



La salud es de todos

Minsalud

102

NOTIFICACIÓN POR AVISO No. 2019001378 De 1 de Octubre 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:

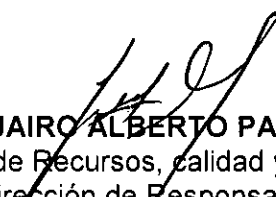
RESOLUCIÓN No.	2019040937
PROCESO SANCIONATORIO:	201603223
EN CONTRA DE:	DISTRIBUIDORA DE AGUA HIELO Y REFRESCOS LA COLMENA SAS
FECHA DE EXPEDICIÓN:	17 de septiembre de 2019
FIRMADO POR:	MARIA MARGARITA JARAMILLO PINEDA – Directora de Responsabilidad Sanitaria

Contra la Resolución No. 2019040937 de 17 de septiembre de 2019, NO procede recurso alguno.

ADVERTENCIA

EL PRESENTE AVISO SE PUBLICA POR UN TÉRMINO DE CINCO (5) DÍAS CONTADOS A PARTIR DE 18 OCT. 2019, en la página web www.invima.gov.co Servicios de Información al Ciudadano y en las instalaciones del INVIMA, ubicada en la Cra. 10 No. 64-28 de esta ciudad.

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 diez (10) a doble cara copia íntegra de la Resolución N° 2019040937 de 17 de septiembre de 2019, proferido dentro del proceso sancionatorio N° 201603223.

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: DRomeroV
Revisó: Leonardo H. Bermúdez Ruiz



Ministerio de Salud

90

**RESOLUCIÓN No. 2019040937
(17 de Septiembre de 2019)**

**“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223”**

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 2018038076 proferida el 04 de septiembre de 2018 dentro del proceso sancionatorio 201603223 teniendo en cuenta los siguientes:

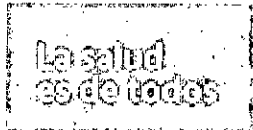
ANTECEDENTES

1. La Directora de Responsabilidad Sanitaria del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -Invima, mediante Resolución 2018038076 proferida el 04 de septiembre de 2018, calificó el proceso sancionatorio 201603223 e impuso a la sociedad Distribuidora de Agua Hielo y Refrescos la Colmena S.A.S con Nit 900688223-3, sanción consistente en multa de Mil (1000) salarios mínimos diarios legales vigentes por infringir la normatividad sanitaria conforme a lo dispuesto en la Resolución No. 2674 de 2013 y la Resolución 5109 de 2005.
2. La decisión del acto administrativo, fue notificada el día 07 de septiembre de 2018, a la señora Leidy Johanna Chona. Identificada con cedula de ciudadanía No. 55.208.228, en calidad de propietaria, entendiéndose surtido el trámite de notificación el día 10 de septiembre de la misma anualidad. (Folio 76).
3. Estando dentro del término legal, el día 18 de septiembre de 2018, la Señora Leidy Johanna Chona identificada con cédula de ciudadanía No. 55.208.228 en calidad de representante legal de la sociedad Distribuidora de Agua Hielo y Refrescos la Colmena S.A.S., presentó escrito de recurso de reposición en contra de la resolución calificatoria, a través del radicado 20181190332 (folios 80 al 85)

IMPUGNACIÓN

Las razones de soporte por las cuales, a señora Leidy Johanna Chona identificada con cédula de ciudadanía No. 55.208.228 en calidad de Representante legal del establecimiento Distribuidora de Agua Hielo y Refrescos la colmena SAS, presenta su inconformismo corresponden a las siguientes:

“A continuación, desarrollaremos los argumentos por los cuales se considera que la multa impuesta a DISTRIBUIDORA DE AGUA HIELO Y REFRESCOS LA COLMENA SAS, mediante resolución 2018038076 del 04 de septiembre de 2018 expedida dentro del proceso sancionatorio 201603221, no está acorde a derecho teniendo en cuenta lo expuesto en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que señala: Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen



1. 2. 3.

RESOLUCIÓN No. 2019040937

(17 de Septiembre de 2019)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición proceso sancionatorio No.201603223"

en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

En lo anteriormente expuesto se hace referencia a lo señalado en negrita, por cuanto no existe un procedimiento expreso en ninguna normatividad de tipo nacional para tasar o cuantificar la multa impuesta, mediante 2018038076 del 04 de septiembre de 2018, así las cosas, Como pudo el INVIMA llegar a la conclusión de que la infracción presuntamente cometida por el presunto infractor, equivale a 1000 SMLDV y no a 80SMLDV o 10SMLDV, o a una mera amonestación, si tenemos en cuenta que no existe un sistema que pueda identificar cual es la sanción o multa a imponer, por la infracción cometida; por tal motivo debemos basarnos para tasar la sanción en lo estipulado en el artículo 50 de la ley 1437 el cual señala: Graduación de las sanciones. 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.

Para la tasación de la sanción impuesta, debió tenerse en cuenta el máximo que son 10.000 SMDLV Y el minio que es una amonestación, según lo señalado en la Ley 9 de 1959; y realizar una ponderación, teniendo en cuenta el número de criterios establecidos en el Art. 50 del CPACA, que fueron presuntamente violentados, según la conducta realizada., para lo cual se podría determinar que la multa podría llegar a ser muy inferior de lo que impuso el INVIMA, Si tenemos en cuenta que la conducta realizada por el presunto infractor no se encuentra enmarcada en ninguno de los criterios establecidos en el artículo 50 del CPACA; lo que se quiere señalar con esto, es que no existe un criterio unificado o basado en un reglamento, ley o demás, que determine el monto de la sanción, por el incumplimiento de la normatividad, por tal motivo existe claramente una violación al derecho fundamental consagrado en la CPC, denominado DEBIDO PROCESO.

La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha desarrollado el concepto de debido proceso como garantía constitucional consagrada en el artículo 29 de la Carta. Ahora bien, el derecho fundamental al debido proceso no sólo se predica de los procesos judiciales, sino que también es extensivo a todas las actuaciones que realice la administración pública. Según la Corte, entre las garantías que componen el debido proceso administrativo se encuentra el derecho a que se adelante por autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio, siguiendo el procedimiento que en la ley se ha determinado previamente para ello por lo que impone una obligación a las autoridades públicas a la hora de adoptar decisiones en ejercicio de su función. Por tal motivo la sanción impuesta no es acorde a derecho por cuanto no existen unos criterios claros para la ponderación de la sanción, con respecto a las conductas realizadas.



Ministerio de Salud

RESOLUCIÓN No. 2019040937

(17 de Septiembre de 2019)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición proceso sancionatorio No.201603223"

Ahora bien, apartándonos del argumento antes expuesto, es de recalcar que la conducta realizada no estuvo enmarcada en ninguno de los agravantes señalados en el Decreto 3075 de 1997, ARTICULO 102. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. Se consideran circunstancias agravantes de una infracción sanitaria las siguientes: a. Reincidir en la comisión de la misma falta. b. Realizar el hecho con pleno conocimiento de sus efectos dañosos o con la complicidad de subalternos o con su participación bajo indebida presión; c. Cometer la falta para ocultar otra. d. Rehuir la responsabilidad o atribuírsela a otro u otros; e. Infringir varias disposiciones sanitarias con la misma conducta y f. Preparar premeditadamente la infracción y sus modalidades.

