



Libertad y Orden

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2015-00144-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SENTENCIA No. 012

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- Demanda¹.

La sociedad GASES DEL CAUCA S.A. E.SP., a través de su representante legal MARTHA LUCÍA GÓMEZ AMAYA, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se declare la nulidad de las resoluciones No. 44779 de 30 de julio de 2013, 89336 de 27 de diciembre de 2013 y 3623 de 30 de enero de 2014, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Como consecuencia de lo anterior, se declare responsable a la entidad demandada a indemnizar según el principio *iura novit curia*, y de manera particular, se ordene el pago por concepto de daño material en la modalidad de daño emergente por \$353.700.000; y en la modalidad de lucro cesante la suma de \$423'700.000.

1.2.- Hechos.

Como hechos se expuso que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-, abrió investigación disciplinaria contra Gases del Cauca S.A. E.S.P., por la posible infracción de las normas de reglamentos técnicos y metrología legal, específicamente en lo que refiere al control metrológico del contenido de producto en preempacado.

Que a través de acto del 30 de julio de 2013, la SIC impuso sanción económica, sobre la cual se interpuso los recursos de ley.

Que mediante resoluciones del 27 de diciembre de 2013 y 30 de enero de 2014, se confirmó la sanción impuesta a la sociedad demandante.

¹ Folio 1-36 C. Ppal. 1

1.3.- Normas violadas y concepto de la violación.

Aduce la parte demandante que existió una vulneración al debido proceso al no valorar debidamente las pruebas y por dejarse de valorar otras pruebas que debieron tomarse en cuenta.

Que la norma de la cual se señala existió una vulneración, indica que *“el contenido neto de todo producto empacado o envasado debe corresponder al contenido enunciado en su rotulado o empaque”*.

Señala que la SIC para determinar el incumplimiento de la norma señalada, tuvo como única prueba un informe técnico de preempacados efectuada sobre la sociedad demandante, el 11 de febrero de 2013, del cual también se puede derivar que los instrumentos utilizados para realizar la medición no gozaban de exactitud o calibración requerida para arrojar datos exactos, o por lo menos datos ciertos sin asomo de duda.

Indica que el instrumento de pesaje utilizado por la entidad demandada fue descontinuado y retirado del mercado hace 6 años, para ser reemplazado por uno más preciso, exacto y de acuerdo con la evolución tecnológica actual, por lo que, al haber sido utilizado por la SIC, los datos arrojados generan un duda razonable, además de realizarse la medición en condiciones inadecuadas por posible falta de calibración; razón por la cual, debió sustraerse de su estudio y excluirse del acervo probatorio.

Conforme lo anterior, manifiesta que los actos administrativos demandados incurren en una **falsa motivación y una desviación de poder**, en tanto no era posible imponer la sanción al existir una duda razonable de la exactitud, certeza y precisión del instrumento utilizado en la visita de verificación consignada en el acta.

Señala que en el acta de visita de verificación se consigna como fecha de calibración “2023-02-27”, y que de manera unilateral en el acto administrativo demandado se modifica y se señala “2011-02-23”

En ese orden, considera que existe **violación al debido proceso**, al sancionarse con fundamento en prueba obtenida ilegalmente.

Aduce vulnerado el derecho de defensa, en tanto se solicitó la práctica de una nueva visita con un instrumento que cumpliera los requerimientos técnicos para tal fin, solicitud que fue despachada desfavorablemente, por considerarla inconducente.

Por otra parte, indica que el 09 de febrero de 2013, acaeció en el departamento de Nariño un sismo de magnitud de 6.9 grados en la escala de Richter, ocasionando un apagón o descarga eléctrica en la ciudad de Popayán, realizándose la visita por parte de la SIC, dos días después de la ocurrencia del hecho, lo que generó, según se aduce, un alteración o modificación en la calibración de las básculas y demás instrumentos de pesaje y medición utilizados por la Gases del Cauca. Refiere que al encontrarse un evento de fuerza mayor, se genera un eximente de responsabilidad.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2015-00144-00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Que existió **vulneración al principio de legalidad**, al imponer una sanción sustentada y fundamentada en conductas ejecutadas bajo situaciones que eximen de responsabilidad al investigado.

Como fundamento de ello, señala que resultaría absurdo que se pudiesen prever los resultados nocivos de un caso fortuito o fuerza mayor, pero la SIC, afirmó que el agente estaba en la obligación de prever los efectos negativos del hecho de la naturaleza.

Que existió una **falsa apreciación de las pruebas**, reiterando que se le otorgó un valor probatorio significativo al acta de verificación técnica, cuando la prueba fue obtenida ilegalmente y vulneración de derechos como al debido proceso y defensa.

Finalmente, señala que los actos fueron expedidos con **desviación de poder y falsa motivación**, al considerar que no se realizó el estudio jurídico y probatorio pertinente para imponer la multa, y por realizar indebidas interpretaciones, vulnerar derechos fundamentales y existir duda razonable en cada uno de los argumentos expuestos que llevaron a proferir la sanción.

1.4.- La oposición.

1.4.1.- Superintendencia de Industria y Comercio²

La defensa de la entidad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de asidero jurídico.

Expuso que en ejercicio de las facultades de vigilancia y control, el 11 de febrero de 2013, la SIC llevó a cabo una visita de inspección en el punto de empaque, venta y distribución de la Sociedad Gases del Cauca, con el propósito de verificar el cumplimiento de disposiciones en materia de control metrológico en relación con el contenido de productos pre empacados, la cual dio como resultado el incumplimiento de la norma, al encontrarse que el contenido real empacado no correspondía al enunciado en el empaque.

Sobre el particular, manifiesta que la Resolución No. 16379 de 2003, incorporada en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, establece que los productos preempacados, deben reunir los requisitos metrológicos en cualquier nivel de distribución, los cuales deber asegurar la correspondencia de la cantidad del producto contenido en los empaques ofrecidos a los consumidores, con la cantidad anunciada en los productos.

Que específicamente se verificaron 41 unidades de producto, "presentación 40 libras contenido nominal (g) 1800", resultando no conforme con el promedio corregido, y que, se determinó la existencia de un número de unidades con deficiencia mayor a la diferencia tolerable permitida, y así se informó en el acta de informe de resultado.

Señala que los instrumentos de medición utilizado por la SIC, tienen demostrado su conformidad y aseguramiento metrológico mediante certificado de calibración emitido por el Instituto Nacional de Metrología; y que, además, en el lugar donde se

² Folio 196-210 C. Ppal. 1

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2015-00144-00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

realizan las diligencias, el instrumento se examina nuevamente para probar si se encuentran aptos para realizar la inspección, por lo que el instrumento de medición utilizado en el presente asunto, se encontraba calibrado de acuerdo con el certificado de calibración SIC 20526 de "2011-02-27".

