



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 89088 DE 2018

(107 DIC 2018)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación No. 16 245693

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA EL CONTROL Y VERIFICACIÓN DE
REGLAMENTOS TÉCNICOS Y METROLOGÍA LEGAL

En ejercicio de sus facultades legales en especial las conferidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución 85067 del 19 de diciembre de 2017, esta Superintendencia impuso una sanción pecuniaria a la sociedad COMERPES S.A. identificada con Nit. 806.000.058-0, por la suma de CIENTO TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS (\$ 103 280 380 COP), equivalente a CIENTO CUARENTA (140) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por la violación de lo preceptuado en el numeral 4.3.1 y 4.3.2 de la Resolución 16379 de 2003 incorporada en el Capítulo Cuarto, Título VI de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de control metrológico.

SEGUNDO: Que la sociedad COMERPES S.A. identificada con Nit. 806.000.058-0, mediante su apoderado debidamente acreditado, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la mencionada Resolución, dentro del término legal, bajo los siguientes argumentos:

El recurrente manifiesta que tanto en la resolución impugnada como en el acta levantada el día de la visita de verificación se indica que el procedimiento utilizado para establecer el peso real del producto "Calamar Preempacado y Glaseado" es el establecido en la OIML R87 de 2004 y resalta que la Dirección señaló en la mencionada resolución que "para el caso de los Calamares glaseados, de acuerdo a lo dispuesto en la recomendación de la OIML R-87, estos son catalogados como Mariscos Esmaltados (mariscos cubiertos con una película de agua y luego congelados para conservar su calidad)".

No obstante, el recurrente asegura que, en la mencionada recomendación, la R-87, en ninguno de sus apartes cataloga a los calamares como mariscos esmaltados, por lo que considera que la teoría de la Dirección al motivar su decisión no es válida para afirmar que el procedimiento aplicable para establecer el peso real del producto verificado sea el que determina el anexo D de la recomendación OIML R-87 edición 2004, recomendación que además asegura, fue "expresamente derogada" por la OIML cuando expidió la recomendación OIML R-87, edición 2016.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Agrega que la recomendación OIML R-87, edición 2016 incluyó grandes modificaciones a los procedimientos para establecer el peso real de los productos, especialmente en las tablas de muestreo de los productos preempacados estableciendo grandes diferencias con las tablas de la versión 2004, y que la nueva versión también incluyó nuevos procedimientos de desglaseado permitiendo que se pueda acudir a los procedimientos establecidos por otras instituciones para regular el peso real de productos preempacados específicos como Codex e ISO.

Afirma el recurrente que el procedimiento utilizado por los funcionarios de esta Superintendencia, fue "errado" ya que los procesos que establecen la norma Codex y la NTC 5030 son los adecuados para "desglasear" tubos de calamar, como quiera que no establecen que para el descongelamiento de calamares se deban colocar bajo un chorro de agua y sean manipulados manualmente, tal como ocurrió en la diligencia de inspección, lo cual asegura que respalda con fotos y videos que aporta junto a su escrito de recursos.

En razón de lo anterior, el recurrente argumenta que no se le puede imponer una sanción por la aplicación incorrecta de un procedimiento, pues quedó demostrado que existe un vicio en el procedimiento aplicado y los resultados obtenidos con ocasión de éste, y agrega que el acta elevada el día 11 de octubre de 2016, *"posee un grave vicio de procedimiento que hace que dicha acta sea absolutamente nula, y por lo tanto no puede servir de fundamento del presente proceso administrativo sancionatorio"*.

Por último, solicita el recurrente que sean tenidos los criterios contenidos en el artículo 61 como son no haberle causado ningún perjuicio a los consumidores, no haber sido persistente en la conducta infractora, no ser reincidente, el hecho de cumplir con todos los Reglamentos Técnicos para el manejo de sus productos, haber sido colaborador con la Entidad, no haber obtenido ningún beneficio económico, no haber utilizado medios fraudulentos en la comisión de la infracción, y haber actuado siempre con *"un alto grado"* de responsabilidad, prudencia y diligencia en el cumplimiento de las normas que rigen su actividad.

TERCERO: Que mediante Resolución 83695 del 14 de noviembre de 2018 fue resuelto el recurso de reposición, y se concedió el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho procede a desatar el recurso de apelación, así:

Por medio de la Resolución 16379 de 2003 expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, e incorporada en el Capítulo Cuarto, Título VI de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, se establecieron los requisitos metrológicos que deben reunir los productos preempacados en cualquier nivel de distribución, incluido el punto de empaque, importación, punto de venta, con el fin de asegurar la correspondencia de la cantidad del producto contenido en los empaques ofrecidos a los consumidores con la cantidad anunciada en los productos.

La mencionada resolución en el numeral 4.3, establece dos requisitos metrológicos para verificar el contenido de productos preempacados, como son el contenido promedio, que se encuentra en el numeral 4.3.1, y el contenido de los preempacados individuales que debe cumplir con lo establecido en el numeral 4.3.2.

Es necesario aclararle a la recurrente que la Superintendencia de Industria y Comercio, como Entidad de vigilancia y control, tiene la facultad de verificar el cumplimiento de los reglamentos técnicos y las normas que regulan la metrología legal, como es el caso de la Resolución 16379 de 2003, de manera que la presente investigación tiene como objetivo y único real interés, determinar si la investigada cumplió o no con lo establecido en la mencionada norma.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Pues bien, en el presente caso, mediante visita de verificación realizada por esta Superintendencia el 11 de octubre de 2016, en el establecimiento de comercio "Comerpes S.A.", se inspeccionó el producto preempacado "Tubos de Calamar" en presentación Bolsa, contenido 750 g, número de lote 76071216001H, con fecha de vencimiento: 12/07/2018, y se encontró que respecto al primer requisito del contenido promedio, el contenido real promedio corregido era inferior al contenido nominal, ya que el corregido era de 721,17 g cuando el nominal era de 750 g, es decir estaba en un 3.84% por debajo de lo anunciado al consumidor, por lo que el producto estaba NO CONFORME, esto es, no está acorde con el numeral 4.3.1 de la Resolución 16379 de 2003 que señala que el contenido real promedio corregido debe ser igual o superior al contenido nominal, encontrándose así un incumplimiento por parte de la sociedad investigada, siendo un motivo para imponer la correspondiente sanción.

Por otra parte, como quiera que no siempre es posible que cada unidad de preempacado contenga exactamente la cantidad nominal, la norma de verificación acepta variaciones individuales bajo ciertas condiciones. El análisis de este segundo requisito concluyó que se encontraron unidades de producto que excedieron esa deficiencia tolerable permitida para Qn - 1T, la cual permitía un número de aceptación máximo de tres (3) unidades y se presentaron cuarenta (40) unidades que excedieron dicha deficiencia tolerable de cincuenta (50) que fueron verificadas; y la deficiencia tolerable permitida para Qn - 2T permitía un número de aceptación máximo de cero (0) unidades y se presentaron treinta y tres (33) unidades que excedieron la deficiencia tolerable, también de cincuenta (50) que fueron verificadas, razón por la cual se evidencia que el producto verificado respecto a este punto también estaba NO CONFORME, encontrándose así un segundo incumplimiento por parte de la sociedad investigada, siendo procedente la sanción impuesta.

El recurrente argumenta que esta Superintendencia debió haber aplicado el procedimiento descrito en la Recomendación OIML R87 de 2016, y no la versión 2004 que se aplicó pues esa ya se encuentra derogada. Al respecto encuentra este Despacho que la visita de verificación fue realizada el día 11 de octubre de 2016, momento para el cual se encontraba vigente la OIML R87 versión 2004, pues la versión del 2016, que el recurrente insiste en que debió ser aplicada, solo estuvo disponible a partir del 16 de enero de 2017¹, esto es 3 meses después de haberse realizado la visita de verificación, siendo imposible su aplicación, tal como puede observarse en la imagen a continuación tomada de la página web de la OIML:

Ref.	Title	Edition	Uploaded	Status	TC/SC
R87-en	Quantity of product in prepackages	2016	2017-01-16	Available	TC 6

Asimismo, el recurrente también asegura que los procesos que establecen la norma Codex y la NTC 5030 son los adecuados para "desglasear" tubos de calamar y debieron ser utilizados por los funcionarios al momento de realizar la inspección. Pues bien, sobre este punto es necesario aclarar que las normas citadas por el recurrente son normas voluntarias y por ende no son parte alguna de la Resolución 16379 de 2003 incorporada en el Capítulo Cuarto, Título VI de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de control metrológico, de manera que utilizarlas sería una plena vulneración al principio de legalidad, pues las investigaciones administrativas deben regirse conforme lo establecido en la ley que está vigente y no puede sujetarse a la voluntad de las personas.

Adicionalmente, es de suma importancia resaltar que cuando la Superintendencia de Industria y Comercio realiza visitas de verificación, envía funcionarios capacitados y con los conocimientos necesarios para cada tema, quienes siempre portan una credencial que no solo los identifica frente al vigilado, sino que detalla de manera clara el objeto de la visita, la norma aplicable al caso y se explica la actividad que se va a realizar, así como el procedimiento que se va a utilizar,

¹ https://www.oiml.org/en/publications/recommendations/publication_view?p_type=1&p_status=1

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

y ya teniendo el vigilado toda la información sobre lo que se va a realizar procede a atender la visita.

En una visita de verificación, la actividad y la información que se recolecta siempre se realiza en conjunto con el vigilado, es decir, con la persona que atiende la visita, como en el presente caso que quien atendió la visita fue el Jefe de Almacén, quien compartió toda la información necesaria para diligenciar el acta informe levantada el día de la visita, estando de acuerdo en que el producto estaba listo para ser comercializado así como con el procedimiento que iba a ser utilizado y que efectivamente se utilizó, no habiendo realizado observación alguna al respecto, y firmando el acta en señal de aceptación.

En razón de lo anterior, es necesario destacar que, si bien el acta informe levantada el día de la visita no tiene la calidad de prueba incontrovertible y única, sí es una prueba con gran peso, al ser precisamente diligenciada en compañía de los vigilados y al contener la información que fue directamente suministrada por ellos, y que durante la presente investigación no logró ser desvirtuada por el material probatorio aportado por la investigada, de manera que es forzoso concluir que el procedimiento aplicado en la visita de verificación fue el adecuado, razón por la cual ni el procedimiento ni el acta informe levantada ese día se encuentran viciados de nulidad, como lo pretende hacer ver el recurrente.

En cuanto a la procedencia de la sanción que le fue impuesta, encuentra este Despacho que, en la aplicación de la misma, se tuvieron en cuenta los hechos que le sirvieron de causa, y los fines de las normas que lo autorizan, asimismo se resalta que también fueron tenidos en cuenta los criterios de graduación que solicita el recurrente sean tenidos en cuenta, y que se encuentran establecidos en el parágrafo del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 y que el recurrente, pues de lo contrario, la sanción hubiera sido la máxima establecida.

Adicionalmente, la proporcionalidad implica evaluar la gravedad de la conducta del infractor, comparar la tipología de sanciones junto con el supuesto de hecho de las normas que consagra, para así identificar que la sanción es la establecida por la ley, además de incluir una graduación conforme a un mínimo y un máximo y de acuerdo a la dosimetría sancionatoria consistente en que sólo la conducta más grave posible debe tener la sanción más alta y la conducta más leve debe tener la sanción más leve.

Es importante recordar que las sanciones impuestas se ubican dentro de los montos máximos establecidos en el Artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, el cual preceptúa una multa máxima aplicable de *"hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción"*, y en el presente caso la sanción impuesta se acerca mucho más al mínimo que al máximo, pues corresponde al 7% de la máxima.

Siendo que sólo se impuso una multa por ciento cuarenta salarios mínimos, considera este Despacho que es proporcionada a la clase de infracción que se sanciona, en tanto que la sanción es la consecuencia de la inobservancia de una norma, y lo único que atiende son las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se configuró la infracción, así como la afectación del interés general y la magnitud de dicha afectación, y en el presente caso existió una altísima potencialidad de inducir en error a un sinnúmero de consumidores en razón de la conducta desplegada por la investigada, pues no sólo se encontró un alto porcentaje de producto que estaba dejando de ser entregado a los consumidores en razón a la diferencia hallada en el contenido nominal y el contenido promedio corregido del producto, sino que el número de unidades que sobrepasaron la tolerancia permitida era casi igual al número de unidades que fueron verificadas.

Por último, es deber destacar que el efectivo cumplimiento por parte de la sociedad investigada de la Resolución 16379 de 2003 incorporada en el Capítulo Cuarto, Título VI de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de control metrológico, es de vital importancia para prevenir las prácticas que inducen a error a los consumidores y garantizar que les sea entregada la cantidad de producto que se indica en el empaque y que correspondiente a

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

lo que están pagando, por lo cual en el presente caso se considera que es procedente la imposición de la sanción, así como es proporcional y adecuado el monto que fue establecido.

En razón de lo anterior este Despacho no encuentra elemento jurídico alguno para modificar o revocar la sanción que le fue impuesta, por lo cual procederá a confirmar la decisión contenida en la resolución impugnada.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución 85067 del 19 de diciembre de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente a la sociedad COMERPES S.A. identificada con Nit. 806.000.058-0, entregándole copia de la misma e informándole que contra ésta no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

07 DIC 2018

El Superintendente Delegado para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal,


JAIRO ENRIQUE MALAVER BARBOSA

NOTIFICACIÓN Investigada

Nombre: COMERPES S.A.
Identificación: Nit. 806.000.058-0
Apoderado: Otto Luis Olaya Segura
Identificación: C.C. 17.635.298 y T.P. 59.678 del C.S. de la J.
Email de notificación: ottolaya@hotmail.com²
Dirección: Calle 134 No. 22 – 06. Oficina 308, edificio Epik
Ciudad: Bogotá D.C.

Representante Legal: John Macchi Mejía
Identificación: C.C. 73.115.349
Email de notificación judicial: contabilidad@comerpes.com³
Dirección: Avenida Pedro Vélez Diagonal 20 No. 45 A – 71. Barrio Bosque
Ciudad: Cartagena - Bolívar

JEMB/alpt

² Email y dirección de notificación suministradas por el apoderado en es escrito de los recursos (FI.100)

³ Email y dirección de notificación judicial extraídas del RUES