



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 32248 DE 2018

(10 MAYO 2018)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación No. 16 26282

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA EL CONTROL Y VERIFICACIÓN DE
REGLAMENTOS TÉCNICOS Y METROLOGÍA LEGAL (E)**

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 No. 29286 del 25 de mayo de 2017, la Dirección de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, en adelante la Dirección, impuso una sanción pecuniaria por la suma de CIENTO DIEZ MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS (\$ 110 657 550 COP), equivalentes a CIENTO CINCUENTA (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la sociedad **COMERCIALIZADORA S & O S.A.S.**, identificada con el Nit. 900.523.657-8, en calidad de propietaria de la **ESTACIÓN DE SERVICIO ZOGAMA**, por el incumplimiento de lo previsto en el literal g) del artículo 2.2.1.1.2.2.3.68 del Decreto 1073 de 2015 expedido por el Ministerio de Minas y Energía.

SEGUNDO: Que la sociedad **COMERCIALIZADORA S & O S.A.S.**, identificada con el Nit. 900.523.657-8, mediante apoderado debidamente acreditado interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución No. 29286 del 25 de mayo de 2017, bajo los siguientes argumentos:

2.1. Violación del Debido Proceso:

Comienza por señalar que en la resolución No. 82912 del 30 de noviembre de 2016 por medio de la cual se rechazan unas pruebas, se incorporan unas pruebas y se corre traslado para alegatos de conclusión, no le fue garantizado su derecho de defensa, por cuanto a que sin mayor profundidad o motivación le fue rechazada la práctica de las pruebas solicitadas.

Agrega que la petición de la práctica de pruebas tendientes a que se aportaran a la investigación, las constancias de las capacitaciones realizadas en el Municipio de Ciénaga en relación con el cumplimiento de control metrológico dispuesto en el Decreto 1073 de 2015, así como constancias de las entidades acreditadas en el Municipio de Ciénaga para verificar el cumplimiento del Reglamento Técnico, eran pruebas relevantes para ser consideradas dentro del procedimiento administrativo, habida cuenta que como se manifestó en los descargos, en el municipio de Ciénaga no se han adelantado actividades de capacitación, o difusión de información relacionada con el cumplimiento de normas en materia de metrología legal.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Acto seguido, manifiesta que no puede pretenderse que el único fin de las facultades de vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio sea la de imponer sanciones pecuniarias en contra de comerciantes que adelantan su actividad de buena fe.

Asegura que, de haberse aceptado las pruebas solicitadas, se hubiese logrado acreditar que en ningún momento se han adelantado campañas de capacitación y pedagogía en metrología legal, hecho que de haber sido tenido en cuenta habría permitido descartar de plano la mala fe que se endilga a la recurrente en la Resolución No. 29286 del 25 de mayo de 2017.

Así las cosas, habida cuenta que contra la Resolución 82912 del 30 de noviembre de 2016 no procedía recurso alguno, se hizo una denegación que afectó los hechos en los cuales se fundamentaba la defensa de la sociedad recurrente excluyendo la posibilidad de acreditar hechos jurídicamente relevantes en la actuación, incluso al momento de tomar en consideración la buena fe bajo la cual actuaron, antes, durante y con posterioridad al procedimiento administrativo sancionatorio, por tanto al haberse vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, debe procederse a revocar la resolución impugnada.

2.2. No hay constancia expresa de la debida calibración técnica del instrumento de medición SERAPHIN TEST MEASURES:

Al respecto, señala que el instrumento de medición marca SERAPHIN TEST MEASURES, utilizado en la prueba de calibración debe cumplir con las especificaciones técnicas consignadas en el Decreto 1073 de 2015 en el artículo 2.2.1.1.2.2.3.67 y siguientes. Con base en lo anterior, sustenta su inconformidad, poniendo de presente que, ni el día de la diligencia, ni durante la apertura, tramite y cierre del procedimiento administrativo sancionatorio, hubo constancia expresa respecto del óptimo estado de calibración del instrumento.

Agrega que, aun cuando en el acta suscrita se indica que el instrumento cuenta con certificado de calibración expedido el día 4 de diciembre de 2014, lo cierto es que este documento nunca se exhibió y tampoco hay constancia de que el equipo estuviera en óptimas condiciones para ser utilizado como instrumento de medición.

