



La salud
es de todos

Minsalud

NOTIFICACIÓN POR AVISO No. 2020000099 De 4 de Febrero de 2020

El Coordinador del Grupo de Recursos, calidad y apoyo a la gestión de la Dirección de Responsabilidad Sanitaria del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, en ejercicio de las facultades delegadas por la Directora General mediante Resolución número 2012030800 del 19 de octubre de 2012 y en aplicación de lo establecido en el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo procede a notificar el siguiente acto administrativo:

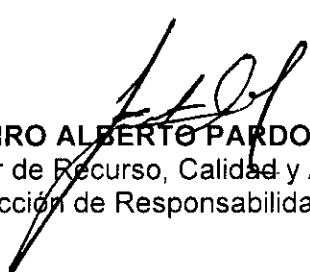
RESOLUCIÓN No.	2019057325
PROCESO SANCIONATORIO:	201600336
EN CONTRA DE:	ALMACENES ÉXITO S.A.
FECHA DE EXPEDICIÓN:	18 de Diciembre de 2019
FIRMADO POR:	MARÍA MARGARITA JARAMILLO PINEDA – Directora de Responsabilidad Sanitaria

Contra la Resolución No. 2019057325 del 18 de diciembre de 2019, **NO** procede recurso alguno.

ADVERTENCIA

EL PRESENTE AVISO SE PUBLICA POR UN TÉRMINO DE CINCO (5) DÍAS CONTADOS A PARTIR DE 18 FEB. 2020, en la página web www.invima.gov.co Servicios de Información al Ciudadano y en las instalaciones del INVIMA, ubicada en la Carrera. 10 No. 64 - 28 de la ciudad de Bogotá.

El acto administrativo aquí relacionado, del cual se acompaña copia íntegra, se considera legalmente NOTIFICADO al finalizar el día siguiente del RETIRO del presente aviso.

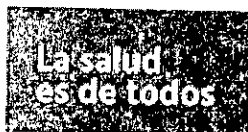

JAIRO ALBERTO PARDO SUÁREZ
Coordinador de Recurso, Calidad y Apoyo a la Gestión
Dirección de Responsabilidad Sanitaria

ANEXO: Se adjunta a este aviso en siete (07) folios a doble cara copia íntegra de la Resolución N° 2019057325 de 18 de diciembre de 2019, proferido dentro del proceso sancionatorio N° 201600336.

CERTIFICO QUE EL PRESENTE AVISO SE RETIRA EL, _____ siendo las 5 PM,

JAIRO ALBERTO PARDO SUÁREZ
Coordinador de Recurso, Calidad y Apoyo a la Gestión
Dirección de Responsabilidad Sanitaria

Proyectó y Digitó: Neyve Flórez-Grupo de Recursos, Calidad y apoyo a la Gestión
Revisó: Jairo A. Pardo



Colombia, 18 de Diciembre de 2019

RESOLUCIÓN No. 2019057325
(18 de Diciembre de 2019)
"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO
SANCIONATORIO Nro. 201600336"

La Directora de Responsabilidad Sanitaria del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, en ejercicio de las facultades delegadas por la Dirección General mediante Resolución número 2012030800 del 19 de octubre de 2012 y de los artículos 74 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede a resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 2018051721 proferida el 27 de noviembre de 2018, dentro del proceso sancionatorio 201600336, teniendo en cuenta los siguientes:

ANTECEDENTES

1. La Directora de Responsabilidad Sanitaria del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, mediante Resolución No. 2018051721 del 27 de noviembre de 2018, calificó el proceso sancionatorio No. 201600336, e impuso a la Sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., identificada con Nit. 890.900.608-9, sanción consistente en multa de Dos Mil (2.000) salarios mínimos diarios legales vigentes por incumplir la normatividad sanitaria. (Folios 175 a 189)
2. La referida Resolución se notificó de manera personal el 5 de diciembre de 2018, al señor William Antonio Niño Ortiz identificado con cédula de ciudadanía No. 80.894.094, en virtud de autorización otorgada por la Doctora Marcela Trejos Ortiz, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.995.087 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 197.010 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada de la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., identificada con el Nit. 890.900.608-9. (Folios 189 y 190)
3. El 19 de diciembre de 2018, la Doctora Marcela Trejos Ortiz identificada con cédula de ciudadanía No. 52.995.087 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 197.010 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada de la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., identificada con el Nit. 890.900.608-9, interpuso dentro del término previsto recurso de reposición contra la decisión que calificó el proceso sub júdice, radicado bajo el No. 20181261162. (Folios 196 al 199)

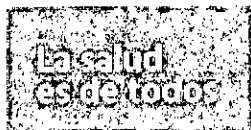
IMPUGNACIÓN

Las razones de soporte por la cuales, la Doctora Marcela Trejos Ortiz identificada con cédula de ciudadanía No. 52.995.087 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 197.010 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada de la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., identificada con el Nit. 890.900.608-9, presenta su inconformismo corresponden a las siguientes:

LA IMPUGNACIÓN

"Según la resolución sancionatoria 2018051721 del 27 de noviembre de 2018, en síntesis señala que después de conocer y analizar los antecedentes probatorios que obran dentro del expediente y los descargos presentados por la sociedad investigada, se determinó que Almacenes Éxito S.A., había infringido las normas existentes, Resolución 4150 de 2009 Artículos 13 y 14, por tal motivo, se procedió a imponer sanción consistente en multa de 2000 salarios mínimos diarios legales vigentes, lo cual asciende a la suma de \$52.082.800 M/CTE, por ello nos permitimos exponer circunstancias de atenuación a continuación se expondrán.

Al respecto, nos permitimos indicar que si bien es cierto en la Visita de Inspección efectuada el 17 de noviembre de 2015, en el establecimiento de comercio Super Inter Outlet la 80, localizado en la Carrera 80 No 13- 261 de la ciudad de Cali, se evidenciaron separatas publicitarias correspondientes al formato Super Inter donde se publicitaba y promocionaba la bebida



RESOLUCIÓN No. 2019057325

(18 de Diciembre de 2019)

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO SANCIONATORIO Nro. 201600336"

energizante marca Rodeo, las cuales no contaba con autorización para bebidas energizantes ni contaba con las leyendas obligatorias de que tratan los artículos 13 y 14 de la Resolución 4150 de 2009, sin embargo, en el caso que nos ocupa opera la caducidad de la facultad sancionatoria como quiera que el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establecer que la facultad sancionatoria caduca a los tres años de ocurrido el hecho o del momento en que la Autoridad Administrativa tuvo conocimiento de la situación:

"Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver."

En ese orden de ideas, la facultad sancionatoria por parte de la Administración tiene una vigencia de 3 años a partir de la ocurrencia y/o conocimiento del hecho, es decir, para el caso que nos ocupa el hecho generador de la presente investigación el INVIMA tuvo conocimiento de la misma en la visita efectuada a la dependencia Super Inter Outlet la 80 el día 17 de noviembre de 2015 y solo hasta el día 11 de julio de 2018 mi representada fue notificada del Auto No 2018008417 del 9 de julio de 2018, mediante el cual se trasladan cargos dentro del proceso sancionatorio 201600336, teniendo conocimiento de la investigación casi tres (3) años después de ocurrida la conducta, por lo cual esta sociedad rindió sus descargos mediante escrito radicado el dos (2) de agosto con radicado 20181154648, así como la presentación de las alegaciones finales presentadas dentro del término legal el 27 de agosto con radicado No 20181172089. Sin embargo, la Resolución No 2018051721 del 27 de noviembre de 2018 fue expedida con posterioridad al tiempo establecido para la vigencia de la facultad sancionatoria, como quiera que dicha facultad se encontraba vigente en el caso que nos ocupa hasta el día 17 de noviembre de 2018, lo que a todas luces se entiende que el Despacho perdió la facultad sancionatoria a la fecha en que expidió la resolución sancionatoria.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha establecido que la caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico.

En ese orden de ideas, se entiende que el acto administrativo que impone la sanción debe ser expedido y notificado dentro de los 3 años siguientes al acaecimiento del hecho, conducta u omisión que la origina o en su defecto a partir del momento en que la administración tuvo conocimiento de los hechos, tal y como sucede en las presentes diligencias, el INVIMA en la visita de inspección efectuada el 17 de noviembre de 2015 al establecimiento Super Inter Outlet La 80 tuvo conocimiento de la situación y solo hasta el día 27 de noviembre de 2018 mediante Resolución No 2018051721 resuelve de fondo, la cual fue notificada el pasado 5 de diciembre, lo que significa que para dichas fechas ya habían transcurrido más de 3 años sin resolver de fondo los hechos materia de la presente investigación, lo que significa que el Despacho después del 17 de noviembre de 2018 perdió la facultad sancionatoria establecida para los procedimientos administrativos sancionatorios, configurándose para el caso que nos ocupa el fenómeno de la caducidad contemplado en el ya citado artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DOSIMETRÍA DE LA SANCIÓN.

Ahora bien, vale la pena indicarle a este Despacho que respecto de la sanción impuesta en contra de mi representada resulta excesiva y desproporcional, en el entendido de que dicha



La salud
es de todos

MINISTERIO DE SALUD

RESOLUCIÓN No. 2019057325

(18 de Diciembre de 2019)

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO SANCIONATORIO Nro. 201600336"

conducta no puso en riesgo ni mucho menos generó daño alguno a la Salud Pública, dado que el monto de la sanción supera los 50 millones de pesos, desconociendo el hecho de que mi representada se allano de los cargos endilgados en su contra, constituyendo dicha conducta un factor atenuante de la sanción, argumentos que fueron expuestos tanto en el escrito de descargos como en los alegatos rendidos dentro de la oportunidad procesal.

Ahora bien, resulta necesario indicar que al respecto nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado unos principios generales del derecho penal, entre los cuales se encuentra el principio de la proporcionalidad, en el entendido de que dicho control de la potestad punitiva, se aplican con ciertos matices, a todas las formas de la actividad sancionatoria del Estado, entre las cuales se incluyen las actuaciones administrativas.

Conforme lo anterior, el principio de proporcionalidad es acogido por la Corte Constitucional para todas las actuaciones de la administración en la Sentencia 1-677 de 2004, la cual indica:

"Se presenta un ejercicio arbitrario de la autoridad pública cuando se impone a una persona una carea desproporcionada o injusta. Existe desproporción en el uso de las competencias constitucionales o legales si es evidente la divergencia entre los fines buscados con el otorgamiento de dicha competencia y los medios empleados para alcanzarlos. En esta medida, la proporcionalidad que debe regir todas las actuaciones del Estado, incluyendo su actividad contractual a través de la cual realiza sus cometidos, está supeditada al principio de justicia material, el cual es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del Juez, sino también de la administración cuando define situaciones jurídicas o hace prevalecer sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias."

En virtud de lo anterior, resulta necesario indicar que la sanción pecuniaria impuesta mediante Resolución 2018051721 del 27 de noviembre de 2018, no es proporcional a la conducta investigada por el Despacho, en el entendido de que si bien es cierto que al momento de encontrarse vigente las separatas publicitarias objeto de la presente investigación no se había realizado el trámite de autorización previa de publicidad de bebidas energizantes por parte del INVIMA, también lo es que dicha conducta no generó ningún daño o afectación a la salud pública ni peligro alguno, en el entendido de que en ningún momento se estaba induciendo al consumo de bebidas energizantes, así como tampoco se pretendía insinuar que dichos productos generan alguna clase de beneficio a la salud humana, sino que por el contrario en el elemento publicitario se indican las recomendaciones frente a su consumo responsable.

CONCLUSIÓN

Lo antes mencionado denota nuestra actuación frente a las circunstancias evidenciadas en la toma de evidencia de publicidad de alimentos llevada por parte de esta entidad, pues como hemos reiterado en diferentes oportunidades nuestro objetivo principal es lograr el buen desempeño de la compañía con el cumplimiento higiénico - sanitario; motivo por el cual nos permitimos solicitar de manera respetuosa al despacho sean tenidas en cuenta los argumentos antes expuestos, por lo cual suplicamos se tenga en cuenta el principio constitucional de Buena fe, dado que esta compañía una vez evidenciados los hallazgos descubiertos en la visita de Inspección, Vigilancia y Control, realizó las medidas tendientes a subsanar la conducta endilgada, ya que si bien es cierto nuestras actuaciones no son tenidas en cuenta para eximirnos de responsabilidad, si pueden ser tenidas en cuenta para atenuar sustancialmente la sanción impuesta, en el entendido de que esta resulta bastante excesiva y gravosa para mi representada.

PETICIÓN

De la manera más respetuosa solicitamos a la Secretaría Distrital de Salud lo siguiente:



RESOLUCIÓN No. 2019057325

(18 de Diciembre de 2019)

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO SANCIONATORIO Nro. 201600336"

PRIMERA: Que se revoque la Resolución 2018051721 del 27 de noviembre de 2018, por la que se impone a Almacenes Éxito S.A. una multa de Dos Mil Salarios Mínimos Diarios Legales Vigentes, la cual corresponde al monto de Cincuenta y Dos Millones Ochenta y Dos Mil Ochocientos Pesos Moneda Corriente (\$52.082.800), por operar la caducidad de la facultad sancionatoria en la presente investigación de conformidad con los argumentos expuestos en el presente recurso.

SEGUNDA: De no prosperar la petición anterior, solicitamos se disminuya el monto de la sanción, en virtud del principio de proporcionalidad, dado que mi representada en primer lugar se allana a los cargos endilgados por esta entidad y adicionalmente se encuentra superada la situación o el hecho generador de la presente investigación administrativa, lo cual debe ser considerado como circunstancia atenuante de la sanción impuesta en la resolución de la referencia.

CONSIDERACIONES

La normatividad sanitaria a efecto de cumplir la trascendental función de velar por el invaluable bien individual y colectivo de la salud, impone una serie de requisitos de obligatorio cumplimiento, para quienes fabriquen, importen, distribuyan y comercialicen los productos a que se refiere el Artículo 245 de la Ley 100 de 1993, por la incidencia que puedan tener en el bien objeto de tutela.

Estas obligaciones son de carácter general y no contienen ninguna excepción, son de obligatorio cumplimiento dada su naturaleza de normas de orden público, por lo cual, sus destinatarios deben acatarlas sin miramientos, so pena de hacerse merecedores a la sanción que en derecho corresponda.

Precisado lo anterior, procederá el Despacho a pronunciarse sobre los motivos de inconformidad planteados por el recurrente en el siguiente sentido:

Aclaración sobre la pérdida de la facultad sancionatoria:

Aduce el recurrente que el Invima tuvo como cocimiento de la ocurrencia de los hechos el día 17 de noviembre de 2015, en la diligencia de inspección sanitaria efectuada en las instalaciones de la sociedad inquirida, razón por la cual el apoderado de la sociedad inquirida considera que la administración ha perdido competencia para imponer la sanción, situación que demuestra la caducidad de la facultad sancionatoria.

En primer lugar para abordar el tema de la caducidad, es necesario precisarle al profesional del derecho que Colombia es un estado social de derecho cuyas relaciones sociales están regidas por unos principios fundamentales que están consagrados en nuestra Constitución Nacional, así:

(...)

ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia **acatar la Constitución y las leyes**, y respetar y obedecer a las autoridades.

(...)

Aunado a lo anterior se tiene que en toda actuación administrativa la entidad debe actuar conforme a las normas y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico vigente, esto



Salud

RESOLUCIÓN No. 2019057325

(18 de Diciembre de 2019)

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO SANCIONATORIO Nro. 201600336"

con el fin de garantizar el debido proceso que les asiste a los administrados y que la Ley 1437 de 2011, contempla así:

Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

Ahora bien frente a la pérdida de la facultad sancionatoria, centrándonos en los momentos de iniciación y conclusión del término fijado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, sujetos a los pronunciamientos jurisprudenciales que han venido marcando su aplicación, la mencionada norma dispone lo siguiente:

"Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado.

Quando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

Para el caso bajo estudio, el INVIMA tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos en las siguientes fechas: **el 18 al 20 de septiembre de 2015, 1 y 2 de octubre de 2015, 13 al 16 de noviembre de 2015, y el 19 y 23 al 27 de diciembre de 2015**, en donde se encontró publicación con fin comercial del producto BEBIDA ENERGIZANTE SIN AZÚCAR, marca Rodeo, con Registro Sanitario RSA-000744-2016, y es a partir de estas fechas que se debe empezar a contabilizar los tres años con que contaba la administración para ejercer la facultad sancionatoria, es decir que dicho plazo se extendía hasta el 18 de septiembre de 2015, e incluso el 1 y 2 de octubre de 2015, 13 al 16 de noviembre según el cargo formulado. Ahora bien, la administración debió expedir y notificar el acto sancionatorio **antes del 18 de septiembre de 2018**, para que no operara el fenómeno de la caducidad dentro de la presente actuación.

El Consejo de Estado, juez natural de los actos administrativos que se emiten en desarrollo de la facultad sancionatoria del Estado, ha reiterado esta línea jurisprudencial según la cual, las decisiones administrativas deben proferirse y notificarse dentro de los tres años siguientes a la fecha en **que ocurrió el hecho** o cesó el último acto constitutivo de infracción, no siendo obligatorio agotar la vía gubernativa con la ejecutoriedad de la decisión, ya que la actuación administrativa culmina con el acto que impone la sanción:

"...Sobre el momento en que finaliza el término de caducidad para imponer las sanciones han existido tres posiciones por parte de la Corporación: Una primera postura consideró que con la sola expedición del acto administrativo sancionatorio dentro de los tres años referidos, era suficiente para entender que se había surtido oportunamente la actuación. Una segunda posición, acogida por el Tribunal, sostiene que para que la actuación se considere oportuna



RESOLUCIÓN No. 2019057325

(18 de Diciembre de 2019)

**"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO
SANCIONATORIO Nro. 201600336"**

no basta con la expedición y notificación del acto administrativo, sino que se requiere que se resuelvan los recursos interpuestos para agotar la vía gubernativa. Y una tercera opinión estima que es la notificación del acto sancionatorio lo que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración. (...) La Sección acoge esta última postura, recogiendo argumentos ya expuestos en otros pronunciamientos de la Corporación (...) No puede aceptarse que la sola expedición del acto administrativo sea suficiente para considerar que se ha impuesto la sanción, pues necesariamente se requiere darlo a conocer al administrado mediante la notificación, la que debe efectuarse dentro del plazo que tiene para actuar, teniendo en cuenta que solamente cuando se conoce el acto administrativo tiene efectos vinculantes para el Administrado". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4, acogiendo diversos pronunciamientos jurisprudenciales, en sentencia del 15 de junio de 2001. M.P. Dra. Ligia López Díaz) (llamados fuera de texto)

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada en otras decisiones de las Salas Primera y Cuarta, y una vez más lo fue por la Sala Plena del Consejo de Estado, en auto 11001031500020030044201 de septiembre 29 de 2009, con ponencia de la doctora Susana Buitrago así:

La Sala Plena del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre la prescripción de la potestad sancionatoria de la administración, al confirmar la sanción disciplinaria que la Procuraduría General de la Nación le impuso a un militar por la desaparición forzada..... El Consejo decidió que la actuación administrativa sancionatoria concluye cuando se expide y se notifica el acto administrativo que impone la sanción, aunque no se hayan resuelto los recursos que se interpongan contra ella en la vía gubernativa. Para la sala, los actos que resuelven los recursos no afectan el cálculo de la prescripción de la potestad sancionatoria. En consecuencia, basta con que la sanción se notifique antes de que transcurra el límite previsto en la ley, para que se entienda impuesta oportunamente.^[3] (Subrayado fuera de texto).

Es importante mencionar que si bien es cierto se realizó diligencia de inspección sanitaria en la instalaciones del establecimiento de comercio denominado SUPERINTER SUPERMERCADOS, de fecha 17 de noviembre de 2015, el objeto de la presente investigación es por las publicaciones con fines comerciales realizadas en el producto BEBIDA ENERGIZANTE SIN AZÚCAR, marca Rodeo, con Registro Sanitario RSA-000744-2016, en el folleto, revista, y/o separatas, en donde quedo plenamente demostrada la infracción a la normatividad sanitaria vigente.

Respecto de lo anterior, es claro que los cargos endilgados dentro de la presente actuación, son con relación a la publicación del producto objeto de sanción, y no sobre la diligencia de inspección sanitaria como erróneamente lo aduce el impugnante.

Precisado lo anterior, observa el Despacho que la Resolución No. 2018051721 del 27 de noviembre de 2018, mediante la cual se calificó el proceso sancionatorio 201600336, se profirió el día 27 de noviembre de 2018, esto es, fuera del término legal establecido por el Artículo 52 de la ley 1435 de 2011, **respecto a los cargos formulados en los numerales del 1 al 6**, sin embargo, también es preciso advertir que esta Dirección procedió a iniciar el trámite de notificación con el envío del oficio No. 0800PS- 2018064297 a través de los radicados Nos. 20182056770, 20182056771, 20182056769 del 28 de noviembre de 2018, (Folios 191 al 193) mediante el cual se envió la comunicación a la sociedad sancionada para acercarse al Instituto a notificarse del mencionado acto administrativo, es así que la referida Resolución se notificó de manera personal el 5 de diciembre de 2018, al señor William Antonio Niño Ortiz identificado

^[3] Consejo de Estado. Sala Plena. Auto 11001031500020030044201(S). septiembre 29 de 2009. C. P. Susana Buitrago: Cinco consejeros salvaron voto



La salud
es de todos

RESOLUCIÓN No. 2019057325
(18 de Diciembre de 2019)
"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO
SANCIONATORIO Nro. 201600336"

con cédula de ciudadanía No. 80.894.094, en virtud de autorización otorgada por la Doctora Marcela Trejos Ortiz identificada con cédula de ciudadanía No. 52.995.087 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 197.010 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada de la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., identificada con el Nit. 890.900.608-9. (Folio 189)

De acuerdo con lo expuesto, es claro que la actuación sancionatoria del INVIMA, no quedó ejecutoriada dentro de los tres años previstos por el Artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, por lo que el acto administrativo decisorio se notificó personalmente cuando había caducado la facultad sancionatoria para los cargos formulados del numeral 1 al 6, mientras que para los restantes cuatro (4) cargos no opera el fenómeno de la caducidad.

Así las cosas, conforme a lo expuesto, este despacho procederá a desestimar los cargos imputados en los numerales 1 al 6, quedando la calificación de la falta y los demás cargos formulados en la parte resolutive del acto administrativo impugnado, de la siguiente manera:

"(...)

CALIFICACIÓN DE LA FALTA

1. Publicitar con fin comercial el producto BEBIDA ENERGIZANTE SIN AZUCAR, marca: Rodeo, con registro sanitario RSA-000744-2016, en folleto, revista y/o separata denominada: "Super Maratón de precios" – **con fecha 19 de diciembre de 2015**, sin contar con la autorización previa por parte del Invima, contrariando lo estipulado por el artículo 13 de la Resolución 4150 de 2009.
2. Publicitar con fin comercial el producto BEBIDA ENERGIZANTE SIN AZUCAR, marca: Rodeo, con registro sanitario RSA-000744-2016, en folleto, revista y/o separata denominada: "Super Maratón de precios" – **con fecha 19 de Diciembre de 2015**, sin declarar las leyendas obligatorias, tales como: "Contenido elevado en cafeína Entre paréntesis debe indicarse el contenido de cafeína expresado en mg/100ml", "La Bebida Energizante no previene los efectos generados por el consumo de bebidas alcohólicas", "No se recomienda el consumo de bebidas energizantes con bebidas alcohólicas", "Este producto solo podrá ser comercializado, expendido y dirigido a población mayor de 14 años" y "Este producto no es recomendado para personas sensibles a la cafeína". Contrariando lo estipulado por el artículo 14 de la Resolución 4150 de 2009.
3. Publicitar con fin comercial el producto BEBIDA ENERGIZANTE SIN AZUCAR, marca: Rodeo, con registro sanitario RSA-000744-2016, en folleto, revista y/o separata denominada: "Super Inter Super Navidad" – **con fecha 23 al 27 de Diciembre de 2015**, sin contar con la autorización previa por parte del Invima, contrariando lo estipulado por el artículo 13 de la Resolución 4150 de 2009.
4. Publicitar con fin comercial el producto BEBIDA ENERGIZANTE SIN AZUCAR, marca: Rodeo, con registro sanitario RSA-000744-2016, en folleto, revista y/o separata denominada: "Super Inter Super Navidad" – **con fecha 23 al 27 de Diciembre de 2015**, sin declarar las leyendas obligatorias, tales como: "Contenido elevado en cafeína Entre paréntesis debe indicarse el contenido de cafeína expresado en mg/100ml", "La Bebida Energizante no previene los efectos generados por el consumo de bebidas alcohólicas", "No se recomienda el consumo de bebidas energizantes con bebidas alcohólicas", "Este producto solo podrá ser comercializado, expendido y dirigido a población mayor de 14 años" y "Este producto no es recomendado para personas sensibles a la cafeína". Contrariando lo estipulado por el artículo 14 de la Resolución 4150 de 2009.

En ese orden de ideas, las pruebas compiladas en el cuaderno procesal demuestran que la sociedad investigada, es responsable por los cargos anteriormente mencionados, toda vez que está demostrado que la sociedad procesada realizó actividades de Publicitar con fin comercial el producto BEBIDA ENERGIZANTE SIN AZÚCAR, marca: Rodeo, con registro sanitario RSA-

Página 7



**RESOLUCIÓN No. 2019057325
(18 de Diciembre de 2019)**

**"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO
SANCIONATORIO Nro. 201600336"**

000744-2016, en folleto, revista y/o separatas sin el cumplimiento de la normatividad sanitaria de fechas 19 de diciembre, 23 al 27 de diciembre de 2015. Razón por la cual se procederá a disminuir el monto de la sanción impuesta a Ochocientos (800) SMDLV.

DOSIMETRÍA DE LA SANCIÓN

Refiere el profesional de derecho que la sanción impuesta a la sociedad que representa es excesiva y desproporcional, toda vez que la conducta infringida no puso en riesgo ni generó algún daño a la salud pública, adicionalmente, indica que su representada se allana a los cargos endilgados, razones por las cuales manifiesta su inconformidad frente a la graduación de la sanción.

Ante tales manifestaciones, este despacho procede a explicar de manera detallada los fundamentos jurídicos que dieron lugar a imponer la sanción correspondiente a OCHOCIENTOS (800) salarios mínimos diarios legales vigentes, a la Sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., identificada con Nit. 890.900.608-9, en el siguiente sentido:

Lo primero que se debe mencionar, son los criterios de graduación de la sanción, contemplados en el Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, y lo manifestado en la Resolución de calificación No. 2018051721 del 27 de noviembre de 2018, así:

"(...)

ARTÍCULO 50. GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES. *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:*

1. *Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.*
2. *Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*
3. *Reincidencia en la comisión de la infracción.*
4. *Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.*
5. *Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.*
6. *Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.*
7. *Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente*
8. *Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.*

(...)"

De acuerdo al numeral 1: La Sociedad **ALMACENES ÉXITO S.A.**, generó riesgo y/o peligro al Publicitar en medio masivo de comunicación el producto: bebida energizante sin azúcar con registro sanitario RSA-000744-2016, sin el pleno cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución 4150 de 2009, toda vez que dicha publicidad no contaba con la aprobación por parte del Invima, así como tampoco se declaraban las leyendas sanitarias obligatorias. Por lo que se aplica de manera negativa este atenuante.



Alcaldía

RESOLUCIÓN No. 2019057325
(18 de Diciembre de 2019)
"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO
SANCIONATORIO Nro. 201600336"

En lo referente al numeral 2: Dentro de las diligencias no se observa que la sociedad investigada, haya obtenido beneficio económico para sí o para un tercero, como consecuencia de la infracción a la normatividad sanitaria encontrada, por lo que no aplica para agravar la conducta.

Con respecto al numeral 3: consultada la base de datos de los procesos sancionatorios del Instituto, se encontró que la Sociedad investigada, ha sido objeto de sanción con anterioridad a la fecha de los hechos investigados, en los procesos tales como:

PROCESO SANCIONATORIO	RESOLUCIÓN No.	SANCION
200000250	2003002189 de 17/02/2003	Multa – 100 SMDLV
200600135	2007018198 de 23/08/2007	Multa – 1.500 SMDLV
200700009	2007022006 de 01/10/2007	Multa – 1.500 SMDLV
200700057	2008032012 de 10/11/2008	Multa – 3000 SMDLV
200700247	2010009235 de 13/04/2010	Multa – 1.000 SMDLV
201200060	2013013306 de 20/05/2013	Multa – 1.500 SMDLV
201300099	2013017810 de 24/06/2013	Multa – 400 SMDLV

Al numeral 4: no se evidencia que la Sociedad Investigada, haya opuesto resistencia u obstrucción a la investigación, por ende, no aplica para agravar la sanción.

En lo que respecta al numeral 5: No se evidencia que la sociedad investigada, haya utilizado medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos, por lo que no resulta procedente agravar la sanción.

Así mismo, para el numeral 6: Se evidencia que la Sociedad investigada, realizó las mejoras pertinentes, tendientes a subsanar las inconsistencias evidenciadas, respecto del material publicitario objeto de sanción, por cuanto posterior a los hechos investigados puso fin a las actividades publicitarias del producto investigado, en las condiciones de incumplimiento en las cuales se evidenció y por ende, resulta aplicable como criterio atenuante de la infracción.

En lo referente al numeral 7: No hay prueba en el expediente que demuestre que la sociedad investigada fue renuente o desentendió el cumplimiento de las órdenes impartidas por esta autoridad, por ende, no aplica como agravante.

Finalmente, y conforme al numeral 8: En cuanto al reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas observamos que la sociedad investigada no acepta la conducta infractora, no obstante, manifiesta en su escrito de descargos, que la ocurrencia de los hechos fue producto de un error involuntario"

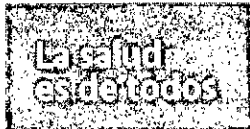
Así las cosas, es claro que la Dirección de Responsabilidad Sanitaria valoró todos los criterios de graduación de la sanción, tanto así que fueron valorados a favor de la sociedad investigada los criterios de graduación de la sanción:

-El no haber obtenido Beneficio económico por el infractor para sí o a favor de un tercero, no haber puesto Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión, no haber Utilizado de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos, haber realizado las mejoras pertinentes, tendientes a subsanar las inconsistencias evidenciadas, respecto del material publicitario objeto de sanción, no ser renuente o desentendió el cumplimiento de las órdenes impartidas por esta autoridad.

Así mismo fue aplicado en contra de la sociedad sancionada:

-Haber generado un riesgo sanitario al incumplir con las disposiciones sanitarias que inciden en la salud individual y colectiva, se aprecia que este criterio de graduación contenido en el

Página 9



RESOLUCIÓN No. 2019057325

(18 de Diciembre de 2019)

**"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO
SANCIONATORIO Nro. 201600336"**

numeral primero del Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, es aplicable respecto de la conducta reprochable sancionada, por cuanto no se requiere la inexistencia de daño efectivo a la salud pública, debido a que es la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado o riesgo generado, lo que merece el reproche institucional, toda vez que no es un presupuesto normativo para iniciar un proceso o para proferir una sanción, que se haya ocasionado un daño efectivo a la salud de las persona, razón por la cual hay que tener presente que las norma constituyen mínimos para garantizar la calidad del producto de consumo humano y por lo tanto su desconocimiento lleva implícito un riesgos reprochable, pues en materia de salud pública mediante la gestión del riesgo, se pretende evitar la materialización de daño alguno que en muchos casos podría poner en riesgo mortal a la comunidad, y es esa puesta en riesgo del bien jurídico lo que convierte a la conducta probada como reprochable.

En ese orden de ideas, frente al riesgo se estableció en la Resolución recurrida lo siguiente:

"Las normas sanitarias regulan las condiciones de fabricación, almacenamiento, etiquetado, comercialización y publicidad de productos como medicamentos, alimentos, bebidas, suplementos dietarios, dispositivos médicos y otros objetos de vigilancia sanitaria, en estas condiciones las mismas buscan que los productos que son objeto de uso y/o consumo por la población tengan las condiciones de calidad y seguridad necesarias para evitar daños y riesgos asociados a su uso y/o consumo. En consecuencia, cualquier incumplimiento a las normas sanitarias genera un riesgo para la salud pública, por los eventos adversos que puedan ocasionarse a quien consume un alimento que no ha cumplido a cabalidad la normatividad que lo regula.

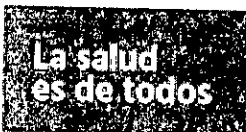
En consecuencia, teniendo en cuenta que el bien tutelado es el de la salud colectiva, la norma sanitaria reguladora de alimentos que fueron infringidas en el presente caso, se encuentran diseñadas para actuar no sólo cuando exista un daño concreto sino también en forma preventiva y evitar que éste se genere, es decir, con enfoque de riesgo sanitario.

Por otro lado, memora el Despacho la importancia de ajustar las actividades desde la fabricación de alimentos hasta su comercialización a las disposiciones sanitarias, resaltándose que la utilización de la publicidad dentro de la comercialización de los productos alimenticios y bebidas, en específico las bebidas energizantes, constituye una herramienta importante en la adquisición del producto, dado el impacto que genera en la salud de las personas al percibir el mensaje publicitario, toda vez que puede influir en su consumo, situación que de no realizarse con observancia de la normatividad sanitaria, pone en peligro la salud pública ya que persuade a las personas el consumo desmedido e irresponsable de este producto, situación que puede conllevar a la afectación de la salud dado los ingredientes que contiene como ya se expresó anteriormente.

De esta manera, lo que se busca es que la industria haga uso de esta herramienta tan importante como lo es la publicidad, de una manera responsable, en la que se proteja en todo momento la salud del consumidor y el acatamiento de la normatividad sanitaria.

El Estado Colombiano, como ordenamiento jurídico – Estado Social de Derecho, se sujeta a la propia normatividad que emite, en tanto las autoridades, los gobernantes y sus integrantes se encuentran supeditados a dichas normas. El Estado se sujeta al Derecho, encaminado a garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales en pro de un orden político, económico y social justo.

Debe entenderse en consecuencia, que el Estado de Derecho ofrece a los ciudadanos protección, bajo este fin ha de ajustarse al imperio de la ley, por ende los intereses sociales ameritan ser protegidos, especialmente el bien jurídico de la salud pública, no obstante, cabe agregar que la salud no es un tema de preocupación solo del estado colombiano, sino que constituye un tema universal, es por esto que no solo las entidades gubernamentales sino



Ministerio de Salud

RESOLUCIÓN No. 2019057325

(18 de Diciembre de 2019)

**"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO
SANCIONATORIO Nro. 201600336"**

también las organizaciones Internacionales se han convertido en verdaderas abanderadas en la protección de la salud y se mantienen vigilantes y alertas ante temas sobre la salud pública"

Es por lo anterior, que este despacho en esta instancia reitera lo dicho en párrafos anteriores respecto del riesgo ocasionado por la sociedad investigada al incumplir la normatividad sanitaria, no sin antes recordarle a la sociedad inquirida, que el cumplimiento riguroso y permanente de las prácticas, condiciones y medidas establecidas en la normatividad sanitaria cuya carencia, como en el presente caso, no garantiza la inocuidad del producto, entendida por la OMS como *"las acciones encaminadas a garantizar la máxima seguridad posible de los alimentos. Las políticas y actividades que persiguen dicho fin deberán de abarcar toda la cadena alimenticia, desde la producción al consumo."*¹

Por lo tanto, considera este operador administrativo, que la conducta realizada por la sociedad investigada si puso en peligro la salud de la comunidad al no cumplir con la normatividad sanitaria exigida, es por eso que el objeto de la presente investigación es el incumplimiento de los estándares de calidad vigentes para circunstancias que se evidenciaron en los folletos, revista y/o separatas de fechas 19 de diciembre, 23 al 27 de diciembre de 2015.

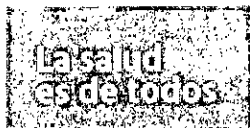
Continuando con los criterios de graduación de la sanción, en cuanto al reconocimiento expreso de la infracción, advierte el despacho que el petitum de la recurrente respecto que su representada se allano a los cargos endilgados, encuentra este operador jurídico que no es de recibo dicha argumentación, toda vez que no existe en el plenario la aceptación expresa de la procesada, razón suficiente para confirmar lo manifestado en la resolución calificatoria impugnada:

"Finalmente, y conforme al numeral 8: En cuanto al reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas observamos que la sociedad investigada no acepta la conducta infractora, no obstante, manifiesta en su escrito de descargos, que la ocurrencia de los hechos fue producto de un error involuntario"

Es así, que es claro que la Dirección de Responsabilidad Sanitaria valoró todos los criterios contenidos en el Artículo 50 de la ley 1437, bajo este contexto, el despacho estimó cada uno de los supuestos normativos para determinar el tipo y monto de sanción correspondiente. Por consiguiente, no es posible acceder a la solicitud del recurrente en el sentido de que se revoque la sanción impuesta, pues hace parte de tasación de la sanción, no solo los criterios antes examinados, sino la valoración del riesgo generado con la conducta infractora, la naturaleza del producto y la situación sanitaria advertida en la actividad en los procesos de manufactura de los alimentos.

Continuando con el análisis del recurso de reposición, en cuanto a la petición de disminuir de manera proporcional la sanción impuesta, resulta menester precisar que la administración realizó la ponderación de la sanción, teniendo en cuenta la libre apreciación de las pruebas en el respectivo proceso sancionatorio, las cuales deben demostrar inequívocamente la responsabilidad de la sociedad investigada, el riesgo o daño que pudo ocasionar al bien jurídicamente tutelado, la aplicación y el rigor de las sanciones previstos en este caso específico en la Ley 1437 de 2011, que contempla los criterios de graduación de la sanción, el desarrollo eficaz de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y la desestimación de los seis primeros cargos que fueron relacionados en el acto administrativo calificatorio, en concordancia con el Artículo 577 de la Ley 9° de 1979, que señala:

¹ http://www.who.int/topics/food_safety/es/



RESOLUCIÓN No. 2019057325

(18 de Diciembre de 2019)

**"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO
SANCIONATORIO Nro. 201600336"**

"Artículo 577º.- Teniendo en cuenta la gravedad del hecho y mediante resolución motivada, la violación de las disposiciones de esta Ley, será sancionada por la entidad encargada de hacerlas cumplir con alguna o algunas de las siguientes sanciones:

- a. Amonestación;*
- b. Multas sucesivas hasta por una suma equivalente a 10.000 salarios diarios mínimos legales al máximo valor vigente en el momento de dictarse la respectiva resolución;*
- c. Decomiso de productos;*
- d. Suspensión o cancelación del registro o de la licencia, y cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio respectivo.*

Así las cosas el INVIMA como autoridad sanitaria, estaba facultada para imponer multa equivalente hasta de 10.000 SDMLV según las pruebas aportadas, la ponderación del caso y los incumplimientos evidenciados, que para el caso específico se estableció en un valor 800 SDMLV como monto a pagar por parte de la sociedad sancionada, sanción que es exigua, frente a otras multas impuestas y cuyo monto se deriva de la valoración de los hechos probados, el producto objeto de vigilancia, así como los incumplimientos evidenciados, que en casos similares a este se gradúa en el mismo valor por el riesgo generado frente al bien jurídico tutelado, situaciones que se encuentran claramente descritas en la Resolución de calificación, razón por la cual no es posible acceder a su solicitud de disminución de la sanción, máxime si en el presente proveído se tuvo en cuenta la desestimación de los seis primeros cargos formulados en el acto administrativo calificadorio.

Finalmente, es pertinente aclarar que si bien es cierto la buena fe es un principio general del derecho, también lo es que las normas sanitarias son normas imperativas que en su misma esencia son obligatorias, inspiradas en principios generales, la seguridad del Estado y las buenas costumbres, son normas de orden público, es decir son indispensables para la existencia y funcionamiento del Estado y del orden social, que no pueden ser remplazadas por la creencia de que las infracciones a la normatividad sanitaria fueron subsanadas, toda vez que estas ya fueron tenidas en cuenta para graduar la sanción, al aplicar en favor de la sociedad inquirida el numeral 6 previsto en el Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011. Por lo tanto no se puede excusar una conducta reprochable por las leyes con el pretexto de que sea tenida en cuenta la buena fe al realizar las medidas tendientes a subsanar la infracción sanitaria, toda vez que este no es un esfuerzo adicional o altruista de la sociedad inquirida sino una obligación en el ejercicio de su actividad económica.

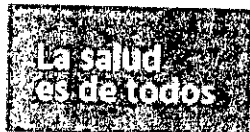
En consecuencia, la sanción impuesta en la Resolución de calificación, fue debidamente graduada en el presente acto administrativo y obedece a una correcta aplicación de los criterios de graduación de la sanción y de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la sanción debe suponer un equilibrio y una armonía resultante de la ponderación de los intereses y derechos en conflicto.

De esta forma, el despacho procede a modificar el monto de la sanción tasada en la resolución calificatoria, conforme lo expuesto en párrafos anteriores, en el sentido de imponer como sanción, la multa de Ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes.

En mérito de lo expuesto, el Despacho:

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Reponer parcialmente el Artículo primero de la Resolución N° 2018051721, proferida el 27 de noviembre de 2018, dentro del proceso sancionatorio N°



RESOLUCIÓN No. 2019057325
(18 de Diciembre de 2019)
"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN PROCESO
SANCIONATORIO Nro. 201600336"

201600336 adelantado contra de la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., identificada con Nit. 890.900.608-9, en el sentido de modificar la sanción impuesta, fijando la misma en OCHOCIENTOS (800) salarios mínimos diarios legales vigentes, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, según las razones expuestas.

ARTICULO SEGUNDO: Notificar la presente actuación al Representante legal y/o Apoderado de la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., identificada con Nit. 890.900.608-9, conforme lo establecido en el Artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En el evento de no poder efectuarse la notificación personal se hará mediante aviso conforme a lo dispuesto en el Artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente Resolución no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA MARGARITA JARAMILLO
Directora de Responsabilidad Sanitaria

Proyectó: Paola Acevedo
Revisó: Jairo A. Pardo