administrado en el despliegue de la conducta infractora o la involuntariedad, sino la infracción misma, es decir, la transgresión del principio de legalidad o de la norma.

Así y en relación con la responsabilidad objetiva en materia de protección al consumidor, resulta oportuno traer a colación lo expuesto previamente por esta Dependencia³¹, en los siguientes términos:

“Ahora bien, en relación con el principio de culpabilidad, aduce el recurrente que en la presente investigación, el fallador de instancia al momento de imponer la sanción debió

³¹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para la Protección del Consumidor. Resolución N° 58111 el 18 de septiembre de 2017, “Por la cual se decide un recurso de apelación”. Expediente Radicado N°13-250111.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

valorar el elemento subjetivo, esto es, el dolo o la culpa en la realización de la conducta y no limitarse a constatar la mera inobservancia de la norma.

Con el fin de responder la inconformidad del impugnante, es adecuado precisar que el presente caso se halla circunscrito al campo de protección al consumidor, respecto del cual la jurisprudencia ha establecido que **la regulación vigente tendiente a esta protección se aparta de los regímenes tradicionales de responsabilidad patrimonial y que, en este ámbito, la estructura de la responsabilidad responde a un desarrollo constitucional en virtud del análisis del régimen de protección al consumidor realizado por la Corte Constitucional.**

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existen situaciones en las cuales el legislador está constitucionalmente autorizado para matizar las garantías de la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad. Sin embargo, es preciso estudiar cada caso de manera individual para establecer si el ajuste que se pretende está justificado en dicho supuesto y en qué medida lo está, para ello, se acude a lo que la Sentencia C-595 de 2010 dispuso sobre el particular:

‘(...) 7.4. En primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia constitucional en orden a señalar que el principio de presunción de inocencia es aplicable como criterio general en el derecho administrativo sancionador. Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto –con el mismo alcance integral– al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva) (...)’³².

En ese sentido, este despacho considera importante resaltar que la aplicación del tipo de responsabilidad se hará caso por caso y de acuerdo con las características de la norma que lo dispone, en atención a lo que se ha denominado libertad de configuración legislativa:

‘(...) 5.2.1. Conforme al artículo 150.2 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas, ejercer entre otras, la función de [ex]pedir códigos en todos los ramos del derecho y reformar sus disposiciones’ a través de los cuales le compete definir el procedimiento en los procesos, actuaciones y acciones originadas en el derecho sustancial, y como consecuencia de ello, establecer las etapas, oportunidades y formalidades aplicables a cada uno de ellos, así como los términos para interponer las distintas acciones, y los recursos ante las autoridades judiciales y administrativas (...)’³³.

Esta competencia de libertad del legislador, según lo ha señalado la Corte Constitucional, dispone de un amplio margen de configuración normativa para desarrollar no solamente la Constitución, sino que se materializa en la posibilidad discrecional del Congreso para expedir leyes, así:

‘(...) Sobre el alcance de la llamada cláusula general de competencia, **la Corte ha destacado que, por su intermedio, se le reconoce al legislador un amplio margen de libertad de configuración normativa para desarrollar la Constitución, es decir, para determinar y establecer las reglas de derecho que rigen el orden jurídico en Colombia y que no han sido fijadas directamente por el propio Estatuto Superior.** Dicha libertad de configuración legislativa, a su vez, se materializa no solo en la posibilidad discrecional del Congreso para expedir las leyes in genere, sino también para cambiarlas, adecuarlas y suprimirlas, teniendo en cuenta los requerimientos sociales, la conveniencia pública y la necesidad de adoptar las políticas públicas que en materia legislativa se deban implementar en beneficio de la colectividad³⁴ (...)’³⁵. (Destacados fuera de texto).

Igualmente, la Corte ha señalado³⁶ que en virtud de su potestad legislativa en materia de procedimientos, el legislador puede ‘(...) regular y definir³⁷ entre los múltiples aspectos de su resorte legislativo, algunos de los siguientes elementos procesales: (i)

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 27 de julio de 2010. Expediente D-7977. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014. Expediente D-9945. M.P. Mauricio González Cuervo. 4 de junio de 2014.

³⁴ Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-473 de 1997, C-524 de 1997, C-1648 de 2000 y C-630 de 2011.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-439 de 2016. Expediente D-11213. Magistrado Ponente: GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo. 17 de agosto de 2016.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-183 de 2007. Expediente D-6447. Magistrado Ponente: CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. 14 de marzo de 2007.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-1104 de 2001. Expediente D-3488. Magistrado Ponente: VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. 24 de octubre de 2001.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

el establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades, —esto es, los recursos de reposición, apelación, u otros—, así como los requisitos y las condiciones de procedencia de los mismos³⁸. (ii) Las etapas procesales y los términos y formalidades que se deben cumplir en cada uno de los procesos. (iii) La radicación de competencias en una determinada autoridad judicial, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita en la Carta³⁹. (iv) Los medios de prueba⁴⁰ y (v) los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, **o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos**⁴¹. (Destacados fuera de texto).

Respecto al enfoque de la responsabilidad asumido por el régimen de protección al consumidor, es necesario precisar que el Derecho del Consumo surge como un área que tiene entre sus propósitos el establecimiento de mecanismos que permitan eliminar la asimetría existente entre las partes de las relaciones de consumo, las cuales tienen por objeto hacer posible que los consumidores satisfagan sus necesidades, de manera que accedan a productos de calidad, y realicen las transacciones en condiciones que les permitan tomar una decisión racional, sin que se vean sometidos a conductas que vulneren sus derechos.

En virtud a que la asimetría en la relación de consumo es la causa de un ámbito de protección especial de los derechos de los consumidores⁴², lo cual fue reconocido por la Asamblea Nacional Constituyente, cuando señaló que: ‘(...) los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes. Frente a esta situación el artículo que recomendamos [78 de la Constitución] consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o subordinación (...)’⁴³. **Por tal motivo, la misma Asamblea señaló que el elemento característico del esquema de responsabilidad frente a los consumidores, es su carácter objetivo, así:**

‘(...) Puesto que en nuestra ponencia sobre derechos colectivos recomendamos incluir expresamente los derechos de los consumidores y usuarios en dicha categoría jurídica, de ello se sigue que **la responsabilidad por su desconocimiento y la consiguiente indemnización se sujetará a los principios propios de la responsabilidad objetiva** (...)’⁴⁴. (Subraya fuera del texto original).

Por otra parte, encontramos que el legislador optó por establecer, desde sus orígenes, un régimen de responsabilidad sin culpa en el Estatuto de Protección al Consumidor – Decreto 3466 de 1982– y que ahora persiste en el Nuevo Estatuto del Consumidor – Ley 1480 de 2011–; en razón a que las conductas previstas en este Estatuto protegen los mismos intereses y derechos del antiguo, y que se concretan en la promoción, garantía, la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como en amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, en lo referente a la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad y el acceso a los consumidores a una información adecuada, que de acuerdo con los términos de la ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas (art. 1 Ley 1480 de 2011).

Ahora bien, es de precisar que el tipo de responsabilidad dispuesto por el legislador en atención a su libertad de configuración normativa, no elimina la obligación de la administración de probar la existencia de la infracción al consumidor en los precisos términos de la ley. Además, es de resaltar que dicha responsabilidad no impide que se puedan desvirtuar por el presunto infractor mediante los medios probatorios legales.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-742 de 1999. Expediente D-2356. Magistrado Ponente: HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. 6 de octubre de 1999; Sentencia C-384 de 2000. Expedientes D- 2559, D- 2574 y D-2586. Magistrado Ponente: NARANJO MESA, Vladimiro. 5 de abril de 2000; Sentencia C-803 de 2000. Expediente D-2715. Magistrado Ponente: CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. 29 de junio de 2000, entre otras.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-111 de 2000. Expediente D-2465. Magistrado Ponente: TAFUR GALVIS, ÁLVARO. 9 de febrero de 2000.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-1270 de 20 de septiembre de 2000. Expediente D-2904. Magistrado Ponente: BARRERA CARBONELL, Antonio. 20 de septiembre de 2000.

⁴¹ Ibíd. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-1104 de 2001.

⁴² GRANADOS ARISTIZÁBAL, JUAN IGNACIO. Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor. Una aplicación del principio de buena fe que resulta exigible a la totalidad de las relaciones contractuales. Revista emercatoria. Universidad Externado de Colombia. Vol. 12 núm., 1. 2013.

⁴³ Informe de ponencia sobre “derechos colectivos”, Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional N° 46.

⁴⁴ Ibíd.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Además, no es cierto que sea imposible establecer la responsabilidad sin culpa en materias referentes al derecho administrativo sancionatorio, pues tal atribución es válida siempre que se cumplan las exigencias de razonabilidad, finalidad y proporcionalidad, así como los intereses en juego⁴⁵, supuestos que en el presente caso se encuentran plenamente acreditados (Corte Constitucional, sentencias C-599 de 1992 y C-010 de 2003).

Ahora bien, de manera específica, la Corte Constitucional a través de sentencia C-973 de 2002 manifestó que **la responsabilidad en materia de derecho de consumo no se funda en haber ocasionado un daño a otro por su actuación dolosa o negligente en la elaboración de un producto**, es decir, que sea subjetiva, todo lo contrario, la corporación reconoció que en este tipo de regímenes lo que se señala son unas causales eximentes de responsabilidad excluyendo de estas ‘el haber actuado diligentemente’, incluso, acepta que aun cuando exista una actuación diligente por dicha conducta no se podrá eximir de su responsabilidad al empresario, así:

‘(...) El artículo 26 del Decreto Extraordinario 3466 de 1982 no fija los límites o los alcances del derecho a la defensa, establece el régimen de responsabilidad al que se encuentra sometido el productor. El fabricante es libre de elaborar su alegato como lo desee, así como de presentar los argumentos que a bien tenga, mediante los medios probatorios que considere idóneos. Cosa diferente es que las razones expuestas se acepten por el ordenamiento como justificaciones válidas. Quizá el malentendido de la demanda surja al tratar de leer la disposición como si ésta se basara en un régimen de responsabilidad subjetiva clásico y fuese necesario permitirle al fabricante demostrar si fue por su culpa o no que el daño se causó.

La norma consagra cuatro causales: fuerza mayor, el caso fortuito no sobrevenido por su culpa, el uso indebido del bien o servicio por parte del afectado y el hecho de un tercero. Al decir que el fabricante solamente se puede exonerar por esas razones está excluyendo ‘el haber actuado diligentemente’. La responsabilidad no se funda en haber ocasionado un daño a otro por su actuación dolosa o negligente en la elaboración de un producto. Incluso podría demostrar el fabricante que actuó con diligencia, y, en todo caso, no se eximiría de su responsabilidad (...).’ (Destacados fuera de texto).

Si bien esta sentencia hizo referencia al Estatuto anterior, es importante recalcar que la esencia y los intereses de aquél persisten en el Nuevo Estatuto (intereses a la vida, integridad física y la salud de los consumidores), debido a que hacen parte del mismo Régimen de Protección al Consumidor, tanto así, que la Circular Única de esta Superintendencia si bien fue expedida en vigencia del Decreto 3466 de 1982, aún continúa vigente por no ser contradictoria a la Ley 1480 de 2011, sino que por el contrario, sus disposiciones son acordes con los principios y objetivos del actual Estatuto del Consumidor⁴⁶. Por tal motivo, como existe una disposición expresa de la Corte Constitucional sobre el tipo de responsabilidad aplicado a este régimen de protección, no existe interpretación diferente actualmente a aplicar.
(...)

Así mismo lo ha reconocido la doctrina al expresar que una de las características de la garantía de los productos (calidad e idoneidad), es que se trata de una obligación asociada a la responsabilidad sin culpa, lo cual puede ser predicable en las demás conductas dispuestas en el Estatuto del Consumidor, cuando las mismas son de resultado:

‘(...) Es responsabilidad objetiva, de tal forma que el productor o proveedor no pueden exonerarse de responsabilidad alegando simple prudencia y diligencia (...) solamente podrá alegar las causales enunciadas en el artículo 16 de la Ley 1480 de 2011. La Corte Constitucional en la sentencia C- 973 de 2002 ratificó este carácter: ‘La norma consagra cuatro causales: fuerza mayor, el caso fortuito no sobrevenido por su culpa, el uso indebido del bien o servicio por parte del afectado y el hecho de un tercero. Al decir que el fabricante solamente se puede exonerar por esas razones está excluyendo ‘el haber actuado diligentemente’. La responsabilidad no se funda en haber ocasionado un daño a otro por su actuación dolosa o negligente en la elaboración de un producto.

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-599 de 1992. Expediente Nos. D-062 y D-104. Magistrado Ponente: MORÓN DÍAZ, Fabio. Santafé de Bogotá D.C. 10 de diciembre de 1992. “La Corte ha declarado la constitucionalidad de ciertas formas de responsabilidad objetiva en ciertos campos del derecho administrativo, como es el régimen de cambios, en donde la Corporación ha considerado que dados los intereses en juego se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable, como son la intencionalidad, la culpabilidad e incluso la imputabilidad (...)”.

⁴⁶ “Artículo 1. Principios Generales. “Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a: (...)2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas (...)”.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Incluso podría demostrar el fabricante que actuó con diligencia, y, en todo caso, no se eximiría de su responsabilidad (...)⁴⁷.

De esta forma, no cabe la menor duda que cuando se desconocen los derechos de los consumidores, la autoridad administrativa en estricto cumplimiento del procedimiento especial administrativo previsto en la Ley 1480 de 2011, puede imponer una sanción administrativa, al productor o proveedor por la inobservancia del Estatuto, debido a que las conductas aquí cuestionadas son de resultado y estos solo pueden ser exonerados de responsabilidad administrativa por expresa disposición de la norma, esto es, si logran acreditar la existencia de una causa excluyente justificativa y no previsible que configure una ruptura del nexo causal⁴⁸ por caso fortuito o fuerza mayor o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación⁴⁹.

Así las cosas, la posición especial de preeminencia de las empresas comercializadoras o productoras, con principios fundantes del Estado Social de Derecho y derechos fundamentales tales como la dignidad humana, justifican un tratamiento especial y diferenciado respecto de otros regímenes en relación con las instituciones jurídicas que les resultan aplicables, por lo tanto consideraciones en torno a la culpa del actuar del empresario investigado, no hacen parte del análisis de dicha responsabilidad, puesto que es claro que el único aspecto que esta Autoridad debe valorar, es si el investigado cumplió o no lo previsto por la normatividad o si concurre una causal excluyente de responsabilidad, que en el presente caso no se acreditó.

Siguiendo lo expuesto, vale la pena resaltar que en uso de la libre configuración legislativa previamente abordada, el legislador en el Estatuto del Consumidor dispuso un régimen de responsabilidad sin culpa en el que los empresarios solo podrán alegar las causales de exoneración de responsabilidad dispuestas en el mismo; sin perjuicio de lo cual, a su vez planteó unas excepciones en las que sí se exige la verificación del elemento subjetivo, esto es, que medie dolo o culpa grave para la atribución de responsabilidad por los daños causados, porque así lo dispuso el legislador (...).”

Asimismo, resulta importante traer a colación lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre este tema, así:

“(...) el derecho administrativo sancionador, pese a ser parte del derecho punitivo a cargo del Estado, no le son aplicables en su integridad los principios del derecho penal y disciplinario, contruidos a partir de la culpa y el dolo del agente, en tanto lo que se pretende amparar con la potestad sancionatoria del Estado, es el adecuado cumplimiento de su función para la relación de los fines que le son propios. Sobre el particular se ha pronunciado la Corte Constitucional al decir que:

‘(...) en efecto, reiterada jurisprudencia ha afirmado que si bien tanto la actividad sancionada en lo administrativo como el proceso penal son expresiones de la facultad punitiva del Estado, y en ambas debe respetarse las garantías del debido proceso, unas y otras persiguen fines diferentes, en especial, esta diferente teleología se ha puesto de presente en relación con la potestad disciplinaria de la Administración como expresión de la facultad administrativa sancionadora; en ese sentido se han vertido los siguientes conceptos:

(...)

‘La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías- quedando a salvo su núcleo esencial- en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.

En el mismo sentido del fallo anterior la Corte ha destacado que la finalidad de la sanción administrativa es el adecuado funcionamiento de la Administración, objeto que vendría entonces a ser la diferencia específica que la distinguiría de la sanción penal:

‘La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marca de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios

⁴⁷ VILLALBA CUÉLLAR, JUAN CARLOS. *La responsabilidad del productor por garantías de bienes y servicio en el derecho colombiano*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085003>

⁴⁸ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual Sala Especializada en Protección al Consumidor Resolución 00082016/SPC-INDECOPÍ expediente 2752014/CPCINDECOPÍAQP.

⁴⁹ Por información son las previstas en el parágrafo del artículo 24 de la Ley 1480 de 2011.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

que rigen el derecho al debido proceso’.