En cuanto a la alegada vulneración al principio de legalidad, refiere la parte demandada que la diferencia en las fechas de calibración consagradas en el acta y en la resolución cuestionada, obedecen a un error de digitación, sin que con ello se vea afectado el principio citado y que en nada influye en el resultado final, dado que el instrumento de medición utilizado cuenta con certificado de calibración emitido por el hoy Instituto Nacional de Metrología.

Reitera que el instrumento de calibración cumplía con los requerimientos para realizar la medición, por lo cual, no existía duda sobre la exactitud de este.

En lo que respecta al debido proceso y el derecho de defensa, reitera que el acta del informe no se encuentra viciada y que el instrumento se encontraba debidamente calibrado.

Sobre la causa extraña, se alega que la parte demandante siendo conocedora de las consecuencias adversas que generan los movimientos telúricos, debió tomar las medidas correctivas, preventivas y necesarias con el fin de que el contenido envasado correspondiera al enunciado en el cilindro, citando como ejemplo, la suspensión de las actividades de envasado, hasta tanto se asegurara que los instrumentos de medición cumplieran con los exigencias de control metrológico requeridas.

Que la SIC no buscaba comprobar cuándo o cómo se realizó la calibración de sus instrumentos, sino que se garantice el contenido del producto ofrecido y enunciado al consumidor sea el contenido real empacado.

Que la entidad ha respetado, protegido y garantizado los derechos de defensa y contradicción y los demás que les asisten a los investigados, por lo que no es cierto que no se hubiere valorado los presupuestos de antijuricidad, eximentes de responsabilidad, dudas razonables y necesidad de la pena.

1.5.- El trámite procesal.

La demanda fue instaurada el 23 de mayo de 2014 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³, siendo remitido por Competencia a esta Corporación mediante auto del 12 de junio de 2014⁴.

Fue remitido al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 22 de agosto de 2014⁵, donde se advirtió el yerro presentado por la Secretaría del Tribunal de Cundinamarca el enviar el expediente erróneamente a esa Corporación⁶.

El proceso llegó efectivamente a esta Colegiatura el 19 de marzo de 2015⁷

³ Folio 148 ibídem

⁴ Folio 160-163 ibídem

⁵ Folio 166 ibídem

⁶ Folio 167-168 ibídem

⁷ Folio 176-177 ibídem

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2015-00144-00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Se admitió el 18 de junio de 2015⁸, procediendo con la notificación a la entidad demandada conforme el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011⁹.

El 19 de marzo de 2017, se llevó a cabo la audiencia inicial¹⁰, donde se agotaron todas las etapas de esta, hasta el decreto de pruebas.

La audiencia de pruebas se llevó a cabo el 08 de mayo de 2017¹¹, declarando terminada la etapa probatoria y corriendo traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

1.5.1. Alegatos de la parte demandante¹²

Señala que la SIC aduce la calibración de su instrumento de medición, con un certificado emitido con dos años de antes de la práctica de la prueba, por lo que concluye la parte demandante, existe falta de certeza de los resultados obtenidos en las pruebas.

Que además, en el acta del informe de visita, no se consignó el procedimiento "in situ" mencionado en la contestación de la demanda, lo que además fue confirmando por los señores Jesús Eufrazio Córdoba Hualpa y Mario Quilindo, quienes presenciaron toda la visita realizada.

Igualmente, la entidad demandada desconoce las recomendaciones brindadas por el mismo fabricante, sujeto idóneo para emitir las mismas, generándose entonces un resultado que no es confiable.

Reitera que no existe una antijuricidad de la conducta por cuanto se probó que Gases del Cauca cumplía con las exigencias de certificar y calibrar los instrumentos de pesaje.

Alega que no era deber de Gases del Cauca conocer la descalibración de las máquinas por no tener los conocimientos técnicos necesarios para ello; por lo que, actuando con diligencia, procedieron a solicitar al laboratorio experto se realizara la calibración con la mayor brevedad posible.

Finalmente refiere que la SIC tiene la potestad de tomar medidas preventivas, como la suspensión del servicio de 15 a 60 días, hasta que se tomen las medidas correctivas.

1.5.2. Alegatos de la parte demandada

La Superintendencia de Industria y Comercio, presentó de manera extemporánea sus alegatos conclusivos. Esto por cuanto, en audiencia de pruebas celebrada el 08 de mayo de 2017, se dictó el auto corriendo traslado de alegatos, por lo que la parte demandada tenía hasta el 23 de mayo de esa anualidad para presentar

⁸ Folio 172-173 ibidem

⁹ Folio 191 ibidem

¹⁰ Folio 241-245 C. Ppal. 2

¹¹ Folio 2249-253 ibidem

¹² Folio 256-258 ibidem

sus alegatos, dado que fueron suspendidos los términos procesales por un día¹³, y solo hasta el 24 de mayo¹⁴ fueron radicados en esta Corporación.

1.5.3. Concepto Ministerio Público

La Representante del Ministerio Público guardó silencio en esta fase procesal.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. Competencia.

Por la naturaleza del proceso y su cuantía a la fecha de presentación de la demanda, de acuerdo al artículo 152 numeral 3 y 156 numeral 8 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para conocer del presente asunto en primera instancia.

2.2.- Caducidad.

La demanda fue presentada dentro de los términos exigidos por el artículo 164 numeral 2 literal d) del CPACA, para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior por cuanto la resolución que resolvió un recurso de apelación fue notificada por aviso el 23 de mayo de 2014¹⁵, y la demanda se presentó ese mismo día¹⁶.

2.3.- El problema jurídico.

De acuerdo con la fijación del litigio planteado en audiencia inicial, el Tribunal deberá determinar algunos aspectos fácticos, relacionado con los instrumentos de medición:

- Uno el utilizado por la SIC, y el cual para la parte demandante aquel no estaba bien calibrado ya que hace casi 2 años fue realizada la calibración para la fecha de la medición; además que la balanza utilizada la consideran obsoleta para el estado de la técnica. Mientras que para la parte demandada, el instrumento de medición estaría en buenas condiciones y no tendría incidencia en la fecha de calibración o si era obsoleto.

Además, que para los particulares se exigía la calibración, mientras que para la entidad pública aquello no era exigencia. Debe haber símil obligación a los particulares (1 año para la calibración de los particulares) mientras para la demandada el año no está regulado pero sí tenía un respaldo en la calibración por una entidad debidamente reconocida para este tema.