2.3. Violación del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

Citando el artículo 44 del CPACA, resalta respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción que las decisiones discrecionales deberán ser adecuadas y proporcionales.

Indica que la proporcionalidad entre la decisión que se adopta y los hechos que le sirven de fundamento, se constituye en un mecanismo para controlar los excesos de la administración al momento de tomar decisiones en las que la ley otorga un cierto margen de discrecionalidad.

A continuación, trae a colación algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación a la aplicación del principio de proporcionalidad de los actos administrativos, para concluir que dado el amplio margen de discrecionalidad otorgado por la ley, es más que evidente que la sanción que le fue impuesta a la recurrente es a todas luces exorbitante y desconoce no solo garantías de razonabilidad y proporcionalidad, sino que se edifica como un obstáculo de gran magnitud para el desarrollo de la actividad mercantil de la sociedad investigada.

Adicionalmente manifiesta que la carga económica derivada de dicha sanción, desconoce que ya ha sido objeto de otra carga económica que le supuso la imposición de sellos de restricción para el suministro de combustibles, por tanto el monto de la sanción de ser ejecutoriado, será la causa de la culminación de su actividad mercantil, por lo que llama la atención sobre la necesidad de garantizar que la tasación sea fruto de un proceso de razonabilidad y proporcionalidad en donde se tomen en consideración postulados constitucionales como el consagrado en el artículo 333 sobre la función social de la empresa y el estímulo de parte del Estado para el desarrollo empresarial.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Para la actora, las consecuencias de la imposición de la sanción repercuten en el desarrollo del Municipio de Ciénaga y comprometen gravemente la existencia y continuidad de la empresa afectando a sus trabajadores y familias.

A su turno, manifiesta que esta dependencia debe tener en cuenta que la investigada ha tomado las medidas preventivas y correctivas en todos los aspectos objeto de investigación, incluso antes de la apertura de la misma, y que en garantía del debido proceso, no debería conllevar una sanción o siquiera la apertura de la investigación.

Criterios para la graduación de la multa:

- **El daño causado a los consumidores:** es impreciso concluir que existió un daño a los consumidores, en vista de que no hay plena certeza de la validez de las mediciones; adicionalmente, no quedó probado dentro del plenario la fecha a partir de la cual existió la presunta inexactitud en las mediciones y al asumirse que esto ocurre desde la fecha de apertura del establecimiento, supone ir en detrimento del principio de buena fe.
- **La persistencia en la conducta infractora:** no existió persistencia, comoquiera que una vez la Superintendencia advirtió la irregularidad, la recurrente procedió a tomar los correctivos necesarios, de lo cual se informó diligentemente a la Superintendencia, con el fin de demostrar la mejor disposición para cumplir con la normatividad vigente.
- **La reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor:** la investigada no cuenta con antecedentes en la comisión de infracciones en ninguna materia, además asegura que, no existen quejas o denuncias por parte de sus consumidores.
- **La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores:** asegura que en su actuar no hay ningún tipo de mala fe o falta de disposición en atender los requerimientos de la Superintendencia, y puede comprobarse que no es, ni será su intención desconocer el contenido de la normatividad vigente y mucho menos perjudicar a los consumidores.
- **El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros en la comisión de la infracción:** en tanto no hay forma de precisar el beneficio económico, puesto que no hay constancia expresa de la fecha en la cual inició la irregularidad o que esta haya perdurado en el tiempo, por lo que no podría concluirse que hay un beneficio económico de las magnitudes expresadas en la resolución impugnada.
- **El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes:** asegura que las normas pertinentes, siempre fueron atendidas con la máxima diligencia posible y en el expediente no hay constancia que permita inferir lo contrario. Afirma que no se ha sustraído al cumplimiento de ningún tipo de deber y ha atendido dentro de la oportunidad las ordenes de la SIC, al punto de incurrir en cuantiosas pérdidas por la suspensión de la operación con ocasión de la imposición de sellos en sus surtidores (desde el 11 de febrero de 2016, hasta el 21 de abril de 2016).

Más adelante, insiste en que la sanción impuesta resulta exorbitante y pone de presente su incapacidad para asumir el pago de la misma, advirtiendo sobre su situación económica y que pretende probar con el Balance General y el Estado de Resultados aportado, ambos con corte a 31 de mayo de 2017.

Finalmente, solicita que se proceda con la revocatoria del acto administrativo impugnado, o de manera subsidiaria se modifique en el sentido de reducir la sanción económica.