‘La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías –quedando a salvo su núcleo esencial- en función de la importancia el interés público amenazado o desconocido (...)’⁵⁰

En la misma línea, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

‘(...) Al respecto ha sido criterio jurisprudencial de esta jurisdicción el considerar que el ejercicio del poder sancionatorio en cabeza del Estado, encuentra su límite propio en el respeto a los principios y garantías que informan el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Ha considerado la Sección, a partir de la naturaleza y finalidades de una y ora disciplinaria, que en el campo del derecho administrativo sancionatorio por infracciones al derecho financiero, como el que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sección, en donde se debaten actos dictados en desarrollo de la facultad sancionatoria que ostenta el Superintendente Bancario, respecto de las actuaciones de la entidad y personas objeto de inspección, vigilancia y control, la aplicación de las garantías y fundamentos propios del derecho penal es restrictiva, en tanto no caben figuras tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad, favorabilidad y otras aplicables en ‘materia penal (...)’⁵¹ (subrayado fuera de texto).

De esta forma, basta con el solo incumplimiento del mandato legal y la inobservancia de las obligaciones señaladas en la ley que tipifican la conducta en materia de derecho administrativo sancionatorio y, de allí la imposición de la sanción, para entender que se ha cometido la infracción, lo que ocurre en materia de protección de derechos al consumidor, ya que nos encontramos frente a una responsabilidad objetiva.

No obstante la naturaleza objetiva de la Responsabilidad en esta clase de actuaciones administrativas, en las que se encuentra en juego el interés público, sin que sea necesario abordar la culpa de la administración, es lo cierto que conforme a las garantías del debido proceso y derecho de defensa, la fuerza mayor y caso fortuito pueden ser alegados válidamente como eximentes de responsabilidad (...)’⁵² (Destacados fuera de texto).

Así las cosas y en virtud de la especialidad que reviste la responsabilidad del mercado en materia de protección al consumidor, es necesario advertir que los cimientos de la misma, cobran mayor relevancia por cuanto el impacto no se efectúa uno a uno, sino a una universalidad y, por ello, la inobservancia al régimen general de protección al consumidor, trae consigo una sanción, fundamentada en las disposiciones establecidas en la Ley 1480 de 2011 y sus normas concordantes.

Por ello, debe indicarse que esta Autoridad ejerce la facultad sancionatoria legalmente atribuida⁵³, como uno de los instrumentos con que cuenta el Estado para cumplir con sus cometidos y garantizar el cumplimiento de los mandatos dispuestos para proteger los derechos de los consumidores, por lo que una vez se tiene conocimiento de alguna infracción a las disposiciones sobre protección al consumidor y al existir mérito, se inicia una investigación administrativa cuyo resultado determinará la necesidad de imponer o no una sanción, sin tener en cuenta la intención dolosa, negligente o incluso diligente de la investigada.

En este sentido, en el libro titulado Manual de Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Juan Manuel Laverde Álvarez afirma que:

“[L]a persona actúa con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye

⁵⁰ MONROY CABRA, Marco Gerardo (M.P) Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 2002. Referencia expediente D-3852.

⁵¹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan ángel (M.P) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta- Sentencia del 18 de abril de 2002.

⁵² TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera. Subsección “A”. Proceso N° 250002341000201601306-00. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. Demandando: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Asunto: Sentencia de Primera Instancia. 9 de mayo de 2019.

⁵³ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 12 del Decreto 4886 de 2011, se le facultó a esta Entidad: “**Artículo 12.** Funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor. Son funciones de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor:

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

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

una infracción administrativa, es decir, el ciudadano no está en condiciones de conocer la antijuridicidad de su acción. Para la operatividad de esta eximente de responsabilidad, debe considerarse los deberes de prudencia y diligencia de quien alega el error, sobre todo cuando la actividad se desarrolla en sectores especializados en los que actúan profesionales.”

Así que es importante prestar atención a la calidad del infractor, ya que en este caso se presume que la persona jurídica investigada es conocedora de las reglas que hacen parte del ordenamiento jurídico, más aún de las normas de protección al consumidor que le son aplicables a la responsabilidad que tiene en calidad de proveedor de servicios frente a los consumidores. Por consiguiente, para este Despacho no es de recibo que el sujeto pasivo actuando de manera profesional como centro médico deportivo de acondicionamiento físico, invoque un descuido como causal de exclusión de la responsabilidad administrativa cuando en virtud de su profesión debe conocer las normas que lo regulan.

Adicionalmente, cabe mencionar que las causales de exoneración responsabilidad de los productores y proveedores son externas y objetivas, por lo cual en virtud de la libertad de configuración legislativa en protección al consumidor es el legislador el llamado a establecerlas. En ese sentido es pertinente traer a colación un aparte de la sentencia C-973 de 2002 de la Corte Constitucional, en la cual se expuso que el productor quedará limitado a probar la ocurrencia de unas determinadas causales de exoneración de responsabilidad y que “(...) *dicha limitación no puede considerarse como una vulneración del derecho al debido proceso del productor, (...) éste como todo derecho fundamental no tiene un carácter absoluto y bien puede ser limitado por el legislador en ejercicio de su potestad de configuración de los procedimientos judiciales y administrativos, siempre y cuando exista una justificación basada en la prosecución de un fin constitucionalmente protegido y que dicha limitación no resulte desproporcionada, al punto que se desconozca el núcleo esencial de derecho al debido proceso, y en particular el derecho de defensa reconocido por la Constitución (...)*”⁵⁴.

Aunado a lo anterior, para esta Autoridad la investigada no puede justificar su actuar contrario a las normas de protección al consumidor, alegando un supuesto descuido, pues ésta tiene su actividad profesionalizada y está en una posición dominante respecto del consumidor, por lo que, por su mayor capacidad económica, técnica y profesional, es la única llamada a conocer la antijuridicidad de sus acciones como quiera que es deber conocer el marco jurídico en el cual desempeña su actividad comercial, por lo no son de recibo los argumentos de la investigada, pues se debe insistir en que los proveedores de bienes y servicios deben dar cabal cumplimiento a las obligaciones que le son impuestas por ostentar tal calidad y no puede pretender justificar sus omisiones en simples descuidos u olvidos sin consecuencias, los cuales, como ya se anotó no son eximentes de responsabilidad.

Por otro lado y respecto de los argumentos referentes a que cuenta con un contrato único de prestación de servicios y que el mismo es genérico y que el encargado lo puede adaptar según la elección de los consumidores y que por ello, ofrece un plan estándar de término fijo o un élite de duración indefinida, este Despacho procedió a revisar el radicado número 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019, a través del cual el sujeto pasivo aportó los diferentes contratos que suscribía con los consumidores y comprobó que efectivamente dicho documento era el mismo y variaba dependiendo de las opciones y planes que escogieran los consumidores. En tal entendido, es claro que la investigada empleó un formato estándar para llevar a cabo sus relaciones de consumo y por ende, el mismo se erige como un contrato de adhesión.

Sin embargo, al analizar los contratos élite sin permanencia que sustentan la presente imputación, se observó que si bien ya no se indicó la duración de 365, 180 o 90 días que es aplicable para otros tipos de contratos, sino que se señaló “*indefinido*” la estipulación “*el plazo inicial podrá renovarse indefinidamente*” se mantuvo presente en dichos documentos.

En tal entendido y si bien la investigada adujo que el “*encargado*” adaptaba el formato a la elección de los consumidores, lo cierto es que aunque se variaron los datos de los usuarios y el término de días por el de “*indefinido*”, su personal no modificó dicha cláusula, situación que resulta particular de cara a los argumentos que esgrimió en su defensa.

Así las cosas y para sustentar lo anterior, resulta importante traer a colación a modo de ejemplo, el siguiente contrato élite sin permanencia que allegó la investigada a través del radicado número 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019, así:

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia 13 de noviembre de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Referencia: expediente D-4032.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen N° 4 (radicado número 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019-Contrato élite sin permanencia)

CONTRATO ÚNICO
DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS



V3

INFORMACIÓN PERSONAL

TIPO DE DOCUMENTO: TI Fecha Contratación: 22/02/2019
NÚMERO DE DOCUMENTO: 1005897201 Fecha Inicio: 23/02/2019
Nombre: SOFIA Apellidos: MORANTE CASTRILLON
SEDE DE COMPRA: CANEY

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Certifico que he sido cuestionado sobre mis antecedentes médicos, familiares y personales que pueden ocasionar riesgo para mi salud durante la práctica del entrenamiento y sé que debo asistir a la Evaluación médica antes de iniciar mi programa de entrenamiento. A la vez, notifico que toda la información que he suministrado ha sido veraz y no queda ninguna adicional por revelar, por lo cual me hago responsable por cualquier hecho que ocurra, en caso de no respetar las indicaciones dadas después del diligenciamiento de este documento. También, he entendido que se me ha ofrecido la posibilidad de realizarme una evaluación clínica para identificar los posibles factores de riesgo osteomuscular y cardiovascular que puedo presentar durante la práctica del ejercicio y que pueden afectar mi salud.

Así mismo, entiendo que esta evaluación puede ayudarme a tener mayor seguridad para mi salud y a lograr mis objetivos. Además, me comprometo a reportar al Club Médico Deportivo BODYTECH, cualquier cambio en mi estado de salud que pueda influir en mi práctica de entrenamiento. Teniendo en cuenta lo anterior, si decido entrenar sin realizarme una evaluación médica, asumo toda responsabilidad por cualquier lesión que pueda presentar.

Objeto

Por medio del presente Contrato el PRESTADOR se obliga con el AFILIADO a suministrar los Servicios Médicos Deportivos de Acondicionamiento y Preparación Física ofrecidos en el Club Médico Deportivo BODYTECH (En adelante "BODYTECH"), en la categoría y tarifa seleccionada por el AFILIADO, con sujeción a los **TÉRMINOS Y CONDICIONES DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO**, que se pueden consultar en <https://www.bodytech.com.co>

No se entiende incluido en este contrato ningún Servicio Médico Complementario, ni los espacios, equipos, entrenadores y demás elementos. Para efectos del presente Contrato, se entenderá que el PRESTADOR ha cumplido su obligación de prestar los servicios contratados por el AFILIADO, cuando BODYTECH se encuentre habilitado para su funcionamiento y a disposición de este, independientemente de si lo utiliza o no. Igualmente, el AFILIADO está obligado al pago total y oportuno de su afiliación según el plan seleccionado. Este contrato está dentro del marco de la normatividad vigente y de las políticas corporativas vinculantes adoptadas por BODYTECH. Estas últimas pueden ser consultadas por el AFILIADO en <https://www.bodytech.com.co> o en cualquiera de las sedes de BODYTECH previamente a la suscripción del presente contrato.

DURACION

El presente contrato entra en vigencia una duración motivada en categoría Élite Super (A1V1) con la Campaña Grupo familiar élite y estándar(Condiciones:- Para todos los afiliados a plan familiar élite el débito debe hacerse de una sola tarjeta, en caso contrario se cobrará el valor full de la categoría vigente en el momento del pago.- En el caso de pago en counter bodytech cobrará el valor full de la categoría y un recargo administrativo adicional.- Partiendo que la cláusula de permanencia ha sido debidamente suscrita, los valores aportados por bodytech son los que deben cobrarse en una eventual salida partiendo de la tarifa full vigente al momento del retiro.) contados a partir del momento en que se active la afiliación, entendida esta como el momento en el cual EL AFILIADO hace el pago efectivo de la misma. El plazo inicial podrá renovarse indefinidamente y en forma consecutiva, por un término igual o diferente, mediante la suscripción un nuevo Contrato de afiliación, que corresponderá al formato vigente a tal fecha. EL AFILIADO, LA EMPRESA BENEFICIARIA DEL CONVENIO Y/O BENEFICIARIO DEL CONVENIO pueden solicitar que se haga un cambio de fecha de inicio por una sola vez, hasta dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en que suscriba este documento, siempre y cuando EL AFILIADO, LA EMPRESA BENEFICIARIA DEL CONVENIO Y/O BENEFICIARIO DEL CONVENIO cumplan con los **TÉRMINOS Y CONDICIONES DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO**, paguen la totalidad del PLAN, no presente ingresos y no se haya superado la fecha de inicio del débito (en el caso del plan Élite).Parágrafo 1: En los planes corporativos, la duración del contrato estará supeditada a la realización de los pagos por parte de la empresa beneficiaria del convenio y/o beneficiario del convenio. La iniciación del plan de afiliación se contará a partir de su activación en el sistema del Club Médico Deportivo BODYTECH.

VALOR

EL AFILIADO al ingresar a BODYTECH pagará por una sola vez al momento de la firma del contrato y sin derecho a devolución, No Aplica de acuerdo al plan y categoría escogidos. **Parágrafo 1:** Para el plan Élite, el afiliado pagará la suma de valor 59.940 COP, mensualmente. La cuota de inscripción al plan élite será 0 COP. En ningún caso los derechos de acceso o cuota de inscripción serán reembolsables. El AFILIADO reconoce que la Cuota de Inscripción al Plan Élite no es vitalicia y en caso de terminación del presente contrato, la inscripción se perderá. **Parágrafo 2:** En el plan corporativo, El AFILIADO, LA EMPRESA BENEFICIARIA DEL CONVENIO Y/O BENEFICIARIO DEL CONVENIO se obligan al pago oportuno del PLAN escogido a la fecha de suscripción del presente convenio, que es la suma convenida en la tabla de tarifas de la propuesta comercial. **Parágrafo 3:** La tarifa establecida en este contrato se encuentra exenta del Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA). No obstante, en el evento en que el Gobierno Nacional, Departamental o Municipal, llegare a gravar la prestación de los servicios ofrecidos por el PRESTADOR mediante el establecimiento de impuestos, tarifas o contribuciones aplicables, este será asumido por EL AFILIADO, LA EMPRESA BENEFICIARIA DEL CONVENIO Y/O BENEFICIARIO DEL CONVENIO. En caso de presentarse el evento anterior, la tarifa correspondiente será ajustada en proporción al impuesto, la tarifa o contribución correspondiente.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen N° 5 (radicado número 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019-Contrato élite sin permanencia)

FORMA DE PAGO

PLAN ELITE: El valor de la cuota mensual de Afiliación Elite se cobrará mes a mes de forma anticipada, y se incrementará el primero (1) de febrero de cada año de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor (IPC) más dos (2) puntos porcentuales. **6.1** El cobro de la Cuota Mensual de Afiliación Elite se efectuará el primer día hábil de cada mes o en su defecto, cuando existan los fondos suficientes para cubrir el valor a debitar en la cuenta bancaria o tarjeta de crédito que el AFILIADO expresamente indique y autorice al PRESTADOR. Se entenderá que el pago fue realizado en forma oportuna cuando éste se efectúe dentro de los diez (10) primeros días calendario del mes en curso. BODYTECH no se hará responsable por cargos adicionales que el banco realice por la transacción de débito automático. **6.2** Si en la oportunidad en que se realice el cargo/débito a cargo del AFILIADO no hay fondos disponibles en la cuenta bancaria o en la tarjeta de crédito, el PRESTADOR podrá realizar el débito nuevamente cuando existan fondos disponibles en ella. En caso de mora en un mismo mes, el PRESTADOR podrá debitar de la cuenta bancaria o de la tarjeta de crédito del AFILIADO el valor que se encuentra en mora. En todo caso, el monto a debitar/cargar de la cuenta bancaria o tarjeta de crédito del AFILIADO, no podrá exceder en un mes el valor equivalente a tres (3) Cuotas Mensuales de Afiliación Elite pactadas en este Contrato. **6.3** El AFILIADO reconoce, acepta y se obliga a pagar al PRESTADOR, intereses de mora a la máxima tasa permitida por la Ley colombiana sobre el valor de las Cuotas Mensuales de Afiliación Elite no pagadas oportunamente.

Parágrafo 1: Autorización de recaudo por débito automático plan Elite - EL AFILIADO como titular de la cuenta bancaria o tarjeta de crédito, Autoriza SI, por el presente documento a realizar el cargo de la mensualidad del plan ELITE a:

Banco: FALABELLA Número de tarjeta o cuenta: 528209*****7182
Tipo tarjeta o cuenta: Crédito Franquicia: MasterCard

Parágrafo 2: EL AFILIADO se obliga a mantener fondos suficientes en la cuenta bancaria o tarjeta de crédito indicada para cubrir las Cuotas Mensuales de Afiliación Elite y a que el débito automático autorizado se lleve a cabo normalmente durante el tiempo y la oportunidad indicada en el presente Contrato. **PLAN**

ESTANDAR: El AFILIADO podrá hacer el pago en efectivo, mediante tarjeta débito o crédito y excepcionalmente a través de la redención de Bonos sodexo, Big Pass y Bonos regalo BODYTECH en el counter de la sede de BODYTECH. **PLAN CORPORATIVO:** LA EMPRESA BENEFICIARIA DEL CONVENIO Y/O BENEFICIARIO DEL CONVENIO realizará el pago de la afiliación según lo convenido en la propuesta comercial.

