



La salud
es de todos

Minsalud

NOTIFICACIÓN POR AVISO No. 2019001370 De 30 de Septiembre de 2019

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:

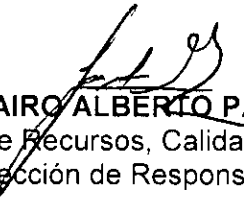
RESOLUCIÓN No.	2019035189
PROCESO SANCIONATORIO:	201600358
EN CONTRA DE:	GASEOSAS POSADA TOBON S.A
FECHA DE EXPEDICIÓN:	14 de agosto de 2019
FIRMADO POR:	MARIA MARGARITA JARAMILLO PINEDA – Directora de Responsabilidad Sanitaria

Contra la Resolución No. 2019035189 de 14 de agosto de 2019, **NO** procede recurso alguno.

ADVERTENCIA

EL PRESENTE AVISO SE PUBLICA POR UN TÉRMINO DE CINCO (5) DÍAS CONTADOS A PARTIR DE **17 OCT. 2019**, 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 SUAREZ
Grupo de Recursos, Calidad y Apoyo a la Gestión
Dirección de Responsabilidad Sanitaria

ANEXO: Se adjunta a este aviso en ocho (08) folios a doble cara copia íntegra de la Resolución N° 2019035189 de 14 de agosto de 2019, proferido dentro del proceso sancionatorio N° 201600358.

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

JAIRO ALBERTO PARDO SUAREZ
Grupo de Recursos, Calidad y Apoyo a la Gestión
Dirección de Responsabilidad Sanitaria

Proyectó y Digitó: Elkin

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

***"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"***

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. 2018028967, proferida el 12 de julio de 2018, dentro del proceso sancionatorio 201600358, teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES

1. El Director de Responsabilidad Sanitaria (E) del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, mediante Resolución No. 2018028967 del 12 de julio de 2018, calificó el proceso sancionatorio 201600358, e impuso a la sociedad GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. con Nit. 890.903.939-5, multa de dos mil cuatrocientos (2400) salarios mínimos diarios legales vigentes, por vulnerar la normatividad sanitaria prevista en el artículo 272 de la ley 9 de 1979 (Folios 138 al 150).
2. Decisión que se notificó mediante la remisión del aviso No. 2018001184 del 23 de julio de 2018, entregado en el lugar de destino el 30 de julio de 2018, quedando debidamente notificada la decisión el 31 de julio de 2018 (Folios 153, 194, 196 y 197).
3. Con radicado 20181164129 del 15 de agosto de 2018, el Dr. Juan Guillermo Ortiz Rojas, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.026.252.232 y portador de la Tarjeta Profesional No. 190.320 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado de la sociedad GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. con Nit. 890.903.939-5, presentó el recurso de reposición contra la Resolución No. 2018028967 del 12 de Julio de 2018 (Folios 170 al 193).

CONSIDERACIONES PREVIAS

De la lectura realizada a los actos administrativos que conforman el presente proceso sancionatorio, advierte este operador administrativo la necesidad de realizar de manera oficiosa la corrección de la razón social de la sociedad sancionada Gaseosas Posada Tobón S.A., dado que por error de digitación en el Auto de traslado de cargos No. 2018005343 del 23 de abril de 2018 (Folios 36 al 39) proferido dentro de la investigación sub júdice, se indicó como nombre de la inquirida Gaseosas Posadas Tobón S.A., con Nit. 890.903.939-5; lo anterior para dar claridad frente a la decisión adoptada.

El Artículo 45 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, establece:

"ARTICULO 45. Corrección de errores formales. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales de contenido en los actos, administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, ésta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda."

Ahora bien, es fundamental resaltar que esta es una aclaración de tipo formal, la cual no afecta el sentido material de la decisión tomada dentro de la actuación administrativa y no vulnera el debido proceso, toda vez que desde el inicio se individualizó a la sociedad investigada con

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

***"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"***

número de Nit 890.903.939-5 y todas las comunicaciones se remitieron a las direcciones obrantes en el expediente y obtenidas del registro mercantil de la sociedad investigada.

Así las cosas y evidenciado tal error de digitación, se procede a realizar la corrección en el Auto de traslado de cargos No. 2018005343 del 23 de abril de 2018 (Folios 36 al 39) proferido dentro del proceso sancionatorio No. 201600358, en el sentido de precisar que el nombre correcto de la sociedad investigada es **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, con Nit. 890.903.939-5.

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 peticionario en el siguiente sentido:

1. sobre la caducidad de la acción:

Aduce el recurrente que el hecho que dio origen a la presente diligencia tuvo lugar el día 26 de julio de 2015, fecha en la cual salió al mercado la edición 310 de la revista Jet- Set, por lo tanto para la fecha en la cual quedó debidamente notificada la Resolución No. 2018028967 de 12 de julio de 2018, esto es el 31 de julio de 2018, ya habían transcurrido más de tres años de la ocurrencia del hecho, situación que según el recurrente demuestra la caducidad de la facultad sancionatoria.

Al respecto, resulta necesario ilustrar al apoderado de la sociedad investigada, en el que el Artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, ha sido sujeto de varios pronunciamientos jurisprudenciales, los cuales 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 sanción caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese 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.*

Cuando 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.

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

**"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"**

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.

Referente a esta inconformidad, es necesario precisar que dentro del presente proceso sancionatorio no existe la caducidad aludida, por cuanto en el desarrollo de la investigación quedó plenamente demostrada que la fecha de publicación de la edición 310 de la Revista Jet-Set, se realizó del **22 de julio al 10 de agosto de 2015**, tal como se observa a folio 34 del plenario.

Conforme a lo expuesto, es claro para el despacho que la fecha génesis para la presente investigación es el día 10 de agosto de 2015, que corresponde a la fecha hasta cuando estuvo publicada la revista, en consecuencia, constituye el punto de partida para empezar a contabilizar los tres años, con los cuales contaba la administración para ejercer la facultad sancionatoria.