- Respecto del instrumento de medición que utiliza la empresa demandante, aquella considera que en el evento de haber ocurrido la descalibración pudo ser consecuencia del sismo que ocurrió días antes de la visita realizada por la SIC, pudiéndose generar por el movimiento terrestre o por los altos y bajos de la

¹³ Folio 254 ibidem

¹⁴ Folio 261 ibidem

¹⁵ Folio 153 C. Ppal. 1.

¹⁶ Folio 148 ibidem

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2015-00144-00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

electricidad y que por ser el primer día hábil siguiente al sismo, no tenía idea de una posible descalibración. Mientras que de manera tajante para la entidad demandada, si ocurrió dicha situación, no podría haberse ofrecido el servicio que presta la empresa demandante.

- Sobre si se realizó la prueba *in situ*, y las consecuencias, de aceptarse que se hubiera realizado, de oponerse o no a los resultados del momento. Mientras que para la parte demandante, quien recibió la visita no era experto en el tema por lo que el silencio no podría tener consecuencias, la entidad demandada si da importancia al silencio.

Respecto del proceso administrativo:

- Si existió prueba idónea para determinar el incumplimiento o no de la norma, y si aquella fue legal. Además si hubo violación al debido proceso, derecho de defensa y legalidad, si se configuró un caso fortuito que pudiese tener consecuencias. Si hubo inexistencia de la antijuridicidad de la conducta o una falsa apreciación de las pruebas. Por último, si los actos administrativos se expidieron debido a ello, con falsa motivación o desviación de poder.

En ese orden, la *litis* debe consistir en determinar si los actos administrativos demandados se encuentran o no viciados de nulidad y si la entidad accionante debe o no responder por la sanción impuesta.

2.4.- Marco jurídico

De conformidad con el artículo 3º de la Ley 155 de 1959, le corresponde al Gobierno intervenir en la fijación de normas sobre pesas y medidas, calidad, empaque y clasificación de los productos, materias primas y artículos o mercancías con miras a defender el interés de los consumidores y de los productores de materias primas.

A través del Decreto 2269 de 1993, "*por el cual se organiza el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología*", en cuanto a la metrología, específicamente, se señaló:

Artículo 29. Los instrumentos para medir y los patrones que sean utilizados en las actividades enumeradas en este artículo, ya sea que se fabriquen en el territorio nacional o se importen, requerirán, previamente a su comercialización, aprobación del modelo o prototipo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, y están sujetos a control metrológico por parte de la misma entidad, sin perjuicio de las atribuciones de otras dependencias. Igualmente, se podrá requerir a los fabricantes, importadores, comercializadores o usuarios de instrumentos de medición la verificación o calibración de éstos, cuando se detecten fallas metrológicas ya sea antes de ser vendidos o durante su utilización. Deberán cumplir con lo establecido en este artículo, según el reglamento técnico que se expida para tal efecto, los instrumentos para medir y los patrones que sirvan de base o se utilicen para:

- a) Una transacción comercial o para determinar el precio de un servicio;*
- b) La remuneración o estimación, en cualquier forma, de labores personales;*
- c) Actividades que puedan afectar la vida, la salud o la integridad corporal o el medio ambiente;*

- d) Actos de naturaleza pericial, judicial o administrativa;
- e) La verificación o calibración de otros instrumentos de medición;
- f) Determinar cuantitativamente los componentes de una mercancía cuyo precio o calidad dependa de esos componentes.

Parágrafo. Para efectos de lo anterior, se publicará, con una antelación como mínimo de sesenta días, la lista de los instrumentos de medición y los patrones cuyas verificaciones o calibraciones, inicial, periódica o extraordinaria serán obligatorias, sin perjuicio de que ésta sea ampliada o modificada.

Artículo 30. Los medios de medición que, no siendo instrumentos para medir, se destinen reiteradamente a contener o transportar materias objeto de transacciones cuyo contenido se determine midiendo simultáneamente el recipiente y la materia; deberán tener su tara con caracteres legibles, visibles e indelebles, la que podrá verificarse en la forma y lugares que fije la autoridad competente.

Artículo 31. Toda transacción comercial, industrial o de servicios que se efectúe con base, en cantidad, deberá realizarse utilizando los instrumentos de medir adecuados, excepto en los casos en que ello no resulte procedente, atendiendo la naturaleza o propiedades del bien objeto de la transacción.

Artículo 32. Los instrumentos utilizados en las actividades de control metrológico deben calibrarse por la Superintendencia de Industria y Comercio o por la entidad acreditada para tal fin. En tal sentido, los laboratorios que se dediquen a la realización de pruebas, ensayos y mediciones científicas, investigativas, médicas, industriales o de cualquiera otra índole y los talleres de reparación de los instrumentos y aparatos de medición, deberán tener sus instrumentos y equipos de medición metrológicos debidamente calibrados.

***Artículo 33.* Las autoridades, empresas o personas que prestan los servicios públicos domiciliarios de acueducto, energía eléctrica y gas natural deberán contar con laboratorios de metrología acreditados por la Superintendencia de Industria y Comercio.**

La Superintendencia de Industria y Comercio, podrá eximir a los suministradores de los servicios mencionados de contar con laboratorios de metrología acreditados cuando sean varias las empresas que proporcionen el mismo servicio o sufragen el costo de dicho laboratorio o cuando un número superior al 10% de los usuarios del servicio no posean medidor.

Artículo 34. Los instrumentos para medir que se empleen en los servicios de suministro o abastecimiento de agua, gas, energía eléctrica, combustibles derivados del petróleo y telefonía, quedan sujetos a las siguientes reglas:

- a) Las autoridades, empresas o personas que proporcionen directamente el servicio, estarán obligadas a contar con el número suficiente de instrumentos patrón, personal calificado, así como con el equipo de laboratorio necesario para comprobar por su cuenta, el grado de precisión de los instrumentos en uso;
- b) Los suministradores podrán mover libremente todas las piezas de los instrumentos para medir que empleen para repararlos o ajustarlos, siempre que cuenten con patrones de medida y equipo de laboratorio. En tales casos, deberán colocar en dichos instrumentos los sellos necesarios para impedir que personas ajenas a ellas puedan modificar sus condiciones de ajuste;
- c) Las autoridades, empresas o personas que proporcionen los servicios, asumirán la responsabilidad de las condiciones de ajuste de los instrumentos que empleen,

siempre que el instrumento respectivo tenga los sellos impuestos por el propio suministrador.