TERCERO: Que mediante Resolución 80078 del 04 de diciembre de 2017, se resolvió el recurso de reposición interpuesto, en el sentido de confirmar el acto administrativo impugnado en su integridad y se concedió el de apelación.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

CUARTO: 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:

Los artículos 2.2.1.7.14.2¹ y 2.2.1.7.14.3² del Decreto 1595 de 2015 modificatorio del Decreto 1074 de 2015 establecen que los instrumentos de medición que sirvan de base o se utilicen para, entre otras actividades, una transacción comercial o para determinar el precio de un servicio, se encuentran sometidos a control metrológico por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien 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.

A su turno, la letra g) del artículo 2.2.1.1.2.2, 3.68 del Decreto 1073 de 2015, prevé lo siguiente:

"El margen de calibración establecido por la norma API, American Petroleum Institute, es de más o menos siete (+ ó - 7) pulgadas cúbicas (líneas) en relación con la línea cero (0) del calibrador de cinco (5) galones de capacidad; lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que cada distribuidor minorista de combustible tiene —en todo tiempo— de mantener en perfecto estado de conservación, funcionamiento y debidamente calibrada en ceros (0), la unidad de medida de los surtidores.

Los funcionarios competentes tendrán en cuenta que, a partir de la vigencia del presente decreto, el régimen sancionatorio se aplicará cuando las diferencias encontradas durante la verificación de la calibración de un surtidor en una estación de servicio sean mayores de más o menos de siete (+ ó - 7) pulgadas cúbicas (líneas) en relación con la línea cero (0) del calibrador de cinco (5) galones de capacidad"

(Negritas y Subrayas fuera de texto).

Con base en el anterior marco normativo, la Dirección impuso una sanción pecuniaria a la sociedad **COMERCIALIZADORA S & O S.A.S.**, identificada con el Nit. 900.523.657-8, en calidad de propietaria de la **ESTACIÓN DE SERVICIO ZOGAMA**, por la violación de lo previsto en el literal g) del artículo 2.2.1.1.2.2, 3.68 del Decreto 1073 de 2015, al encontrar que para el día 11 de febrero de 2016 fecha de la visita de control y verificación, ninguna de las cuatro (4) mangueras, de los dos (2) surtidores verificados estaban dentro del margen de tolerancia establecido en la norma, como se observa a continuación:

TABLA 1

ISLA No.:	1	1	2	2
SURTIDOR No.:	1	1	2	2
SERIE No.:	Observación 2.	Observación 2.	Observación 2.	Observación 2.
MANGUERA No.:	1	3	1	3
TIPO DE COMBUSTIBLE:	CORRIENTE	CORRIENTE	CORRIENTE	CORRIENTE
SUMINISTRO COMBUSTIBLE:	RAPIDO LENTO	RAPIDO LENTO	RAPIDO LENTO	RAPIDO LENTO

¹ **ARTÍCULO 2.2.1.7.14.2. Directrices en relación con el control metrológico.** Todos los equipos, aparatos, medios o sistemas que sirvan como instrumentos de medida o tengan como finalidad la actividad de medir, pesar o contar y que sean utilizados en el comercio, en la salud, en la seguridad o en la protección del medio ambiente o por razones de interés público, protección al consumidor o lealtad en las prácticas comerciales, deberán cumplir con las disposiciones y los requisitos establecidos en el presente capítulo y con los reglamentos técnicos metrológicos que para tal efecto expida la Superintendencia de Industria y Comercio y, en su defecto, con las recomendaciones de la Organización Internacional de Metrología Legal - OIML para cada tipo de instrumento.

² **ARTÍCULO 2.2.1.7.14.3. Instrumentos de medida sujetos a control metrológico.** En especial, están sujetos al cumplimiento de lo establecido en el presente capítulo los instrumentos de medida que sirvan para medir, pesar o contar, y que tengan como finalidad, entre otras:

1. Realizar transacciones comerciales o determinar el precio de servicios.
2. Remunerar o estimar en cualquier forma labores profesionales.
3. Prestar servicios públicos domiciliarios.
4. Realizar actividades que puedan afectar la vida, la salud o la integridad física, la seguridad nacional o el medio ambiente.
5. Ejecutar actos de naturaleza pericial, judicial o administrativa.
6. Evaluar la conformidad de productos y de instalaciones.
7. Determinar cuantitativamente los componentes de un producto cuyo precio o calidad dependa de esos componentes.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