En este sentido, cabe reiterarle al petente, que aun cuando la emisión de la portada de la revista Jet Set fue el **día 22 de julio de 2015, el plazo se extendió hasta el día 10 de agosto de 2018**, fecha última, con la que se debe contabilizar la caducidad del presente proceso sancionatorio.

Del mismo modo, dado que la notificación se surtió por aviso, la administración debía notificar el correspondiente acto administrativo sancionatorio a más tardar el 10 de agosto de 2018, para que no operara el fenómeno de la caducidad, y encontramos que la resolución calificatoria se notificó a través del envío del aviso No. 2018001184 calendado el 23 de julio de 2018, y el cual fue entregado en el lugar de destino el 30 de julio de 2018, tal como lo demuestra la Guía No. PC003950469CO de la Compañía de correo 472 (folio 196), quedando así debidamente notificada la decisión el 31 de julio de 2018, hecho que desvirtúa por completo lo manifestado por la defensa, por cuanto la actuación sub examine se desarrolló dentro de los tres años previstos por el Artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, para el ejercicio de la facultad sancionatoria.

2. Sobre la falsa motivación del Acto.

Manifiesta el apoderado de la sociedad investigada, falsa motivación en la Resolución de Calificación emitida por este Despacho dentro del proceso sancionatorio en estudio, pues dentro de este proveído se hace referencia a la publicidad del producto BEBIDA DE TÉ VERDE CON SABOR A LIMÓN, por infringir la normatividad sanitaria al indicar en la publicidad la frase: "EL TÉ VERDE AYUDA A ELIMINAR TOXINAS, CUIDAR EL PESO Y EL CORAZÓN"

Frente a lo anterior, el Despacho considera importante traer a colación la sentencia emitida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez de fecha veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018), que señala:

"ACTO ADMINISTRATIVO – Deber de motivación"

*Todo acto administrativo debe estar debidamente motivado, lo que implica que el servidor público que lo expide, tiene la obligación de exponer en el mismo las razones normativas y de hecho que dieron lugar a la decisión en él contenida. Lo anterior garantiza el respeto del debido proceso, en tanto permite conocer las causas que impulsaron a la administración a expresar en determinado sentido su voluntad. **NOTA DE RELATORÍA:** Corte constitucional, sentencia T-350 de 2011(negrilla y subraya fuera de texto)"*

Página 3

RESOLUCIÓN No. 2019035189
(14 de Agosto de 2019)
"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"

Ahora bien, en sentencia emitida por el Consejo de Estado - Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, consejero ponente Hugo Fernando Bastidas Barcenas de fecha veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011) indica:

"De la Falsa y de la falta de motivación del acto demandado.

(...)

En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición de forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la Ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada, y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en el vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo. (negrilla y subraya fuera de texto)

Posteriormente indica:

Pues bien, previo análisis de las pruebas que dan cuenta de los hechos que fundamentaron la motivación del acto administrativo demandado, la Sala precisa que la actividad de clasificar arancelariamente mercancías comporta dos análisis: uno de tipo fáctico y el otro de tipo jurídico.

El análisis fáctico tiene como fin identificar las características y naturaleza de la mercancía objeto de clasificación arancelaria, análisis que por su complejidad puede requerir del concepto de expertos que permitan esclarecer la clase o tipo de mercancía, pues, como se comentó, la nomenclatura arancelaria está estructurada de tal manera que a las mercancías les corresponda una y tan solo una subpartida arancelaria. El análisis jurídico en cambio, comporta la aplicación obligatoria de las notas legales y de las reglas generales de interpretación del sistema armonizado. Las notas explicativas, se reitera, como fungen como meros criterios auxiliares no son de carácter obligatorio". (negrilla y subraya fuera de texto)

Conforme a lo anterior, es menester señalar que la conducta reprochable en materia de publicidad de alimentos se configura con la sola posibilidad de generar en el receptor del mensaje una idea que no es clara sobre las propiedades del alimento; para el caso concreto, la publicidad objeto de estudio es ambigua, por cuanto hace alusión al ingrediente Té Verde Mediante la frase "EL TÉ VERDE AYUDA A ELIMINAR TOXINAS, CUIDAR EL PESO Y EL CORAZÓN", relacionando así las propiedades del ingrediente té verde, con la bebida de té verde con sabor a limón, marca MR. TEA.

Características como las descritas son determinantes para lograr la elección del producto en el mercado frente a otros alimentos, por lo tanto el riesgo se ve representado en el hecho que se modifiquen hábitos de los potenciales consumidores por los beneficios que se predicen del alimento. Conforme a ello, los receptores del mensaje podrían asumir que el alimento sustituye productos farmacéuticos o reemplaza métodos adecuados para tratamientos óptimos.

En ese orden de ideas, se recalca que la norma del procedimiento sancionatorio y el régimen sanitario no exige la comprobación del daño para adelantar la investigación administrativa. El INVIMA en el ejercicio de sus funciones actúa de forma preventiva con el objetivo de evitar y/o mitigar un riesgo en la salud de la población, sin que se a menester la materialización de un daño al bien jurídicamente tutelado.

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

***"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"***

Es por lo anterior, que al realizar la revisión del acto administrativo alegado, se encontró pleno soporte en las pruebas obrantes en el cuaderno procesal, las cuales per se evidencian infracción a las normas sanitarias por parte de la sociedad sancionada respecto a la publicidad del producto BEBIDA DE TÉ VERDE CON SABOR A LIMÓN, al no dar cumplimiento a las exigencias sanitarias, pruebas que fueron incorporadas en su momento procesal.

Así mismo, se observa que la pauta publicitaria hace alusión a propiedades específicas en la bebida de té verde con sabor a limón y el otorgar este tipo de cualidades a un producto sin encontrarse confirmadas y avaladas por el Instituto, vulnera la normatividad sanitaria referente a publicidad de alimentos.