Artículo 35. El contenido neto de todo producto empacado o envasado debe corresponder al contenido enunciado en su rotulado o empaque. Las tolerancias para masa y volumen netos de los productos preempacados, deberán cumplir con los requisitos establecidos en los reglamentos técnicos o las normas técnicas colombianas obligatorias correspondientes. La selección de muestras para la verificación del contenido neto se efectuará siguiendo los procedimientos estadísticos establecidos en los reglamentos técnicos o las normas técnicas obligatorias correspondientes.” (Resaltado por la Sala)

A su vez, la norma en mención, indicó que correspondía a la Superintendencia de Industria y Comercio, la supervisión del cumplimiento de lo estipulado en aquella, siendo procedente la imposición de sanciones a que hubiera lugar, así:

“Artículo 36. Corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio realizar visitas de supervisión para comprobar el cumplimiento de este Decreto y sus reglamentos técnicos, e imponer las sanciones que se señalan por su violación.

La supervisión, control y vigilancia se ejercerá sobre los organismos de certificación e inspección, los laboratorios de pruebas y ensayos y los laboratorios de metrología acreditados y sobre las autoridades, empresas o personas que prestan los servicios públicos domiciliarios de acueducto, energía eléctrica y gas natural. Así mismo, sobre los productores o importadores de bienes y servicios, sometidos al cumplimiento de reglamentos técnicos o normas técnicas obligatorias.

(...)

Artículo 38. La Superintendencia de Industria y Comercio, previa investigación realizada, impondrá las sanciones establecidas en el artículo 4o., numeral 15 del Decreto 2153 de 1992, a las autoridades, empresas o personas que presten los servicios públicos domiciliarios de acueducto, energía eléctrica y gas natural que incumplan lo señalado por los artículos 32 y 33 del presente Decreto.

Artículo 39. Modificado por el art. 4, Decreto Nacional 3144 de 2008, Modificado por el Decreto Nacional 3735 de 2009. En desarrollo de las facultades de supervisión, control y vigilancia, asignadas por la ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, ésta podrá, previa investigación realizada, sancionar con multa hasta de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Tesoro Nacional a los productores, importadores y/o comercializadores de bienes o servicios sometidos al cumplimiento de reglamentos técnicos o normas técnicas colombianas obligatorias y/o prohibir la comercialización de los bienes y servicios, por violación a lo señalado en el presente Decreto y en los respectivos reglamentos técnicos. Los gastos correspondientes a ensayos de laboratorio estarán a cargo de la entidad sometida a supervisión.

Artículo 39 Bis. Adicionado por el art. 5, Decreto Nacional 3144 de 2008. Cuando un determinado producto y/o servicio se encuentre sujeto al cumplimiento de un reglamento técnico, la autoridad a la que le corresponda su vigilancia, podrá ordenar en forma inmediata y de manera preventiva, mientras se surte la respectiva investigación, que se suspenda su comercialización por un término de sesenta (60) días, prorrogable hasta por un término igual, cuando se tengan indicios graves de que el producto y/o servicio pone en riesgo el objetivo legítimo que se pretende proteger mediante el respectivo reglamento técnico. Para los efectos de lo previsto en el presente artículo, se entenderá que los objetivos legítimos, son los previstos por el Anexo IA del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre

Obstáculos Técnicos al Comercio, Capítulo 7, Artículo 7.6, aprobado mediante la Ley 170 de 1994.

(...)

Artículo 41. Los instrumentos para medir cuando no reúnan los requisitos reglamentarios serán inmovilizados y condenados con un sello, previa orden impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el respectivo Alcalde, y no podrán ser utilizados hasta tanto se ajusten a los requisitos establecidos. Los que no puedan acondicionarse para cumplir los requisitos de este Decreto o de los reglamentos técnicos pertinentes serán inutilizados.

Artículo 42. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, el uso de pesas y medidas e instrumentos de pesar y medir alterados, incompletos o disminuidos o que de alguna forma tiendan a engañar al público será sancionado administrativamente por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el respectivo Alcalde con multa hasta de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Tesoro Nacional o Municipal, según el caso."

Conforme lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, expidió la Resolución No. 16379 de 2003, "[p]or la cual se reglamenta el control metrológico del contenido de producto en preempacados", en la cual se estableció el reglamento técnico, fijando las tolerancias para los contenidos netos en los productos preempacados y las reglas, procedimientos y métodos para el ejercicio del control metrológico.

2.5.- Caso concreto

Se pretende la declaratoria de nulidad de las resoluciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, que impusieron una sanción de \$359'700.000¹⁷, equivalente a 600 salarios mensuales vigentes, por cuanto el producto ofrecido por Gases del Cauca, no cumplía con la deficiencia tolerable para el contenido real preempacado; esto es, que el contenido envasado no correspondía al enunciado en el cilindro.

2.5.1 - En cuanto al instrumento de medición.

Dentro del proceso, se tiene acreditado que el **11 de febrero de 2013**, se realizó por parte de la SIC, una visita de inspección con el fin de verificar las exigencias contenidas en la Resolución No. 16379 de 2003, por la cual se reglamenta el control metrológico del contenido de producto preempacados.¹⁸

Según se aduce por la parte demandante, el instrumento utilizado por la Superintendencia no brindaba la confiabilidad requerida para realizar las mediciones del caso y así poder determinar que el contenido empacado no correspondía a lo enunciado, dado que éste era obsoleto y se encontraba descalibrado.

Se encuentra entonces, que el instrumento utilizado por la Superintendencia fue identificado así: MARCA OHAUS; RANGO DE MEDICIÓN 0.4-150 Kg; MODELO CHAMP II; SERIE 7362; DIVISION ESCALA 0.02 Kg, e 0.02 Kg; CLASE DE

¹⁷ Según se lee del acto demandado.

¹⁸ Folio 3 C. Exp. Admtivo

PRESICION II; CERTIFICADO DE CALIBRACIÓN SIC 20526; FECHA DE CALIBRACIÓN 2023-02-27¹⁹

Para la Sala, no se encuentra probado que para el momento de la verificación, el instrumento de medición utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio estuviese descalibrado, pues si bien, la parte demandante allega correo electrónico suscrito por el señor Allan Palma, de *Ohaus Corporation*²⁰ en la cual se aduce que en efecto dicho instrumento se encuentra descontinuado hace 6 años, también manifiesta la imposibilidad recomendar un periodo de calibración específico, pues ello depende de la frecuencia con la que se utilice y la capacidad que esté ocupando.²¹

Ahora bien, aunque la recomendación de la calibración es anual, salta la ausencia de prueba técnica que en efecto indique que el instrumento de medición al momento de realizar la visita se encontraba descalibrado, pues si bien, existe discordancia entre la fecha de calibración plasmada en el acta de informe de visita, según documento obrante en el plenario se refiere que las balanzas electrónicas, por lo general, disponen de una calibración hecha en fábrica, y que el calibraje dependerá de las condiciones externas generadas al momento de los hechos, tales como corrientes de aire, luz solar, polvo, entre otras²².