ERROR MÁXIMO PERMISIBLE:	± 7 in ³							
ERROR ENCONTRADO (in ³):	Obs. 1							
CUMPLIMIENTO:	NO							
No. DE SELLO DE SEGURIDAD POR NO AJUSTE:	S005		S006		S007		S008	

***Observación No. 1:** el volumen del combustible depositado en el recipiente volumétrico es menor que 5 galones – menos 15 pulgadas cúbicas, es decir, excede el error que puede leer la reglilla del recipiente volumétrico.

****Observación No. 2:** No fue posible, verificar el serial del instrumento de medición.

De acuerdo a la Tabla 1, las cuatro (4) mangueras de los surtidores 1 y 2 de combustible GASOLINA CORRIENTE de las islas 1 y 2, se encontraban por fuera del margen de tolerancia establecido en el Decreto 1073 de 2015.

Posteriormente en sede de reposición, la Dirección previo análisis de los argumentos esgrimidos por la recurrente, decidió confirmar en su integridad la resolución impugnada por las siguientes razones:

- En relación con la solicitud de aportar la prueba del certificado de calibración del instrumento de medición utilizado en la diligencia de verificación adelantada en la EDS propiedad de la investigada, la Dirección advirtió que revisado el expediente, esta era la primera vez que tal solicitud se elevaba. Sin embargo, también precisó que dicha petición en todo caso, no corresponde en estricto sentido a la práctica de una prueba en la medida en que el Certificado de calibración en mención reposa en los archivos de la Superintendencia, en la carpeta que constata la trazabilidad metrológica del instrumento, de modo que hace parte efectiva del procedimiento adelantado. Sin perjuicio de lo anterior, se tomó copia simple del certificado anexándolo al cuerpo del expediente, reiterando que siempre estuvo a disposición de la investigada.
- Esta instancia observó que la Resolución No. 82912 del 30 de noviembre de 2016 (por la cual se rechazan unas pruebas, se incorporan otras y se corre traslado para alegatos de conclusión), se expidió motivando clara y suficientemente las razones que la sustentaron, particularmente en lo que toca al rechazo de la solicitud de práctica de prueba.
- Sobre la buena fe alegada, se precisó que en materia de control y vigilancia de normas de metrología legal, las actuaciones administrativas se caracterizan por la prevalencia de un régimen de responsabilidad objetiva, donde independientemente de la conducta del obligado, existe responsabilidad cuando se demuestra en debida forma el incumplimiento de la norma, como en el presente caso donde se evidenció que de las cuatro mangueras verificadas, todas se encontraban por fuera del margen de tolerancia establecido en la Ley.
- La situación del municipio o región en donde se encuentra ubicada la estación de servicio, en modo alguno puede justificar el incumplimiento de normas de orden público que como en el presente asunto, guardan absoluta correspondencia con la actividad comercial que desarrollan y respecto de la cual se lucran como particulares, a quienes les asiste la obligación de conocer las normas que rigen su actividad comercial.
- Sobre el reproche al estado de calibración del instrumento, expresó que lo argumentado por la actora no corresponde ni a la verdad material y menos aún a la procesal; adicionalmente se le indicó que en materia de Metrología Legal esta Superintendencia ostenta la facultad de ser la máxima autoridad por lo que está en la potestad de disponer y adoptar los procedimientos a seguir, como lo concerniente a la calibración de los equipos. En todo caso, reitera que toda la información concerniente al recipiente volumétrico utilizado y su certificado de conformidad hacen parte del procedimiento adelantado y se encuentra al alcance de los administrados. En el caso en concreto, la interesada no lo solicitó en el curso de la investigación.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

- La distribución minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo es un factor determinante en el desarrollo de los municipios, especialmente por cuanto el precio del combustible marca el derrotero de la economía, contribuyendo con el desarrollo de las regiones, por lo que es imperativo proteger al consumidor quien debe recibir la cantidad de combustible justa por la que paga, y es bajo esta óptica que corresponde analizar tal propósito, y no en el entendido que evidenciado el incumplimiento, la sanción por el mismo es la que afecta a la población en general.
- Las acciones correctivas adelantadas, indican la buena disposición de la actora, pero no logran desvirtuar el incumplimiento evidenciado.
- Sobre la proporcionalidad de la sanción, se estableció que al momento de imponer la misma se tuvieron en cuenta además de cada uno de los criterios de que trata el párrafo primero del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, un análisis completo y suficiente de la situación financiera de la sociedad investigada, determinando que la multa no afectaría la permanencia en el mercado de la empresa y sopesando la gravedad del incumplimiento.
- Por todo lo antes expuesto, la Dirección no encontró mérito para acceder a las peticiones de la recurrente encaminadas a revocar o siquiera modificar el monto de la sanción impuesta.