USO DE LA INFORMACIÓN PERSONAL

EL AFILIADO Autoriza SI ☒ No ☐ por el presente documento y otorga su consentimiento previo, expreso e informado para que los datos personales ingresados, que incluyen datos de carácter sensible como información médica y datos biométricos, sean recolectados, almacenados, usados, procesados, transferidos y/o transmitidos, a nivel nacional e internacional, siempre y cuando los terceros a los cuales se les proporcione dicha información cuenten con niveles adecuados de protección. Lo anterior, para que el sistema de torniquetes de BODYTECH reconozcan al afiliado y permitan su ingreso a nuestras sedes a nivel nacional e internacional dependiendo de la categoría y para que EL AFILIADO pueda hacer compras en las concesiones de las sedes de BODYTECH mediante el uso de su huella dactilar. **Parágrafo:** En caso de no otorgarse por parte del afiliado, la autorización de tratamiento de datos personales sensibles, éste deberá presentar su documento de identidad en el Counter cada vez que requiera ingresar a la sede con el fin de que sea validada la afiliación. **7.2 EL AFILIADO Autoriza SI ☒ No ☐**, enviar información sobre novedades, noticias y promociones propias y de terceros; enviar información sobre programas propios y de terceros; precisar, analizar y optimizar los productos y servicios existentes y futuros, propios y de terceros; reportar información sobre riesgos crediticios y el control y prevención del lavado de activos; realizar

DECLARACIÓN DE INGRESOS

En cumplimiento de las políticas de prevención de los riesgos de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Corrupción, las cuales previamente consulté en la página <https://www.bodytech.com.co>, declaro bajo la gravedad del juramento, sujeto a las sanciones establecidas en el Código Penal Colombiano: Que mis recursos provienen de ingresos por actividades lícitas, por tanto, ellos no provienen o son fruto de actividades ilícitas contempladas en el Código Penal Colombiano o en cualquier norma. Que el suscrito, cumple con la totalidad de la normatividad colombiana, incluidas las normas referentes a: Lavados de activos, financiación del terrorismo, narcotráfico y en general cualquier delito incluido en la normatividad legal colombiana. Que no me encuentro condenado en procesos penales por el delito de narcotráfico, lavado de activos o delitos de terrorismo, y/o similares o conexos. Que no he sido vinculado en ninguna lista restrictiva, publicada por cualquier gobierno. Que toda la documentación e información aportada para la celebración y ejecución de este contrato es veraz y exacta. Autorizo a EL PRESTADOR, en caso que durante la ejecución del presente contrato el suscrito sea vinculado en cualquier tipo de lista restrictiva o sancionado o condenado por delitos relacionados con el lavado de activos, narcotráfico o terrorismo a proceder con la terminación de mi contrato de prestación de servicios. Autorizo a EL PRESTADOR a: verificar la información suministrada, entregar a las autoridades toda la información que requieran, suministrar mis datos, información personal, comercial y empresarial, a las autoridades nacionales o verificar las listas restrictivas (por ejemplo: OFAC).

BENEFICIARIOS

Se entenderá como beneficiario toda persona que en virtud del presente contrato podrá hacer uso de las. **Parágrafo:** Menores beneficiarios. Si quien suscribe el contrato lo hace en representación de un menor de edad, los datos del menor beneficiario son los siguientes: **SOFIA MORANTE CASTRILLÓN**
Parágrafo: Menores beneficiarios. Si quien suscribe el contrato lo hace en representación de un menor de edad, los datos del menor beneficiario son los siguientes:

Cuenta habiente: **SOFIA CASTRILLON ARCE**
Documento: **31932472**
FIRMA: *Sofia Castellon Arce*

Beneficiario: **SOFIA MORANTE CASTRILLON**
Documento: **1005897201**
FIRMA: *Sofia Morante Castrillon*

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen N° 6 (radicado número 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019-Contrato élite sin permanencia cláusula duración)

DURACION

El presente contrato tendrá una duración *Indefinido en categoría Elite Super (ANT) con la Campaña Grupo familiar elite y estándar*(Condiciones:- Para todos los afiliados a plan familiar elite el débito debe hacerse de una sola tarjeta, en caso contrario se cobrará el valor full de la categoría vigente en el momento del pago.- En el caso de pago en counter bodytech cobrará el valor full de la categoría y un recargo administrativo adicional.- Partiendo que la cláusula de permanencia ha sido debidamente suscrita, los valores aportados por bodytech son los que deben cobrarse en una eventual salida partiendo de la tarifa full vigente al momento del retiro.) contados a partir del momento en que se active la afiliación, entendida esta como el momento en el cual EL AFILIADO hace el pago efectivo de la misma. El plazo inicial podrá renovarse indefinidamente y en forma consecutiva, por un término igual o diferente, mediante la suscripción un nuevo Contrato de afiliación, que corresponderá al formato vigente a tal fecha. EL AFILIADO, LA EMPRESA BENEFICIARIA DEL CONVENIO Y/O BENEFICIARIO DEL CONVENIO pueden solicitar que se haga un cambio de fecha de inicio por una sola vez, hasta dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en que suscriba este documento, siempre y cuando EL AFILIADO, LA EMPRESA BENEFICIARIA DEL CONVENIO Y/O BENEFICIARIO DEL CONVENIO cumplan con los **TÉRMINOS Y CONDICIONES DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO**, paguen la totalidad del PLAN, no presente ingresos y no se haya superado la fecha de inicio del débito (en el caso del plan Elite).Parágrafo 1: En los planes corporativos, la duración del contrato estará supeditada a la realización de los pagos por parte de la empresa beneficiaria del convenio y/o beneficiario del convenio. La iniciación del plan de afiliación se contará a partir de su activación en el sistema del Club Médico Deportivo BODYTECH.

Así las cosas y visto el contrato anterior y, particularmente, la estipulación de duración antes expuesta, se advierte que se indicó como duración indefinida, es decir que como señaló la investigada en sus escritos de defensa, de acuerdo a la definición que trajo de dicha expresión, la misma corresponde a que “no tiene término señalado o conocido”⁵⁵, sin embargo, al revisar el contenido de la misma, se advierte que, las condiciones negociales generales no son claras, toda vez que si bien dice que la duración es indefinida, acto seguido señala “el plazo inicial podrá renovarse indefinidamente y en forma consecutiva, por un término igual o diferente, mediante la suscripción de un nuevo contrato de afiliación, que corresponderá al formato vigente a tal fecha”.

En tal sentido, no existe claridad frente a la vigencia de la relación contractual que celebran los consumidores con la investigada, toda vez que la disposición por la forma en que está redactada genera dudas y equívocos, ya que por un lado, preceptúa que será indefinido, es decir, sin término señalado pero acto seguido, se les pone de presente que el plazo inicial podrá renovarse indefinidamente y de manera consecutiva por el mismo lapso o uno diferente mediante la suscripción de un nuevo contrato de afiliación y en ese orden, es claro que se podría generar una confusión en los usuarios respecto de dicho aspecto, configurándose así una vulneración a la normativa objeto de estudio.

De esta forma y frente al argumento esgrimido por la investigada respecto de que como el contrato élite es de término indefinido, es absurdo pensar que una vez se venza el contrato éste se renueva, este Despacho debe indicar que si bien está probado que el contrato élite sin permanencia tiene un término indefinido, la cláusula de duración también contiene la disposición que alega como absurda, toda vez que de forma literal da la posibilidad de renovar el vínculo contractual con el sujeto pasivo, razón por la cual las manifestaciones expuestas no son de recibo, máxime cuando fue ella misma la que contempló tal estipulación carente de claridad.

Asimismo y frente a la interpretación que la investigada le da a la disposición respecto de que “a lo sumo (...) se podría entender como que al culminar el término indefinido pactado, el contrato se podría renovar”, carece de asidero legal y es manifiesta la contradicción, ya que si no tiene término señalado no hay lugar a que se renueve, toda vez que el mismo se mantendría vigente hasta que alguna de las partes decida terminar la relación contractual.

Ahora, el hecho de que se celebrara un nuevo contrato entre los mismos sujetos, no da lugar a interpretar como ésta erróneamente lo indicó, que se renueve dicho plazo indefinido, toda vez que se estaría frente a un nuevo vínculo jurídico.

Por otro lado, la investigada manifestó que en la declaración del señor **PEDRO NEL FLÓREZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 80.417.764, en calidad de Coordinador de Servicio

⁵⁵ Diccionario de la Real Academia Española RAE.

al Cliente de Bodytech, que se realizó 4 de septiembre de 2019, en las instalaciones de esta Superintendencia y cuya constancia fue radicada con el número 18-256024-20 del 4 de septiembre de 2019, éste indicó que la empresa contaba con formatos que el ejecutivo llenaba dependiendo del tipo de contrato que requería el consumidor, frente a lo cual debe indicarse que una vez revisada la misma, se advirtió que éste suministró información respecto de sus funciones, los planes existentes, la posibilidad de congelar el uso de los servicios, lo correspondiente al derecho de retracto, lo concernientes a las PQR's, así como explicó el proceso de afiliación a través de call center que tenía dispuesta la empresa e hizo referencia a lo que indicó la defensa, sin embargo tal circunstancia ya estaba probada en el plenario, como se puso de presente en párrafos anteriores.

Por otro lado, al analizar la declaración del señor **CÉSAR ALBERTO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 80.758.423, en su calidad de Abogado Corporativo de Bodytech, que se realizó 4 de septiembre de 2019, en las instalaciones de esta Superintendencia y cuya constancia fue radicada con el número 18-256024-20 del 4 de septiembre de 2019, se evidenció que éste hizo alusión, entre otras cosas, a sus funciones, la capacitación del personal, la prerrogativa del retracto, la dinámica comercial de las ventas a distancia a través de llamadas telefónicas, los planes, los precios, pero no se refirió respecto de lo que aquí se debate.

En todo caso, debe indicarse que dichos elementos probatorios no tienen la virtualidad de relevar a la investigada frente a la presente imputación fáctica, toda vez que como ya quedó comprobado, ésta incluyó en sus contratos de adhesión condiciones negociales que no fueron claras.

En consecuencia y una vez analizada la situación fáctica, jurídica, de cara a los argumentos esgrimidos y los elementos probatorios antes analizados, este Despacho determina que la imputación fáctica N° 2, está llamada a prosperar y por ello, se procederá a imponer la sanción administrativa que corresponda, de conformidad con lo que determina el artículo 61 del Estatuto del Consumidor.

15.5. Frente a la posible vulneración del numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 1°, 3°, 9° y 10° del artículo 2.2.2.37.8 y los numerales 1°, 3° y 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 -Imputación Fáctica N° 3-:

En este cargo, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor imputó una presunta responsabilidad a la investigada por considerar que con su conducta podría configurarse una vulneración del numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 1°, 3°, 9° y 10° del artículo 2.2.2.37.8 y los numerales 1°, 3° y 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

Teniendo en consideración lo anterior, esta Dirección procederá a realizar el estudio de la presente imputación fáctica frente a la conducta de la investigada, los argumentos expuestos y las pruebas que obran en el expediente, pues resulta indispensable en este caso, establecer si se infringió o no la mencionada normatividad

En primera instancia, resulta importante señalar que, el numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, establece que el productor o proveedor que realice ventas a distancia deberá informar, previo a la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto el término para ejercerlo, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega.

En segunda instancia, resulta oportuno mencionar que el artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, establece que en las ventas por métodos no tradicionales o a distancia, el vendedor, con anterioridad a la aceptación de la oferta, deberá suministrar al consumidor como mínimo, entre otros asuntos su identidad e información de contacto, el precio, la existencia de los derechos de retracto y reversión de pagos, en los términos de los artículos 47 y 51 de la Ley 1480 de 2011.

En tercera instancia, es igualmente importante poner de presente para este estudio, que el artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, establece que en los contratos de ventas no tradicionales o a distancia se deberá incorporar como mínimo, la identidad del vendedor y su información de contacto, el precio y la información suficiente sobre las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de retracto y reversión del pago, de acuerdo con lo establecido en los artículos 47 y 51 de la Ley 1480 de 2011.

En ese orden y precisado lo anterior, este Despacho formuló el presente cargo en la Resolución N° 17673 de 29 de mayo de 2019, en el que se indicó lo siguiente:

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

"(...) **9.3.1.** (...) se evidencia que uno de los canales mediante los cuales la investigada comercializa sus servicios es de forma telefónica, por ende, al realizar ventas a distancia, **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A.- SIGLA BODYTECH S.A.**, está obligada a informar a los consumidores de forma previa a la materialización de compraventa de sus servicios, entre otros aspectos, acerca de su información de contacto, el precio de servicio ofrecido, la existencia de los derechos de retracto y de reversión de pago, como lo establecen las normas de protección al consumidor.

En este sentido, del análisis del guion de ventas aportado por la investigada (Fls. 98 a 101) se evidencia que aparentemente no se realiza referencia alguna a la información de contacto de la denunciada, el precio del servicio ofrecido, el derecho de retracto y el derecho de reversión del pago, tal como visualiza en la siguiente transcripción:

(...)

De lo anterior, se observa que la investigada posiblemente no informa a los consumidores mediante la llamada telefónica y de forma previa a la venta de sus servicios, sobre la información de contacto, el precio del servicio ofrecido, la existencia de los derechos de retracto y de reversión de pago que les asiste a los usuarios, con lo cual podría estar incurso en la infracción del numeral 4° del artículo 46 de la ley 1480 de 2011 y a los numerales 1, 3, 9 y 10 del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto 1074 de 2015.

9.3.2. Ahora bien acorde con lo indicado en el guion de ventas telefónico aportado por **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A.- SIGLA BODYTECH S.A.** (Fls 98 a 101), se observa lo siguiente: 'Paso 9: En virtud de este contrato verbal Bodytech prestara los servicios del club médico deportivo sujeto al reglamento general de servicios y al reglamento específico establecido para cada actividad tales como: consulta de valoración clínica, clases grupales, zonas de relajación, zona de peso libre, zona cardiovascular en los términos y condiciones del plan estándar en categoría por un término de...(...) (Negrilla y subrayado fuera del texto). De lo anterior, se evidencia que mediante llamadas telefónicas se celebra un contrato verbal con los consumidores, por lo que, la investigada al realizar de ventas no tradicionales o a distancia, está en la obligación de cumplir con las normas que regulan dichas ventas.

Así las cosas, previo estudio del guion de ventas telefónico (Fls. 98 a101), esta Dirección encuentra que el referido documento aparentemente no incorpora información relacionada con los datos de contacto del vendedor, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2.2 2.37.9 del Decreto 1074 de 2015.

9.3.3. Por otro lado, en el documento descrito (Fls. 98-101), esta Dirección evidencia que no se suministra información relacionada con el precio de los servicios ofrecidos, conforme con las reglas previstas en el artículo 26 de la ley 1480 de 2011.

(...)

Conforme lo anterior, esta Dirección evidencia que, la investigada aparentemente no informa a los consumidores durante las llamadas telefónicas, sobre el precio de venta el plan ofrecido, incluidos todos los impuestos y costos adicionales, obligación que le asiste al realizar ventas a distancia según lo establecido en el numeral 3 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015.

9.3.4. Ahora bien, previa revisión del documento mencionado en esta imputación, visto a folios 98 a 101 del expediente, esta Dirección evidencia que al parecer, la investigada no informa sobre las condiciones y modalidades del ejercicio del derecho de retracto, acorde con lo regulado en el numeral 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015. Lo precedente, teniendo en cuenta que dicho numeral establece que el derecho de retracto debe ser informado en los contratos de ventas a distancia, en los términos establecidos en el artículo 47 de la ley 1480 de 2011, estatuto de El consumidor, que señala lo siguiente:

(...)

Conforme a lo anterior, ese Despacho evidencia que, **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A.- SIGLA BODYTECH S.A.**, aparentemente no informa en los contratos verbales que celebra con los consumidores, las condiciones y modalidades del ejercicio del derecho de retracto, según lo establecido en el numeral 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 2015.

9.3.5. Aunado a lo precedente, de conformidad con lo estipulado en el numeral 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015, en los contratos de ventas a distancia, se debe informar las condiciones y modalidades del derecho de reversión del pago, de acuerdo a lo establecido en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011, que señala lo siguiente:

(...)

Así las cosas, una vez analizado el guion de ventas telefónicas (Fls. 98 a 101), en el que se dispone que mediante la llamada telefónica se celebra un contrato verbal con el usuario, esta Dirección encuentra que, la investigada aparentemente no incluye información

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

relacionada con el derecho de reversión de pago, en los términos del artículo 51 de la Ley 1480 de 2011, obligación que le corresponde al realizar ventas a distancia a través de medios telefónicos, conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015 (...).”

Así las cosas y como fundamento de lo anterior, esta Dirección tuvo en cuenta del guion de ventas aportado por la investigada a través del consecutivo número 18-256024-04 del 6 de marzo de 2019, con el fin de atender el requerimiento identificado con el número 18-256024-03 del 13 de febrero de 2019, documento que soportó la imputación que se procede a analizar.