A su vez, todas las pruebas hacen referencia a una recomendación de fecha de calibración sin que esto sea obligatorio, insistiendo que ello dependerá de la frecuencia del uso y el flujo de trabajo.

En ese orden de ideas, tal como se manifestó en líneas anteriores, para esta Corporación no se encuentra acreditado que en efecto el instrumento de medición utilizado por la SIC no hubiese realizado el cálculo correcto. Tampoco encuentra la Sala relación alguna entre la discontinuación de la maquina con que ésta se encontrara obsoleta, pues ninguna de las pruebas allegadas al plenario así lo indican.

Máxime lo anterior, cuando la Norma Técnica NTC 2031²³, señala que “[e]l equipo de medición debe tener un estado de calibración válido antes de ser confirmado”²⁴, como en efecto ocurrió en el presente caso, pues la máquina en cuestión tenía un certificado de calibración válido.

Ahora bien, en cuanto al argumento expresado en tanto no era exigencia para la Superintendencia de Industria y Comercio la calibración anual mientras para Gases del Cauca aquello si era exigencia, es pertinentes señalar que lo que aquí se discute y por lo que se sancionó, no es la violación de la norma en cuanto a la calibración

¹⁹ Folio 7 C. Exp. Admtivo

²⁰ “OHAUS has grown from a small scale repair business to an undisputed global leader in the weighing industry that manufactures reliable, full-featured yet easy-to-use balances and scales at an exceptional value.” Traducción: OHAUS ha pasado de ser una empresa de reparación a pequeña escala a convertirse en un líder mundial indiscutido en la industria del pesaje, que fabrica básculas y básculas fiables, completas y fáciles de usar a un precio excepcional. Consultado página web <https://us.ohaus.com/en-US/About-Us> el 14 de febrero de 2018.

²¹ Folio 88 C. Ppal.

²² Folio 114 C. Ppal.

²³ Sistema de Gestión de la Medición. Requisitos para los procesos de medición y los equipos de medición. Editado por el Instituto de Normas Técnicas y Verificación -Icontec-

²⁴ Página web <http://idrd.gov.co/sitio/idrd/sites/default/files/imagenes/ntc-iso10012%20medicion%20y%20equipos0.pdf> consultada el 15 de febrero de 2018.

de los instrumentos de medición, sino respecto de la anomalía presentada en los contenidos de los cilindros de gas.

Así las cosas, la parte demandante incumplió con la carga probatoria que le correspondía al no acreditar el supuesto de hecho que alegaba, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso.

2.5.2.- Sobre las consecuencias del sismo.

Por otra parte, el extremo activo de la *litis* refiere que la falla en la calibración de los instrumentos de pesaje de Gases del Cauca, ocurrió por el sismo presentado el 09 de febrero de 2013, razón por la cual, se presenta un eximente de responsabilidad por tratarse de un caso de fuerza mayor. Por parte de la entidad demanda se alega que, siendo conocedores de dicha situación, debió suspenderse las operaciones.

Sea lo primero advertir que respecto de los casos de fuerza mayor o caso fortuito, el Consejo de Estado ha diferenciado estas dos instituciones traídas del Derecho romano, y ha explicado su significado así:

Inicialmente hay que observar que a diferencia de la asimilación que históricamente hace la Corte Suprema de Justicia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, la jurisprudencia del Consejo de Estado distingue estos dos conceptos, en principio definiendo el caso fortuito como el suceso interno que se da dentro del campo de actividad de quien produce el daño, mientras que la fuerza mayor se identifica como un acaecimiento externo a la actividad de quien produce el daño; y señalando, en términos generales, que la irresistibilidad es el criterio fundamental determinante de la fuerza mayor; mientras que la imprevisibilidad, lo es del caso fortuito.

(...)

Por su parte, la posición dualista del Consejo de Estado respecto al caso fortuito y la fuerza mayor, expresada en muchas de sus providencias, se recoge y resume por la Sección Tercera de la Corporación en sentencia del 2 de mayo de 2.002, expediente 13477, consejera ponente María Elena Giraldo G.

Dijo esta Corporación:

“En la legislación colombiana la ley 95 de 1890 define el caso fortuito junto con la fuerza mayor como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (art. 1°).

Esa disposición se redactó, como lo dice la doctrina, bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, esto es, la tendencia que acepta la identidad entre el caso fortuito y la fuerza mayor, utilizada por nuestra jurisprudencia civil - mayoritaria - al considerar que no son conceptos separados “sino elementos de una noción. El casus fortuitus indica la imprevisibilidad del acontecimiento, y la vis major, su irresistibilidad” (25)

En esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a diferencia de lo anterior, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras no ha sido monista sino dual, esto es bajo la consideración dividida e independiente de cada una

²⁵ VALENCIA ZEA. Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo III. 8ª Ed. Temis. Bogotá. 1990. Pág. 252.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2015-00144-00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

de esas figuras jurídicas hasta el punto de considerar que de éstas sólo estructura causa extraña la fuerza mayor.

(...)

Por su parte la jurisprudencia del Consejo de Estado y los conceptos de su Sala de Consulta y Servicio Civil han predicado la tesis dualista respecto al caso fortuito y a la fuerza mayor, en los siguientes términos:

- *Sentencia de 29 de enero de 1993. Exp. 7635. Actor: Ana Delia Bohórquez Martínez.*

“Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad; y la que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida”

- *Sentencia de 2 de febrero de 1995. Exp. 10.376. Actor. Arcesio Llantén y otros.*

“Tampoco es atendible la fuerza mayor alegada por la demandada como eximente de responsabilidad, la cual fundamenta en el hecho de que daño se produjo por la falla mecánica del sistema de frenos. Ese hecho no constituye fuerza mayor sino caso fortuito por cuanto no proviene de una causa externa, sino que es imputable a la estructura misma de la actividad peligrosa que constituye la conducción de automotores; el caso fortuito como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, no exime de responsabilidad”.