Este Despacho en orden a todo lo antes expuesto procederá a pronunciarse sobre cada uno de los argumentos de la apelante.

4.1. Violación del Debido Proceso:

Para la actora, con la expedición de la Resolución No. 82912 del 30 de noviembre de 2016 por medio de la cual se rechazan unas pruebas, se incorporan unas pruebas y se corre traslado para alegatos de conclusión, en el presente caso, se configuró una afectación al debido proceso, en la medida en que su derecho de defensa no le fue garantizado al rechazársele sin una motivación profunda la práctica de las pruebas solicitadas, tendientes a que la entidad aportara constancias de capacitaciones o de campañas pedagógicas que se hubiesen adelantado en el Municipio de Ciénaga en materia de metrología legal.

Sobre lo anterior, este Despacho observa que la resolución de impulso procesal, en la cual se dio el debate probatorio, tomó en consideración los supuestos fácticos y jurídicos que pudieren convertir la solicitud documental de la interesada en un medio probatorio conducente y pertinente. No obstante, a la luz de las reglas de la sana crítica, la Dirección puso en evidencia que las constancias de eventuales capacitaciones o de difusiones de información relacionadas con las normas de metrología legal, no resultaban un medio idóneo para desvirtuar el incumplimiento hallado en la EDS ZOGAMA, pues el objeto de la discusión en el caso en concreto, no es establecer si el distribuidor minorista propietario de la EDS ZOGAMA conocía o no las normas metroológicas que le resultan aplicables en virtud de su actividad económica.

Al margen de lo precedente, para este Despacho es necesario advertir a la apelante que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para no cumplirla, por lo que se debe resaltar que en su condición de distribuidor minorista de combustible líquido, y por ende, experto en dicha actividad de comercio, tiene la responsabilidad de adoptar las medidas a que haya lugar para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de metrología legal, por lo que la ausencia de campañas de difusión de la norma en el municipio donde se encuentra ubicada la Estación, en modo alguno puede relevarle de la obligación de mantener en todo momento en perfecto estado de conservación, funcionamiento y debidamente calibrada en cero (0) la unidad de medida de los surtidores o si quiera dentro del margen de calibración de más o menos siete (+ o - 7) pulgadas cúbicas en relación con la línea cero (0) del calibrador de cinco (5) galones, lo cual no es otra cosa que entregar a sus consumidores la cantidad justa de combustible por la que pagan.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En lo que respecta a que dichas pruebas hubiesen descartado la mala fe que se le endilga, le corresponde a este Despacho precisar que, las obligaciones que surgen de las disposiciones de Metrología Legal deben ser observadas mediante el despliegue de las acciones a que haya lugar, en aras de evitar la afectación a los intereses legítimos que las mismas pretendan proteger, pues en procedimientos sancionatorios como el que se adelantó en el presente asunto, donde la investigación administrativa está encaminada a proteger los derechos e intereses de los consumidores, y donde el régimen de responsabilidad dispuesto en la Ley 1480 de 2011 tiene características específicas que denotan una naturaleza especial frente a otro tipo de procedimientos administrativos sancionatorios, es claro que el principio de culpabilidad o la buena fe del sujeto investigado no resulta aplicable.

Es importante indicar además que al determinarse la infracción, solo son admisibles las causales de exoneración previstas en los artículos 16 y 22 del Estatuto del Consumidor, conforme lo establece el parágrafo segundo del artículo 61 ibídem:

"Artículo 61. Sanciones. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios:

(...)

Parágrafo 2°. Dentro de las actuaciones administrativas solo serán admisibles las mismas causales de exoneración de responsabilidad previstas en el Título 1 de esta ley."

De lo citado se desprende que ante la inobservancia de algún requisito que se encuentre establecido en una norma de metrología legal, el sujeto investigado solamente se puede eximir de responsabilidad si demuestra la configuración de alguna de las causales previstas en el Estatuto del Consumidor.

En ese sentido, el mismo Consejo de Estado³ ha sido enfático en indicar que dentro de las investigaciones administrativas en materia de protección al consumidor no resultan aplicables los conceptos propios del derecho penal, al precisar lo siguiente:

"(...) Agrega que para la valoración de la infracción y la consecuente imposición de la sanción en estos casos no se consideran aspectos propios del derecho penal, tales como los criterios de punibilidad, esto es, causales de agravación o atenuación punitiva, intensidad del dolo, la preterintención y la función de la pena."

Por lo tanto, la consecuencia del incumplimiento a cualquiera de los requisitos que se encuentran contemplados en una norma de metrología legal como el Decreto 1073 de 2015, es la imposición de las sanciones dispuestas en el artículo 61 de la propia Ley 1480 de 2011, previa investigación administrativa, salvo que se demuestre la existencia de alguna causal eximente de responsabilidad prevista en el Estatuto del Consumidor.

Así las cosas, la buena fe con que haya actuado la investigada, no constituye causal alguna que le exima de responder al haber quedado probado que en dicha estación de servicio se distribuye combustible corriente con surtidores cuya unidad de medida no se encuentra ajustada en todo momento dentro de los márgenes permisibles.

Sobre la confianza legítima alegada, este Despacho comparte lo manifestado por la Dirección, según lo cual no se generó una expectativa que haya sido modificada por la decisión de imponer una sanción, en la medida en que las reglas para los distribuidores minoristas no han sido cambiadas intempestivamente, ni han supuesto en ninguna de sus regulaciones que los requisitos a cumplir hayan sido diferentes.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00524-01.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En razón a todo lo antes discurrido, para esta instancia no hubo vulneración alguna del derecho al debido proceso de la sociedad investigada, en la medida en que las pruebas documentales solicitadas fueron rechazadas en los términos previstos por la ley, una vez se demostró que no eran el medio idóneo para desvirtuar el incumplimiento o que constituyeran una causal eximente de responsabilidad.

4.2. No hay constancia expresa de la debida calibración técnica del instrumento de medición SERAPHIN TEST MEASURES:

Bajo este acápite, la actora aduce que ni el día de la diligencia, ni durante la apertura, tramite y cierre del procedimiento administrativo sancionatorio, hubo constancia expresa respecto del óptimo estado de calibración del instrumento utilizado en la verificación de las unidades de medida de los surtidores, asegurando que por tal circunstancia, vio menoscabado su derecho a la defensa, teniendo en cuenta que debió probarse en la diligencia y en el procedimiento que el equipo contaba con su respectivo certificado de calibración.

Pues bien, de la lectura del argumento expuesto por la apelante en donde cuestiona la idoneidad del recipiente volumétrico, este Despacho indica en primer lugar que, revisado el plenario efectivamente tal y como se señaló en instancia de reposición, la encartada nunca elevó petición solicitando obtener copia del certificado de calibración del recipiente volumétrico utilizado en la visita de control.

En segundo lugar, contrario a lo argüido por la recurrente, para el Despacho sí hay expresa constancia de que el equipo utilizado se encontraba en óptimas condiciones para adelantar las mediciones, pues para la época de la visita realizada a la EDS ZOGAMA, esto es, el 11 de febrero de 2016 el recipiente volumétrico cuyo fabricante es Seraphin Test Measures, contaba con un certificado de calibración vigente expedido por un Laboratorio debidamente acreditado por el ONAC (fs.121 y 122).

Ahora bien, es discutible el hecho de que la actora pretenda controvertir la idoneidad del equipo por cuanto no se exhibió el certificado de calibración del mismo en ninguno de los momentos procesales que se desarrollaron en la presente investigación, cuando siendo ella la interesada en obtener esta información, solo hasta la presentación del recurso elevó la solicitud de aportar como prueba el citado certificado de calibración.

Sobre lo anterior, este Despacho coincide con la Dirección en cuanto a que el Certificado solicitado no constituye un medio probatorio que deba ser decretado para ser incluido en el plenario, en la medida en que desde el momento en que se realizó la diligencia de control y verificación la entidad documentó en el Acta Informe todos los datos concernientes al equipo que se iba a utilizar, así como el número de identificación del certificado, incorporándolo de este modo al expediente. No obstante, es una carga del interesado solicitar la exhibición del mismo.

En todo caso, para esta instancia no existe asomo de duda alguno sobre las condiciones adecuadas del recipiente volumétrico con el cual se practicaron las mediciones a los surtidores y que arrojaron los alarmantes resultados en el suministro del combustible gasolina corriente de las cuatro mangueras verificadas, por cuanto se trata de un equipo calibrado y con un certificado vigente y válidamente emitido por un laboratorio acreditado (Certificado de calibración No. IM-OF14281-LV-315-14. Folios 121 y 122).

Sustento de lo antes afirmado, pueden ser también los resultados que se observan en el documento que aportó la actora denominado *calibración de surtidores "LUIS A. AGAMEZ MOLINA"* que reposa a folio 17, mediciones que fueron tomadas con el recipiente volumétrico del asesor técnico contratado por la EDS y las cuales como se evidencia en dicha constancia, son similares a las obtenidas por la entidad el día 11 de febrero de 2016, lo que deja sin eficacia alguna el cuestionamiento de la actora respecto a la idoneidad del recipiente, pues resultaría poco probable que también se dudara de las óptimas condiciones de su propio instrumento de medición.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

LUIS A. AGAMEZ MOLINA
 NIT: 73.163.251
 ASesor TÉCNICO
 DIR: CARMELO, CALLE ANDALUCIA N.º 7 LOTE 13 TEL: 310-3665393
 Equipos y accesorios para Estaciones de Servicio, Instalaciones, Reparaciones, Mantenimientos, Reconstrucción y venta de surtidores.

CALIBRACION DE SURTIDORES
 Decreto 1521/98 artículos 30 y 31

E/S: SOGAMO FECHA: DIA 12 MES 2 AÑO 16

ISLA N°	DISPENSADOR N°			ISLA N°	DISPENSADOR N°		
LADO 1	CORRIENTE	PREMIUM	DIESEL	LADO 2	CORRIENTE	PREMIUM	DIESEL
C.Inicial	-15		-15	C.Inicial	-20		-15
C.Final	-8	7	-3	C.Final	-5	7	+5
LADO 2	DIESEL	PREMIUM	CORRIENTE	LADO 1	DIESEL	PREMIUM	CORRIENTE
C.Inicial	-15		-15	C.Inicial	-15		-20
C.Final	-3	7	-A	C.Final	-3	7	-6
LADO 1	DIESEL	PREMIUM	CORRIENTE	LADO 2	DIESEL	PREMIUM	CORRIENTE
C.Inicial	-15		-15	C.Inicial	-15		-20
C.Final	-3	7	-A	C.Final	-3	7	-6

ISLA N°	DISPENSADOR N°			ISLA N°	DISPENSADOR N°		
LADO 1	CORRIENTE	PREMIUM	DIESEL	LADO 2	CORRIENTE	PREMIUM	DIESEL
C.Inicial	7	7	7	C.Inicial	7	7	7
C.Final	7	7	7	C.Final	7	7	7
LADO 2	DIESEL	PREMIUM	CORRIENTE	LADO 1	DIESEL	PREMIUM	CORRIENTE
C.Inicial	7	7	7	C.Inicial	7	7	7
C.Final	7	7	7	C.Final	7	7	7

ISLA N°	DISPENSADOR N°			ISLA N°	DISPENSADOR N°		
LADO 1	CORRIENTE	PREMIUM	DIESEL	LADO 2	CORRIENTE	PREMIUM	DIESEL
C.Inicial				C.Inicial			
C.Final				C.Final			
LADO 2	DIESEL	PREMIUM	CORRIENTE	LADO 1	DIESEL	PREMIUM	CORRIENTE
C.Inicial				C.Inicial			
C.Final				C.Final			

Trabajos realizados: calibración de los equipos descritos en el punto anterior con serietin de credenciales serie N.E 71589

Horas de inicio: 2:00 PM Hora Término: 5:00 PM

ENCARGADO E/S: [Firma]

Folio 17.

4.3. Violación del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

Para la apelante, la imposición de la sanción no da cumplimiento a lo previsto en el artículo 44 del CPACA, señalando que no está suscrita a garantías de razonabilidad y proporcionalidad; en este sentido, manifiesta que el monto de la multa es exorbitante, sumado a la carga económica que le representó la imposición de los sellos a los surtidores de su estación y el tiempo que transcurrió para que fueran levantados.

Frente a lo precedente, encuentra este Despacho que en la aplicación de la sanción se tuvieron en cuenta de manera estricta los hechos que le sirvieron de causa, y los fines de las normas que la autorizan; así mismo, la sanción se halla motivada y dentro de los rangos que señala la ley.

A su turno, se evidencia que se adelantó un ejercicio de proporcionalidad que 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.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Es importante recordar que la sanción impuesta se ubica dentro de los montos máximos establecidos por la ley, de conformidad con el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, que faculta a esta Superintendencia de Industria y Comercio para imponer multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la inobservancia en el cumplimiento de normas de metrología legal.

En este orden, para la entidad de control el simple hecho de utilizar surtidores desajustados, y entregar menor cantidad de combustible en las dimensiones en que quedó demostrado que la EDS dejaba de suministrarle al consumidor de gasolina corriente, comporta una flagrante vulneración de los intereses legítimos que las disposiciones en materia de metrología legal buscan proteger, especialmente en lo que toca a la prevención de prácticas que puedan inducir a error al consumidor, quien espera recibir la cantidad correspondiente de combustible al precio cobrado.

En cuanto a las cargas económicas que debe asumir la EDS, dentro de las que se suman las pérdidas por la imposición de los sellos a los surtidores no conformes y las que le suponen la sanción impuesta, juzga esta instancia que las mismas son consecuencia intrínseca del incumplimiento de las normas metrológicas, pues la apelante no puede pretender que aun frente a la grave vulneración al objetivo legítimo tutelado de no inducción a error, el Despacho mengüe la sanción aduciendo situaciones que fueron originadas con ocasión de la misma infracción.

En tratándose del examen de los criterios para la graduación de la sanción, el Despacho observa que obraron como agravantes el daño causado a los consumidores, la persistencia en la conducta infractora, el beneficio económico obtenido y el grado de prudencia y diligencia desplegado por la investigada.

Todo lo anterior, por cuanto al margen de que no se pudiera determinar el momento desde el cual la EDS estaba entregando menor cantidad de combustible, lo cierto es que el incumplimiento quedó debidamente probado y es en virtud de tal circunstancia, en la que se considera la causación del daño al consumidor, quien dejó de recibir la cantidad exacta de gasolina corriente por la cual pagaba, lo cual claramente supone un provecho económico para la Estación. Así mismo, se tiene que la persistencia de la conducta infractora se pone en evidencia, comoquiera que la apelante no aportó prueba alguna que demostrará un seguimiento y control de las calibraciones y mantenimientos que realizaba a sus equipos, ni los ajustó en el mismo instante de la diligencia. Por último, el hecho de alegar ausencia de capacitación e información de una norma de obligatorio cumplimiento permitió inferir la falta de prudencia y diligencia demostrada por la actora respecto al cumplimiento de sus deberes legales.

Sin perjuicio de lo anterior, en sede de reposición se tuvieron en cuenta aspectos relacionados con el tamaño de la empresa y su situación financiera frente a la finalidad disuasoria implícita en la sanción, sin que se evidenciara una afectación importante a la estabilidad económica de la misma para disminuir el monto de la multa.

Así las cosas, este Despacho encuentra que la sanción impuesta es proporcionada al grave incumplimiento de la norma en materia de metrología legal del caso concreto, de modo que no habiendo elementos de juicio suficientes para acceder a revocar la resolución impugnada o siquiera para reducir el quantum impuesto, se procederá a confirmar el acto recurrido.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 29286 del 25 de mayo de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución a la sociedad **COMERCIALIZADORA S & O S.A.S.**, identificada con el Nit. 900.523.657-8, entregándole copia de la misma e informándole que contra ésta no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

10 MAYO 2018

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


JAIRO ENRIQUE MALAVER BARBOSA

NOTIFICACIÓN

Nombre:	COMERCIALIZADORA S & O S.A.S.
Identificación:	Nit. 900.523.657-8
Apoderado:	Eker Machado Ariza
Identificación:	C.C. 72.259.349 y T.P. 123.317 del C.S. de la J.
Email de Notificación Judicial*:	kty-olarte@hotmail.com
Dirección de Notificación Judicial*:	Carrera 13 A No. 27B – 08. Santa Marta (Magdalena).

*Información tomada del Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad.

JEMB/gpff