Aunado a ello, debe ponerse de presente que si bien es cierto que la investigada en la respuesta al requerimiento efectuado por este Despacho con el radicado número 18-256024-04 del 6 de marzo de 2019, manifestó que ofrecía sus servicios a través de diferentes canales, lo cierto es que, indicó que hacía ventas telefónicas, como pasa a exponerse:

“(...) 4) Sobre el particular, es preciso señalar que Bodytech realiza actualmente sus ventas a través de cuatro canales:

- a) Ventas en Counter: Adjuntamos modelo comercial de los pasos que debe seguir el asesor comercial para realizar la venta en el Counter de la sede Bodytech (Anexo 4).*
- b) Ventas de planes a empresas (ventas corporativas): No se sigue ningún modelo, el ejecutivo de Bodytech visita las empresas y les ofrece planes corporativos con un descuento en el plan de afiliación por la compra de diez planes o más.*
- c) **Ventas telefónicas: Adjuntamos guion utilizado para la realización de ventas telefónicas (Anexo 5).***
- d) Ventas a través de la página web: Se le ofrecen cada uno de los planes y categorías a los usuarios y si están de acuerdo con el servicio y las tarifas se le re direcciona a un link de pagos (...). (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

Frente al particular, se aclara que las normas endilgadas hacen referencia a las ventas mediante métodos no tradicionales o a distancia en el que se emplean medios telefónicos, por lo que está Dirección para analizar de fondo la presente imputación analizará uno a uno los numerales presuntamente infringidos y estudiará los argumentos de la investigada respecto de cada una de las normas objeto de reproche.

Asimismo, resulta importante previo al estudio de fondo, poner de presente que la investigada tanto en su escrito de descargos identificado con el radicado número 18-256024-12 del 2 de julio de 2019, como en el de alegatos de conclusión identificado con el consecutivo número 18-256024-25 del 16 de octubre de 2019, esgrimió sus argumentos de defensa, sin embargo, los mismos se dirigieron fue atacar la presente imputación respecto del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, pero no frente a lo que se le endilgó respecto del artículo 2.2.2.37.8 del citado decreto.

En ese orden y teniendo en cuenta lo anterior, en el análisis de cada una de las normas infringidas, este Despacho procederá al análisis de cada una de ellas, de acuerdo a los soportes probatorios que sustentan el cargo y se estudiarán los argumentos de la investigada en los numerales que frente a los que emitió pronunciamiento.

15.5.1. Frente a la etapa previa a la aceptación de la oferta:

15.5.1.1. Frente a la información de contacto: numeral 1° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015:

Este Despacho dio inicio a la presente investigación administrativa teniendo en cuenta el guion de ventas aportado por la investigada a través del radicado número 18-256024-4 del 06 de marzo de 2019 y del cual se observó que, ésta al parecer no informó en la etapa previa a la aceptación de la oferta, la información de contacto.

Frente al particular, debe destacarse que una vez revisados los escritos de descargos y alegatos de conclusión identificados con los consecutivos 18-256024-12 del 2 de julio de 2019 y 18-256024-25 del 16 de octubre de 2019, la investigada no emitió un pronunciamiento específico respecto de la norma objeto de estudio.

En ese orden y para decidir de fondo el presente cargo, esta Dirección considera importante proceder a exponer el guion de ventas que anexó la investigada a través del radicado número 18-256024-4 del 06 de marzo de 2019, así:

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen N° 7 (Radicado número 18-256024-4 del 06 de marzo de 2019-guion de ventas llamada telefónica)

GUION VENTAS TELEFONICAS BODYTECH

No	Descripción pregunta	No. Respuesta	Descripción respuesta	TIPS
Paso 1	Bienvenido a la bodylinea le habla en que le puedo colaborar?	Respuesta 1	Aplicar escucha activa	Continua paso 2
Paso 2	Señor (a) con fin de poder dejar registro de llamada me confirma su numero de documento	Respuesta 2	validar si es nuevo o renovado	Continua paso 3
Paso 3	Señor(a) (Apellido del Afiliado), el CMD Bodytech maneja un plan estandar el cual esta catalogado por tiempos : trimestre , semestre y año , este plan le permitira tener acceso a : consulta de valoracion medica, clases grupales , zonas de relajacion, zonas de peso libre y zona cardiovascular.	Respuesta 3	Aplicar escucha activa	Continua paso 4
Paso 4	Señor(a) en que sede estaria usted interesado ?	Respuesta 4	Aplicar escucha activa	Continua paso 5

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Imagen N° 8 (Radicado número 18-256024-4 del 06 de marzo de 2019-guion de ventas llamada telefónica)

paso 5	Señor(a) le confirmo que usted estaría interesado en una categoría La cual adicional a su sede de interés le permitira acceder a	Respuesta 5	Aplicar escucha activa	Continúa paso 6	
Paso 5	Señor(a) (Apellido del Afiliado), es para nosotros importante hacer parte de el cambio en su estilo de vida , es por esto que por este mes de aniversario usted recibira el 25 % sobre la compra de nuestro plan año .	Respuesta 6	Aplicar escucha activa		
Paso 6	Señor(a) (Apellido del Afiliado), adicional usted recibira ... (validar promoción)... y podra acceder a dos congelaciones de minimo 7 dias maximo 30 , esto por si en algun momento usted no puede acceder al servicio.	Respuesta 7	Cierre en venta	Continúa paso 6	
			Si	Paso 8	El pago lo realiza por tarjeta de credito y PSE
Paso 7	Señor(a) (Apellido del Afiliado) podemos realizar la transaccion en este momento la idea es que usted pueda aprovechar esta gran promocion de aniversario , estaria usted interesado?	Respuesta 8	NO		
Paso 8	Señor(a) (Apellido del Afiliado), Bodytech para efectos de calidad y seguridad realizara la grabacion de la llamada, por lo tanto requerimos que nos confirme la siguiente informacion con voz alta y clara , de acuerdo?	Respuesta 9	Aplicar escucha activa		
paso 9	En virtud de este contrato verbal Bodytech prestara los servicios del club medico deportivo , sujeto al reglamento general de servicios y al reglamento especifico establecido para cada actividad tales como : consulta de valoracion clinica , clases grupales, zonas de relajacion, zona de peso libre , zona cardiovascular en los terminos y condiciones del plan estandar en categoria por un termino de	Respuesta 10	Si		

Imagen N° 9 (Radicado número 18-256024-4 del 06 de marzo de 2019-guion de ventas llamada telefónica)

Paso 10	Señor(a) (Apellido del Afiliado), le recuerdo que el CMD BODYTECH no realizara devolucion de dinero bajo ningun concepto de acuerdo?	Respuesta 11	Si		
Paso 11	confirmacion de datos PAYU				

Así las cosas, al observar el contenido del guion telefónico y que fue relacionado anteriormente, se advirtió que el mismo consta de una serie de pasos que con aplicables a la etapa previa a la aceptación de la oferta, es decir, los pasos 1 al 6 antes expuestos.

En ese sentido, dicha etapa es entendida como un acto jurídico unilateral, dirigido a la perfección de un contrato, en el cual deben concurrir tres requisitos para que ésta se presente:

1. Que exista una declaración de voluntad.
2. Que esté encaminada a la celebración de un negocio jurídico y
3. Que sea completa⁵⁶.

En ese entendido, la oferta se enmarca dentro de una etapa precontractual que puede generar o no la formación del contrato y es la fase en la que tiene alcance la normativa objeto de estudio, por ello, en este caso concreto, se analizarán los pasos 1 a 6 del guion de ventas que emplea la investigada, con el fin de establecer si ésta les suministró o no a los consumidores la información de contacto del vendedor.

Así las cosas, se tiene que dicho documento contiene los siguientes pasos:

- “Paso 1: Bienvenido a la bodylínea le habla.... en que le puedo colaborar?*
- Paso 2: Señor (a) con fin de poder dejar registro de llamada me confirma su número de documento*
- Paso 3: Señor(a) (Apellido del Afiliado), el CMD Bodytech maneja un plan estándar el cual está catalogado por tiempos: trimestre, semestre y año, este plan le permitirá tener acceso a: consulta de valoración médica, clases grupales, zonas de relajación, zonas de peso libre y zona cardiovascular.*
- Paso 4: Señor(a) en qué sede estaría usted interesado?*
- Paso 5: Señor(a) le confirmo que usted estaría interesado en una categoría... La cual adicional a su sede de interés le permitirá acceder a...”*
- Paso 5 (sic): Señor(a) (Apellido del Afiliado), es para nosotros importante hacer parte del cambio en su estilo de vida, es por esto que por este mes de aniversario usted recibirá el 25 % sobre la compra de nuestro plan año.*
- Paso 6: Señor(a) (Apellido del Afiliado), adicional usted recibirá... (Validar promoción)... y podrá acceder a dos congelaciones de mínimo 7 días máximo 30, esto por si en algún momento usted no puede acceder al servicio (...).”*

De lo anterior, se puede observar que el “GUION VENTAS TELEFÓNICAS BODYTECH”, es empleado por la investigada para hacer un primer contacto o acercamiento vía telefónica con los consumidores, en el que si bien se les informa que se comunican a la “Bodylínea”, no se advierte en ningún momento, que en la etapa previa a la aceptación de la oferta, les indique a los usuarios la información de contacto, es decir, que no se les pone de presente dicho aspecto, para que éstos tengan conocimiento de la información de contacto del vendedor que les está ofreciendo el servicio y con el que pueden llegar a contratar eventualmente.

⁵⁶ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. El periodo Precontractual. Revistas Universidad Pontificia Bolivariana. 2016. P. 164.

Ahora, si bien la investigada no emitió un pronunciamiento particular frente a este cargo, este Despacho procedió a revisar la declaración del señor **PEDRO NEL FLÓREZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 80.417.764, en calidad de Coordinador de Servicio al Cliente de Bodytech, que se realizó el 4 de septiembre de 2019, en las instalaciones de esta Superintendencia y cuya constancia fue radicada con el número 18-256024-20 del 4 de septiembre de 2019 y éste indicó, entre otras cosas, que:

"(...) pregunta Despacho: ¿cuál es la información que se le brinda al cliente en la etapa precontractual?, ¿qué clase de información se le brinda al cliente antes de contratar los servicios?" (minuto 14:03 en adelante)

Respuesta: lo primero que ese le informa a un cliente es la sede, que están categorizadas, se le pregunta cual sede le sirve por lugar de trabajo y lugar de residencia, en caso de adquirir un producto que le sirva para ambas...si está trabajando o está la casa, lo siguiente que se le informa si está interesado son las tarifas y que incluye cada servicio y los tipos de servicios y el lapso que puede adquirir el servicio (...).

Pregunta abogado: ¿podría explicarnos cómo es el proceso de afiliación a través de los canales de call center que tiene dispuesta la empresa? (minuto 17:00 en adelante)

Respuesta: El proceso de afiliación, si el usuario llama y está interesado en comprar el producto como indiqué anteriormente se le solicita información respecto de qué tipo está interesado, la modalidad de pago y las sedes en las cuales está interesado...si lo hace por pago web ehmmm el usuario apenas verifique el pago tiene el servicio habilitado, si lo hace en sede, es el usuario quien acude directamente a la sede y el asesor comercial le amplía la información, le hace un recorrido por la sede si es una persona nueva y dependiendo del producto se genera la afiliación y se fija el inicio del servicio y se le indican las condiciones para tomarlo y se hace una verificación, un pequeño Check de estado de salud para verificar que puede tomar el servicio mientras espera la valoración médica.

Pregunta abogado: hablemos de cuando la afiliación se hace vía telefónica, ¿esa información quien o que personas se encargan de recibir esa solicitudes?

Respuesta: Cuando se hace telefónicamente la recepción de la información la hacen unas personas que están en llamadas (...) o las personas que están en línea de planta, porque puede ser que el usuario llame para afiliarse o se le hace el tele mercadeo.

Pregunta abogado: ¿Esas personas que atienden responden a algún tipo de libreto que la empresa haya diseñado?

Respuesta: Si señor, hay un libreto dependiendo del tipo de producto que se les vaya a ofrecer, la campaña que esté para indicarle al usuario el descuentos, los beneficios que tiene y si el usuario está interesado ya se procede a hacer el proceso de inscripción inicial.

Pregunta abogado: ¿Esas personas que atienden esas líneas telefónicas reciben algún tipo de capacitación?

Respuesta: Si señor, la capacitación inicial se basa primero en conocer la compañía que servicios ofrecemos, se les hace un proceso de inducción para que conozcan la compañía, las sedes, como operamos y después ya ellos en el caso de ventas pasan directamente al área de servicio al cliente y con mercadeo, se capacitan sobre las características de cada producto que incluye que no incluye y ya después dependiendo de la base de datos que vayan a manejar se les da la información o script.

Pregunta abogado: Esas personas en qué momento entran ya a recibir las solicitudes de afiliación de las personas interesadas.

Respuesta: Inicialmente se hace un plan canguro, entonces la persona siempre va a estar con alguien más antiguo que conozca bien los procesos de la compañía y cuando ya esté preparada se pasa a línea para que atiendan a los usuarios.

Pregunta abogado: ¿Qué tiempo más o menos está entre el momento de que la persona recibe la capacitación y el momento en que ya está sola o independiente para recibir las solicitudes de incorporación de la compañía?

Respuesta: El mínimo después de la capacitación básica y toda la parte de inducción de 3 a 4 semanas.

Pregunta abogado: Hay unos libretos que están dentro del expediente en donde en el momento en que se llega al tema del precio de la afiliación del valor del servicio, ese libreto porque se encuentra en blanco ¿eso porque sucede o es que no se le da o es que no se les da la información a las personas del call center?

Respuesta: hay una parte introductoria del libreto como es la presentación, el saludo, identificarse y ya después la otra parte que queda el espacio, es dependiendo del producto que se le va a ofrecer o que está interesado la persona, si la llamada es de entrada el usuario va a decir en qué servicio está interesado o en cual sede y si la llamada es de salida se le va a decir que le vamos a ofrecer entonces en ese espacio se debe adaptar a cada producto, si es para un trimestre, si es para un semestre, si es para el año, si es para ofrecerle un servicio complementario como es fisioterapia o nutrición o también el libreto puede ser para un proceso de retención o de revisión de cómo está el usuario, porque la llamada no es solamente para ofrecer el producto sino si el usuario hace tiempo que no va, lo van a llamar a preguntarle señor fulano porque hace tiempo que no asiste o a hacer un sondeo de cómo le ha ido con el servicio, entonces esa parte del libreto se debe adaptar dependiendo del propósito de la campaña

Pregunta abogado: ¿Esa adaptación la hace el ejecutivo o la persona que está recibiendo la llamada?

Respuesta: no, eso se coordina con el área de mercado y con el encargado de cada línea de negocio dependiendo del propósito de la campaña que esté realizando

Pregunta abogado: Ok, pero digamos que la persona del call center que está atendiendo la llamada, como tiene la posibilidad de informarle al consumidor cual es el plan que se adapta a sus necesidades o cual es la promoción que está vigente si es del caso

Respuesta: Ok, para adaptarlo a las necesidades del usuario, se le preguntan cuáles son los objetivos, las sedes que le quedan cerca y ya después se le da la demás información, al momento de subir la información a la base de datos, ésta está anexa a la campaña

Pregunta abogado: Es decir que el ejecutivo o el empleado tienen acceso a la información necesaria para ese usuario

Respuesta: Si señor, en caso de alguna duda hay una persona pendiente para aclarar o hacer el monitoreo del proceso en vivo, para verificar que se está dando la información correcta,

Pregunta abogado: Una vez la persona está interesado indica su interés en adquirir alguno de los planes ¿cuáles son los canales que tiene habilitado la empresa para que la persona pueda cancelar el servicio?

Respuesta: Si lo hace en la línea se le puede enviar un link de pago pay u o se utiliza la pasarela de pagos, el pay u se le envía el link con la descripción del producto, la promo, las iniciales del asesor o la persona que hace la llamada y si es pasarela de pagos, se pasa a un segundo plano donde el usuario ingresa esa información y ya se genera la venta y después se hace el proceso, cuando se confirma el pago el usuario puede acceder al servicio

Pregunta abogado: Podría aclararnos un poquito que es la pasarela de pagos, cual es el medio para que el usuario pueda cancelar o pagar esa inscripción

Respuesta: en la pasarela de pagos, se pasa a un segundo plano en el cual el asesor le va a decir al usuario en que momento puede ingresar la información financiera para que el usuario sea el solo el que la maneja y ya el sistema la arroja la información y se procede al proceso de inscripción

Pregunta abogado: A partir del momento en que el consumidor utiliza la pasarela o plataforma Pay U ¿a partir de qué momento el usuario puede hacer uso de los servicios?

Respuesta: Si el usuario se dirige a la sede con su comprobante de pago o se comunica con servicio al cliente y se le da el acceso.

Pregunta abogado: ¿Qué derechos adquiero yo, cuando le pago a la empresa?, ¿qué puedo hacer yo en las distintas sedes?

Respuesta: De acuerdo a la categoría de sede que escoja tiene acceso a los servicios médicos deportivos que es el enteramiento normal, maquinas, clases grupales, zonas

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

húmedas y la valoración médico deportiva o clínica, si necesita nutrición, fisioterapia, es un costo adicional que debe pagar (...)

Pregunta abogado: *¿En qué momento a partir de ese pago cuando es telefónico y cuando se utiliza PayU o la pasarela a partir de qué momento tengo derecho a utilizar esos servicios?*

Respuesta: *Inmediatamente a confirmar el pago*

Es decir, que yo al día siguiente puede ir a pedir el acceso a la sede
Si señor

Que sucede cuando la persona que está atendiendo el call center tiene alguna duda respecto de la información que se le solicita, hay algún un procedimiento que esté fijado para solucionar ese tipo de dudas?