- *Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 10 de mayo de 1996. Exp. 813.*

“La Corte Suprema de Justicia acoge el criterio de la identidad de concepto entre el caso fortuito y la fuerza mayor, tal como se desprende del texto del derogado art. 64 del Código Civil, y de la forma como quedó concebido el art. 1° de la ley 95 de 1890, que sustituyó a aquél. Por su parte, esta Corporación en sentencia de marzo 26 de 1984 luego de memorar la jurisprudencia civil en esta materia, se aparta del criterio de la identidad de los fenómenos y acoge la distinción entre los mismos, que encuentra fundamentada en que la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad. Esta Sala reitera el anterior criterio expuesto por la Corporación y se aparta de la posición citada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que atribuye como causal del caso fortuito la concerniente a acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza...debe hacerse es un análisis y ponderación de todas las circunstancias del respectivo hecho para determinar si encaja dentro de las que figuran la fuerza mayor o el caso fortuito”.

- *Sentencia de 29 de octubre de 1999. Exp. 9626. Actor: Banco de Los Trabajadores S.A.*

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2015-00144-00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

“Los elementos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad han sido precisados por la doctrina y la jurisprudencia, como las circunstancias de haber sido imprevisto el hecho y la irresistibilidad. El primero consiste en que el hecho invocado como fuerza mayor o caso fortuito, corresponde a un suceso que escapa a las previsiones normales, esto es que no haya sido tenido en cuenta por el afectado, siempre y cuando no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, precedente o concomitante con el hecho. La irresistibilidad radica en que ante las medidas adoptadas, le fue imposible al deudor evitar que el hecho se presentara, por escapar por entero a su control. Por ello, la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de las circunstancias, de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsible”.

(...)

Finalmente sobre los alcances de la imprevisibilidad e irresistibilidad como elementos constitutivos de la fuerza mayor, la sentencia en mención recoge una importante doctrina que se complementa con la posición sentada por esta misma Corporación en providencia del año 2000. Al respecto dice:

“La noción de irresistibilidad o imposibilidad se detiene ante la comprobación del hecho, sin averiguar la causa del mismo. Por el contrario, la noción de imprevisibilidad requiere esa causa. Así, los dos caracteres son muy distintos. Puede haber irresistibilidad sin imprevisibilidad: tal es el caso de un comerciante que, de resultas de una prohibición de exportar, se encuentra en la imposibilidad de expedir las mercaderías vendidas, cuando conocía la inminencia de la prohibición: no existe fuerza mayor por ser el acontecimiento, aunque irresistible, previsible. A la inversa, puede haber imprevisibilidad sin irresistibilidad: una cantidad de acontecimientos que no cabía prever constituyen simples dificultades para el cumplimiento, pero no una verdadera imposibilidad.

...Decir que un acontecimiento era imprevisible significa que no había ninguna razón especial para pensar que se produciría ese acontecimiento. Una simple posibilidad vaga de realización no podría bastar para excluir la imprevisibilidad ⁽²⁶⁾ (...)”²⁷

Visto lo anterior, se tienen dentro de las pruebas allegadas, correo electrónico enviado por quien la parte demandante identifica como Jefe de Laboratorio de Metrología de Básculas Prometálicos, Duvier M. Londoño, donde expresa

“2- El sismo como tal no afectaría los equipos, lo que si puede afectar es un apagón o daño eléctrico consecuencia de un evento de este tipo. Una descarga eléctrica podría borrar las memorias y la programación de los equipos de control y lógicamente alterar las lecturas del pesaje.

Si en el evento descrito se presento (sic) un apagón repentino, este pudo haber afectado los sistemas de pesaje instalados”²⁸

²⁶ MAZEAUD. Henry y Leon. TUNC. André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo 2-II. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1963. Págs. 177 y 178.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2006. Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792)

²⁸ Folio 111 C. Ppal.

Igualmente reposa “*informe de diagnostico (sic) de daños y reparaciones terminales Troya en la planta Gases del Cauca*” de 14 de febrero de 2013, en el cual se señala que “[a]l revisar las terminales par (sic) ver que estaba causando el conflicto de señal, se encontró que en la bascula (sic) No 3 el chip de comunicación y el microprocesador se recalentaban y se debe cambiar. Algunas celdas de carga se desajustaron debido a un posible altibajo de tensión, producido probablemente por un corte brusco de energía y llegada de la misma en la misma forma durante un movimiento telúrico que según información sucedió en la zona. Se deben ajustar y recalibrar las basculas (sic) y en el software configurar los parámetros de llenado para certificar un peso exacto ya que después de este desastre natural quedaron secuelas en el sistema Troya (sistematizado y digital) se debe corregir lo más pronto posible”.²⁹

Si bien en principio podría concluirse que en efecto se presentó un evento de fuerza mayor en tanto el sismo era irresistible para la parte demandante con lo cual se generó una descalibración de las básculas, de acuerdo con manifestaciones hechas por el señor Mario Quilindo, quien para la fecha de la diligencia de pruebas, se desempeñaba como envasador en la empresa demandante, señala que existe un procedimiento interno para el pesaje de los cilindros de gas, así:

“(…) **PREGUNTADO:** El sistema de pesaje, se hace en qué tipo de aparato o instrumento **RESPONDIDO:** Esas son básculas electrónicas, se hace verificación de las básculas que estén funcionando bien y luego se hace el proceso de envasado. **PREGUNTADO:** Y cómo se sabe que esas básculas están funcionando bien. **RESPONDIDO:** **Hay unas masas de verificación de que las básculas deben estar funcionando bien** **PREGUNTADO:** Por favor explíquenos qué son esas masas de verificación. **RESPONDIDO:** **Son unas pesas que están registradas por la Superintendencia.** **PREGUNTADO:** Y las utilizan esas masas de verificación todos los días, por la mañana y por la tarde, cada cuánto utilizan esas masas de verificación. **RESPONDIDO:** Por las mañanas cuando se empieza. **PREGUNTADO:** **Cuánto pesas esas masas de verificación.** **RESPONDIDO:** **O sea, son 4, de 20 kilos cada uno.** **PREGUNTADO:** Quien es el encargado de verificar que haya correspondencia entre esas masas y lo que esté indicando la báscula. **RESPONDIDO:** El envasador, el encargado de verificar eso, antes de empezar a envasar. (…)”

Entonces, para la Sala, las masas de verificación que señala el testigo, correspondería lo que en física se denomina como un peso patrón, que es una representación física de una unidad de medición³⁰, con lo cual, se entendería que antes del envasado de los cilindros, diariamente debía realizarse la respectiva medición con el peso patrón para así poder verificar que las básculas utilizadas se encontraban calibradas; por lo tanto, no resultaba imprevisibles las consecuencias que se pudiesen generar del sismo.