Es de recalcar que la multa impuesta, incurre en la violación de otro principio amparado en la constitución política de Colombia como lo es el non bis in ídem, según la honorable corte señala que es pilar fundamental del estado social de derecho. "el non bis in ídem como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones (nullum crimen, nulla poena sine lege), puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. De esta forma, dicho postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado". CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 554 de 2001.

Es de aclarar que dicho principio fue vulnerado por cuanto no existe un sistema que determine que la conducta realizada, será sancionada con 1000 SMDLV Y no otra.

Adicional, este principio es vulnerado por cuanto existe una doble sanción, ya que mediante ACTA DE APLICACIÓN DE MEDIDA SANITARIA aplican DECOMISO, adicional mediante Resolución 2018038076 del 04 de septiembre de 2018, Le impone una sanción por 1000 SMDLV por cuanto se evidencia existe una violación al principio de non bis in ídem, ya que nadie podrá ser sancionado dos veces por los mismos hechos.

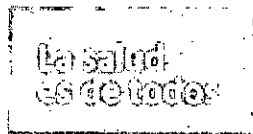
Ahora bien, nos ocuparemos en demostrar que la administración cometió otra conducta arbitraria puesto que no reconoció, que la conducta realizada, se encuentra dentro de los atenuantes consagrados en el Decreto 3075 de 1997, en su ARTICULO 103. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES. Se consideran circunstancias atenuantes de una infracción sanitaria las siguientes: a. El no haber sido sancionado anteriormente o haber sido objeto de medida sanitaria de seguridad o preventiva por autoridad competente; b. Procurar por iniciativa propia resarcir el daño o compensar el perjuicio causado antes de la sanción. c. El confesar la falta voluntariamente antes de que se produzca daño en la salud individual o colectiva.

Ya que el señor Arle Amaya, nunca ha sido sancionado, por circunstancias iguales o similares a las aquí expuestas, adicional a ello por iniciativa propia el subsana el incumplimiento por el cual fue objeto de este proceso sancionatorio.

Otro de los argumentos por los cuales se considera que existe un agravio injustificado, es que el bien jurídico tutelado, que para el presente caso es la salud pública, nunca fue vulnerado, por cuanto no existe información o pruebas que reposen en el expediente, que demuestren que fue así. Además, no existen criterios claros para demostrar que la conducta realizada puso en riesgo el bien jurídico tutelado, por tal motivo nos encontramos que la sanción a imponer no son los 1000 SMDLV, sino una mera amonestación, por cuanto lo señalado en el artículo 108 del Decreto 3075 de 1997,

ARTICULO 108. AMONESTACION. Consiste en la llamada de atención que se hace por escrito a quien ha violado una disposición sanitaria sin que dicha violación implique riesgo para la salud de las personas llamada que tiene por finalidad hacer ver las consecuencias del hecho, de la actividad o de la omisión y tendrá como consecuencia la contaminación. En el escrito de amonestación se precisará el plazo que se dará a/ infractor para el cumplimiento de las disposiciones violadas si es el caso.

Por lo anteriormente expuesto se considera que la sanción impuesta no está acorde a lo estipulado en la ley.



RESOLUCIÓN No. 2019040937
(17 de Septiembre de 2019)
“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223”

Ahora bien, con la imposición de esta multa tan cuantiosa, se está violentando otro principio fundamental por el cual se rige la ley 1437 de 2011, y entre ellos enuncia el de la igualdad. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Es evidente que la sanción impuesta a la señora Leidy Johanna Chona, por EL INVIMA, carece de Proporcionalidad, sentido social, de igualdad y de legalidad.

Por último y no menos importante, cabe resaltar que el INVIMA, perdió la facultad para imponer una sanción, por lo expuesto en el artículo 52 de la ley 1437 de 2011, la cual señala: 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 pudiere ocasionadas, 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.

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

De lo anterior podemos inferir que el INVIMA perdió la facultad sancionatoria, puesto que ya pasaron más de tres años del conocimiento de los hechos, sin que notificase la resolución por la cual se impone una sanción, ya que el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual señala: Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

Es evidente que nos encontramos frente a la caducidad de la acción ya que transcurrieron más tres años sin que la resolución por la cual se impone una sanción que para el caso es la 2018038076 del 04 de septiembre de 2018, quede en firme. Ya que el INVIMA conoció de los hechos el día 15 de septiembre de 2015, y tendría hasta el 15 de septiembre de 2018, para que la resolución que impone la sanción quede en firme según el artículo antes descrito y la misma quedo en firme cuando se resolvió el recurso que ante ella se interpuso, que para el caso aún no se ha resuelto.



La salud
es de todos

Ministerio de Salud

23

**RESOLUCIÓN No. 2019040937
(17 de Septiembre de 2019)
"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223"**

PRETENCIONES

PRIMERA: Teniendo en cuenta los hechos y argumentos antes descritos, Se ordene a quien corresponda, la cesación del procedimiento sancionatorio iniciado o la revocatoria en toda y cada una de sus partes de la Resolución 2018038076 del 04 de septiembre de 2018, conforme lo dispone el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo según corresponda.

SEGUNDA: se revoque en toda y cada una de sus partes la resolución 2018038076 del 04 de septiembre de 2018

TERCERO: En subsidio del anterior se reduzca considerablemente a lo más mínimo, la multa impuesta a la señora Leidy Johanna Chona mediante 2018038076 del 04 de septiembre de 2018"

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.

Frente a la vulneración del debido proceso dentro del proceso sancionatorio No 201603223.

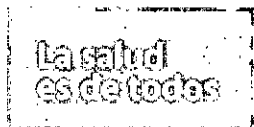
Sobre el presunto menoscabo del principio del debido proceso que según la recurrente fue objeto dentro de la presente investigación, el Despacho aclara que es menester legal y constitucional de esta autoridad sanitaria, garantizar y dar completa aplicación a la forma y fondo del juicio sancionatorio que se ha puesto en cabeza de esta entidad, razón por la cual dicha responsabilidad implica dar aplicación estricta al debido proceso garantizando con ello el derecho de defensa de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución, que establece:

"ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

(...)

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho."



RESOLUCIÓN No. 2019040937

(17 de Septiembre de 2019)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición proceso sancionatorio No.201603223"

Del mismo modo, ha dicho la H. Corte Constitucional en cuanto la finalidad del debido proceso, en la sentencia ya referida que:

"DEBIDO PROCESO-Finalidad

A partir de su naturaleza jurídica, puede sostenerse que la finalidad del debido proceso se concreta en "asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas", procurando satisfacer los requerimientos y condiciones que han de cumplirse indefectiblemente para garantizar la efectividad del derecho material y la consecución de la justicia distributiva."

De acuerdo a lo anterior, la imposición de cualquier tipo de sanción por parte de las autoridades administrativas, debe tener como principio rector el debido proceso, lo que se traduce en que la actuación punitiva debe encontrarse plenamente sustentada y demostrada dentro del trámite sancionatorio, como garantía constitucional. De modo que en la especificidad de la función de guarda de la salud pública como bien jurídico tutelado que se encuentra en cabeza de esta entidad, los principios contenidos y desarrollados por el derecho penal, le son aplicables mutatis mutandis al derecho administrativo sancionador.

Concomitante con esta máxima constitucional está el principio de legalidad el cual es una de las manifestaciones mas plausibles del ya visto debido proceso, de acuerdo al cual todas las actuaciones seguidas por el estado así como las decisiones por este adoptadas, deben ceñirse a una ley preexistente que regule la misma garantizando con ello la seguridad jurídica y evitar así la arbitrariedad frente al particular vigilado. Al respecto, valga decir que la concepción del principio de legalidad y la aplicación correcta y concreta de la norma sanitaria, es dada en razón que las actuaciones emitidas por la administración deben ceñirse a lo establecido por la norma, así lo ha dicho y reiterado el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN, de veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008):

"DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Concepto

El debido proceso, como desarrollo del principio de legalidad, ha sido concebido por el constituyente como un derecho fundamental de aplicación inmediata, el cual se aplica, sin distinción alguna, a toda actuación (art. 29 de la C.P.), y del cual se desprende obviamente el derecho de defensa, constituyéndose en su núcleo esencial. Así, toda persona debe juzgarse conforme a la ley preexistente al acto que se le imputa, ante la autoridad competente y con las formalidades propias de cada juicio, es decir, que la actuación debe ceñirse a las ritualidades propias del caso. Y para que esa protección constitucional sea real y efectiva se hace necesario que tales formalidades o procedimientos se encuentren previamente señalados en un estatuto legal, de tal suerte que pueda determinarse de manera clara e inequívoca cuál ha de ser el comportamiento gubernativo o judicial a seguir en cada caso."

Con lo anterior, la manifestación del principio de legalidad se da en tanto las actuaciones seguidas por esta entidad, se ajusten y se encuentren previstas en una norma preexistente frente al particular investigado, a efectos de garantizar con ello el derecho constitucional al debido proceso.

En ese orden de ideas no hay lugar a plantear una irregularidad, máxime si en el desarrollo del proceso sancionatorio en comento se dio plena garantía y cabal uso y ejercicio del derecho de defensa y aplicación del principio de legalidad, teniendo en cuenta además que el cumplimiento de los términos establecidos en cuanto la expedición de las providencias, y el inicio y curso del mismo, se encuentra sujeto y ligado a otros derechos constitucionales establecidos como la igualdad, el denominado principio de "primero en el tiempo, primero en el derecho", la justicia



97

2019-09-17

RESOLUCIÓN No. 2019040937
(17 de Septiembre de 2019)
“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223”

misma llegando al convencimiento suficiente para determinar la responsabilidad de los particulares investigados, debido proceso entre otros; los cuales determinan la obligatoriedad por parte de este Instituto en investigar adecuadamente y sancionar las conductas contrarias a la norma sanitaria de acuerdo a la ocurrencia de los hechos verificados de conformidad con la investigación, encontrándose imposibilitada esta entidad para atender en su totalidad los hechos constitutivos de infracción de manera inmediata y con estricto apego al tiempo referido, dada la superioridad de los principios mencionados, por la cantidad de infractores que aún teniendo la obligación de dar cumplimiento a la norma sanitaria en todo momento, realizan actividades objeto de vigilancia por parte de este Instituto sin el cumplimiento de requisitos con la consecuente puesta en riesgo de la salud pública, causando desgaste en la administración.

En efecto, observa este Despacho que en el curso de este trámite garantizó y conservó todas y cada una de las formas establecidas para este tipo de procesos, y la valoración del material probatorio fue hecha conforme lo expuesto en la resolución atacada, por lo tanto en este proveído encuentra plena validez legal la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal en aras de dar con la verdad real de los hechos y evitando con ello la renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, y en consecuencia, pleno soporte de la sanción impuesta, por consiguiente no se avizora causal alguna de pérdida de competencia de la facultad sancionadora, sino lo contrario, el Despacho cuenta con plena facultad legal para ejercer su poder punitivo en representación del Estado, reiterando que el no cumplimiento estricto de dichos términos en obediencia de un derecho y principio superior (como lo es la protección de la salud pública, la obtención real de la verdad fáctica, y la justicia como fin en sí misma), no arrebatara competencia a este Despacho para imponer las sanciones que correspondan, y menos aún, vulnera por sí mismo derecho alguno de la sancionada.

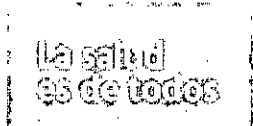
Siendo importante indicar que en el caso en particular, no se violó el debido proceso a la endilgada, dado que revisado el plenario se evidencia que en todas las oportunidades procesales se le dio a la señora Leidy Johanna Chona identificada con cédula de ciudadanía no. 55.208.228 en calidad de representante legal de la sociedad Distribuidora de Agua Hielo y Refrescos la Colmena SAS, la oportunidad de intervenir en el proceso.

De la caducidad del proceso sancionatorio que invoca la impugnante.

Ahora nos ocuparemos de analizar si operó o no el fenómeno de caducidad dentro del Proceso Sancionatorio, para posteriormente analizar los demás argumentos expuestos por la recurrente. Para lo anterior nos concentraremos en los momentos de iniciación y conclusión del término fijado en el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

"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 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. 2019040937
(17 de Septiembre de 2019)
"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223"

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

De acuerdo entonces a la fecha de ocurrencia de los hechos, el tiempo que tenía esta Dirección para ejercer la facultad sancionatoria en los términos del artículo 52 de la ley 1437 de 2011, vencía el 14 de septiembre de 2018, teniendo en cuenta que la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la imputación de los cargos, es el 15 de septiembre de 2015.

Evidenciándose en el presente caso que la actuación administrativa se calificó mediante Resolución N° 2018038076 de 4 de septiembre de 2018, notificada personalmente a la propietaria el día 7 de septiembre de 2018 (folio 116), esto es, antes de cumplirse los tres (3) años establecidos por la norma procedimental para caducar la facultad sancionatoria.

Conforme a lo anotado, este Despacho sostiene que no le asiste razón de soporte a la recurrente, toda vez que la actuación adelantada por este Instituto, se encuentra adecuado a lo que la norma ha establecido, por cuanto el término desde el momento en que se tuvo conocimiento de la infracción sanitaria y hasta cuando se llevó a cabo la notificación del calificadorio, aún no habían transcurrido los tres (3) años a que se hace referencia en la norma, permitiendo con ello concluir que no es factible la operatividad de la figura de la caducidad como lo sostiene la recurrente.

De otro lado es de anotar que la norma es clara al indicar que el recurso de reposición es un acto administrativo, independiente conforme la norma así lo dispuso:

*"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.*

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.

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

Es importante indicar que la norma es clara en indicar los momentos procesales en los que ocurren los diferentes fenómenos jurídicos, por lo que no puede confundirse el momento indicado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, para el vencimiento de los 3 años (expedido y notificado), con la firmeza de los actos administrativos, pues no obedecen a la misma figura jurídica y procesal, se puede evidenciar que la norma es clara al dar un tiempo diferente al recurso dentro del mismo articulado, y no impone la ejecutoria como término de la pérdida de competencia el momento trienal, frente a lo expuesto el Honorable Consejo de Estado se manifestó así en sentencia del Consejo de Estado, Consejera Ponente Dra ROCÍO ARAÚJO OÑATE del tres de mayo de dos mil dieciocho, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00474-01 Indico:



Ministerio de Salud

RESOLUCIÓN No. 2019040937

(17 de Septiembre de 2019)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición proceso sancionatorio No.201603223"

"...resulta necesario diferenciar entre los plazos para proferir la respuesta y los establecidos para notificar ésta.

Se destaca que dicha diferenciación es relevante en materia del silencio administrativo positivo, porque de configurarse el mismo, además de entenderse que la administración accedió a lo solicitado, la misma pierde competencia para pronunciarse sobre el asunto, lo que no ocurre cuando el silencio administrativo es negativo, de manera tal que el análisis que se efectúa sobre la configuración de aquél debe ser riguroso, lo que implica tener presente (i) las particularidades de la norma que consagra el silencio administrativo positivo, por ejemplo, en cuanto el plazo concedido y qué exige que se haga en el mismo (decidir, resolver, notificar, pronunciarse), (ii) así como las disposiciones aplicables para la notificación correspondiente, y por ende, evaluar si las exigencias hechas a la administración frente a la(s) solicitud(es) elevada(s) resultan razonables."

Del principio non bis idem en el proceso sancionatorio.

El recurrente argumenta que se quebrantó el principio de "non bis in ídem" porque el INVIMA impuso duplicidad de sanciones al realizar en sus palabras un decomiso mediante Resolución No 2018038237 y posteriormente imponerle una sanción pecuniaria.

Conforme al argumento expuesto se hace necesario ilustrar a la petente la diferencia que existe entre la medida sanitaria de seguridad y el proceso sancionatorio como tal:

El artículo 52 de la Resolución 2674 de 2013, dispone lo siguiente:

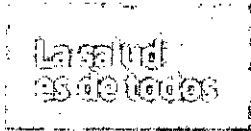
"Artículo 52. Procedimiento Sancionatorio. Las autoridades sanitarias podrán adoptar medidas de seguridad e imponer las sanciones correspondientes, de conformidad con lo establecido en la Ley 09 de 1979, siguiendo el procedimiento contemplado en la Ley 1437 de 2011 y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan"

Se colige entonces que las medidas sanitarias tienen un carácter preventivo y transitorio, por lo cual desaparecidas las causas que dieron origen a su imposición, se hace procedente el levantamiento de las mismas, y de otra la obligación de la autoridad sanitaria de dar inicio al respectivo proceso sancionatorio una vez impuesta la medida sanitaria, constituyéndose las actas de visita e imposición de medida sanitaria, no solo en los documentos a partir de los cuales se inicia el proceso sancionatorio, sino además en pruebas dentro de la actuación administrativa, resultando estas independientes del proceso sancionatorio que a partir de ellas se inicia.

Por ende, confunde el recurrente la finalidad de las medidas sanitarias y el proceso sancionatorio, las primeras de ellas dirigidas a mitigar el riesgo y que fue aplicada en el establecimiento dadas las deficientes condiciones sanitarias y de otra parte el proceso sancionatorio que se inicia con fundamento en las medidas sanitarias adoptadas en precedencia, respetando el debido proceso y el derecho de defensa, y que culmina con la imposición de una sanción siempre que se demuestre la ejecución de la conducta contraria a la norma y la responsabilidad del investigado y/o investigada.

En efecto, la finalidad del proceso sancionatorio acorde con la jurisprudencia constitucional se concretan en:

"(...) a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas



RESOLUCIÓN No. 2019040937

(17 de Septiembre de 2019)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición proceso sancionatorio No.201603223"

*que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas."*¹

En consecuencia, independientemente que la medida sanitaria sea levantada y/o se mantenga dado el desinterés de quien le fue impuesta de implementar las observaciones que le son hechas, la responsabilidad de a quien le es impuesta continua incólume, toda vez, que el proceso sancionatorio se fundamenta en las condiciones sanitarias que fueron evidenciadas y bajo las cuales se fabricaba el producto y que al ser desfavorables motivaron la aplicación de la medida sanitaria dado el riesgo que implicaba su producción para la población consumidora de los mismos.

En conclusion, para el caso sub júdice, no se puede hablar de una doble sanción puesto que no se encontró en la base de datos de los procesos sancionatorios que la sociedad endilgada, hubiese sido sancionada con anterioridad por los hechos que advirtieron los funcionarios del INVIMA en la visita de inspección, control y vigilancia que realizaron el día 15 de septiembre de 2015, ni tampoco se puede catalogar una medida sanitaria de seguridad como una sanción, toda vez que como ya se ha explicado, por su naturaleza es de carácter transitorio y preventivo y una a vez desaparece la causa que le dio origen, debe ser levantada por la autoridad que la impuso o su delegado, razón por la cual no es cierto que haya sido la sociedad objeto de varias sanciones, dejándole claro a la defensa que es la que se encuentra **contentiva en la parte resolutive del acto administrativo** que motivó la presentación del recurso de reposición, la única sanción que se ha impuesto a la sancionada por parte de esta entidad.

Norma aplicable para el caso concreto.

Ahora bien, advierte este despacho que la impugnante solicita que se de aplicación al atenuante descrito en el literal a) del Decreto 3075 de 1997, artículo 103, al respecto se debe señalar que esta disposición no tiene aplicación en la presente investigación, por cuanto el proceso sancionatorio se adelantó, en la parte procedimental, conforme a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, la cual consagra los criterios para graduar la sanción en su artículo 50, que además fueron estudiados en la resolución calificatoria.

De allí que el Decreto-Ley 019 de 2012 " Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública", dispuso en su artículo 126, lo siguiente:

"ARTICULO 126. NOTIFICACIÓN SANITARIA, PERMISO SANITARIO O REGISTRO SANITARIO *Reglamentado por la Resolución Min. Salud 2674 de 2013. Los alimentos que se fabriquen, envasen o importen para su comercialización en el territorio nacional requerirán de notificación sanitaria, permiso sanitario o registro sanitario, según el riesgo de estos productos en salud pública, de conformidad con la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto.*

Parágrafo 1.

Mientras se expide la citada reglamentación, los alimentos que se fabriquen, elaboren, comercialicen, importen y envasen en el territorio nacional se regirán por la normatividad vigente.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-818 del 9 de Agosto de 2005, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.



Oficina Asesoría

45

RESOLUCIÓN No. 2019040937
(17 de Septiembre de 2019)
"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223"

Parágrafo 2

Todo establecimiento fabricante nacional y/o extranjero de alimentos debe inscribirse ante el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA.

Parágrafo 3.

El INVIMA contará con un sistema de información que fortalezca las acciones de inspección, vigilancia y control, que de manera conjunta ejerzan las autoridades sanitarias competentes, que además deberá permitir a los solicitantes formular, adelantar y hacer seguimiento a sus trámites a través de medio electrónicos dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha vigencia de este decreto." (Subraya fuera de texto)

Ahora bien, al expedirse la Resolución No. 2674 del 22 de julio de 2013, que reglamenta el artículo 126 del Decreto-Ley 019 de 2012, se establecieron las disposiciones tendientes a precisar los requisitos que deben cumplir las personas naturales y/o jurídicas que ejerzan actividades de fabricación, procesamiento, preparación, envase, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de alimentos y materias primas de alimentos, y se señalaron los requisitos sanitarios para los interesados en obtener el registro, permiso o notificación sanitaria, de los alimentos según el riesgo en salud pública.

Respecto a su vigencia, el artículo 55 establece lo siguiente:

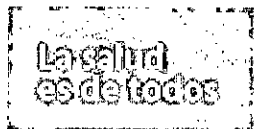
" (...) Artículo 55. Vigencia y derogatorias. De conformidad con el numeral 5 del artículo 9 de la Decisión Andina 562, la presente resolución, salvo lo dispuesto en los artículos 4° y 50, empezará a regir después de doce (12) meses, contados a partir de su publicación en el Diario Oficial, para que los fabricantes, procesadores, preparadores, envasadores, almacenadores, transportadores, distribuidores, importadores, exportadores y comercializadores de alimentos y los demás sectores obligados al cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución, puedan adaptar sus procesos y/o productos a las condiciones aquí establecidas y deroga las disposiciones que le sean contrarias."

La Resolución No. 2674 de 2013 fue publicada en el Diario Oficial el 25 de julio de 2013, luego teóricamente entraba en vigencia el 25 de julio de 2014; sin embargo, debemos tener en cuenta el artículo 4 ibídem que a la letra dispone:

" (...) artículo 4. Clasificación de alimentos para consumo humano. El INVIMA, a través de la Sala Especializada de Alimentos y Bebidas Alcohólicas (SEABA) de la Comisión Revisora, dentro de los seis (6) meses siguientes a la publicación de la presente resolución, propondrá al Ministerio de Salud y Protección Social, la clasificación de alimentos para consumo humano, para lo cual tendrá en cuenta las definiciones de riesgo en salud pública para los alimentos, previstos en este acto (...)"

En este punto resulta fundamental destacar que el máximo ente regulador de la salud pública nacional, esto es, el Ministerio de Salud y Protección Social, en respuesta a una consulta sobre vigencia de la Resolución 2674 de 2013 y plazos para cumplimiento radicado No. 201421400763641 del 27 de mayo de 2014, formulada por la Dirección de Alimentos y Bebidas del Instituto, señaló que teniendo en cuenta que es necesario establecer la clasificación de alimentos para la aplicación de la precitada resolución, la misma no entraría en vigencia sino hasta la expedición del acto administrativo que estableciera dicha clasificación, para efectos de dar cumplimiento a lo ordenado en el parágrafo 1 del artículo 126 del Decreto-Ley 019 de 2012.

En esa medida, como quiera que, el Ministerio de Salud y Protección Social, expidió la Resolución No. 00719 del 11 de marzo de 2015, por la cual se establece la clasificación de



RESOLUCIÓN No. 2019040937

(17 de Septiembre de 2019)

**"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223"**

alimentos para consumo humano de acuerdo con el riesgo en salud pública, cuya vigencia se cuenta a partir de la fecha de su publicación, diligencia surtida a través del Diario Oficial No. 49.452 del 13 de Marzo de 2015, será sólo a partir de esa fecha, 13 de marzo de 2015, que entrará en aplicación la reglamentación de que trata la Resolución No. 2674 de 2013.

Así mismo y respecto del proceso sancionatorio, en atención a la normatividad citada y a las directrices impartidas por la entidad reguladora en materia sanitaria, las normas sustanciales y procedimentales aplicables hasta el 12 de marzo de 2015 eran las consagradas en el Decreto 3075 de 1997 y como ya se indicó una vez se publicó en el Diario Oficial la Resolución No. 00719, esto es, el 13 de marzo de 2015, entró en vigencia también la Resolución 2674 de 2013, por lo tanto a partir de esa fecha el proceso sancionatorio de alimentos se deberá regir por la Ley 1437 de 2011 por remisión del artículo 52 de la resolución mencionada.

A continuación se relaciona lo dispuesto en el artículo 52 de la Resolución No. 2674 de 2013:

"Artículo 52. Procedimiento Sancionatorio. Las autoridades sanitarias podrán adoptar medidas de seguridad e imponer las sanciones correspondientes de conformidad con lo establecido en la Ley 09 de 1979, siguiendo el procedimiento contemplado en la Ley 1437 de 2011 y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan."

Para finalizar este acápite del estudio de la derogatoria del Decreto 3075 de 1997, se precisa que si bien es cierto, el Decreto 539 del 12 de marzo de 2014 " Por el cual se expide el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que deben cumplir los importadores y exportadores de alimentos para el consumo humano, materias primas e insumos para alimentos destinados al consumo humano y se establece el procedimiento para habilitar fábricas de alimentos ubicadas en el exterior", establecía en su artículo 21 la derogatoria explícita del Decreto 3075 de 1997, también lo es que el Decreto 590 del 25 de Marzo de 2014, modificó este artículo eliminando las disposiciones contrarias.

Dado que el campo de aplicación del Decreto 539 del 12 de marzo de 2014 son las actividades de importación y exportación de alimentos, materias primas e insumos para consumo humano, las normas que le son contrarias y que por lo tanto se entienden derogadas son las contenidas en los artículos 55 a 66 del Decreto 3075 de 1997; en lo demás, el Decreto 3075 de 1997 continuó vigente hasta el 13 de marzo de 2015.

En efecto, el presente proceso sancionatorio se inició mediante auto No. 2018008263 del 5 de julio de 2018, con fundamento en el procedimiento general consagrado en la Ley 1437 de 2011, tal como se consignó en el auto referido y los cargos se formularon conforme a la Resolución 2674 de 2013, pues dicha norma era la vigente al momento de la ocurrencia de los hechos.

En conclusión, no es procedente la aplicación ni el estudio de las circunstancias atenuantes contempladas en el artículo 103 del Decreto 3075 de 1997, resaltando que en la parte sustancial del proceso sancionatorio, la disposición que se encontraba vigente para la época de la comisión de la conducta contraventora es la resolución 2674 de 2013, y en la parte procedimental la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en últimas brinda mayores garantías a la sancionada respetando su derecho de defensa y contradicción a fin de que pueda ser escuchada por la administración.



Ministerio de Salud

96

**RESOLUCIÓN No. 2019040937
(17 de Septiembre de 2019)**

**“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223”**

Riesgo efectivo en la salud publica.

Sea del caso mencionar que los requisitos locativos e higiénicos de procesamiento y envasado de agua potable tratada, conlleva al hecho que dicha actividad se encuentra clasificada por la normatividad sanitaria como un alimento de alto riesgo.

En cuanto a la connotación dada al alimento como producto de alto riesgo, la misma no fue dada por el instituto sino que esta obedece a una interpretación dada por el legislador, desde el mismo Decreto 3075 de 1997, así:

“ARTICULO 3o. ALIMENTOS DE MAYOR RIESGO EN SALUD PUBLICA. Para efectos del presente decreto se consideran alimentos de mayor riesgo en salud pública los siguientes:

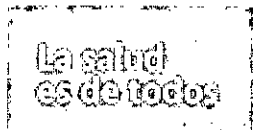
- 1.- Carne, productos cárnicos y sus preparados.
- 2- Leche y derivados lácteos.
- 3- Productos de la pesca y sus derivados.
- 4- Productos preparados a base de huevo.
- 5- Alimentos de baja acidez empacados en envases sellados herméticamente. (pH > 4.5)
- 6- Alimentos o Comidas preparados de origen animal listos para el consumo.
- 7- Agua envasada.
- 8- Alimentos infantiles.”

Igualmente la Resolución 719 de 2015, Por la cual se establece la clasificación de alimentos para consumo humano de acuerdo con el riesgo en salud pública le otorgó igual trato

“ANEXO TÉCNICO. CLASIFICACIÓN DE ALIMENTOS PARA CONSUMO HUMANO DE ACUERDO CON EL RIESGO EN SALUD PÚBLICA.

GRUPO	CATEGORÍA	SUBCATEGORÍA	RIESGO
			A* M** B**
3 PRODUCTOS CUYO INGREDIENTE PRINCIPAL ES EL AGUA O DESTINADAS A SER HIDRATADAS O PREPARADAS CON LECHE U OTRA BEBIDA (SE EXCLUYEN LAS DEL GRUPO 1)	3.1 Agua, Hielo, helados de agua, agua saborizada, bebidas a base de agua (se excluyen aquellas cuyo contenido de alcohol es superior a 2,5 %)	3,1,1, Agua potable tratada, agua de manantial, agua mineral, agua gasificada	X

(...)



RESOLUCIÓN No. 2019040937

(17 de Septiembre de 2019)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición proceso sancionatorio No.201603223"

La Resolución número 2674 de 2013, Por la cual se reglamenta el artículo 126 del Decreto Ley 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones indicó:

"Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la presente resolución adóptense las siguientes definiciones:

ALIMENTO DE MAYOR RIESGO EN SALUD PÚBLICA. Los alimentos que pueden contener microorganismos patógenos y favorecer la formación de toxinas o el crecimiento de microorganismos patógenos y alimentos que pueden contener productos químicos nocivos."

La resolución 12186 de 1991, Por la cual se fijan las condiciones para los procesos de obtención, envasado y comercialización de agua potable tratada con destino al consumo humano.

"Ministerio de Salud

En uso de las atribuciones legales, especialmente de las contenidas por el artículo 70 de la Ley 09 de 1979 y en desarrollo de los Decretos 2333 de 1982 y 2105 de 1003, Y

CONSIDERANDO

Que el agua envasada para consumo humano es un alimento de alto riesgo epidemiológico, y que es necesario establecer las condiciones sanitarias para la obtención y Comercialización de agua potable tratada con destino al consumo humano, como medida de protección de la salud." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Así las cosas, es claro que fue el legislador quien le dio la categoría de producto de alto riesgo al agua potable tratada.

De tal manera, le corresponde a esta entidad señalar a la petente, que si bien no se demostró en el proceso sancionatorio un daño cierto o concreto sobre la salud individual o colectiva, es preciso aclarar que si existió un riesgo sanitario, puesto que en la diligencia de inspección sanitaria de fecha 15 de septiembre de 2015, se evidenciaron falencias que tenían la capacidad de afectar la inocuidad del producto tales como las que se describen en algunos apartes de la citada acta:

- 1. Para actividades de limpieza y desinfección se usa el agua que llega directamente del acueducto, no se cuenta con tanque de almacenamiento de agua potable (...)*
 - 2. El sistema de desinfección por UV no prende y no se puede inspeccionar el cuarzo ni su interior ya que el personal no está capacitado (...)*
 - 3. La máquina automática para bolsa 330 ml, presenta suciedad en la parte interna de tubería de llenado por donde baja el material de envase (...)*
 - 4. Las áreas de envasado no están completamente protegidas y separadas físicamente de las demás áreas... (...)*
 - 5. No se cuenta con instalaciones o elementos que retengan y drenen adecuadamente los residuos generados (...)*
- (...)*

De aquí, que el artículo 5 de la Resolución 2674 de 2013, ha indicado lo siguiente:

"Buenas Prácticas de Manufactura. Las actividades de fabricación, procesamiento, preparación, envase, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de alimentos, se ceñirán a los principios de las Buenas Prácticas de manufactura contempladas en la presente resolución.

Así mismo, el contexto normativo descrito, ha definido las Buenas Prácticas de manufactura como: los principios básicos y prácticas generales de higiene en la manipulación, preparación,



Ministerio de Salud

47

RESOLUCIÓN No. 2019040937
(17 de Septiembre de 2019)
"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223"

elaboración, envasado, almacenamiento, transporte y distribución de alimentos para consumo humano, con el objeto de garantizar que los productos se fabriquen en condiciones sanitarias adecuadas y se disminuyan los riesgos inherentes a la producción.

De lo que se colige que la falta de implementación de las Buenas Prácticas de Manufactura o la deficiencia de las mismas, fácilmente trae consigo la contaminación cruzada, por lo que si al manipular alimentos no se toman las medidas higiénicas apropiadas, se corre el riesgo de contraer enfermedades comúnmente conocidas como ETAs, transmitidas por alimentos, lo que produce propagación de enfermedades al traspasarse microbios patógenos, durante una preparación de alimentos contaminados siendo una de las principales causas de intoxicación alimentaria

Lo expuesto implica que la omisión de las Buenas Practicas es un tema grave de salud pública, por la proliferación de enfermedades que pueden afectar la salud y la vida de las personas y en este orden de ideas, los establecimiento o fábrica de alimentos deben obtener de su proceso de fabricación o procesamiento, productos que sean seguros para el consumo humano y estar bajo estándares de higiene y calidad que garanticen su inocuidad; de aquí que el incumplimiento de uno solo de los requisitos establecidos en la regulación sanitaria de alimentos puede convertirse en un factor de riesgo.

Así mismo en la resolución calificatoria, a folio 71 vto del expediente, el operador administrativo le manifestó lo siguiente en el numeral primero del artículo 50 de la ley 1437 de 2011:

"Daño opeligro generado a los interese juridicos tutelados. No hay prueba que determine que se generó d un daño. pero si generó un riesgo al incumplitr con las disposiciones sanitarias que inciden en la salud individual o clectiva, razón por la cual profesionales del instituo aplicando medidas sanitarias de seguridad consistente en suspensxon toal de trabajos y decomiso".

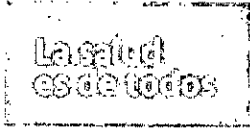
De la misma manera, la diligencia de inspección también dio cuenta, de que el producto agua potable tratada, en bolsa por 1.5 litros, marca agua colmena vital, omitía requisitos mínimos establecidos en las normas técnicas al no declarar número de lote, fecha de vencimiento e indicar de manera incorrecta la leyenda obligatoria "consérvese en lugar fresco y después de abierto consumase en el menor tiempo posible".

Es así que, la importancia que tiene que el alimento, declare un número de lote, ya que este es una clave que indica el conjunto de artículos de un mismo tipo, procesado por un mismo fabricante o fraccionador, en un espacio de tiempo determinado bajo condiciones esencialmente iguales, razón por la cual la declaración de un número de lote pre impreso impide conocer los datos correctos del producto, por lo tanto en caso de Recuerde que en caso de problemas de calidad se utiliza el número de lote para encontrar la causa principal del problema y de ser necesario poder detener la venta de estos productos.

En relación con la irregularidad en la fecha de vencimiento, también supone un riesgo en la salud, puesto que se está frente a una fecha cuya durabilidad se ve comprometida, no siendo posible que el fabricante pueda garantizar las propiedades sensoriales del producto hasta que este sea consumido por el comprador.

Finalmente no contar la etiqueta con las leyendas obligatoria también es una irregularidad que genera un riesgo pues se trata de una información al consumidor de instrucción cómo debe conservar el alimento y de cuál es su vida útil, por lo tanto omitirlas puede causar afectación en la salud de las personas.

m



RESOLUCIÓN No. 2019040937

(17 de Septiembre de 2019)

***“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223”***

De tal manera que se hace menester señalar que una correcta trazabilidad ayuda a reducir el riesgo de los consumidores ante cualquier problema que afecte su salud y mejora la calidad del producto final.

En conclusión el cuanto al tema de la vulneración de las normas técnicas sobre rotulado, se precisa que el contenido de la etiqueta es objeto de vigilancia dado el impacto que causa la misma en el consumidor y la importancia de la información que contiene, y al ser incompleta, incierta y no específica contribuye a que no se pueda garantizar el consumo seguro del alimento y a su correcta trazabilidad, lo que en última constituye un riesgo para la salud de la población que son los destinatarios finales de los productos alimentos.

Ponderacion y Proporcionalidad de la sancion sancion

Se le señala a la defensa que se valoraron cada uno de los supuestos normativos establecidos en el artículo 50 de la ley 1437 de 2011, para determinar el tipo y monto de sanción correspondiente. Ahora bien, no puede tratar la recurrente de persuadir a esta administración para que el valor de la multa impuesta sea remplazado por una amonestación, cuando se ha demostrado que con su comportamiento se generó un riesgo sanitario contra el bien jurídico de la salud pública.

Así mismo para tasar la sancion, fueron tenidas en cuenta las infracciones cometidas, la naturaleza del producto y la situación sanitaria advertida en los procesos de manufactura y de las normas de rotulado infringidas.

Se reitera además, que la facultad potestativa de esta entidad es 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 conforme lo observado en el trámite correspondiente, valorando y teniendo en cuenta cada una de las circunstancias particulares del caso, es decir dando aplicación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Así las cosas en estos casos el INVIMA como autoridad sanitaria, está facultada para imponer multa equivalente hasta 10.000 SDMLV según las pruebas aportadas, la ponderación del caso, los incumplimientos evidenciados, así como el riesgo generado por el despliegue de la conducta endilgada entendido éste como la "Contingencia o proximidad de un daño" del bien jurídico tutelado, traducido en procesar, envasar y comercializar agua potable tratada en botellones con marcas que corresponden a otros fabricante y rotulando productos sin atender los criterios normativos; razón por la cual se estableció el valor de 1000 SDMLV como monto a pagar por parte del sancionado, en aplicación de los principios citados; y por la cual el monto de la sanción impuesta por este despacho resulta más que adecuada a la conducta reprochada conforme lo expuesto, que valga decir, es de la misma magnitud en casos similares sometidos a conocimiento de esta Dirección de Responsabilidad Sanitaria.

En cuanto al principio de proporcionalidad cumple una función en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales que depende en gran parte de la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad.



Ministerio de Salud

03

RESOLUCIÓN No. 2019040937
(17 de Septiembre de 2019)
"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223"

A este tenor, el principio de proporcionalidad aplicado conjuntamente con el de razonabilidad al imponer una sanción, encierra un análisis profundo del caso en particular, donde no solo se tengan en cuenta las infracciones cometidas por la sancionada, sino los intereses y derechos vulnerados o puestos en peligro. Es por esto que cuando una conducta reviste cierta gravedad para la comunidad en general, o pone en peligro derechos fundamentales, como lo es la salud, la sanción debe ser proporcional a los efectos de la infracción cometida.

Frente a tasación de la multa, es menester traer a colación la sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002 expedida por la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, que nos habla sobre la proporcionalidad de la sanción en los siguientes términos:

(...)

En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio.

La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.).

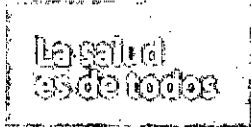
(...)"

Ahora bien, debe resaltarse que la labor de materializar los presupuestos de la norma en el caso concreto, es tarea fundamental de este despacho, pues si bien es el legislador 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; es el mismo legislador quien ha facultado a este Instituto para que conforme su juicio y análisis del material probatorio obrante en el expediente decida cuál es el valor de la multa a imponer en cada caso concreto.

Sanción ésta que se encuentra acorde con el margen establecido en el artículo 577 de la Ley 9° de 1979:

"Artículo 577. 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:

(...)



Ministerio de Salud

**RESOLUCIÓN No. 2019040937
(17 de Septiembre de 2019)**

**"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223"**

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;"

En cuanto al monto de la multa impuesta, tenemos que el trámite sancionatorio que se adelantó, se ajustó a todas y cada una de las formas y sustancias establecidas para el efecto. Pese a lo anterior, debe señalarse el deber legal de esta entidad en cuanto a que la aplicación de las normas establecidas sea proporcional y adecuada a cada uno de los supuestos fácticos probados dentro del trámite del libelo procesal.

Responsabilidad y libre competencia:

Sea del caso mencionar que como garante de su proceso de procesamiento y envasado de agua potable, previo el inicio de su actividad debió contar con el conocimiento sobre la normatividad que regulaba sus productos, puesto que la normas van dirigidas sin excepción alguna a todos los productores, y el más mínimo incumplimiento los hace sujetos de una sanción que reprende su comportamiento la cual puede resultar onerosa, y por ende afectar el desarrollo de su actividad económica que sin ninguna duda se encuentra motivada, por el desobedecimiento de las normas sanitarias vigentes que regulaban el marco normativo de los productos alimentos tal como ocurrió en el caso que hoy es objeto de estudio.

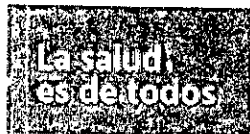
Es así que la Constitución Política en su artículo 333, ha reconocido la importancia de la "... **libertad económica, y la iniciativa privada**"; así como también lo ha hecho esta Dirección, no obstante ambos presupuestos deben ser realizados conforme a parámetros que impidan comportamientos abusivos y de competencia destructiva; puesto que cada uno se traducen en bien común y responsabilidad social.

Frente a este tema, se le reitera que si bien podía realizar libremente su actividad económica, también tenía una clara obligación de contar el conocimiento adecuado sobre la normatividad que regulaba los productos alimenticios que fabrica, en observancia de las condiciones técnicas que los regulan y amparan su actividad.

Conforme a lo anterior, las responsabilidades que se deriva de la actividad económica es con el resto de la población civil administrada, pues no se puede simplemente comenzar una actividad, sin tener en cuenta las condiciones exigidas para su funcionamiento por parte del legislador, más aún cuando esta puede representar un riesgo cierto o un eventual daño a la salud pública cuya protección es misión de esta Entidad.

Con las diligencias de inspección, corrobora el instituto, que las actividades faltaban a las buenas prácticas de manufactura y se ponía en riesgo la inocuidad del producto procesado y por tanto la salud de los consumidores del alimento, así mismo fueron vulneradas las normas técnicas sobre rotulado que comprometieron la trazabilidad del producto procesado. Conforme a ello, se aplicó medida de seguridad, suspendiendo la actividad comercial. Es de advertir, que en el caso particular se ponderaron los intereses en conflicto y prevaleció el de la salud y la vida, evidenciándose que la autoridad sanitaria cumplió con la misión y las funciones a ella asignadas por ley.

De tal manera que no es posible que la administración permita el desarrollo de actividades que ponen en peligro la salud, sólo para no permear o afectar una actividad comercial que es fuente de trabajo o de sustento de otros ciudadanos, En este caso, la agencia sanitaria, está en el deber de actuar conforme a los fines del Estado y procurar por el bien común.



Ministerio de Salud

RESOLUCIÓN No. 2019040937

(17 de Septiembre de 2019)

**"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223"**

Es bajo este contexto normativo que se exige el cumplimiento de las actividades que se desarrollan en ocasión de la fabricación de los alimentos, como en este caso, las buenas prácticas de manufactura y el rotulado, ya que solo bajo la aprobación de tales parámetros exigidos en la norma se adquiere la certeza en la calidad y el consumo seguro de los alimentos.

Principio de la igualdad

En este sentido se resalta a la recurrente que la legislación sanitaria es de orden público y de perentorio cumplimiento, y son excepción, por lo cual ninguna razón justifica su vulneración, porque en ella descansa la integridad de la salud individual y colectiva de los colombianos, por lo cual, se insiste, quien va a realizar alguna actividad relacionada con las competencias del INVIMA, debe contar con las condiciones sanitarias exigidas en garantía del invaluable bien jurídico tutelado, este es la salud de la comunidad, derecho éste frente al cual deben ceder otros derechos de los particulares, como los patrimoniales.

En ningún momento se puede permitir que un establecimiento funcione en condiciones sanitarias inadecuadas, puesto que la ley es clara al exigir a quien se ocupa de actividades relacionadas con los productos a que se refiere el artículo 245 de la ley 100 de 1993, que debe cumplir las normas sanitarias.

Debe la recurrente tener en cuenta que, como aparece anotado en los párrafos precedentes, la legislación sanitaria es de orden público y como tal debe ser acatada sin miramientos, la aplicación de estas normas están sometidas al cumplimiento de los trámites de rigor, por la situación de riesgo que se genera para el invaluable bien de la salud individual y colectiva de la población del desempeño de una actividad de mayor riesgo como lo es procesar y envasar agua potable tratada y omitir las exigencias normas técnicas sobre rotulado.

Al respecto el artículo 6 de la Carta Política prescribe lo siguiente:

"ARTICULO 6

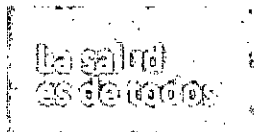
*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes.
Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."*

Es de señalar que quien tiene un establecimiento de comercio como el de la sancionada I, está obligada a cumplir todos los requisitos que demandan las normas sanitarias porque de ello depende la calidad e inocuidad de los productos y consecuentemente la salud de los consumidores.

Acuerdo de pago

Finalmente, teniendo en cuenta que ha manifestado dificultades económicas este despacho le informa que una vez se encuentre en firme y debidamente ejecutoriado el presente proveído, será remitido el proceso sancionatorio subéxamine a la Oficina Asesora Jurídica por competencia donde podrá solicitar la suscripción de un acuerdo de pago con el Grupo de Cobro Persuasivo y Coactivo y Persuasivo de la citada dependencia.

Página 19



RESOLUCIÓN No. 2019040937

(17 de Septiembre de 2019)

**"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición
proceso sancionatorio No.201603223"**

En ausencia de fundamentos jurídicos o fácticos que afecten el acto administrativo objeto de recurso, se dispone no reponer y por lo tanto se confirma la decisión establecida en el Resolución 2018038076 de 4 de septiembre de 2018.

En mérito de lo expuesto, el despacho

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO.- No reponer y en tal sentido confirmar en su integridad la Resolución 2018038076, proferida el 04 de septiembre de 2018 dentro del proceso sancionatorio 201603223, adelantado contra la sociedad Distribuidora de Agua Hielo y Refrescos la Colmena S.A.S. con Nit 900688223-3, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar de manera personal a la representante legal y/o apoderado de la sociedad Distribuidora de Agua Hielo y Refrescos la Colmena SAS con Nit 900688223-3 conforme a lo establecido en el artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En el evento de no comparecer, se notificará mediante aviso, en aplicación a lo previsto en el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y/o lo dispuesto en el ordenamiento jurídico legal vigente.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

M. Margarita Jaramillo

MARIA MARGARITA JARAMILLO
Directora de Responsabilidad Sanitaria

Proyectó y Digitó: Leonardo H. Bermúdez Ruiz
Revisó: Angélica Rodríguez