Las propiedades se asocian no solo al ingrediente "té verde" sino también a los beneficios del alimento que contiene el insumo. Las propiedades denotan características medicinales al indicar que elimina toxinas, cuida el peso y el corazón, estas circunstancias son contrarias a la norma sanitaria de acuerdo con el Artículo 272 de la ley 9 de 1979.

Ahora, la normatividad sanitaria es muy clara al establecer las condiciones bajo las cuales el titular del Registro Sanitario debe realizar su actividad comercial y ese tipo de publicidad contrario a lo manifestado por el recurrente, debe ser clara, veraz y confiable, debido a que proporciona al consumidor la información sobre el alimento que está siendo comercializado.

Aunado a lo anterior, no sobra mencionar que tales manifestaciones fueron analizadas y objeto de pronunciamiento por parte de este despacho a través de la Resolución 2018028967 del 12 de julio de 2018; sin embargo, para dar mayor claridad al recurrente este despacho le recuerda lo dicho en aquella oportunidad:

"Con el objetivo de explicar el riesgo causado a la población en general se traerá a colación el artículo 272 de la Ley 9 de 1979:

Artículo 272º.- *En los rótulos o cualquier otro medio de publicidad, se prohíbe hacer alusión a propiedades medicinales, preventivas o curativas, nutritivas o especiales que puedan dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del alimento o de la bebida.*

Es así que el artículo 272 de la ley 9 de 1979, es consecuente frente al cargo formulado y trasladado a la investigada.

Frente a este artículo, que en otras palabras significa o explica que existe una prohibición en el empleo de rótulos y/o etiquetas que dan alusiones a propiedades ofreciendo mensajes distorsionados sobre productos los cuales se encuentran impresos en medios considerados como publicitarios tales condiciones especiales denotan una información exagerada que puede generar expectativas engañosas al consumidor, cuya información no esta previamente certificada ni mucho menos comprobada y no hace parte del producto por la misma naturaleza del alimento.

Por otro lado en lo concerniente al artículo 272 de la ley 9 de 1979, en lo atine "A la falta de claridad, precisión generando la ambigüedad sobre el cargo formulado", que indica la defensa en el numeral 2.2.1 de su escrito de descargos:

En relación a este argumento este artículo mencionado y aplicado al caso en concreto concertado a la trasgresión perpetuada por la investigada en razón que el producto por ella publicitado denotaba las siguientes frases: "EL TÉ VERDE AYUDA A ELIMINAR TOXINAS. CUIDAR EL PESO Y EL CORAZÓN"

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el Proceso sancionatorio No. 201600358”

En este orden de ideas, la marca comercial del producto el cual se encuentra ampliamente reconocido y posesionado en el mercado (MR TÉA) se le estaba reconociendo que poseía un agente antioxidante al cual se le pretendía atribuir una aseveración, por la cual se podía combatir o eliminar las toxinas que se encuentran en el cuerpo, por otro lado exalta que cuida el peso y el corazón conductas totalmente contrarias dándole al producto un efecto médico, curativo y de protección frente a estados orgánicos, que frente al cuidado de un órgano de vital importancia para la vida del ser humano y que por su riesgo y complejidad el producto publicitado ni técnica ni científicamente tenía o tiene y/o posee tal propiedad.

Frente a tal hecho el cargo atribuido a la investigada si se enmarca dentro de la norma violada a razón que si se le esta dando propiedades medicas, preventivas o curativas y especiales al producto, dando lugar apreciaciones falsas y engañosas del producto.

Con relaciones a estas interpelaciones de la defensa vale la pena volver a los mismos antecedentes que motivaron, justificaron y sustentaron el cargo formulado contra la sociedad investigada, tomando en cuenta en primer lugar a la toma de evidencia de una publicidad sobre una presunta violación normativa sanitaria de producto en específico, que subsidiariamente con relación a la pieza publicitaria se le requirió información al propietario y/o responsable de dicha publicación para que se sirviera informar a este Despacho que persona natural o jurídica había ordenado y pagado la publicidad de dicho material, que posterior a esto previo a lo informado, se pudo igualmente establecer de que el producto cuestionado era un alimento que dentro del artículo 272 de la ley 9 de 1979, establece una serie de prohibiciones, que del análisis del material objeto de debate y cuestionamiento de manera integral se evidencian que las propiedades otorgadas a dicho producto son concordantes a la norma referenciada, de tal manera fue aplicado el cargo de manera correcta.

Siendo claro para el Despacho que la sociedad investigada, permitió que sus productos se publicitaran en un medio impreso masivo de comunicación sin cumplir con los requisitos exigidos por la normatividad sanitaria; y debe dejar en claro el Despacho, que todo tipo de publicidad o actividad prohibida por la normatividad sanitaria debe ser de pleno y exigente cumpliendo sin excepción alguna por cada una de las personas jurídicas y naturales, así como lo ordena el artículo 4 de la Constitución Política:

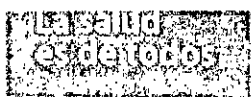
“ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

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

En relación al argumento argüido por la defensa donde indica: “Que la publicidad objeto de censura, se trasmite un mensaje cierto, cuidadosamente estructurado y que no infringe la normatividad sanitaria”

Frente a este argumento, vale la pena indicar que carece de cualquier asevero probatorio, toda vez, que del resultado mismo de la pieza publicitaria señalada donde se estaba promoviendo una información inexacta frente al producto, al cual se le estaba aludiendo propiedades médicas o curativas, las cuales no eran ciertas, contraviniendo con estas aseveración en una infracción sanitaria”.

En consecuencia de todo lo anterior, en materia sanitaria, especialmente lo relacionado con actividades de publicidad de alimentos, cabe resaltar el riesgo que existe, pues el hecho de otorgar dentro de la publicidad propiedades terapéuticas a los alimentos, genera una falsa expectativa en el producto y conllevan a un consumo desmesurado por parte de los receptores de dichas publicidades; por ende obliga a que exista una gran disciplina en esta materia, y por ello es legítimo sancionar comportamientos que vulneren esas reglas que aseguran la eficacia y



RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el Proceso sancionatorio No. 201600358"

seguridad de la salud individual y colectiva, como bienes jurídicos tutelados por este cuerpo normativo

Finalmente, sobre los conceptos de publicidad contenidos en el ABC del Invima, el recurrente debe tener en cuenta que contrario a lo manifestado, la definición de publicidad indicada en la Resolución de calificación, fue con el único propósito de ilustrar al interesado sobre el tema en concreto, pues el acto administrativo señala claramente la necesidad de recordar el referido concepto para aclarar que no existe "*ausencia de la formulación de cargos de manera clara, precisa y concreta*".

Es por lo anterior, que el despacho procede a explicar que no le asiste razón al apoderado de la sociedad investigada y trae a colación los conceptos de publicidad, alimento, y la importancia del control de la publicidad en los alimentos, pero en ninguna parte del acto administrativo se menciona que dicho concepto será aplicado a la conducta infringida, pues claramente el cargo endilgado recae única y exclusivamente por la infracción contenida en el Artículo 272 de la Ley 9 de 1979, tal y como le ha sido explicado desde el Auto de traslado de cargos No. 2018005343 del 23 de abril de 2018 proferido dentro del proceso sancionatorio No. 201600358 (Folios 36 al 39).

Adicionalmente, cabe lustrar a la defensa, que la relación fáctica y jurídica expuesta en la Resolución 2018028967 de 12 de julio de 2018, se encuentra soportada con el material probatorio habiente en el expediente, la cual fue suficiente para sustentar y respaldar la formulación de cargos a la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A con Nit 890.903.939-5., que viene a constituir la parte resolutive del acto administrativo, quedando claro que no se ha configurado falsa motivación en este proceso, pues en ningún momento se ha engañado, fingido, simulado o faltado de veracidad dentro de la investigación administrativa sub júdice.

En conclusión la sanción impuesta fue debidamente graduada en la Resolución de calificación y obedece a una adecuada aplicación de la normatividad sanitaria y la formulación de cargos, encontrando plena legalidad en la actuación administrativa, y en consecuencia pleno soporte en la sanción impuesta.

3. Sobre la nulidad, proporcionalidad y debido proceso alegado.

Con respecto a la nulidad invocada por el solicitante, se trae a colación el Artículo 208 de la ley 1437 de 2011, que establece "*serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitarán como incidente*". Sin embargo, únicamente contempla la nulidad dentro del proceso que se desarrolla en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cabeza de un Juez administrativo y no de una actuación en sede administrativa, como lo es el proceso sancionatorio, razón por la cual no es posible ni viable que se decreten nulidades dentro de estos procesos.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que la competencia para decretar la nulidad de un acto administrativo radica exclusivamente en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y por lo tanto si el funcionario administrativo lo hiciera estaría desbordando el ámbito de sus competencias, ya que éste último, como se indicó anteriormente, cuenta con otro tipo de recursos o mecanismos administrativos para corregir o modificar sus propias decisiones y la declaración de una nulidad es una competencia que le debe atribuir expresamente la ley.

Página 7

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

***"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"***

Del mismo modo, los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad contemplada en el Artículo 88 de la ley 1437 de 2011, el cual establece que:

"Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar". Negrilla y Subrayado fuera de texto

En igual sentido consagra la norma, que los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Art.91) razón por la cual es exigible a la sociedad sancionada el pago de la sanción de la cual fue objeto, al estar demostrada su responsabilidad en los hechos investigados.

Ahora bien, en cuanto al principio de proporcionalidad, se debe señalar que la labor de materializar los presupuestos de la norma en el caso concreto o en otras palabras subsumir los hechos evidenciados en la norma, es tarea fundamental de este Despacho, pues si bien es el legislador es quien determina los montos dentro de los cuales puede encontrarse la sanción a imponer por la comisión de una falta, es deber legal y constitucional del operador jurídico materializar lo determinado por el legislador en los casos que se presenten a su estudio, así es el mismo legislador quien ha facultado a este Instituto para que conforme su juicio y análisis del material probatorio obrante en el plenario decida cuál es el valor de la multa a imponer en cada caso concreto; así pues, es una facultad potestativa de esta entidad imponer los valores que considere pertinentes, claro está teniendo en cuenta los presupuestos, análisis y hechos sustentados probatoriamente en la actuación.

En pronunciamiento la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

"PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD – Aplicación en sanciones administrativas

En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad."

Así las cosas, el INVIMA como autoridad sanitaria, está facultada para imponer multa desde 1 hasta 10.000 SDMLV según las pruebas aportadas, la ponderación del caso y los incumplimientos evidenciados, que para este caso específico se estableció el valor de 2400 SDMLV como monto a pagar por parte de la sociedad sancionada, monto derivado de la valoración de los hechos probados, tipo de actividad, así como la magnitud de la conducta y su proporcional riesgo para la salud pública.

Empero se reitera, es facultad potestativa de esta entidad imponer los valores que considere pertinentes en cuanto al monto de la multa impuesta, claro está bajo los presupuestos, análisis y hechos sustentados probatoriamente en la actuación, estando en capacidad de fijar el valor.

Es así que de las circunstancias particulares del caso, así como el riesgo generado por el despliegue de la conducta endilgada entendido éste como la "Contingencia o proximidad de un

¹Corte constitucional, sentencia C-125-03, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.



RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

***"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"***

daño"² del bien jurídico tutelado, fue lo que permitió a este operador jurídico tasar el monto de la sanción en aplicación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Continuando con la revisión del escrito presentado por el apoderado, es necesario recordarle que las inconsistencias evidenciadas en la publicidad del producto BEBIDA TÉ VERDE SABOR A LIMÓN, marca MR. TEA, tienen la capacidad de poner en riesgo la salud de la población en general, razón por la cual el legislador fue muy claro al consagrar una norma sanitaria específica para que regule el cumplimiento de este tipo de actividades, complementado con el derecho que establece la Constitución Política, para crear empresa y a la libertad económica, que se fundamenta en el artículo 333, cuyo tenor indica: "(...) la actividad económica y la iniciativa privada son libres"; así mismo, el despacho reconoce que la libre competencia económica es un derecho de todos, aunque ambos presupuestos deben ser realizados conforme a parámetros que impidan comportamientos abusivos y de competencia destructiva; cada uno de los limitantes se traducen el bien común y la responsabilidad social.

Conforme a lo anterior, para ésta entidad toda persona natural o jurídica, grande, mediana o pequeña productora, tienen la plena libertad de realizar las actividades económicas que consideren convenientes con el fin de obtener beneficios de tipo particular, siempre y cuando con su conducta no se ponga en peligro el bienestar general de los demás. De tal manera que la sociedad sancionada podía desarrollar libremente su actividad económica, y también tenía la obligación de contar con un conocimiento sobre la normatividad que regulaba los productos objeto de su actividad comercial.

Por tanto, al omitir el cumplimiento de las disposiciones sanitarias, corría con el riesgo de ser sujeto de una sanción que resultaría onerosa y que afectaría no solo el desarrollo de su actividad económica, sino que además su comportamiento motivado sería reprendido, tal como ocurrió en el caso particular, en pro de la preservación de un interés general superior como es la salud de la población.

De igual forma, se le recuerda al apoderado que la empresa tenía la obligación de ejercer un control sobre sus productos, y debía ajustar sus acciones a los lineamientos dictados por el legislador. Además, dichos controles no escapan de sus conocimientos básicos, pues se trata de su actividad comercial, en la cual lleva una amplia trayectoria ejerciéndola en consecuencia, conoce las normas sanitarias que la regulan, de ahí que le asiste responsabilidad a la sociedad sancionada.

Adicionalmente se debe señalar que el cargo imputado se deriva de las inconsistencias evidenciadas en la publicidad del producto objeto de sanción, donde se detallaron solo los aspectos que incumplía la sociedad investigada, y sobre estos aspectos se efectuó la tipificación correspondiente a cada caso en concreto, quiere ello decir, que el número de irregularidades trascritas en los cargos corresponde a lo evidenciado en la publicidad realizada en la revista Jet- set obrante a folio 34 del plenario.

Por otra parte, tal como se mencionó precedentemente, el monto de la multa en materia sanitaria se determina previa valoración de la naturaleza de la falta, el peligro potencial que genera para el bien jurídico amparado, las circunstancias en que ocurrió el hecho, el análisis del material probatorio y las causales de graduaciones de la sanción. En atención a estos criterios se concluyó que la sociedad vinculada realizó una práctica contraria a la normatividad sanitaria,

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española Online <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=cO4EL0KYs2x5eX0q9AP>

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

***"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"***

siendo necesario precisar que las normas sanitarias están instituidas para prevenir riesgos en la salud, así que cualquier incumplimiento implica un peligroso riesgo sanitario.

Ahora bien, en relación con la Formulación de cargos, afirma el recurrente que se le ha vulnerado el debido proceso consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, argumentando que el cargo por el cual fue sancionada la sociedad que representa no fue debidamente formulado en el Auto de traslado de cargos No. 2018005343 del 23 de abril de 2018, es por lo anterior que este Despacho entrará a analizar el cargo endilgado a la sociedad investigada conforme a las garantías procesales y del debido proceso que le asisten.

Sea lo primero mencionar, que mediante radicado 20181052238 del 16 de marzo de 2018, la Directora Jurídica de Publicaciones Semana S.A., remitió a la dirección respuesta al requerimiento de allegar copia de la Revista Jet Set edición 310 de 2015, indicando lo siguiente: (Folio 33)

En atención a su requerimiento radicado en nuestra compañía el día 12 de marzo de 2018, en el cual nos solicitan que "(...) se allegue copia de la revista Jet Set edición 310 de 2015 con el fin de investigar la publicidad del productor MR TEA, TE VERDE y así mismo se indique quien ordenó y pagó la pauta objeto de investigación. (...)", nos permitimos indicar que la pauta publicitaria de referencia fue ordenada y pagada por la empresa GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., así mismo, nos permitimos remitir una copia de la edición 310 de 2015 de la revista Jet Set.

Es por lo anterior, que una vez identificada la conducta contraventora y el infractor de la normatividad sanitaria, se procede mediante Auto de traslado de cargos 2018005343 del 23 de abril de 2018, a formular cargos en contra de la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A., con Nit. 890.903.939-5, por el hecho de presuntamente incumplir con los requisitos promulgados por la normatividad sanitaria de publicidad del producto BEBIDA TE VERDE SABOR A LIMÓN, marca MR. TEA.

El cargo endilgado es:

"Publicitar en la revista jet set edición No 310 de 2015, el producto BEBIDA DE TE VERDE CON SABOR A LIMÓN" con registro sanitario No. RSAA15111408, declarando propiedades medicinales, preventivas o curativas, nutritivas o especiales que puedan dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del alimento o de la bebida como: EL TE VERDE AYUDA A ELIMINAR TOXINAS, CUIDAR EL PESO Y EL CORAZÓN", contrariando lo establecido en el artículo 272 de la ley 9 de 1979.

Ahora bien, este Despacho como operador jurídico le corresponde aplicar en debida forma la facultad que le fue otorgada por la administración al ejercer el control sanitario sobre los particulares y de las conductas evidenciadas enmarcarlas dentro de una conducta tipificada en la normatividad sanitaria. Es por lo anterior, que no le asiste razón al peticionario por cuanto los cargos endilgados en el Auto por medio del cual se trasladaron cargos dentro del presente proceso sancionatorio guardan plena relación con los cargos endilgados en la Resolución de calificación.

Respecto a la pruebas aportadas, manifiesta el recurrente que eran documentos para demostrar las propiedades del té verde, al respecto resulta necesario reiterar que no eran documentos relacionados con el producto objeto de la sanción, por lo tanto al no guardar relación directa con las presentes diligencias, este despacho consideró innecesaria su incorporación, pues las conductas endilgadas recaen en la publicidad de la BEBIDA DE TE

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

***"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"***

VERDE CON SABOR A LIMÓN con registro sanitario No. RSAA15I11408, más no de las propiedades del té verde.

Para concluir, se evidencia la responsabilidad de la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A. con Nit. 890.903.939-5, por incumplir la normatividad sanitaria, generando un riesgo en la salud pública de los consumidores al publicitar en medios escritos, en este caso a través de la revista Jet Set, medio de alta circulación, la bebida marca MR. TEA, destacando que es un producto con beneficios, atribuciones, condiciones y características que no corresponden con la composición de la bebida, vulnerando lo ordenado en el Artículo 272 de la Ley 9ª de 1979.

Lo anterior, permite concluir que esta agencia sanitaria garantizo a la sociedad inquirida el derecho constitucional al debido proceso y que el trámite realizado adelantado en este proceso sancionatorio, se encuentra ajustado a la normatividad, es decir, se ha ceñido al ordenamiento jurídico vigente, sin que se haya vulnerado el principio constitucional al debido proceso.

4. De la Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad de la conducta transgresora:

Frente a la manifestación realizadas por el impugnante en su escrito, se expone de manera sucinta que el presente proceso sancionatorio, encuentra su génesis en la publicación de realizada en la revista Jet- set edición 310, la cual tuvo estuvo vigente entre el **22 de julio al 10 de agosto de 2015** (Folio 34), lo cual permitió evidenciar una violación al Artículo 272 de la Ley 9 de 1979, motivo suficiente para endilgar cargos a título presuntivo en contra la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A., con Nit. 890.903.939-5.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la conducta vulneró los presupuestos descritos en la normatividad sanitaria, existe **tipicidad**, que en materia administrativa, ha sido tratada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-713 del 12 de septiembre de 2012, M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo, cuyos apartes reza:

"4.4. La tipicidad en el derecho administrativo sancionador

4.4.1. El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. Sin embargo, ello no obsta para exigir la tipicidad de las conductas reprochables, la predeterminación de la sanción y la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa.

4.4.2. En este sentido, la Corte en la sentencia C-564 de 2000, se pronunció cuando dijo que: "el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto".

Igualmente en pronunciamiento efectuado en la Sentencia C- 921 de 2001, con ocasión del estudio de la constitucionalidad de Decreto Ley 1259 de 1994, por el cual se reestructuró la Superintendencia Nacional de Salud, ésta Corporación señaló: "debe recordarse que las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser

Página 11

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

**"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"**

descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica. // Es así como en algunas ocasiones los anteriores elementos no se encuentran previstos en el mismo instrumento normativo, sino que se hace necesario consultar el contenido de otras disposiciones para especificar cuál es la conducta ordenada o prohibida o cual es la sanción específica aplicable."

(...)

4.4.3. En suma, al principio de legalidad consagrado en la Carta Política se le atribuyen diferentes gradaciones dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. La tipicidad, como regla del debido proceso, tiene plena vigencia en el derecho administrativo sancionador pero con una intensidad diferente a la exigida en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias hacen posible una flexibilización razonable de la descripción típica."

Es así que en cuanto a la **tipicidad**, las conductas referidas en el pliego de cargos y que fueron vulneradas, se encuentran sustentadas en la revista Jet- set edición 310 de julio 22 a agosto 10 de 2015 (Folio 34) y se ajustan a las normas técnico sanitarias que han sido imputadas como vulneradas; los hechos que dieron origen a la actuación y diligencias de la administración se encuentran debidamente probadas, de acuerdo a lo verificado y conceptuado en las presentes diligencias

Es **antijurídica**, porque generó riesgo en la salud pública, al publicar en la revista Jet set edición No. 310, el producto BEBIDA DE TÉ VERDE CON SABOR A LIMÓN, con Registro Sanitario RSAA15I11408, declarando propiedades medicinales, preventivas, o curativas, nutritivas o especiales que pueden dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen y composición o calidad del producto, contrariando lo establecido en el Artículo 272 de la Ley 9 de 1979, lo que claramente generó un riesgo sanitario y puso en riesgo la salud de los consumidores.

Finalmente es **culpable**, porque debió sujetarse a las normas que regulan el marco normativo de la publicidad de alimentos, y conociéndolas optó por transgredirlas.

Culpabilidad que en materia sancionatoria administrativa la jurisprudencia, la ha definido en los siguientes términos:

"El principio de culpabilidad tiene asiento expreso en la Constitución Nacional. El artículo 29, por ejemplo, incluye no sólo la potestad sancionadora del Estado, sino que establece igualmente los principios que rigen las actuaciones penales y administrativas. Entre estos postulados, con piso constitucional, se encuentra el de culpabilidad, que se refiere a la exigencia de dolo o culpa del infractor para la imposición de una sanción.

La postura de la Corte Constitucional en relación con la aplicación de los principios del derecho penal al administrativo ha consistido en extender los postulados del primer orden al segundo, ya que el penal fue primero en el tiempo, y por tanto su mayor nivel de desarrollo es incuestionado. Sin embargo, la aceptación de la aplicación de los principios de un campo a otro no implica que se haga de una forma automática y sin ningún tipo de consideraciones y matizaciones; por el contrario, ello demanda que se realice teniendo siempre en cuenta las divergencias que opera en cada sector.

Esta demanda de una lectura no mecánica de los principios de orden penal al derecho administrativo, y en el caso concreto del principio de culpabilidad, tiene su origen en el hecho de que el derecho administrativo es el encargado de prevenir los ataques más leves a ciertos bienes jurídicos, mientras que el derecho penal se reserva para las agresiones más graves contra los mismos intereses jurídicos (Bajo y Bacigalupo, 2001). Como lo señala De Palma del Teso (1996), el objetivo del Derecho Administrativo Sancionador es la prevención de las conductas que ponen en peligro o lesionan los bienes jurídicos, para lo cual se da un paso atrás y se lleva más allá la

Página 12

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el Proceso sancionatorio No. 201600358"

prevención. Es decir, mientras que en el derecho administrativo se sancionan las conductas menos graves, que ponen en riesgo el respectivo bien, en el derecho penal se sancionan las conductas que dañan o afectan de una manera más gravosa el mismo bien jurídico. De lo que se colige que el derecho administrativo tiene una competencia anterior que el derecho penal, correspondiéndole a aquél una misión preventiva y disuasoria de la conducta del sujeto, pues de persistir en su actuación tendría que rendir cuentas no ya ante una autoridad administrativa sino también ante la justicia penal.

La divergencia entre uno y otro orden nos conecta con otra diferencia clara entre el injusto penal y el injusto administrativo en lo relativo al principio de culpabilidad. Nos referimos a que en materia administrativa la exigencia de culpa no debe ser leída como en el ámbito penal, donde las conductas dolosas reinan en la mayoría de los tipos penales. Así:

En el derecho penal, el ilícito doloso constituye la base por excelencia de las prohibiciones penales, mientras que el ilícito imprudente ocupa una posición subsidiaria respecto del primero. Existe dolo cuando existe voluntad para realizar el tipo antijurídico, por el contrario, en la imprudencia no concurre esa voluntad sino que la realización del hecho antijurídico deriva de la inobservancia del deber de cuidado personalmente exigible a su autor (Marina Jalvo, 1999, p. 22).

A diferencia de ello, en el derecho administrativo sancionador, la imprudencia es la protagonista, porque como lo ha reseñado el Tribunal Supremo español, "la actividad infractora, en la materia que nos ocupa, puede ser cometida intencionalmente o por negligencia, que se da cuando el sujeto activo de la infracción actúa sin la debida precaución", que consiste en no hacer lo necesario para cumplir con un deber (Carretero y Carretero, 1995), y se caracteriza por la falta de voluntad de generar un resultado en concreto y la ausencia de diligencia para evitarlo (García Gómez, 2004); mientras que el dolo está relegado a un papel secundario (De Palma del Teso, 1996)."¹

De lo transcrito es evidente que lo que aquí se sanciona es la conducta desplegada por la sociedad sancionada, que es contrario a lo previsto en la Ley 9 de 1979, indicado en el acápite de calificación de la falta de la Resolución calificatoria, el riesgo generado al bien jurídico tutelado, esto es la salud pública y en lo que respecta a la culpabilidad, es a título de culpa, que se impone la sanción, toda vez que permitir que sus productos se publiciten en un medio impreso masivo de comunicación sin cumplir con los requisitos exigidos por la normatividad sanitaria es la conducta reprochada a la sociedad investigada.

Cabe advertir al recurrente, que las sanciones que impone el Invima, son de naturaleza administrativa, ya que es una entidad que ejerce funciones de Inspección, Vigilancia y Control, así mismo, es pertinente recordar que es la Dirección de Responsabilidad Sanitaria en aplicación del principio de legalidad, la que adelanta los procesos sancionatorios con el fin de establecer si por acción u omisión de la persona natural o jurídica, se ha infringido la normatividad que regula el desarrollo de su actividad y en consecuencia determinar si es procedente o no imponer las sanciones contempladas, tal como ocurrió en este caso particular.

5. Sobre las pruebas solicitadas

Respecto a la solicitud de pruebas que hace la defensa en su escrito de impugnación, relacionada con oficiar a la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, "para que informe si durante el periodo del año 2015 o en fecha posterior ha recibido alguna queja por daño o publicidad engañosa relacionada con el producto MR. TEA, en especial con la pieza publicitaria edición 310 de la revista Jet Set del 26 de julio de 2015", resulta improcedente toda vez que la función de la Superintendencia de Industria y Comercio está orientada a la protección del consumidor y se encuentra consagrada en la Ley 1480 de 2011, "por medio de la

¹ http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972008000100007&script=sci_arttext

RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el Proceso sancionatorio No. 201600358"

cual se expide el Estatuto del Consumidor", Por lo tanto, resulta inconducente el informe solicitado de la SIC, toda vez que no guarda relación alguna con la presente investigación, que se reitera es en materia sanitaria y no comercial.

Ahora, sobre oficiar a la Dependencia del Invima "para que informe si durante el periodo del año 2015 o en fecha posterior ha recibido alguna queja por daño o publicidad engañosa relacionada con el producto MR. TEA, en especial con la pieza publicitaria edición 310 de la revista Jet Set del 26 de julio de 2015, se debe indicar que también es inconducente, pues dentro del plenario obra prueba suficiente para el cargo endilgado a la sociedad investigada, y tal informe tampoco desvirtuaría la conducta por la cual fue objeto de sanción en cuanto a la publicidad de la BEBIDA TÉ VERDE CON SABOR A LIMÓN.

Así las cosas, es menester aclarar que la Resolución de calificación No. 2018028967 del 12 de julio de 2018, señala claramente que no se generó daño alguno. Sin embargo, se indicó que se generó un riesgo al infringir la normatividad sanitaria, por lo que sería inconducente decretar el informe solicitado con relación al daño generado.

Ahora, debemos tener presente que le corresponde al INVIMA velar por el cumplimiento de las normas sanitarias con el fin de evitar que se genere riesgo a la salud de los colombianos, función que se realiza mediante la gestión del riesgo asociado al consumo y/o uso de los productos objeto de su competencia, sin que sea condición necesaria para sancionar, la ocurrencia de un daño cierto y probado, pues en materia de salud pública mediante la gestión del riesgo, se pretende evitar la materialización de daño alguno que en muchos casos puede ser irreversible e inclusive mortal, y es esa puesta en riesgo del bien jurídico lo que convierte a la conducta probada como antijurídica.

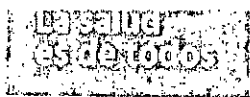
En este sentido, la Resolución 1229 de 2013 establece:

"ARTÍCULO 7o. INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO. *Función esencial asociada a la responsabilidad estatal y ciudadana de proteger la salud individual y colectiva, consistente en el proceso sistemático y constante de verificación de estándares de calidad e inocuidad, monitoreo de efectos en salud y acciones de intervención en las cadenas productivas, orientadas a eliminar o minimizar riesgos, daños e impactos negativos para la salud humana por el uso de consumo de bienes y servicios.*

ARTÍCULO 8o. MODELO DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO. *Es el mapa conceptual que establece el conjunto de elementos propios y dimensiones del ser y quehacer de la función esencial de inspección, vigilancia y control sanitario en el contexto de la seguridad sanitaria, los cuales se configuran como una estructura sistémica de múltiples organismos integrados con sentido unitario y orientación global, e incorporan enfoques de riesgo y de promoción del aseguramiento sanitario en todas las fases de las cadenas productivas de bienes y servicios de uso y consumo humano El modelo representa el esquema o marco de referencia para la administración de gestión de riesgos sanitarios basados en procesos."*

Ahora bien, acorde con el material probatorio recaudado en la presente actuación, se evidencia que la conducta no generó daño a la salud pública, hecho que fue valorado al graduar la sanción y determinó la imposición de multa pecuniaria de **dos mil cuatrocientos (2400)** salarios mínimos diarios legales vigentes, como se advierte en la Resolución de calificación a folios 138 al 150 del expediente, así:

"Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados. No hay prueba que determine que se generó un daño, pero sí genero un riesgo al incumplir con las disposiciones sanitarias que inciden en la salud individual o colectiva, razón por la cual Profesionales del Instituto tomaron evidencia de publicidad en materia de alimentos, realizada a un ejemplar de la revista Jet- Set, cuya



RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

**"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"**

*edición No. 310 corresponde a julio 22 a agosto 10 de 2015, donde se estaba publicitando el producto **bebida** marca MR. TEA, destacando que el producto ostentaba beneficios, atribuciones, condiciones y características, no certificadas o avaladas, induciendo en ello en error y/o engaño al público general otorgando falsas expectativas sobre la verdadera naturaleza y composición de del alimento".*

Nótese que se censuró la generación de un daño, pero respecto al riesgo del bien jurídicamente tutelado, se determinó que se materializó al incumplir con las disposiciones sanitarias que inciden en la salud individual y colectiva, lo cual constituye el insumo principal para el inicio de la presente diligencia que se logró comprobar con la comisión de la conducta y es así como se configuró el riesgo a la salud pública.

Adicionalmente, se evidenció que la sociedad investigada ya había sido objeto de sanción por 2200 salarios mínimos diarios legales vigentes dentro del proceso sancionatorio 201400956 y que una vez consultada la base de datos de procesos sancionatorios se observa que la conducta infringida es por el producto MR TEA, al publicitar alimentos sin ceñirse a lo establecido en el artículo 272 de la Ley 9 de 1979. Por lo tanto, le fue aplicada la circunstancia prevista en el numeral tercero del Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 como agravante, por reincidir en la comisión de la infracción.

Por otra parte, este despacho se permite subrayar una vez más que el cargo endilgado dentro del proceso sancionatorio 201600358 es por publicitar el producto BEBIDA DE TÉ VERDE CON SABOR A LIMÓN, indicando la frase "EL TÉ VERDE AYUDA A ELIMINAR TOXINAS, CUIDAR EL PESO Y EL CORAZÓN, publicidad que infringe la normatividad sanitaria prevista en el Artículo 272 de la ley 9 de 1979. Por lo tanto, sería inconducente el informe sobre publicidad engañosa del producto MR. TEA debido que está conducta que pretende desvirtuar encuentra su sustento en el Estatuto del consumidor y no guarda relación con los cargos imputados dentro del proceso sancionatorio 201600358.

En cuanto a oficiar a la ACIM Colombia "para que remita con destino al expediente de la referencia, el estudio de medios realizado en el segundo semestre del año 2015 a efectos de determinar el nivel de penetración de la revista Jet-Set en el público consumidor" y sobre el número de consumidores que lee la revista, este despacho se permite indicar que es inconducente, por cuanto la conducta quedo totalmente demostrada dentro de la presente actuación.

En este orden de ideas, se considera que el recurrente no presentó ningún argumento que desvirtuó la conducta o conlleve la modificación de la sanción impuesta, y en observancia de la actuación administrativa que procura por la ejecución de sus procedimientos con eficiencia, diligencia y legalidad, se decide no acceder a las solicitudes de Revocar la Resolución No. 2018028967 del 12 de julio de 2018, ni tampoco archivar la presente investigación.

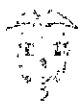
En mérito de lo expuesto, el despacho,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO. CORREGIR el nombre de la sociedad vinculada en el Auto de traslado de cargos No. 2018005343 del 23 de abril de 2018 (Folios 36 al 39) proferido dentro del proceso sancionatorio No. 201600358, el cual quedará así: Gaseosas Posada Tobón S.A., con Nit 890.903.939-5, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: No Reponer y en consecuencia confirmar la Resolución N° 2018028967, proferida el 12 de julio de 2018, dentro del proceso sancionatorio N° 201600358

Página 15



RESOLUCIÓN No. 2019035189

(14 de Agosto de 2019)

***"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el
Proceso sancionatorio No. 201600358"***

adelantado contra la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A con Nit 890.903.939-5, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTICULO TERCERO: Notificar la presente actuación al representante legal y/o apoderado de la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A con Nit 890.903.939-5, 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 CUARTO: Contra la presente Resolución no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA MARGARITA JARAMILLO
Director de Responsabilidad Sanitaria

Proyectó: Paola Acevedo
Revisó: Jairo A. Pardo