Aunado a ello, el señor Quilindo, manifestó:

“(…) **PREGUNTADO:** Cuando usted dice que todos los días se utilizan las básculas de verificación, deja usted algún registro o planilla donde se exprese que ese día ha realizado la verificación **RESPONDIDO:** Si señor, hay constancia de eso. **PREGUNTADO:** ¿Diariamente? **RESPONDIDO:** Diariamente. **PREGUNTADO:** Quien conserva el libro o la constancia o a través de qué medio se guarda esa

²⁹ Folio 117 C. Ppal. 1

³⁰ <https://www.mindomo.com/es/mindmap/patrones-de-medida-a3851cf682084aa1b0dafa5b741b01d4>

información. *RESPONDIDO: Eso se le pasa al administrador y él los guarda. PREGUNTADO: Pero es una hoja aparte, o una hoja especial. RESPONDIDO: Es una hoja que uno llena a diario y él las guarda en archivo. PREGUNTADO: O sea, cada día llena una hoja. RESPONDIDO: Si señor. PREGUNTADO: Quién la guarda en el archivo. RESPONDIDO: El administrador (...)*

A su vez, el señor Jesús Eufrazio Córdoba Hualpa, quien manifestó:

(...) RESPONDIDO: Antes de hacer todo es proceso, certifico que las básculas estén calibradas que tiene unos patrones, antes de comenzar el día colocamos los patrones y verificamos que estén calibradas, cuando no, pues se llama a "Detecto" que ellos son los que calibran las básculas y dan un certificado cada año de que están calibradas. PREGUNTADO: Cómo es lo de los patrones. RESPONDIDO: Son unas pesas, de 20 kilos, cosa que los de la superintendencia nunca hicieron, o sea, nos pareció extraño porque llegaron a pesar, y nunca dijeron "vea este es el certificado de calibración de nuestra báscula", porque es algo muy portátil, no un peso exacto. PREGUNTADO: Pero explíquenos lo de los patrones, cómo era lo de los patrones. RESPONDIDO: Ok, entonces se ponen patrones de 20 kilos, son 6 patrones, se ponen 20, entonces la báscula tiene que verificar 20 kilos, si le ponemos 60 entonces va a verificar 60, partiendo de eso ya podemos trabajar y que está bien calibrada, esa es la garantía que le damos al usuario final que le damos lo que realmente tiene que pesar el cilindro. PREGUNTADO: Y esos patrones los colocan cada cuánto. RESPONDIDO: Todos los días. PREGUNTADO: A qué horas. RESPONDIDO: Antes de comenzar labores, Terminamos a las 12 el primer turno, entonces se pone en la mañana y en la tarde, en la mañana todos los días se verifica, tenemos unos formatos donde se indica que se verificó el peso exacto de la báscula (...) PREGUNTADO: Se colocan por la mañana, y por la tarde también RESPONDIDO: Si señor, por la mañana se registra y por la tarde si es aleatorio. (...)

Conforme lo anterior, para la Sala resulta extraña la omisión de allegar los documentos referenciados por los testigos, de la cual se pudiese entrever que, en efecto, las consecuencias del sismo eran desconocidas, y por tanto, irresistibles para la parte en tanto en la verificación se arrojaban resultados acordes a las masas de verificación o pesos patrón y que, además, permitiera generar duda acerca de la idoneidad del instrumento de medición de la Superintendencia, máxime, como se evidenció, efectivamente las básculas de la empresa demandante se encontraban descalibradas.

Aunado a ello, las consecuencias del sismo tampoco eran imprevisibles para la parte demandante, pues si bien no se podría saber la fecha de un movimiento telúrico; según los dichos de los demandantes, aquellos son contestes al afirmar que conocían de las posibles consecuencias de un hecho natural como el que se presentó. En ese orden de ideas, no encuentra esta Colegiatura configurada la causal eximente de responsabilidad ni la inexistencia de la antijuricidad de la conducta.

2.5.3.- Respecto de la prueba *in situ*

La parte demandante alega que la Superintendencia, al momento de realizar la visita, no realizó prueba alguna tendiente a verificar la efectividad de la medición del aparato utilizado por dicha entidad. Para la demandada, los instrumentos se examinan nuevamente en el lugar donde se realiza la diligencia de verificación mediante pruebas de excentricidad de carga y prueba de invariabilidad.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2015-00144-00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Como se ha venido exponiendo a lo largo de este proveído, aunque se aceptare la presunta omisión de la Superintendencia, aquello no influenciaría en los resultados finales de la visita, pues como se ha manifestado, está acreditado que las básculas utilizadas por Gases del Cauca, al momento de los hechos, se encontraban descalibradas y no existe prueba tendiente a desacreditar los resultados de la visita realizada.

2.5.4. Del proceso administrativo.

- Falsa motivación y desviación de poder.

Alega la parte actora que los actos administrativos fueron expedidos con falsa motivación y desviación de poder, dado que no era posible imponer la multa al existir una duda razonable de la exactitud, certeza y precisión del instrumento utilizado por la Superintendencia.

Sea lo primero señalar que, la desviación de poder, constituye un vicio de los actos administrativos, definido como *"la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario."*³¹

En ese orden, la desviación de poder debe probarse a satisfacción, de modo que se acrediten de forma fehaciente cuáles fueron los móviles subjetivos contrarios a la ley que persiguió el autor del acto acusado.

Por su parte, la falsa motivación ha sido definida por el Consejo de Estado, de la siguiente manera:

*"Es una de las causales previstas en el ordenamiento jurídico para invocar la nulidad de un acto administrativo, y está orientada a atacar la causa o motivo que dio lugar a su expedición, es decir, las razones de hecho o de derecho que determinaron la adopción de la decisión. De modo que allí donde se constata una discordancia entre las razones expresadas y la realidad de las cosas, bien porque ésta se falsea, se distorsiona o se ignora, se configura el vicio de falsa motivación. Lo mismo sucede cuando el ente administrativo realiza una equivocada lectura o interpretación jurídica de esa realidad o invoca un fundamento jurídico discordante, irreal o que no existe. De aquí que la Sección Primera haya considerado que "[l]a falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación"*³²,³³

Conforme lo anterior, aterrizando al caso en concreto:

1. Se tiene que el acto administrativo que impuso una sanción, en efecto tiene su génesis en el acta de inspección realizada a la empresa Gases del Cauca S.A., que conforme lo expresado en líneas anteriores, no se encuentra acreditado que el

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 07 de marzo de 2013, Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12)

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de febrero de 2000, Rad. No. 5501. C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola.

