



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 78322 DE 2016
(15 NOV 2016)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación No. 15 81129

**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 8322 del 26 de febrero de 2016, esta Superintendencia impuso una sanción pecuniaria por la suma de CIENTO SEIS MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS DIECISEIS PESOS (106 175 916 COP), equivalente a CIENTO CINCUENTA Y CUATRO (154) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la sociedad SERVIMETERS S.A. identificada con Nit. 830.117.370-5, por emitir el certificado de conformidad No.CER-PROD-493-5108-14 del 18 de noviembre de 2014, a los productos identificados como "JUGUETES", importados y comercializados por A.C. TOYS LANDIA & CIA. S EN C, sin el cumplimiento del Artículo 73 de la Ley 1480 de 2011, Estatuto de protección al Consumidor, al no tenerse en cuenta los requisitos exigidos en la Resolución 3388 de 2008- Reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios de los juguetes-.

SEGUNDO: Que la sociedad SERVIMETERS identificada con Nit. 830.117.370-5, mediante su apoderado debidamente acreditado, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en contra de la mencionada Resolución, bajo los siguientes argumentos:

2.1. Inflamabilidad

La norma equivalente a la NTC-EN-71-2, establece que es posible determinar el cumplimiento de los requisitos de inflamabilidad con la simple observación material del producto. Adiciona a lo anterior, que no hay un ensayo valido que permita determinar los requisitos de aquellos materiales con un comportamiento similar al celuloide, material que es justamente el que contiene los productos objeto de revisión.

Con la finalidad de fortalecer su competencia técnica, efectuó los ensayos de inflamabilidad basados en la NTC-EN 71-2; de igual forma, de manera posterior ordenó la realización de dichas pruebas a referencias de este proceso para verificar su seguridad, pero aclara que ello no puede interpretarse como una acción que pretendía minimizar el impacto del presunto incumplimiento.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Manifiesta que la conclusión de determinar el cumplimiento del requisito de inflamabilidad con la simple observación de los materiales, es posible toda vez que, de acuerdo a lo establecido en el anexo A de la última versión de la EN 71-2, los materiales que componen los productos objeto del presente cargo, no hacen parte de la categoría de los elementos inflamables. Además, precisa que la mencionada norma, no contempla de manera expresa que la prueba de inflamabilidad, deba practicarse a juguetes flexibles no rellenos.

2.2. Ensayos e identificación de familias

Afirma que toda vez que, conforme a la norma técnica, para practicar pruebas aleatorias, se debe hacer una selección al azar y representativa por tipo de producto, en la medida en que no es posible hacer los ensayos exigidos al 100% de las referencias a certificar, por el costo que ello implicaría para el cliente; por ello se decidió para el presente proceso de certificación, tomar las muestras por familia y de esa forma se practicaron los correspondientes ensayos.

Informa que, las muestras tomadas obedecen a lo establecido en el procedimiento interno de SERVIMETERS, así como lo dispuesto en la GTC- ISO IEC-67, por lo que la familia de muñecas mencionada, no se denominaba como una familia de muñecas independiente, puesto que la matriz de ensayos bajo la que se trabajó en el momento de evaluar la conformidad, contempló las muñecas dentro de la familia juguetes plásticos con material flexible en más de un 80%.

2.3. Tratamiento de una No conformidad

En lo que tiene que ver con el tratamiento de la no conformidad evidenciada, afirma haber documentado el reporte de la no conformidad, así como el compromiso de la empresa evaluada para dar debido cumplimiento al reglamento técnico de juguetes.

2.4. Nuevos estudios posteriores a la emisión del certificado de conformidad

La recurrente corroboró que los productos certificados cumplieran con lo dispuesto en el reglamento técnico, al punto que ordenó una serie de pruebas a las que se hace referencia en la resolución recurrida.

2.5. Ponderación y graduación de la sanción

Finalmente solicita que se dé un tratamiento por parte de la Entidad, de acuerdo a los hechos acaecidos, que el monto de la sanción sea proporcional a los mismos hechos, toda vez que la impuesta resulta ser confiscatoria; se debe tener en consideración que se trata de un organismo evaluador de la conformidad que tiene una participación minoritaria en el mercado y si se suman todas las sanciones impuestas, llevaría a la sociedad a salir del mercado. Para soportar la afirmación de la poca participación en el mercado, adjunta un análisis de mercado en el cual se puede ver que durante los años 2014 a 2015, la participación oscila entre el 7% y el 12%, equivalente a una facturación mensual promedio de \$92.203.635.

TERCERO: Que mediante Resolución 57164 del 29 de agosto de 2016, se resolvió el recurso de reposición interpuesto, y se concedió el de apelación.

CUARTO: Que la sociedad recurrente presentó el día 23 de marzo de 2016 y 29 de septiembre de 2016, dos comunicaciones en las cuales pretendía dar alcance al recurso de reposición en subsidio apelación presentado, presentando argumentos adicionales a los planteados en el escrito contentivo de los recursos interpuestos.

En consideración a que dichas comunicaciones fueron presentadas de forma extemporánea al término que se tenía para presentar los respectivos recursos, los argumentos que se encuentran planteados en tales comunicaciones, no serán tenidos en cuenta por este Despacho al momento de desatar el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

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

El artículo 73 de la Ley 1480 establece las responsabilidades y obligaciones de los organismos evaluadores de la conformidad en los siguientes términos:

“Los organismos de evaluación de la conformidad serán responsables por los servicios de evaluación que presten dentro del marco del certificado o del documento de evaluación de la conformidad que hayan expedido. El evaluador de la conformidad no será responsable cuando el evaluado haya modificado los elementos, procesos, sistemas o demás condiciones evaluadas y exista nexo causal entre dichas variaciones y el daño ocasionado. Sin perjuicio de las multas a que haya lugar, el evaluador de la conformidad será responsable frente al consumidor por el servicio de evaluación de la conformidad efectuado respecto de un producto sujeto a reglamento técnico o medida sanitaria cuando haya obrado con dolo o culpa grave.

PARÁGRAFO. En todo producto, publicidad o información en los que se avise que un producto o proceso ha sido certificado o evaluado, se deberá indicar, en los términos de la presente ley, el alcance de la evaluación, el organismo de evaluación de la conformidad y la entidad que acreditó al organismo de evaluación”.

En la presente investigación, la sociedad SERVIMETERS S.A. identificada con Nit. 830.117.370-5 fue sancionada al encontrarse que emitió el certificado de conformidad No.CER-PROD-493-5108-14 del 18 de noviembre de 2014, a los productos identificados como “JUGUETES”, importados y comercializados por A.C. TOYS LANDIA & CIA. S EN C, sin el cumplimiento del Artículo 73 de la Ley 1480 de 2011, Estatuto de protección al Consumidor, al no tenerse en cuenta los requisitos exigidos en la Resolución 3388 de 2008- Reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios de los juguetes-.

5.1. Inflamabilidad

Lo primero que se debe señalar es que el Reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios de los juguetes- es claro en precisar que para verificar la conformidad frente a dicho reglamento se deberá cumplir con los requisitos que se encuentran señalados en el artículo quinto, y en particular los laboratorios de ensayos, deberán realizar las pruebas que se encuentran en las normas NTC EN 71-2; NTC 4894 Parte 1; NTC EN- 71- 3, mencionados en los Anexos 1, 2 y 3. Por lo anterior, es evidente que los productos identificados como “Muñeca y coche con luces, referencia XMY-8017” y “Muñeca y coche, referencia STR 1010”, por estar compuestos por superficie textil, tal y como lo establece la NTC-EN-71.2 numeral 2, debían someterse a la prueba de inflamabilidad que se estipula en el reglamento técnico.

Ahora bien, no es de recibo de este Despacho la afirmación en la cual precisa que se puede determinar el cumplimiento del requisito con el solo hecho de observar el producto y determinar que no estaba compuesto de material con un comportamiento similar al celuloide ante el fuego puesto que la muestra M6_75673_Muñeca con coche, presentaba superficie pilosa y superficie textil, y en consecuencia, se debían realizar los ensayos de inflamabilidad de conformidad con en el numeral 2 de la NTC-EN-71.2, para establecer si cumplía con el artículo 6 la Resolución 3388 de 2008.

Finalmente, sobre el particular es pertinente señalar que la misma NTC-EN 71-2 precisa que los juguetes rellenos o no rellenos, que tengan superficie pilosa o textil, tal como lo son la “Muñeca y coche con luces, referencia XMY-8017” y “Muñeca y coche, referencia STR 1010”, deben ser sometidos a los ensayos de inflamabilidad para cumplir con lo establecido en el artículo 6 la Resolución 3388 de 2008.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

5.2. Ensayos e identificación de familias

Sobre el tema relacionado a la clasificación de familias este Despacho reitera lo señalado por parte de la Dirección en el sentido de considerar que la sociedad recurrente efectuó una indebida clasificación por familias ya que no es posible que dentro de la misma clasificación denominada "Juguetes plásticos de material flexible en más de un 80%", se puedan incluir todos los juguetes plásticos, sin observar si todos ellos tienen o cuentan con características físico-químicas similares, elemento que resulta trascendental en la medida en que el material plástico no es el único factor que se debe tener en cuenta al momento de efectuar la clasificación, ya que elementos y características relevantes se podrían dejar de considerar, características tales como el color que hacen que un producto contenga más o menos niveles de plomo y cadmio, siendo este uno de los requisitos que deben ser evaluados para evidenciar la conformidad de dichos productos con el reglamento técnico en mención.

5.3. Tratamiento de una No conformidad

Es claro para este Despacho que, dentro del expediente no hay prueba que la no conformidad evidenciada respecto al numeral 10 del reglamento técnico -los juguetes deben ir acompañados en el empaque o en el mismo juguete, de las indicaciones en caracteres legibles y visibles que permitan conocer en todo momento los riesgos que pueda ocasionar su uso – haya sido corregida por el importador, dentro del proceso de evaluación de la conformidad que dio lugar a la emisión del certificado de conformidad objeto de investigación.

5.4. Nuevos estudios posteriores a la emisión del certificado de conformidad

En lo atinente a los informes de ensayos de inflamabilidad que fueron aportados dentro de la investigación y que constatan que se efectuaron los mismos a seis referencias que se encuentran dentro del certificado de conformidad, con la finalidad de demostrar que son productos que cumplen con el reglamento técnico, es preciso advertir que los mismos se encuentran por fuera del objeto de la presente investigación, puesto que lo pretendido con esta, era evidenciar el cumplimiento de los deberes y responsabilidades que le son propios en el marco del proceso que dio lugar a la emisión del certificado de conformidad.

5.5. Ponderación y graduación de la sanción

Frente a la proporcionalidad de la sanción, precisa este Despacho que del análisis de los hechos y de todo el material probatorio recaudado durante la presente investigación, llevó inequívocamente a demostrar el incumplimiento del artículo 73 de la Ley 1480 de 2011, lo cual condujo a la imposición de la sanción recurrida, multa que se impuso luego de analizar cada uno de los criterios de graduación que se encuentran en el artículo parágrafo 1 del 61 de la Ley 1480 de 2011.

Es por ello que, la resolución recurrida en su considerando noveno, denominado sanción, detalla no solo la razón por la cual se toma la decisión de imponer una sanción, sino que se encuentra un análisis de cada uno de los criterios establecidos en el ya mencionado artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, y la forma en que fueron tenidos en cuenta en el caso en particular para tasar el valor de la sanción.

Adicionalmente, es necesario resaltar que la conducta desplegada por la sociedad investigada, sin duda alguna, es grave en el entender de este Despacho, por cuanto el documento emitido por los organismos de certificación acreditados como resultado de las verificaciones que éstos realizan de manera directa, es decir, el "certificado de conformidad" más allá de proveer confianza, constituye una "presunción de cumplimiento", a tal punto que no es permitida la comercialización o inicio de prestación de servicios de productos o servicios "controlados" y, de comercializarse sin este documento, pone en peligro los intereses legítimos, que fundamentaron la decisión de regular, en este caso la protección de la salud y vida de los niños, por tanto, procede de manera irrestricta la imposición de medidas y sanciones legalmente previstas, tanto a fabricantes e importadores, como a comercializadores. En otras palabras, los productos o servicios sujetos al cumplimiento de

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

requisitos previstos en los reglamentos técnicos sin que previamente cuenten con el respectivo "certificado de conformidad" emitido por un organismo evaluador de la conformidad acreditado no pueden comercializarse y/o prestarse en el territorio nacional, siendo esto una clara limitación a la libertad de empresa que se supera únicamente con la presentación del certificado de conformidad, sin perjuicio de las verificaciones que posteriormente de manera directa realice esta Superintendencia como ente de control en ejercicio de sus funciones.

Obsérvese que es tal la credibilidad que representa la intervención de los organismos de certificación (dada su competencia técnica reconocida en virtud de la acreditación), que los productos o servicios controlados que representan un riesgo a los intereses legítimos tutelados, tales como la seguridad nacional, la seguridad y protección de la vida y salud humana, animal y vegetal, de su medio ambiente y la prevención de prácticas que puedan inducir a error a los consumidores, que el Estado prohíbe de manera irrefutable su comercialización mientras éstos no cuenten con el respectivo certificado de conformidad expedido por un organismo acreditado, como en este caso, lo es SERVIMETERS S.A.

Bajo este análisis resulta evidente que el reglamento técnico en estudio incluye una obligación precisa a los organismos evaluadores de la conformidad: la atestación de todos y cada uno de los requisitos especificados en el reglamento técnico por una tercera parte independiente e imparcial (un organismo acreditado) que certifica que el producto y/o servicio están conformes con el reglamento técnico. La participación de los organismos de certificación es determinante para la comercialización y/o prestación del servicio en el territorio nacional, de productos y servicios controlados.

Por ello a pesar de dicha labor fundamental dentro del subsistema nacional de la calidad, se evidenció que la sociedad recurrente no acató sus deberes y responsabilidades, lo que conlleva a que toda la confianza que pueda existir en el sistema se rompa, generando el riesgo de que productos que están sometidos al cumplimiento de reglamento técnico, no hayan sido correctamente evaluados, y aun así se permitió su importación y su comercialización por contar con un documento que hacía que se presumiera tal cumplimiento.

En consideración a lo señalado, se tiene que la sanción impuesta en el presente caso no se encuentra relacionada con la utilidad obtenida por parte de la sociedad recurrente por los procesos de certificación realizados, ni tampoco en consideración a la participación que tiene en el mercado, puesto que, la multa recurrida se generó, por el hecho de haber puesto en peligro la salud, la vida y la integridad de menores de edad, quienes son los destinatarios de los juguetes que fueron certificados por la recurrente, sin haber efectuado una correcta evaluación de la conformidad, siendo ello una conducta de una gravedad superior que amerita la imposición de la sanción que finalmente fue impuesta.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que, al momento de imponer las sanciones, la Entidad tuvo en cuenta no solo la situación económica de la sociedad, sino que también se verificaron todas las investigaciones que se estaban adelantando en contra de la misma, para no generar con ello, unas sanciones que al final resultaran ser confiscatorias.

Es importante recordar que la sanción impuesta se ubica 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 es el 7.7% de la máxima.

Siendo que sólo se impuso una multa por ciento cincuenta y cuatro 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 su impacto en el mercado y en los consumidores, teniendo en cuenta que aquí el impacto es mayor en consideración a la naturaleza de la sociedad recurrente y el papel que tiene dentro del subsistema nacional de la calidad.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Es importante aclarar que a diferencia de lo ocurrido en otras investigaciones adelantadas en contra de SERVIMETERS S.A., el monto de la sanción impuesta a través de la resolución recurrida, será confirmada por parte del Despacho, en la medida en que dentro de esta investigación se encontró que además del incumplimiento en el ensayo de inflamabilidad, se evidenció que no se efectuó una debida clasificación de las familias para poder realizar los correspondientes ensayos; siendo este un incumplimiento adicional que hace que esta investigación tenga un elemento diferencial respecto a las demás investigaciones adelantadas.

En razón de lo anterior, al no haberse encontrado elemento de juicio alguno que permita a este Despacho revocar la decisión contenida en la resolución recurrida, procederá a confirmarla en su integridad.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución 8322 del 26 de febrero de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución a la sociedad SERVIMETERS S.A. identificada con Nit. 830.117.370-5, entregándole copia de la misma e informándole que contra ésta no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los 15 NOV 2016

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


ALEJANDRO GIRALDO-LÓPEZ

NOTIFICACIÓN

Nombre:	SERVIMETERS S.A.
Identificación:	Nit. 830.117.370-5
Apoderado:	Mauricio Izquierdo Arguello
Identificación:	C.C. 79.356.906 y T.P. 59.477 del C.S. de la J.
E-mail de Notificación Judicial:	mauricio@ortizizquierdo.com

AGL/jjrb