Respuesta: *¿Me puede repetir la pregunta?*
(...)

Sí señor, estamos nosotros divididos en grupos como nivel cero, uno, dos y tres (...) hay personas que tienen más experiencia y conocimiento para dirigir o dar indicaciones al grupo, estamos el grupo de supervisores que estamos para aclarar cualquier duda o situación que se presente

Pregunta abogado: *No obstante que la persona pueda usar el servicio al día siguiente, ¿han existido casos de consumidores que se hayan arrepentido una vez acceden a la sede o a los pocos días?*

Respuesta: *Si señor*

Pregunta abogado: *¿Cómo resuelven esas situaciones?*

Respuesta: *Se hace validación de porque la solicitud del usuario de no gustarle el servicio, algunos lo compran y les salen situaciones inesperadas, a veces por cuestiones de salud (...) se procede con el reintegro del dinero.*

Pregunta abogado: *Incluso si esto se hace digamos antes de los cinco días de ese pago*

Respuesta: *Si señor, cuando es casos médicos pues es que el usuario tiene la cita de valoración y determina que tiene un riesgo de salud grande se le hace el reintegro.*
(...)

Pregunta Dirección: *¿El call center hace parte de Bodytech?*

Respuesta: *si señor*
(...)

Pregunta Dirección: *para ti, ¿qué entiendes por derecho de retracto?*

Respuesta: *cuando hago una compra y no estoy satisfecho con el servicio no me gusta no lo puedo utilizar, pudo que me devuelvan el dinero*

Pregunta Dirección: *¿Y cualquier tiempo o en qué momento?*

Respuesta: *Son 5 días hábiles dependiendo por el medio que lo haga*
(...)

Pregunta Dirección: *finalmente ¿quiere aclarar, corregir o enmendar algo...?*

Respuesta: *pues lo que me preguntaba sobre el retracto, se aclaran a los usuarios que si no pueden tomar el servicio se procede a hacer el reintegro, a los extranjeros, las personas que vienen de paso, se les da la posibilidad de que transfieran los derechos que han adquirido y si no se les hace el reintegro (...)"*

De la anterior declaración, se puede establecer que la investigada efectivamente realiza ventas a distancia y que emplea un libreto para llevar a cabo las mismas; aunado a ello, éste presentó las explicaciones de por qué el libreto que se encontraba dentro del expediente tenía espacios en blanco respecto de alguna información.

Asimismo, éste manifestó como se realizaban las llamadas y la información que se suministraba a través de las mismas, por lo que frente a lo que aquí se analiza, se advierte que éste indicó aspectos que eran informados a los consumidores en la etapa previa a la aceptación de la oferta, entre ellos

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

que el asesor se identificaba, pero no hizo alusión a que se suministrara la información de contacto, aspecto esencial que debía ponerse de presente en el marco de las ventas a distancia previo a la aceptación de la oferta.

En tal entendido, la declaración de parte expuesta no tiene la virtualidad de relevar a la investigada de lo que aquí se analiza, sino que por el contrario, se acredita que ésta para realizar el acercamiento con los consumidores se prevaleció de un libreto que se les leía a los consumidores en las llamadas telefónicas y del cual es claro que no se les indicó la información de contacto.

Ahora bien, este Despacho igualmente procedió a analizar la declaración del señor **CÉSAR ALBERTO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 80.758.423, en su calidad de Abogado Corporativo de Bodytech, que se realizó el 4 de septiembre de 2019, en las instalaciones de esta Superintendencia y cuya constancia fue radicada con el número 18-256024-20 del 4 de septiembre de 2019, se evidenció lo siguiente:

"(...) Pregunta Dirección: ¿El call center que tienen al servicio de los consumidor, qué clase de instrucción reciben estas personas para aclarar las dudas que tienen los consumidores? (minuto: 39:59 en adelante)

Respuesta: sí señor, yo les hago dentro toda inducción corporativa de todas las personas trabajadores de la compañía, directas y en misión recibe una capacitación en nuestras 3 políticas, la política de lavado de activos, la política de prevención de corrupción, la política de habeas data y las nociones básicas sobre consumidor, en las que recalamos en ésta última que es el objeto de diligencia, es darle al consumidor una información clara, precisa y concreta y que el consumidor no se induzca a error, que es lo clave que les damos en la capacitación

Pregunta Dirección: ¿Cuál es el método utilizado para informar el derecho que tienen los consumidores al retracto?

Respuesta: Pues nosotros inicialmente como tenemos claridad que las ventas que hacemos en el caso particular las ventas telefónicas, el consumidor a partir de que compra su plan de afiliación tiene derecho a usufructuar el plan es decir, es de inmediato, ¿cómo lo hace el consumidor?, el consumidor para tal efecto lo que tiene que hacer es llevar el Boucher de PayU lo lleva pues a la sede si quiere ingresar inmediatamente y hacemos una verificación de que el pago está o que el pago es correcto y que efectivamente lo hizo y con eso puede ingresar a Bodytech y por tanto no tendríamos según la ley, derecho de retracto.
(...)

Pregunta abogado: ¿las personas que hacen parte del call center o el grupo que se encargan de recibir las llamadas son funcionarios de la empresa o son terceros?

Respuesta: Doctor Dionisio, tenemos dos tipos de empleados en el call center unos que están en contacto directo con Bodytech y unos que están a través de un outsourcing de personas que están en misión en la compañía

Pregunta abogado: Esas personas al contestar esos call center, ¿tienen algún tipo de guía o libreto que deben seguir en su interrelación con los consumidores?

Respuesta: Si señor si cuentan con un libreto

Pregunta abogado: ¿Quién lo diseña?

Respuesta: El diseño del libreto lo hacemos un grupo interdisciplinario, entre la jefe del servicio al cliente que es experta de temas de ventas y demás y por mi parte para que las indicaciones que se les den a los consumidores sean claras, precisas y suficientes

Pregunta abogado: ¿Por qué en ese libreto, porqué razón existe algunos de los que se aportaron las diligencias porque hay espacio en el tema de costos o valor de los planes?

Respuesta: Nosotros tenemos un libreto maestro, es decir, en Bodytech vendemos varios planes, es decir no solo es plan anual que es el pre pagado sino también debito mensual, paquete welcome pack y vendemos otro tipo de servicios entonces lo que hacemos les damos un libreto con ciertos espacios en blanco al equipo de call center en el que ellos tienen que verificar en una tabla adicional de precios y dependiendo de lo que quiera el consumidor pues se le informa, por ejemplo el consumidor quiere un plan platino que está costando aquí en Bodytech en \$2.600.000, entonces el consumidor quiere un plan platino. Lo que hace el funcionario del call center es espacio en blanco precio a informar se remite a su hoja de precios

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

y sabe que debe informarle al consumidor que plan platino año cuesta 42.600 si quiere one (...) es por eso que el espacio en blanco está así... dependiendo del plan.

Pregunta abogado: ¿El tipo de planes varía con que periodicidad?

Respuesta: Nosotros sacamos promociones todo el año, entonces a veces por el tema del mercado y la competencia, nos toca bajar el precio de los planes es decir el mercado es el que nos impone que precio le impones a los planes para hacer las ventas, pero igual eso lo tiene claro en una lista de precios el call center y es la que le informa veraz y concreta a los consumidores

Pregunta abogado: ¿Con que periodicidad pueden ser esos cambios?

Respuesta: Nosotros tenemos en el año varios hitos o varias fechas en que son más frecuentes los cambios, porque pues son fechas claves de Bodytech que es el mes de la salud que es abril, n donde hacemos unas promociones que son muy buenas, el mes de septiembre que es el cumpleaños de Bodytech y el mes de diciembre que es la promoción de fin de año, pero en realidad también dependiendo de cómo esté el negocio y las ventas podemos hacer otras promociones en otros meses

Pregunta abogado: ¿Los costos varían?

Respuesta: Si pueden variar

Pregunta abogado: ¿Quién se encarga de actualizar esa tabla de planes, promociones y costos para que el funcionario del call center los tenga actualizados?

Respuesta: Los precios son concertados directamente con el presidente la compañía (...), con la funcionaria (...) que es la que maneja el precio de todos los planes y una vez se concierta el precio de los planes que se le van a cobrar a los consumidores durante un lapso del mes pues se baja al call center para hacer las ventas telefónicas.

Pregunta abogado: Eso digamos conoce usted como es la mecánica de actualizar esos planes para que las personas del call center las tengan siempre

Respuesta: Sí señor, eso directamente la funcionaria que maneja los precios (...) es la encargada de actualizar los precios mes a mes y es al que baja los precios a todo el negocio de la compañía para hacer las ventas incluso el call center en donde se les da la lista actualizada para lo que se va a cobrar en ese lapso

Pregunta abogado: En el tema de las devoluciones digamos cual es la política de la compañía

Respuesta: Si señor nosotros a veces tenemos una política, no es política a veces por decisión comercial accedemos a la petición del consumidor, el firma un contrato de prestación de servicios en la que dice que desde que tenga el servicio disponible para su uso se está generando el pago del plan, por ejemplo me compra un año, va el primer mes y el tipo pues no vuelve a entrenar en Bodytech y ya deserta el primer mes, pero al mes quinto vuelve y dice oiga no puede entrenar en Bodytech porque me fui del país o me paso tal cosa, hay dos posibilidad en la compañía, si el consumidor dice quiere volver, a pesar de no tener ningún derecho a devolución porque está en el contrato, a veces a accedemos pues si él quiere volver, le hacemos alguna una cortesía y por decisión comercial a veces le reintegramos unos meses, esas devoluciones las hacemos dependiendo de las expectativas del cliente y lo miramos, pero no tenemos una política así establecida de cuando proceden esas devoluciones

Pregunta abogado: Y en los contratos se fijan los eventos en los cuales se hacen devoluciones digamos que sean contractuales

Respuesta: Tenemos, es decir, pues devociones de dinero no, lo que tenemos en el contrato es algunos unos ítems, en que el cliente según contrata la posibilidad de congelar o suspender su plan de afiliación, que es durante ese lapso si es plan de débito automático, no se le hacen esos cobros (...) pero en sí no hay devoluciones (...).

De la anterior declaración se advierte que, si bien se abordaron temáticas que serán objeto de estudio posterior, no se indicó nada respecto de la información de contacto que debía suministrarse en la etapa previa a la aceptación de la oferta.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

En ese orden y al analizar el guion de venta, así como las declaraciones del personal de la investigada, se advierte que ésta no demostró que hubiera suministrado la información que aquí se le reprochó en la etapa previa a la aceptación de la oferta.

En vista de lo anterior, este Despacho debe indicar que se configuró el incumplimiento a lo que dispone el numeral 1° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, en la medida en que no se informó a los consumidores, con anterioridad a la aceptación de la oferta, la información de contacto.

15.5.1.2. Frente a la información referente al precio conforme las reglas previstas en el artículo 26 de la Ley 1480 de 2011, numeral 3° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015:

Por otro lado, este Despacho le endilgó a la investigada una presunta responsabilidad, con base igualmente en el documento denominado “*GUION VENTAS TELEFÓNICAS BODYTECH*” antes expuesto y del que se advirtió que, al parecer ésta no les informó a los consumidores de manera previa a la aceptación de la oferta, lo correspondiente al precio de acuerdo con las reglas que determina el artículo 26 de la Ley 1480 de 2011.

Frente al particular, resulta importante destacar que la investigada no emitió un pronunciamiento específico respecto de la norma objeto de estudio, en sus escritos de descargos y de alegatos de conclusión.

Así las cosas, este Despacho procedió nuevamente a revisar los pasos 1 al 6 de dicho guion que son los aplicables a la etapa previa a la aceptación de la oferta y evidenció que, si bien se le suministraron unos datos respecto de las sedes, los servicios ofrecidos y se hizo alusión a una categoría, lo cierto es que no se les informó lo correspondiente al precio final de los servicios a los consumidores, incluyendo los impuestos y gastos adicionales a que hubiera lugar.

Ahora, este Despacho al revisar las declaraciones del personal de la investigada, observó que el señor **CÉSAR ALBERTO GONZÁLEZ**, manifestó que dicho libreto tenía espacios en blanco respecto de este aspecto, porque dependía del plan y servicios ofrecidos y que el personal del call center aparte de ese libreto, tenía una tabla de precios que era frecuentemente actualizada, sin embargo, deben advertirse varias cosas; en primera medida, dicha manifestación la hizo de forma general y no especificó si esa supuesta dinámica comercial correspondía a la etapa previa a la aceptación de la oferta o si se predicaba de la celebración verbal del contrato vía telefónica.

En segunda medida, cuando el sujeto pasivo allegó dicha información mediante el radicado número 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019, no aportó ninguna tabla de precios ni especificó que cuando hacía ventas telefónicas empleaba dicho documento, sino que se limitó a indicar que canales empleaba para sus ventas, entre ellos, las realizadas vía telefónica y que por ello, adjuntaba el guion que utilizaba.

En tercera medida y si bien es cierto que la investigada no emitió un pronunciamiento específico frente a esta norma, ésta allegó con sus escritos de defensa una tabla de precios, sin embargo, ese es un elemento aislado y no tiene la virtud de acreditar que el mismo era empleado a la par con el guion de venta en la etapa previa a la aceptación de la oferta, máxime si se tiene en cuenta la declaración del referido señor, en el que se indicó que los precios variaban a lo largo de cada año, que eran actualizados y luego remitidos al call center.

De igual manera y si bien el declarante manifestó que tenían un libreto maestro y que por eso existían unos espacios en blanco dependiendo de los servicios que se ofrecieran y posteriormente, fueran vendidos, lo cierto es que, la investigada allegó el guion de ventas objeto de análisis y el mismo no cumple con lo que determina el numeral 3° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2011. Aunado a ello, no existen pruebas que respalden las afirmaciones expuestas y en todo caso, lo cierto es que el guion de ventas no contiene la información mínima que determina la ley para la etapa previa a la aceptación de la oferta.

Ahora, resulta importante indicar que la investigada con su escrito de descargos allegó unos audios, del cual resulta importante destacar el referido como “1.7. Grabación venta plan Welcome Pass”, del que se advirtió lo siguiente:

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

“Minuto 1:03: Asesor: *Entonces que vamos a hacer no te voy a ofertar, trimestre, semestre, ni año, necesito es que tu vengas a conocernos, que tu vengas a validar si te gusta o no te gusta, ¿listo Elizabeth?*

Usuario: Si señor

Asesor: en este momento el concepto vale \$45.000 el mes, se llama welcome pass y tiene todos los beneficios que cuenta un plan año

Minuto 3:50 Asesor: *Entonces por eso te digo, ósea quiero es que vengas y nos conozcas si te gusta renovamos y hablamos trimestre, semestre o año, pero eso ya..., no te puedo hablar de los precios porque lo que te digo, cuando tú ya vayas a renovar vamos a estar en aniversario y vas a ser afiliada entonces los precios que yo te voy a dar acá van a estar por encima”.*

Del anterior audio, se observa que el mismo no corresponde con el guion de ventas objeto de análisis y aunque si bien se indicó un precio en la etapa previa a la aceptación de la oferta, lo cierto es que, acto seguido el asesor de ventas indicó que ya no podía hablar de los precios y que los mismos variaban, circunstancia que deja un manto de dudas acerca de este aspecto esencial. Aunado a ello y si bien éste indicó un precio a través de dicho audio, no se puede establecer si ese valor fue informado siguiendo las reglas de lo que determina el artículo 26 de la Ley 1480 de 2011, máxime si se tiene en cuenta que además en la llamada se señaló que los precios variaban por la situación de un “aniversario” y en consecuencia, dicho elemento probatorio no tiene la virtud de relevar al sujeto pasivo del presente reproche.

En consecuencia, es claro que la investigada con su conducta infringió lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2011.

15.5.1.3. Frente a la existencia del derecho de retracto y de reversión, de conformidad con los numerales 9° y 10° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 y el numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011:

Por otra parte, este Despacho le endilgó a la investigada una presunta responsabilidad, con base igualmente en el documento denominado “*GUION VENTAS TELEFÓNICAS BODYTECH*” y del que se advirtió que, al parecer ésta no les informó a los consumidores de manera previa a la aceptación de la oferta, lo correspondiente al derecho de retracto previsto en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, situación que pudo vulnerar el numeral 4° del artículo 46 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.

Asimismo, se advirtió de dicho elemento probatorio, que al parecer tampoco se les informó a los consumidores en la etapa previa a la aceptación de la oferta, lo correspondiente a la prerrogativa de reversión del pago en los términos que estipula el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011 y por ello, se podría haber configurado una infracción de lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

Sobre el particular, debe destacarse que la investigada en sus escritos de defensa, no emitió un pronunciamiento específico respecto de la norma objeto de estudio.

Así las cosas, este Despacho procedió nuevamente a revisar los pasos 1 al 6 de dicho guion que son los aplicables a la etapa previa a la aceptación de la oferta y evidenció que si bien se le suministró una información a los consumidores, no se les indicó el derecho que les asistía de retractarse, en los términos establecidos en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, así como tampoco les indicó acerca de la prerrogativa que les asistía para reversar los pagos en los términos que determina el artículo 51 de ley en mención.

Frente al particular, resulta importante indicar que al revisar las declaraciones del personal de la investigada, éstos manifestaron que conocían del retracto, pero que el mismo no era aplicable porque sus servicios eran de inicio inmediato; al respecto debe indicarse que, si bien el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 contempla unas excepciones frente a dicha prerrogativa, lo cierto es que la investigada al realizar ventas a distancia, tenía la obligación de informar en la etapa previa a la aceptación de la oferta la prerrogativa de retracto.

Aunado a ello y si bien indicaron que hacían devoluciones de dinero, lo cierto es que éstos manifestaron que eran por políticas comerciales y en todo caso, lo cierto es que aceptaron que no

aplicaban el retracto y la devolución de todas formas, no se equipararía necesariamente a esta figura jurídica.

Ahora, frente a que el servicio iniciaba inmediatamente, dicha circunstancia es debatible, toda vez que los mismos declarantes indicaron que si las personas llegaban a adquirir los servicios tenían que pasar por un proceso de validación posterior respecto del pago para que pudieran ingresar a las sedes, por lo que, es claro que el servicio no empezaría de manera automática.

En tal entendido, es claro que la investigada no informó a los consumidores el derecho que les asistía a retractarse o a reversar los pagos y en ese sentido, es claro que ésta vulneró la normativa objeto de estudio.

15.5.2. Frente al contenido mínimo de los contratos de ventas celebrados a distancia mediante el empleo de métodos telefónicos por parte de la investigada:

15.5.2.1. Frente a la información de contacto del vendedor, numeral 1° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015:

Por otra parte, este Despacho inició la presente investigación administrativa, con base en el "GUION VENTAS TELEFÓNICAS BODYTECH", aportado por la investigada y del que se observó lo siguiente:

*"Paso 9: **En virtud de este contrato verbal Bodytech** prestará los servicios del club médico deportivo, sujeto al reglamento general de servicios y al reglamento específico establecido para cada actividad tales como: consulta de valoración clínica, clases grupales, zonas de relajación, zona de peso libre, zona cardiovascular en los términos y condiciones del plan estándar en categoría por un término de... (...)" (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Así, del contenido anterior, se pudo establecer que la investigada celebraba con los consumidores un contrato verbal empleando métodos a distancia vía telefónica y por ello, está sujeta a cumplir a cabalidad lo dispuesto en el artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

En ese orden, esta Autoridad al revisar en su integridad dicho documento, advirtió que posiblemente la investigada no informó dentro del contenido mínimo del contrato celebrado verbalmente mediante el empleo de métodos a distancia vía telefónica con los consumidores, lo correspondiente a los datos de contacto del vendedor.

Al respecto, la investigada en sus escritos de defensa identificados con los radicados números 18-256024-12 del 2 de julio de 2019 y 18-256024-25 del 16 de octubre de 2019 manifestó lo siguiente:

*"(...) **3.1. En relación con el suministro de información de contacto***

Afirma la Dirección que 'previo estudio del guion de ventas telefónico (Fls.98 a 101) esta Dirección encuentra que, el referido documento aparentemente no incorpora información relacionada con los datos de contacto del vendedor , conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2.2.2.37.9 del decreto 1074 de 2015'.

Al hacer una revisión de la norma, esta hace referencia a los contenidos mínimos de los contratos de ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia. Ahora, del solo guion de ventas no se puede concluir que Bodytech no cumpla con esta obligación, en la medida en que no es sólo a través de la llamada telefónica que se perfecciona el contrato, debido a que tal como se observa en el punto 11 del guion, se tiene que proceder a una confirmación de datos para proceder al pago a través de la plataforma de pago PayU. Esta confirmación se lleva a cabo a través del envío de un correo electrónico que realiza el asesor de ventas. Una vez el usuario recibe este correo electrónico, encontrará allí no solo el enlace para que realice el pago del servicio que desea contratar, sino la identificación Bodytech, teléfono de contacto, así como correo electrónico de contacto, tal como se muestra a continuación:

(...)

Solo en ese momento culmina el proceso de venta del servicio. Al analizar todo el procedimiento, concordará la Dirección con nosotros que la información si se entrega al consumidor

(...)

Queremos llamar la atención de la señora Directora respecto a que una interpretación de los testimonios rendidos y los documentos presentados, entregaron un panorama claro de cómo Bodytech respeta los derechos de los consumidores.

Al respecto, la doctrina especializada, ha explicado la prueba testimonial así (...)

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

El doctor Devis, por su parte explicó así la prueba testimonial (...)

Ahora bien, para su valoración la prueba testimonial debe serlo en conjunto con otros testimonios y los demás medios probatorios, la doctrina es clara al respecto (...)

La prueba documental aportada y los testimonios recibidos dan cuenta del suministro de la información de contacto, se informa el precio y no se informa el derecho al retracto porque aplica una de las excepciones establecidas en la ley (...).

Al respecto, es importante reiterar para el objeto de estudio, que la investigada si bien tiene diversos canales para realizar sus ventas, uno de ellos, es las ventas a distancia mediante métodos telefónicos, respecto de los cuales el usuario no tiene contacto directo con el producto y/o servicio que va a adquirir.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo que indicó la investigada en el radicado número 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019, se advirtió que ésta empleaba un guion o libreto para realizar dicho tipo de ventas y el mismo permitía observar cómo se llevaba a cabo la llamada desde la etapa precontractual hasta la celebración y validación de ese negocio jurídico por parte de su personal.

De igual manera y al analizar el guion de ventas telefónico que se encuentra expuesto en esta imputación, se pudo observar también que el mismo contenía una serie de pasos que debía seguir el personal de la investigada, fueran empleados de planta o contratistas para llevar a cabo la venta telefónica; en ese orden y si bien el libreto revela 11 pasos, para el estudio concreto de este cargo, debe indicarse que los pasos 7 a 11 son los relevantes, toda vez que es allí donde se evidencia que pasa de realizarse un simple ofrecimiento a concretarse una venta y donde el consumidor pagará un monto para adquirir el servicio y satisfacer así, su necesidad de consumo.

Así las cosas y para respaldar lo anterior, vale la pena traer a colación el contenido de dichos pasos que están contenidos en dicho guion o libreto y que reposa en el radicado número 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019, así:

“(...) Paso 7: Señor (a) (Apellido del Afiliado), podemos realizar la transacción en este momento la idea es que usted pueda aprovechar esta gran promoción de aniversario, estaría usted interesado?”

Paso 8: Señor(a) (Apellido del Afiliado), Bodytech para efectos de calidad y seguridad realizará la grabación de la llamada, por lo tanto requerimos que nos confirme la siguiente información con voz alta y clara, de acuerdo?

Paso 9: En virtud de este contrato verbal Bodytech prestará los servicios del club médico deportivo, sujeto al reglamento general de servicios y al reglamento específico establecido para cada actividad tales como: consulta de valoración clínica, términos y condiciones del plan estándar en categoría por un término de ...

Paso 10: Señor(a) (Apellido del Afiliado), le recuerdo que el CMD BODYTECH no realizará devolución de dinero bajo ningún concepto de acuerdo?

Paso 11: confirmación de datos PAYÚ (...).

En virtud de lo anterior, se tiene que a través de la modalidad de venta a distancia vía telefónica, se celebra un contrato verbal con los usuarios, en donde el consentimiento es manifestado verbalmente por el consumidor quién pagará un precio para obtener dichos servicios.

Así las cosas y al revisar dicho guion se advierte que si bien en la etapa contractual, se hace referencia a Bodytech, lo cierto es que no se suministra la información de contacto del vendedor.

Ahora, tanto en los descargos como en los alegatos, la investigada allegó un pantallazo del mensaje que era enviado a los consumidores para efectuar el pago por PayU, en el que al final se observa el teléfono y el correo electrónico de la investigada; asimismo, en la declaración del señor **PEDRO NEL FLÓREZ**, se advirtió que éste frente a la pregunta del apoderado de la investigada referente a: **“una vez la persona está interesada, indica su interés en adquirir alguno de los planes ¿cuáles son los canales que tiene habilitado la empresa para que la persona pueda cancelar el servicio?, éste indicó: “si lo hace en la línea se le puede enviar un link de pago pay u o se utiliza la pasarela de pagos, el pay u se le envía el link con la descripción del producto, la promo, las iniciales del asesor o la persona que hace la llamada y si es pasarela de pagos, se pasa a un segundo plano donde el usuario ingresa esa información y ya se genera la venta y después se hace el proceso, cuando se confirma el pago el usuario puede acceder al servicio”** (Negrilla y subrayado fuera de texto).

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Así las cosas y al analizar en conjunto dichos elementos probatorios, se tiene que una cosa es la información mínima que debe estar contenida en el contrato de venta a distancia y otra es la materialización del vínculo jurídico del pago por la cosa; en ese sentido y si bien en esa captura de pantalla que se anexó de una transacción de PayU en los escritos de defensa, en la que se señala que el enlace para pago lo envía “BODYTECH CANAL SAC” y se indica un teléfono y un correo electrónico, no cumple con el cometido de la norma, toda vez que la celebración de dicho negocio era verbal y era mediante dicho medio que se debía indicar los datos que se enviaban vía electrónica. Ahora y si bien este Despacho acabó de valorar dicho elemento probatorio, lo hizo con el fin de indicar porque el mismo no permite acreditar el cumplimiento de la normativa, pero lo cierto es que, dicho soporte corresponde a una fecha posterior a la documentación que allegó la investigada en su momento en la etapa de averiguación preliminar.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo anterior, se puede establecer que la investigada si bien igualmente en la etapa de celebración del negocio verbal vía telefónica se prevale de un libreto, lo cierto es que, ésta no suministró la información de contacto del vendedor y por ello, está acreditado el incumplimiento de lo que lo determina el numeral 1° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

15.5.2.2. Frente al precio: numeral 3° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015:

Por otra parte, esta Dirección analizó el guion de ventas y señaló que al parecer, la investigada no atendió lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2011, puesto que no incorporó dentro del contenido mínimo del contrato de ventas a distancia, el precio, conforme con las reglas previstas en el artículo 26 de la Ley 1480 de 2011.

Al respecto, la investigada en sus escritos de defensa identificados con los radicados números 18-256024-12 del 2 de julio de 2019 y 18-256024-25 del 16 de octubre de 2019, manifestó lo siguiente:

“(…) 3.2. En relación con la información de precios

Afirma la Dirección que ‘la investigada aparentemente no informa a los consumidores durante las llamadas telefónicas sobre el precio de venta del plan ofrecido, incluidos todos los impuestos y costos adicionales, obligación que le asiste al realizar ventas a distancia, según lo establecido en el numeral 3 del artículo 2.2.2 .37.9 del decreto 1074 de 2015’.

La norma referida exige que la información se dé conforme a lo establecido en el artículo 26 de la ley 1480 de 2011. El cual establece que: (…)

La imputación hecha por la Dirección se basa nuevamente en el guion de ventas aportado por Bodytech en virtud del requerimiento realizado, no obstante, debe aclararse que la razón por la cual en el guion aportado no aparece el precio de venta de los planes que ofrece mi representada, se debe a que el mismo varía dependiendo de las respuesta que el consumidor vaya entregando sobre la base de sus preferencias de servicios y ubicación, así como los planes disponibles para ese momento y las promociones que apliquen.

En ese sentido, no se puede establecer de manera fija en el guion los precios, razón por la cual, es de conocimiento de los asesores de venta que después de determinado paso deben proceder a dar información sobre los planes disponibles, incluyendo el precio.

Así, es en los pasos 4 y 5 del guion que se permite al asesor de ventas introducir al interesado el precio de los planes ofrecidos:

En efecto, tal como se puede verificar en el instructivo correspondiente al mes de junio de 2019 que se adjunta a este escrito y en la página web de Bodytech, es indispensable conocer la ubicación del consumidor, la sede donde prefiera que se le preste el servicio y el plan que eligió para poder dar información sobre el precio. En la siguiente imagen se puede verificar la variación de los precios para el plan ELITE (plan débito automático mensual, duración indefinida), dependiendo de la categoría escogida por el consumidor, para el mes de junio de 2019:

(…)

Asimismo, de las llamadas que se aportan con el presente documento es claro que los asesores nunca omiten informar al consumidor de los precios de los planes disponibles. Por ejemplo:

"Por la cual se decide una actuación administrativa"

"Daniel Torres (asesor comercial): Tú eres una categoría ONE, que es la de Pasadena, la cual te da ingresos a todas las sedes a nivel nacional, menos a cuatro que son: Cabrera, Chicó, Carrera 11 y Calle 90, a esas cuatro sedes nada... Pero a nivel nacional a todas, Medellín, Cali, Cartagena, Barranquilla.

Laura Perdomo (consumidora): Yo hice uso de las de Villavicencio en semana santa. Lo que pasa es que como no tengo cita, en Villavicencio, pero pues estuve en Villavicencio en semana santa, bueno, por lo menos en semana santa voy.

Daniel Torres (asesor comercial): Te quiero decir que por parte de Bodytech te queremos decir que la sede administrativa tiene un regalo para ti por haber portado la confianza con nosotros, dar ese salto de fe. Es un descuento por la renovación de tu año el cual está, si tú te acercas a la sede, el año para los nuevos está en 1.680.000 COP. Tú no eres nueva, a ti te queda en 1.560.000 COP y pues con el descuento que yo te voy a decir te queda en 1.404.000 COP ¿Hasta ahí cómo vamos? ¿Tentador?.
(...)

Daniel Torres (asesor comercial): Prácticamente tienes 17 meses por el precio de 1.404.000 COP.

Laura Perdomo (consumidora) Ok. Ay no, es que está muy chévere.

(...)

Laura Perdomo (consumidora): Bueno ¿y cómo haría el tema del pago?

Daniel Torres (asesor comercial): Bueno, en este momento si lo hacemos en esta llamada como yo ya tengo tus daticos, yo te mando por una pasarela de pago ¿listo? Para que hagas el pago directamente ¿Vale?

¿ahí qué se va a hacer? Que yo ya tengo tus daticos y yo ya te envío a una página para que llenes los datos de la tarjeta ¿sí? Y ahí vuelves otra vez con nosotros ¿listo? Y ya la transacción nos va a salir si es exitosa o es por datos errados, o si la tarjeta salió declinada, ejemplo.

Laura Perdomo (consumidora): Ok ¿Y puedo hacer el pago con tarjeta de crédito?

Daniel Torres: (asesor comercial): Si señorita. Y lo difieres a las cuotas que tú me digas."

De todo lo anterior se concluye entonces que no se omite en ningún momento el informar al consumidor el precio de venta se su plan.

(...)

Al respecto, el testigo César González explicó como los ejecutivos atienden al público tiene acceso a las listas de precios y adecúan el libreto dado a los funcionarios a las necesidades de cada consumidor y a los planes que requieren (...).".

Además, en los descargos la investigada allegó 5 audios, en los que señaló que se podía concluir que los asesores nunca omitían informar al consumidor la información de los planes disponibles y citó el caso de la llamada efectuada a Laura Perdomo; no obstante, debe indicarse que dichas manifestaciones carecen de asidero legal, toda vez que esta Autoridad procedió a revisar los audios allegados que corresponden a:

- "1.3. Grabación venta pasarela de pagos I".
- "1.4. Grabación por error en compra".
- "1.5. Grabación venta pasarela de pagos II".
- "1.6. Grabación renovación plan con link de pago".
- "1.7. Grabación venta plan Wecome Pass".

En efecto, el audio denominado "1.3. Grabación venta pasarela de pagos I", es una llamada efectuada a la señorita Laura Marcela, sin embargo, en la misma se escucha que no es el primer contacto que se establece con esta persona, por el contrario, se encuentra que la llamada obedece a que la usuaria lleva 6 meses sin acudir a BODYTECH, (minuto 4:04), por lo que, se le ofrece un descuento por renovación del plan (minuto 8:04); por lo tanto, en esta llamada no fue utilizado el guion que es objeto de reproche ni tiene relación con la norma objeto de estudio, tal como se escucha

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

en el transcurso de todo el audio, pues se trata de una cliente ya afiliada con anterioridad a Bodytech, así:

“Minuto 4:04 Usuaría: siempre es un poquito complejo... es trajín... he ahí mis ausencias prologadas como por 4 meses

Asesor: juemadre pero es que van seis meses mujer

Asesor: yo sé que ahorita estas ocupadita yo quiero que continúes con nosotros

Usuaría: Yo también quería continuar

Minuto 8:01 Asesor: Bueno...Por parte de Bodytech te queremos decir que la sede administrativa tiene un regalo para ti por haber depositado la confianza con nosotros, dar ese salto de fe, es un descuento por la renovación de tu año...”

Por lo tanto, este Despacho advierte que, en esta llamada, no se está haciendo la lectura del documento objeto de estudio y en el mismo no se celebra un contrato, sino que se motiva a la consumidora a que lo celebre y adquiera los servicios.

Frente al audio “1.4. Grabación por error en compra”, este corresponde a una queja presentada por la señorita Daniela Castañeda, en la que pone en conocimiento que efectuó un pago por un mes de inscripción a BODYTECH y le fue cobrada de su tarjeta el pago correspondiente a un año de inscripción (minuto 1:56):

“Asesor: Bodytech buenas tardes, habla Andrés Caballero, ¿en qué le puedo ayudar?

Usuario: Buenas tardes, Andrés con Daniela Castañeda

Asesor: Buenas tardes

Usuaría: Lo que pasa es que esta tarde fui a un Bodytech en Barranquilla y me iba a meter solo por un mes, no paso la tarjeta, eh...y...eso fue a las 11 de la mañana y ahora me acabo de llegar un mensaje de la tarjeta de crédito que me cobraron todo un año yo le puse ahí que solo un mes y me están cobrando todo el año...”

Escuchado el anterior audio, se tiene que de esta conversación tampoco se puede corroborar el contenido del guion, como quiera que la llamada se da con ocasión de una queja en el pago por parte de una usuaria, sin que se trate de la celebración de un contrato, toda vez que el mismo ya se efectuó en condiciones diferentes a las esperadas y por eso es que se suscita la llamada.

Igual situación ocurre con el audio “1.5. Grabación venta pasarela de pagos II”, es una segunda llamada que se le efectúa a la señora Paola Andrea Sierra segundo: (0:03), así:

“Usuaría: Buenas tardes

Asesor: Alo, buenas tardes, ¿hablo con Paola Andrea Sierra?

Usuaría: Si con ella

Asesor: ¿Hola Paola cómo estás? Habla con Johantan de Bodytech nosotros habíamos hablado anteriormente Paola

Usuaría: ¿Si cómo estás?

Asesor: Muy bien Paola gracias por preguntar, Paola el motivo de mi llamada es porque quiero saber si pensaste de pronto lo que nosotros hablamos, acerca del descuento de la promoción y pues lo del tiempo que damos.

Usuario: Si yo te había dicho que si quedaste en volverme a llamar y no me volviste a llamar ese día...”

Del audio se puede establecer que, no se empleó el guion de ventas objeto de reproche y que las personas que se comunican vía telefónica ya habían tenido un contacto previo con el fin de que se realizara una venta, sin embargo, el mismo no tiene relación con lo que aquí se reprocha en la etapa contractual.

Respecto al audio “1.6. Grabación renovación plan con link de pago”, en el que se escucha (minuto 1:31):

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

“Asesor: ¿Body línea buenos días habla Guisella con quien tengo el gusto de hablar?”

Usuario: Hola Guisella hablas con Jorge Gómez de Montería

Asesor: ¿Qué pena no le escucho con quien hablo?

Usuario: Con Jorge Gómez de Montería

Asesor: En qué te puedo colaborar

Usuario: Lo que pasa es que quiero renovar el plan por este... de un año con el regalo de mamá

Asesor: Siii

Usuario: y el código que me enviaron al correo me sale invalido”.

Del anterior audio, se evidencia que el mismo se dio con ocasión de una decisión del consumidor de renovar un plan con un bono en Bodytech y un problema con el código del mismo, por lo tanto, en esta llamada tampoco se dio lectura al guion objeto de estudio ni se llevó a cabo una venta a distancia, sino que la atención brindada fue la relativa a atender la solicitud sobre la validez del código enviado por la investigada.

Finalmente, en la llamada “1.7. Grabación venta plan Welcome Pass”, se tiene lo siguiente:

“Minuto 1:03: Asesor: Entonces que vamos a hacer no te voy a ofertar, trimestre, semestre, ni año, necesito es que tu vengas a conocernos, que tu vengas a validar si te gusta o no te gusta, ¿listo Elizabeth?”

Usuario: Si señor

Asesor: en este momento el concepto vale \$45.000 el mes, se llama welcome pass y tiene todos los beneficios que cuenta un plan año

Minuto 3:50 Asesor: Entonces por eso te digo, ósea quiero es que vengas y nos conozcas si te gusta renovamos y hablamos trimestre, semestre o año, pero eso ya..., no te puedo hablar de los precios porque lo que te digo, cuando tú ya vayas a renovar vamos a estar en aniversario y vas a ser afiliada entonces los precios que yo te voy a dar acá van a estar por encima”.

Es así como este Despacho observa que este audio obedece a una llamada efectuada a la señora Elizabeth, en la cual el asesor de Bodytech: Alejandro García, no le ofrece a la interesada ningún plan de afiliación, sino que simplemente la invita a que se acerque a la sede y conozca los servicios por un mes por el valor de \$45.000 y en el minuto 3:50, le informa que no se puede hablar de los precios de los planes, pues los mismos se hablarán en la sede una vez termine el mes de inicio, por lo que, en esta llamada no se celebra un contrato con la consumidora y por lo tanto, no demuestra que ésta hubiere cumplido con la obligación de informar el precio en la celebración de dicho vínculo jurídico.

En ese sentido y respecto del argumento de la investigada, respecto de que en las llamadas no se omitía la información de los precios, carece de asidero legal.

Ahora, la investigada indicó que en los pasos 4 y 5 del guion se le permitía a los asesores de venta introducir al interesado el precio de los planes ofrecidos, sin embargo, este Despacho debe indicar tal y como lo estudio en precedencia, dichos pasos corresponden a una etapa previa a la celebración del contrato y en este caso, el incumplimiento de la norma se predica es el del contenido mínimo que deben incorporar los contratos de ventas a distancia, razón por la cual dicho argumento no es de recibo.

Por otro lado, ésta manifestó que el guion presentaba espacios respecto del precio, porque los mismos variaban dependiendo de la respuesta de los consumidores, así como allegó una tabla de precios y de sedes e indicó que se debía conocer la locación del usuario para poder verificar la información del precio; Asimismo, al revisar la declaración del señor **CÉSAR ALBERTO GONZÁLEZ**, se observó que éste efectivamente indicó que el libreto objeto de reproche, tenía espacios en blanco porque dependía del plan y servicios ofrecidos y que el personal del call center aparte de ese libreto, tenía una tabla de precios que era frecuentemente actualizada, sin embargo, debe reiterarse nuevamente que, dicha manifestación la hizo de forma general y no especificó si esa supuesta

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

dinámica comercial correspondía a la etapa previa a la aceptación de la oferta o si se predicaba de la celebración verbal del contrato vía telefónica.

En segunda medida, cuando el sujeto pasivo allegó dicha información mediante el radicado número 18-256024-4 del 6 de marzo de 2019, no aportó ninguna tabla de precios ni especificó que cuando hacia ventas telefónicas empleaba dicho documento, sino que se limitó a indicar que canales empleaba para sus ventas, entre ellos, las realizadas vía telefónica y que por ello, adjuntaba el guion que utilizaba.

En tercera medida y si bien es cierto que la investigada allegó con sus escritos de defensa una tabla de precios y de sedes, éstas no tienen la virtud de acreditar que los mismos eran empleados a la par con el guion de venta objeto de reproche para la celebración del contrato, máxime si se tiene en cuenta la declaración del referido señor, en el que se indicó que los precios variaban a lo largo de cada año, que eran actualizados y luego remitidos al call center.

De igual manera y si bien el declarante manifestó que tenían un libreto maestro y que por eso existían unos espacios en blanco dependiendo de los servicios que se ofrecieran y posteriormente, fueran vendidos, lo cierto es que, la investigada allegó el guion de ventas objeto de análisis y el mismo no cumple con lo que determina el numeral 3° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2011, toda vez que al revisar los pasos 7 a 11 aplicables a la celebración del contrato verbal llevado a cabo entre los consumidores y la investigada vía telefónica, se evidenció lo siguiente:

“(…) Paso 7: Señor (a) (Apellido del Afiliado), podemos realizar la transacción en este momento la idea es que usted pueda aprovechar esta gran promoción de aniversario, estaría usted interesado?”

Paso 8: Señor(a) (Apellido del Afiliado), Bodytech para efectos de calidad y seguridad realizará la grabación de la llamada, por lo tanto requerimos que nos confirme la siguiente información con voz alta y clara, de acuerdo?

Paso 9: En virtud de este contrato verbal Bodytech prestará los servicios del club médico deportivo, sujeto al reglamento general de servicios y al reglamento específico establecido para cada actividad tales como: consulta de valoración clínica, términos y condiciones del plan estándar en categoría por un término de ...

Paso 10: Señor(a) (Apellido del Afiliado), le recuerdo que el CMD BODYTECH no realizará devolución de dinero bajo ningún concepto de acuerdo?

Paso 11: confirmación de datos PAYÜ (…)”

Así, del contenido de dicho libreto no se advierte que se haya informado en ningún momento el precio de los servicios ofrecidos, sino que por adquirirlos, el consumidor tendría acceso a ciertas actividades; ahora, si bien es cierto que la investigada igualmente con sus escritos de defensa allegó una captura de pantalla del link de PayU que se les enviaba a los consumidores para materializar la venta y que allí se indicó un precio, lo cierto es que dicho elemento es posterior a la información que allegó la investigada con ocasión del requerimiento formulado y en todo caso, no se advierte que se hubiera incorporado dentro del contenido mínimo del contrato de venta a distancia como tal, el precio final incluidos, todos los gastos, impuestos y costos adicionales que afectarían dicho valor.

Por lo tanto, al omitir, la información relativa al precio, se les impidió a los consumidores estar plenamente informados sobre un tema tan relevante y definitivo sobre los negocios jurídicos que celebraban. De esta manera y en consideración con la institución analizada, se tiene que, al no incluirla en el contrato analizado, se configuró un incumplimiento a la norma en estudio por parte la investigada.

15.5.2.3. Frente a la información suficiente sobre las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de retracto y reversión del pago: numeral 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015:

Por otra parte, esta Dirección le imputó a la investigada un presunto incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2011, ya que no incorporó en el contrato de venta a distancia la información suficiente sobre las condiciones y modalidades del retracto y reversión del pago, en los términos de los artículos 47 y 51 de la Ley 1480 de 2011.

Al respecto, la investigada en sus escritos de defensa identificados con los radicados números 18-256024-12 del 2 de julio de 2019 y 18-256024-25 del 16 de octubre de 2019, manifestó lo siguiente:

“(…) 3.3. En relación con la obligación de informar sobre el derecho de retracto

3.3.1. El retracto no es aplicable al servicio que presta Bodytech

De conformidad con la resolución de apertura de investigación para el Despacho: "INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A.- SIGLA BODYTECH S.A., aparentemente no informa en los contratos verbales que celebra con los consumidores, las condiciones y modalidades del ejercicio del derecho de retracto, según lo establecido en el numeral 8 del artículo 2.2.2.37.9 del decreto 1074 de 2015".

El referido artículo hace referencia a que los contratos de ventas no tradicionales o a distancia deberán incorporar como mínimo: "Información suficiente sobre las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de retracto y reversión del pago, de acuerdo con lo establecido en los artículos 47 y 51 de la Ley 1480 de 2011".

En relación con el derecho de retracto se entiende que este se ha previsto como un derecho aplicable a los contratos "para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días". Asimismo, el artículo prevé algunos escenarios donde este derecho no resultaría aplicable y en esa medida, no surgiría la obligación de informar el mismo.

La primera excepción a la aplicación del derecho de retracto que trae el referido artículo es la alusiva a los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor. En relación con esta hipótesis se ha dicho: "(...) se considera que en todos los casos en los que el consumidor solicite un servicio que empiece a ejecutarse, por su solicitud o aceptación de manera inmediata antes del vencimiento del plazo de los cinco días desde la contratación, no resulta procedente el derecho de retracto".

En el caso bajo estudio, una vez el consumidor realiza el pago correspondiente al plan contratado, puede acceder a los servicios ofrecidos por Bodytech de forma inmediata, por lo que no tiene que esperar un término de 5 días o más para poder acceder al servicio. En ese sentido, el servicio al que Bodytech se obliga, que es poner a disposición del consumidor sus sedes para la realización de sus actividades físicas y el derecho de este a utilizarlas, se comienza a prestar al día siguiente del pago, por lo que no le asiste al consumidor el derecho al retracto por ser una hipótesis expresamente exceptuada por el artículo 47 numeral 1 de la ley 1480 de 2011.

3.3.2. No obstante se han hecho devoluciones

Sin embargo, no debe el Despacho basarse únicamente en el guion aportado, en tanto en la práctica, siempre se ha permitido a los usuarios hacer efectivo su derecho, en tanto se encuentren en las hipótesis y tiempo establecido en la norma

(...)

3.4 En relación con el derecho a revertir el pago

Ahora, en lo que tiene que ver con la reversión del pago, el Despacho basa su imputación en el guion aportado por mi representada ante el requerimiento realizado, en el cual se lee que: "Paso 10: Señor(a) (Apellido del Afiliado), ¿le recuerdo que el CMD BODYTECH no realizará la devolución del dinero bajo ningún concepto de acuerdo?".

3.4.1. La reversión no es una obligación de Bodytech

(...)

No obstante, la obligación que se encuentra consagrada en el artículo 51 del estatuto del consumidor no está en cabeza del proveedor informar al respecto, miremos la norma (...)

De la norma citada se entiende que quien tiene la obligación de reversar el pago cuando el consumidor se encuentre en alguna de las causales previstas en la misma norma son los participantes del proceso de pago, que de conformidad con el parágrafo del artículo 51 son (...) en ese sentido, no se trata en ningún caso de una obligación del proveedor del servicio, en este caso Bodytech, sino del banco emisor de la tarjeta a través de la cual se hace la transacción. Esto es así, por cuanto la ley no impide que el consumidor pueda pagar en efectivo, caso en el cual no procedería la reversión.

En todo caso, en el decreto 587 de 2016, que desarrolla el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011, en ningún caso estableció que el proveedor tenga la obligación de informar sobre la reversión o incluso llevarla a cabo, la única exigencia existente es la referida a recibir las queja que puedan hacer los consumidores, con el fin de que los consumidores anexen esta

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

ante los participantes del proceso de pago. Tan es así, que en los términos y condiciones y de PayU puede leerse que “excepcionalmente, PayU hará reversiones a solicitud del pagador, a solicitud de una entidad financiera o por su cuenta cuando la regulación aplicable lo exija” coincide así con lo consagrado en la ley 1480 de 2011. En este caso, si bien no es responsabilidad de Bodytech, en los pagos que se realizan a través de esta plataforma se informa respecto a este derecho de los consumidores.

Se concluye entonces que mi representada no tiene obligación alguna de informar respecto a la posibilidad de reversión del pago, sin que deberá proceder como un simple puente entre las partes de la operación de pago. Esta es una obligación del medio de pago (...)

(...) Como lo explicó de forma contundente el señor pedro Nel Flórez al día siguiente que el consumidor paga por el servicio a través de la plataforma habilitada, puede utilizar los servicios, por lo que es aplicable la excepción establecida en la ley (...).”

Al respecto, se debe señalar que, el artículo 2.2.2.37.9 del Decreto 1074 de 2015 establece el contenido mínimo de los contratos de ventas a distancia, resaltando la inclusión de la información suficiente sobre las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de retracto y reversión del pago, de conformidad con lo establecido en los artículos 47 y 51 del Estatuto del Consumidor.

Así las cosas, este Despacho procedió a revisar los pasos del guion objeto de reproche que empleó la investigada para la celebración de los contratos verbales y advirtió que, de ninguna forma se les suministró a los consumidores lo concerniente al retracto y reversión, así:

“(...) Paso 7: Señor (a) (Apellido del Afiliado), podemos realizar la transacción en este momento la idea es que usted pueda aprovechar esta gran promoción de aniversario, estaría usted interesado?”

Paso 8: Señor(a) (Apellido del Afiliado), Bodytech para efectos de calidad y seguridad realizará la grabación de la llamada, por lo tanto requerimos que nos confirme la siguiente información con voz alta y clara, de acuerdo?

Paso 9: En virtud de este contrato verbal Bodytech prestará los servicios del club médico deportivo, sujeto al reglamento general de servicios y al reglamento específico establecido para cada actividad tales como: consulta de valoración clínica, términos y condiciones del plan estándar en categoría por un término de ...

Paso 10: Señor(a) (Apellido del Afiliado), le recuerdo que el CMD BODYTECH no realizará devolución de dinero bajo ningún concepto de acuerdo?

Paso 11: confirmación de datos PAYÜ (...).”

En tal entendido es claro que la investigada no incorporó dentro del contenido mínimo del contrato lo correspondiente a estas prerrogativas en los términos que determinan los artículos 47 y 51 de la Ley 1480 de 2011.

Frente al particular, resulta importante indicar que al revisar las declaraciones del personal de la investigada, éstos manifestaron que conocían del retracto, pero que el mismo no era aplicable porque sus servicios eran de inicio inmediato; al respecto debe reiterarse que, si bien el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 contempla unas excepciones frente a dicha prerrogativa, lo cierto es que la investigada al realizar ventas a distancia, tenía la obligación de informar en la celebración del contrato la prerrogativa de retracto.

Aunado a ello y si bien indicaron que hacían devoluciones de dinero, lo cierto es que éstos indicaron que eran por políticas comerciales y en todo caso, lo cierto es que éstos aceptaron que no aplicaban el retracto y la devolución de todas formas, no se equipararía necesariamente a esta figura jurídica.

Asimismo y si bien ésta con sus descargos allegó una relación de correos respecto de un desistimiento hecho por un consumidor, lo cierto es que, dicho elemento probatorio no comprueba que ésta hubiera incorporado en sus contratos verbales celebrados telefónicamente con los consumidores las prerrogativas antes aludidas y en todo caso, es claro que lo que demuestra ese soporte es una devolución no el ejercicio y garantía de los derechos que aquí se observan como omitidos en el contrato.

Ahora, frente a que el servicio iniciaba inmediatamente, dicha circunstancia es debatible, toda vez que los mismos declarantes indicaron que si las personas llegaban a adquirir los servicios tenían que pasar por un proceso de validación posterior respecto del pago para que pudieran ingresar a las sedes, por lo que, es claro que el servicio no empezaría de manera automática.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

En tal entendido, es claro que la investigada realizaba ventas a distancia mediante métodos telefónicos y por ello, ésta estaba obligada a incorporar en sus contratos verbales celebrados bajo dicha modalidad lo concerniente al retracto, toda vez que ésta es una prerrogativa con la que cuentan los consumidores para mantenerse en su decisión de compra o de arrepentirse, sin tener que manifestar justificación alguna para ello, pues debido al marco de dichas ventas, se pueden llegar a generar un sinnúmero de desventajas contractuales a las que se pueden ver sometidos los usuarios.

En tal sentido, el argumento referente a que el servicio inicia inmediatamente no es de recibo, toda vez que bajo esta modalidad, se debe legalmente garantizar dicha prerrogativa y en todo caso, de acuerdo a las declaraciones analizadas del personal de la investigada, los usuarios así realizaran el pago de forma no presencial, tendrían que asistir a la sede correspondiente con el Boucher para que los trabajadores del sujeto pasivo validaran la compra y luego les permitieran el acceso a los usuarios.

Por otro lado, está comprobado que ésta tampoco incorporó en los contratos verbales lo correspondiente a la reversión del pago, que es una prerrogativa que ostenta el consumidor en los eventos en que se realiza una compra a través de mecanismos de comercio electrónico, como Internet, PSE y/o call center y/o cualquier otro mecanismo de tele venta o tienda virtual, con un instrumento de pago electrónico y éste es objeto de fraude, de una operación no solicitada, el producto adquirido no es recibido, el producto entregado no corresponde a lo solicitado o resulta defectuoso⁵⁷.

En atención a lo antes expuesto, es claro que la investigada en este caso realizó una venta a distancia mediante el empleo de métodos telefónicos y el pago de los servicios se hizo por una plataforma de pagos y con un instrumento electrónico de pagos y en ese orden, ésta tenía que incorporar en sus contratos verbales celebrados telefónicamente dicho aspecto.

Ahora, ésta indicó que no era responsable de la reversión, sin embargo, ésta no puede aludir a que simplemente es un puente entre la plataforma y el usuario, para relevarse del presente juicio de reproche, máxime cuando es ésta la que adquiere un servicio de plataforma de pago electrónico para lograr concretar las ventas a distancia y es la que finalmente, recibe los valores que pagan los consumidores por acceder a sus servicios.

En ese sentido, los argumentos esgrimidos respecto de este punto de ninguna manera son de recibo y por el contrario, al hacer una lectura integral de las normas que regulan la institución de reversión del pago, se advierte que el sujeto pasivo se encuadra dentro de la figura “*participantes del proceso de pago*” y por ello, es que tenía la obligación legal de cumplir con lo que determina la normativa en cita. Como consecuencia, en este caso no son de recibo los argumentos esgrimidos por el sujeto pasivo y por el contrario, se encuentra acredita la infracción a la normativa en estudio.

Finalmente y como conclusión de la imputación fáctica N° 3, este Despacho debe indicar que la misma prospera en su integridad, toda vez que como se vio previamente, ésta no le suministró a los consumidores en la etapa previa a la aceptación de la oferta en las ventas a distancia que realizó, lo correspondiente a la información de contacto, el precio, el derecho de retracto y reversión del pago.

Asimismo, ésta no incorporó dentro del contenido mínimo de los contratos que celebró a distancia con los consumidores mediante métodos telefónicos, la información de contacto del vendedor, el precio, los derechos de retracto y reversión. En ese sentido, esta Autoridad procederá a imponer las sanciones administrativas a que haya lugar, de conformidad con lo que determina el artículo 61 del Estatuto del Consumidor.

DÉCIMO SEXTO: SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Encontrándose demostrado el incumplimiento por parte de **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, a las disposiciones contenidas en los artículos 29 y 33 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 2.1 y el numeral iii. del literal a) del numeral 2.1.2.1 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011 y el numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 1°, 3°, 9° y 10° del artículo 2.2.2.37.8 y los numerales 1°, 3° y 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único

⁵⁷ De conformidad con lo establecido en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011 y los artículos 2.2.2.51.1. y 2.2.2.51.2. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

Reglamentario 1074 de 2015, se debe imponer una sanción pecuniaria en los términos del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011⁵⁸.

Para efectos de la graduación de la multa deberá atenderse a las particularidades del presente caso, de cara a los criterios establecidos en el parágrafo del artículo 61 de la Ley 1480 del 2011, que corresponden a: **i)** el daño causado a los consumidores; **ii)** la persistencia en la conducta infractora; **iii)** la reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor; **iv)** la disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores; **v)** la disposición o no de colaborar con las autoridades competentes; **vi)** el beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción; **vii)** la utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos; y **viii)** el grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes. Teniendo que, aunque este Despacho revisará los ocho (8) criterios para fijar una sanción ajustada a derecho, y que se observan los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la participación de los mismos dependerá de su pertinencia frente a los hechos probados. De manera que, en la tasación de la multa, algunos afectarán directamente el valor de la misma y otros serán descartados por su incapacidad de alterar la estimación cuantitativa.

En cuanto al daño a los consumidores, se tendrá en cuenta que la afectación a que hace referencia este criterio difiere del daño cierto y resarcible, y más bien obedece a la potencialidad con que la conducta infractora puede perjudicar a un universo de consumidores, y que el hecho de infringir el marco jurídico de esta investigación, involucra la vulneración de un interés jurídico tutelado desde la constitución -los derechos de los consumidores-.

En efecto, con fundamento en el acervo probatorio se determina que, la investigada pudo afectar el derecho que les asistía a los consumidores a recibir información, toda vez que no les indicó a éstos en sus promociones las vigencias de la misma, ya que no señaló la fecha de inicio.

Así las cosas, se tiene que la investigada no informó todos aquellos elementos que eran determinantes para que el consumidor adoptara una decisión razonable de consumo frente a dicho incentivo y en ese orden, se encuentra acreditado el incumplimiento de la normativa.

Por lo anterior, tal incumplimiento de suyo implica una afectación directa a los derechos de los consumidores y por ello, tal conducta debe tener como consecuencia la imposición de una sanción que se armonice con la gravedad de la misma.

Aunado a ello, ésta no le suministró a los consumidores las condiciones negociales de sus contratos de adhesión de forma clara, particularmente respecto de la duración frente a los contratos élite sin permanencia y por ello, pudo afectar el derecho que les asista a los consumidores a recibir información clara sobre dicho aspecto.

De otra parte, debe indicarse que ésta realizó ventas a distancia mediante el empleo de métodos telefónicos y no les informó a los consumidores en la etapa previa a la aceptación de la oferta, lo correspondiente a la información de contacto, el precio, el derecho de retracto y reversión del pago. Asimismo, ésta no incorporó dentro del contenido mínimo de los contratos que celebró a distancia con los consumidores mediante métodos telefónicos, la información de contacto del vendedor, el precio, los derechos de retracto y reversión y por ello, pudo afectar el derecho que les asistía a los consumidores a recibir información.

Finalmente, este Despacho debe señalar que, dadas las circunstancias particulares de la presente investigación contra la aquí investigada, no son aplicables los criterios de dosificación comprendidos en los numerales 2° a 8° del parágrafo 1° del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, establece el régimen sancionatorio por las infracciones a las normas del Estatuto del Consumidor, esta Dirección, atendiendo a las circunstancias particulares del sub-examine, le impone una multa a **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, por la suma de **CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE (\$175.560.600)** equivalentes a **DOSCIENTOS (200)** salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la fecha de la presente resolución y que corresponden a **4930,508046170697 UVT**.

⁵⁸ Reglamentado por el **Artículo 1° del Decreto 074 de 2012: Criterios para graduar las sanciones administrativas**. “Para efectos de imponer las sanciones previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicará los criterios establecidos para la graduación de las multas, previstos en el parágrafo 1° del mismo artículo”.

DÉCIMO SÉPTIMO: ORDEN ADMINISTRATIVA

Teniendo en cuenta que dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio, se demostró que la investigada incumplió lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, así como lo establecido en el numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los numerales 1°, 3°, 9° y 10° del artículo 2.2.2.37.8 y los numerales 1°, 3° y 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, resulta necesario hacer uso de las facultades administrativas otorgada a esta Superintendencia en desarrollo de su deber de protección y garantía de los derechos de los consumidores y usuarios, especialmente las conferidas en los numerales 9° y 14° del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, que establecen:

"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:

(...)

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.

(...)

14. Ordenar modificaciones a los clausulados generales de los contratos de adhesión cuando sus estipulaciones sean contrarias a lo previsto en esta ley o afecten los derechos de los consumidores (...)"

Así y en atención a lo anterior, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor le **ORDENA** a **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, lo siguiente:

1. **ELIMINAR** de la cláusula "duración" de los contratos elite sin permanencia de duración indefinida, la estipulación que establece: "el plazo inicial podrá renovarse indefinidamente y en forma consecutiva, por un término igual o diferente, mediante la suscripción un nuevo (sic) contrato de afiliación, que corresponderá al formato vigente a tal fecha", con el fin de que las condiciones negociales del contrato de adhesión sean claras, frente a la vigencia de dicho vínculo jurídico y así, se dé cumplimiento a lo que dispone el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011.
2. **INFORMAR** en todas sus ventas a distancia mediante el empleo de método telefónicos, en la etapa previa a la aceptación de la oferta, la información de contacto, el precio, la existencia del derecho de retracto previsto en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, así como la existencia del derecho a la reversión del pago en los casos previstos en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011 y, por ende, que se dé cumplimiento a las obligaciones legales dispuestas en el numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 1°, 3°, 9° y 10° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.
3. **INFORMAR** de manera suficiente en todas sus ventas a distancia mediante el empleo de método telefónicos, en la celebración del contrato, la información de contacto, el precio, así como las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de retracto y reversión del pago, de acuerdo con lo establecido en los artículos 47 y 51 de la Ley 1480 de 2011 y así, que se dé cumplimiento a la obligación legal contenida en los numerales 1°, 3° y 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

Para acreditar lo anterior, **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, deberá allegar a esta Dirección dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, cinco (5) contratos elite sin permanencia de duración indefinida, debidamente diligenciados y que se hayan celebrado con los consumidores dentro de dicho lapso, en los que conste la modificación del clausulado mencionado, con el fin de dar cumplimiento a la orden N° 1.

Asimismo, deberá aportar a esta Dirección dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, el documento "guion de ventas telefónicas Bodytech", en el que se evidencien las modificaciones ordenadas en el presente acto administrativo, con el fin de dar cumplimiento a las órdenes N° 2 y 3 antes relacionadas.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

De omitir lo anterior, se podrá iniciar en su contra un procedimiento administrativo sancionatorio por el incumplimiento de orden administrativa y, si es del caso, imponer la sanción de que trata el numeral 6° del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, por permanecer en estado de rebeldía.

DÉCIMO OCTAVO: CONSIDERACIÓN FINAL

De conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 1955 de 2019⁵⁹, por medio de la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, les corresponde a las autoridades que tengan a su cargo cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas fijados con base en el salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), establecer a partir del 1° de enero de 2020, dichos valores en la unidad de Valor Tributario –UVT vigente.

En cumplimiento de la anterior disposición, esta Entidad a efectos de tasar el valor de la multa tendrá en cuenta el monto del salario mínimo legal mensual vigente para la presente vigencia fiscal⁶⁰ y calculará el equivalente en el valor de la Unidad de valor Tributario vigente⁶¹ para el momento de la imposición de la sanción.

En mérito de lo expuesto, esta Dirección,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: IMPONER una multa a **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, por la suma de **CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE (\$175.560.600)** equivalentes a **DOSCIENTOS (200)** salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la fecha de la presente resolución y que corresponden a **4930,508046170697 UVT**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá efectuarse utilizando la forma universal de recaudo, consignando en efectivo o cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-87028-2, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, Código Rentístico No. 03, NIT. 800.176.089-2, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución, pago que debe acreditarse en la ventanilla de la Tesorería de esta Superintendencia con el original de la consignación, donde le expedirán el recibo de caja aplicado a la resolución sancionatoria. Vencido este plazo se cobrarán intereses por cada día de retraso, liquidados a la tasa del 12% efectivo anual.

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR a **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, lo siguiente:

1. **ELIMINAR** de la cláusula “duración” de los contratos elite sin permanencia de duración indefinida, la estipulación que establece: “*el plazo inicial podrá renovarse indefinidamente y en forma consecutiva, por un término igual o diferente, mediante la suscripción un nuevo (sic) contrato de afiliación, que corresponderá al formato vigente a tal fecha*”, con el fin de que las condiciones negociales del contrato de adhesión sean claras, frente a la vigencia de dicho vínculo jurídico y así, se dé cumplimiento a lo que dispone el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011.
2. **INFORMAR** en todas sus ventas a distancia mediante el empleo de método telefónicos, en la etapa previa a la aceptación de la oferta, la información de contacto, el precio, la existencia del derecho de retracto previsto en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, así como la existencia del derecho a la reversión del pago en los casos previstos en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011 y, por ende, que se dé cumplimiento a las obligaciones legales dispuestas en el numeral 4° del artículo 46 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con el numeral 1°, 3°, 9° y 10° del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

⁵⁹ “A partir del 1 de enero de 2020, todos los cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas, actualmente denominados y establecidos con base en el salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), deberán ser calculados con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Tributario (UVT). En adelante, las actualizaciones de estos valores también se harán con base en el valor de la UVT vigente.

PARÁGRAFO. Los cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas, que se encuentren ejecutoriados con anterioridad al 1 de enero de 2020 se mantendrán determinados en smmlv.”

⁶⁰ El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020 es de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES pesos (\$877.803).

⁶¹ El valor de Unidad de Valor tributario (UVT) que regirá para el año 2020 es de TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS (\$35.607).

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

3. **INFORMAR** de manera suficiente en todas sus ventas a distancia mediante el empleo de método telefónicos, en la celebración del contrato, la información de contacto, el precio, así como las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de retracto y reversión del pago, de acuerdo con lo establecido en los artículos 47 y 51 de la Ley 1480 de 2011 y así, que se dé cumplimiento a la obligación legal contenida en los numerales 1°, 3° y 8° del artículo 2.2.2.37.9 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

PARÁGRAFO PRIMERO: Para acreditar lo anterior, **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, deberá allegar a esta Dirección dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, cinco (5) contratos élite sin permanencia de duración indefinida, debidamente diligenciados y que se hayan celebrado con los consumidores dentro de dicho lapso, en los que conste la modificación del clausulado mencionado, con el fin de dar cumplimiento a la orden N° 1.

Asimismo, deberá aportar a esta Dirección dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, el documento “*guion de ventas telefónicas Bodytech*”, en el que se evidencien las modificaciones ordenadas en el presente acto administrativo, con el fin de dar cumplimiento a las órdenes N° 2 y 3 antes relacionadas.

PARÁGRAFO SEGUNDO: De omitir lo anterior, se podrá iniciar en su contra un procedimiento administrativo sancionatorio por el incumplimiento de orden administrativa y, si es del caso, imponer la sanción de que trata el numeral 6° del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, por permanecer en estado de rebeldía.

ARTÍCULO TERCERO: **NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución a **INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.**, identificada con NIT. 830.033.206-3, a través de su apoderado, entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra ella, procede el recurso de reposición ante la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor y el de apelación ante la Superintendente Delegada para la Protección al Consumidor, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de este acto y conforme a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., 24 de diciembre de 2020

La Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor,

PAOLA ANDREA PÉREZ BANGUERA

NOTIFICACIÓN

Investigada:	INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. sigla BODYTECH S.A.
Identificación:	NIT. 830.033.206-3
Representante Legal:	NICOLÁS MAURICIO LOAIZA GALEANO
Identificación:	C.C. N° 79.415.482
Apoderado:	DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO
Identificación:	C.C. N° 79.556.665
Tarjeta Profesional:	T.P. 76.433 del C.S.J.
Dirección física de notificación del apoderado:	Calle 90 # 19-41 Oficina 301 ⁶²
Ciudad:	Bogotá D.C.
Correos electrónicos indicados por el apoderado:	ddelacruz@archilaabogados.com y/o aaponte@archilaabogados.com
Dirección física de notificación judicial de la	

⁶² De conformidad con lo indicado por el apoderado en el radicado número 18-256024-12 del 2 de julio de 2019.

“Por la cual se decide una actuación administrativa”

investigada:	Calle 75 # 22-10
Ciudad:	Bogotá D.C.
Correo electrónico de Notificación judicial de la investigada:	cesar.gonzalez@bodytechcorp.com

Proyectó: DPPL
Revisó: DCBJ
Aprobó: PAPB