³³ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de octubre de 2017. Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00408-01. Actor: Alcanos de Colombia S.A. E.S.P.

instrumento utilizado para la medición de las muestras hechas, hubiese estado descalibrada o arrojado datos inexactos.

2. Aunado a lo anterior, se encuentra contradicción en los argumentos expuestos por la parte demandante dado que está demostrado que las básculas de la empresa demandante en efecto se encontraban descalibradas para la fecha de la inspección, según informe de diagnóstico del 14 de febrero de 2013, aportado por la misma parte demandante y suscrita por un tercero: "JOSE MALAGON, ELECTROMECHANICO, REGISTRÓ (sic) 000438", "Instalador Troya y másico"³⁴.

En ese orden de ideas, la Sala no vislumbra la falsa motivación alegada dado que está demostrado que las básculas se encontraban descalibradas, como se dijo en líneas anteriores; razón por la cual, resulta lógico concluir que el contenido empacado en los cilindros de gas no correspondía al enunciado en el empaque, como en efecto se plasmó en el acto enjuiciado.

A su vez, la parte actora no acreditó algún móvil subjetivo contrario a la ley que sirviera de fundamento para la expedición del acto. Tampoco se vislumbra por la Sala que existiese una falsa apreciación de los hechos o equivocada lectura o interpretación jurídica; pues como ciertamente se señala en la Resolución No. 44779 de 2013, la sanción impuesta no obedece a la fecha de calibración de los instrumentos utilizados por parte de la entidad, sino a que las muestras tomadas arrojaron que los cilindros no contenían la medida que se enunciaba en la etiqueta, de acuerdo con las normas que regulan la materia señaladas en acápites anteriores de esta providencia.

- Violación al derecho al debido proceso, defensa y legalidad.

Es necesario entonces precisar que el debido proceso es un derecho fundamental, el cual ha sido definido por la jurisprudencia constitucional *"como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo. Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos."*³⁵

Desde esta perspectiva, el derecho al debido proceso ha sido entendido desde una perspectiva procedimental, queriendo decir con ello que las autoridades administrativas deben actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción.³⁶

Así pues, dentro del derecho al debido proceso y defensa, se han desarrollado una serie de garantías que permiten la efectividad de ese derecho, a saber: (i) *ser oído durante toda la actuación*, (ii) *a la notificación oportuna y de conformidad con la ley*, (iii) *a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas*, (iv) *a que se permita*

³⁴ Folio 117 C. Ppal. 1

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010. Citada en la sentencia C-034 de 2014

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-653 de 2006

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2015-00144-00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”³⁷

En relación con ese cuestionamiento, la Sala tampoco encuentra que se hubiere configurado, pues a la parte actora se le respetó el derecho al debido proceso, dado que fue informada de la actuación desde su inicio³⁸ hasta su finalización³⁹, e igualmente tuvo la oportunidad de impugnar la decisión que impuso la sanción.

Ahora bien, en cuanto a la negativa a practicar las pruebas que solicitó, no implica *per se* una violación al debido proceso y derecho de defensa, toda vez que tal prueba ciertamente era inconducente, puesto que el motivo de la actuación administrativa y lo decidido en ella era precisamente la situación encontrada en el sitio y en el momento, y no en situaciones futuras o posibles.

En efecto, dentro de la actuación administrativa la empresa actora solicitó que se efectuara *“una nueva práctica de visita de informe técnico de resultados de verificación de contenido de producto en preempacados a efectuarse sobre la empresa GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P, esta vez, utilizando ahora sí, un instrumento de pesaje que cumpla estrictamente las condiciones técnicas de calibración y certificación exigidas a los particulares y recomendadas por los propios fabricantes y expertos en la materia”*⁴⁰, lo cual en nada podía tener efecto sobre la situación ya verificada en la aludida visita.

En esas circunstancias las pruebas admisibles eran las que tuvieran relación directa con la situación encontrada, y no podía ser de otra manera, puesto que lo que cabe sancionar son conductas o hechos causados o consumados y no eventuales o futuros en condiciones diferentes.

La prueba que solicitó la parte demandante estaban dirigidas a producciones futuras, con las cuales ninguna relación podía tener la investigación sobre las irregularidades que en el contenido se hallaron en la visita practicada el 11 de febrero de 2013, en las instalaciones de la actora situadas en la ciudad, de allí que resultaban claramente inconducente e impertinente; máxime cuando días después se realizó la calibración de los instrumentos de medición, como se observa en el informe de daños y reparaciones referenciado anteriormente⁴¹; por lo tanto, los datos que se arrojaran en el futuro no desvirtuarían lo encontrado en la visita.

2.5.4. Conclusión

Conforme lo anteriores argumentos, para esta Corporación no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, en tanto no se demostró que el instrumento utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio hubiese arrojado datos erróneos, así como la exoneración de responsabilidad por la existencia de un caso de fuerza mayor. Tampoco está acreditado la violación del derecho al debido proceso, defensa y legalidad.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-980/10

³⁸ Folio 36 reverso C. Exp. Admtivo.

³⁹ Folio 137 C. Ppal.

⁴⁰ Folio 69 C. Exp. Admtivo.

⁴¹ Folio 117 C. Ppal. 1

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2015-00144-00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GASES DEL CAUCA S.A. E.S.P.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Se demostró que las básculas estaban descalibradas y no existieron motivos innobles para emitir los actos administrativos demandados, además que la descalibración en contrario del usuario, produce efectos negativos sobre este.

En ese orden de ideas, se negarán las pretensiones de la demanda.

2.7.- Costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condenará a pagar la suma del cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones negadas en la presente sentencia, pagó que deberá hacer la parte demandante.

III.- DECISION.

Por las razones expresadas, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, según lo expuesto.

SEGUNDO.- CONDENAR a la parte demandante, a reconocer la suma de cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones negadas por concepto de agencias en derecho. Por Secretaría líquidense las costas.

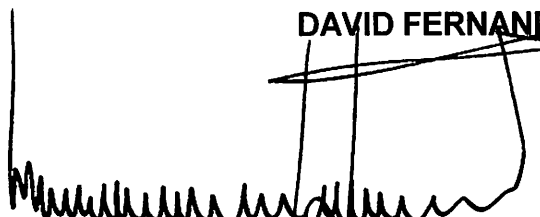
TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente providencia al tenor del artículo 213 del CPACA, y podrá ser apelada dentro de los diez (10) días siguientes de conformidad con el artículo 247 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión y acta de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO


CARLOS H. JARAMILLO DELGADO


PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRANDE