



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **47736** DE 2018

(09 JUL. 2018)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Expediente No. 15-148965

**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 41215 del 12 de julio de 2017, esta Superintendencia impuso una sanción pecuniaria a la sociedad T&C COLOMBIA S.A.S. identificada con NIT 830.077.641-3 por la suma de ciento ochenta y cuatro millones cuatrocientos veintinueve mil doscientos cincuenta pesos (\$ 184 429 250 COP) equivalente a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por la violación de lo preceptuado en el artículo 20 numeral 20.6.1.1 literal g) del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE).

Que en el mismo acto administrativo se impartió una orden a la sociedad T&C COLOMBIA S.A.S. identificada con NIT 830.077.641-3 consistente en prohibir de manera definitiva la importación, distribución y/o comercialización de los productos identificados como "*Producto 1: Tubería conduit metálica tipo EMT LEON 1*" y "*Producto 2: Tubería conduit metálica tipo EMT LEON ¾*" procediendo a la recolección de la totalidad del producto en inventario.

SEGUNDO: Que la sociedad T&C COLOMBIA S.A.S. interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución 41215 del 12 de julio de 2017, dentro del término legal, bajo los siguientes argumentos:

Expone que a pesar de que los productos Tubería Conduit Metálica tipo EMT LEON 1 y Tubería Conduit Metálica tipo EMT LEON ¾ contaban con el respectivo certificado de conformidad al momento de la importación, la Dirección consideró que dicho documento podía ser refutado por las autoridades administrativas en el marco de sus funciones, es decir:

- Con las funciones de inspección y control de la Superintendencia; las cuales debían ser desplegadas por los funcionarios de la misma Entidad, circunstancia que no acaeció en el presente caso, y
- Con el envío de las muestras tomadas dentro de las visitas a laboratorios acreditados por el ONAC, los cuales adicionalmente debían realizar el dictamen de manera técnica, aspecto que tampoco ocurrió en el transcurso de la investigación.

2.1 Sobre las funciones de inspección y control de la Superintendencia

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Sostiene que la actuación administrativa es ilegal en la medida en que las personas que practicaron la visita de inspección no tenían la calidad de funcionarios de la Superintendencia, pues a la fecha de la diligencia eran contratistas vinculados mediante un contrato de prestación de servicios profesionales con el objeto de *apoyar* a la Dirección en las actividades de carácter técnico que tiene a su cargo, es decir, el apoyo era en labores de mera ejecución, instrumentales y operativas. A su juicio, lo anterior conlleva a concluir que en dichas personas no se podía delegar la facultad de practicar visitas de inspección, recaudar información, decretar pruebas y conceder términos.

Expone que por las anteriores razones se solicitó en reiteradas ocasiones a la Dirección que declarara la nulidad de lo actuado por los contratistas; sin embargo, ese despacho ha sido insistente en negar las pruebas que acreditan tal situación como por ejemplo la incorporación de los contratos de prestación de servicios y hojas de vida.

Además, señala que la Dirección ha sostenido falsamente que en la credencial de inspección solamente existió un error mecanográfico o gramatical y que nunca se presentó delegación. Al respecto, señala que el acto impugnado contradice las actuaciones y documentos que obran en el plenario, en los que se verifica que los contratistas se identificaron y actuaron durante todo el procedimiento como funcionarios delegados, tal y como se advierte en la credencial de inspección del 30 de junio de 2015 y en el acta de verificación del 30 de julio de 2015, e incluso en el informe técnico.

Considera que la resolución recurrida es tan desacertada que en la misma se citan apartes de los contratos de prestación de servicios como prueba de que no existió delegación, pese a que tales documentos fueron negados como prueba y nunca han sido entregados a la sociedad sancionada, vulnerándose con ello el principio de contradicción de la prueba.

Se refiere a las pruebas que a su juicio demuestran la falsedad en la motivación del acto recurrido, en los siguientes términos:

"CREDENCIAL DE ACREDITACIÓN

El documento evidencia que de manera abierta e indeterminada la Delegatura dejó que dos particulares contratistas decidieran a su discreción a cuál de los distribuidores eléctricos de Bogotá decidían presentarse fingiendo ser funcionarios delegados de la entidad para que en su nombre y sin ninguna supervisión en sitio procedieran a realizar la visita de verificación de productos e instalaciones sometidas a RETIE.

(...)

ACTA DE VERIFICACIÓN

Pero claro, esto no obedeció por un error mecanográfico o de caligrafía, sino por un actuar deliberado de suplantar funcionarios de la SIC, aduciendo una supuesta limitación en la planta de personal, al punto en el acta de verificación de productos sujetos a control técnico de instalaciones eléctricas, se evidencia sin ninguna duda que se presentaron al establecimiento de comercio de la investigada haciéndose pasar como funcionarios de la Superintendencia, lo cual se suyo vicia de legalidad cualquier actuación y/o acto que realizaron, las muestras que tomaron e incluso los exámenes de laboratorio que dispusieron y sobre los cuales se fundamenta la sanción.

(...)

Incluso, para terminar de acreditar que no fue un error mecanográfico sino un (sic) mal sana práctica de la Delegatura que vicia de ilegalidad su actuar, los identificaron en el acta como "funcionarios" de la Superintendencia autorizados para tomar muestras y determinar a cual laboratorio debían enviar las muestras sobre las cuales funda la sanción la SIC.

(...)

La Delegatura de la SIC pretende legalizar la usurpación de funciones e indebida delegación de funciones en los contratistas diciendo que se trataba de un error mecanográfico en la credencial de identificación, omitiendo que en el acta de verificación también se evidencia la indebida delegación e incluso que en informe técnico se precisó que la visita es "una actuación administrativa oficiosa",

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

es decir, como una labor misional propia de la Superintendencia, en la que se requería la presencia de un funcionario de la SIC y en la que no se podía inducir a error a mi defendida con dos suplantes de funcionarios ordenando pruebas a su antojo para después pretender de ese ilegítimo e ilegal comportamiento una sanción:

(...)

Así las cosas, las actuaciones adelantadas por los contratistas en el acta de visita, la toma de muestras e incluso la orden de practicar un examen de laboratorio en un término de tres días, no se trataron de un simple error mecanográfico o gramatical como pretende hacer ver la Delegatura:

(...)

En la Resolución 41215 de 2017 la SIC incluso llega al punto de negar la delegación, indicando que fue una comisión, olvidando que las comisiones tampoco pueden ser genéricas e indeterminadas sino que requieren acto administrativo previo que indicara su condición de comisionados junto con el alcance, lugar y forma en que realizarían la misma, al paso que tampoco se pueden usar dicha figura para realizar funciones misionales de la Superintendencia, menos una actuación administrativa oficiosa:

(...)

Con lo anterior, es claro que los contratistas ilegalmente se hicieron pasar por funcionarios de la SIC en las instalaciones de mí representada, procedieron ilícitamente a tomar muestras de los productos y ordenaron remitirlos a un laboratorio de su gusto, aspectos que invalidan totalmente la legalidad de los soportes probatorios en los que se funda la sanción de la Delegatura, rallando en faltas disciplinarias y presuntos tipos penales que se han mencionado en escritos anteriores.

Incluso, la Resolución 41215 de 2017 llega al desafuero de tratar de excusar el actuar de los contratistas indicando que no eran servidores públicos, pasando por alto que todo particular que ejerza funciones públicas o preste servicios públicos es un servidor público e incluso objeto de control del Código Disciplinario Único, por tanto al transmitirle la Delegatura ilegalmente funciones misionales propias los convirtió en servidores públicos objeto de las sanciones legales peticionadas anteriormente establecidas en la Ley 734 de 2002.

*Así las cosas no podían ser delegados, ni comisionados los contratistas referidos para una labor misional de la SIC, como ocurrió, menos aún sin acto administrativo expreso que mediara en tal orden. Sin embargo, en todo lo actuado se identificaron como **FUNCIONARIOS DELEGADOS**, no comisionados como lo quiere hacer ver la Delegatura, y bajo esta investidura se adelantó la presente investigación y sanción; por otra parte, estos profesionales en el mejor de los casos debían realizar unas actividades determinadas y delimitadas en la credencial de inspección, pero como se ha venido poniendo de presente, dichas facultades fueron claramente extralimitadas."*

En el mismo orden de ideas expone que en el caso particular existió una extralimitación en las facultades otorgadas a la Superintendencia, pues en la credencial de inspección del 30 de junio de 2015 se estableció que los funcionarios se delegaron para "practicar visita de verificación de productos e instalaciones sometidos al cumplimiento del Reglamento Técnico de instalaciones eléctricas RETIE (...). Los funcionarios delegados se encuentran facultados para solicitar toda la información, seleccionar muestras y obtener copia de los documentos necesarios durante el curso de la inspección (...)"

Así, expone que en la visita del 30 de julio de 2015 "los contratistas referidos en su inexperiencia consideraron que los productos no cumplían con los reglamentos técnicos y haciéndose pasar por funcionarios delegados de la SIC, tomaron las medidas de los productos que ellos eligieron, tomaron muestras y decretaron la realización de exámenes de laboratorio -Prueba Preece y dimensiones y pesos según NTC 105- precisando los laboratorios en los cuales deberían practicarse las pruebas y concedieron un plazo de tres (3) días a la sociedad T&C Colombia S.A.S., para remitir la documentación mediante la cual se demostrara la conformidad de los productos como consta en el acta de verificación de productos sujetos a control técnico, aspectos que claramente no podían realizar los contratistas, se extralimitaron ya que solo tenían la facultad para solicitar información, seleccionar muestras y obtener

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

copia de los documentos necesarios durante el curso de la inspección, pero además decretaron pruebas y establecieron y concedieron términos, lo cual es ilegal."

Adicionalmente, expone que:

"No es cierto, lo indicado en la resolución sobre el hecho de que el acta de verificación es un simple formato y que no se puede entender la práctica del examen como una decisión de los impostores que se hicieron pasar por funcionarios de la Superintendencia, pues la ilustración es clara en mostrar que ellos de su puño y letra seleccionaron con una "x", cual prueba debía practicarse.

De igual manera, el principio de inmediación no fue tomado en cuenta para motivar los actos administrativos y la sanción que se impuso a mi representada, la Dirección violentando dicho principio no tuvo contacto con el soporte probatorio, ni ninguno de los funcionarios de la SIC, sino que le cedió su investidura a los contratistas, los cuales se extralimitaron en sus funciones, hicieron un indebido proceso y obraron bajo una calidad que no ostentaban.

Por lo anterior, ruego al superior revocar la sanción, pues no es razonable que se argumente por la Superintendencia que fue un simple error mecanográfico, simplemente formal, que se debe entender que todo lo actuado fue adelantado por contratistas "comisionados", que a pesar de lo fundamentado por mi representada se argumente que no hubo extralimitación de facultades y con ello pretenda sanear el proceso sancionatorio, pues a todas luces el actuar de los contratistas así como de la Delegatura violenta los principios constitucionales y legales del debido proceso. Derecho de defensa, contradicción, etc."

2.2 Sobre el envío de muestras tomadas en la visita a laboratorios acreditados por ONAC

Sostiene que en la verificación, los contratistas decidieron que la prueba se debían realizar en los laboratorios que ellos consideraran, pese a que uno de tales laboratorios no cuenta con acreditación ante ONAC para realizar el tipo de ensayos solicitados, y el otro no podía ser elegido por la sociedad en razón a que no podía remitirse al mismo laboratorio que sirvió de soporte dentro del proceso de certificación.

Advierte que la decisión de los contratistas resultó tan poco idónea que incluso la misma Dirección tuvo que concluir que no podía sancionar por el incumplimiento del literal d) numeral 20.6.11 del artículo 20, en la medida en que las pruebas practicadas en el Laboratorio de Pruebas Electromecánicas, Metrología y Análisis Químico de Materiales Aislantes- CIDET no se encontraban autorizadas por el ONAC.

Señala que a pesar de lo anterior, la Dirección tomó una parte de la referida prueba, violentando el principio de "inexindibilidad", para demostrar que el ensayo realizado por CIDET es válido respecto de la prueba preece. En otras palabras, estima que pese a estar demostrada la falta de idoneidad técnica del laboratorio, y de existir una declaratoria de que dicho examen no tiene validez probatoria, el mismo se usó ilegalmente como prueba suficiente para acreditar la falta y dejar sin soporte la prueba practicada por Q-Cert entidad que certificó la conformidad del producto.

Por lo anterior, indica que el acto recurrido tiene como fundamento un soporte probatorio obtenido de manera ilegal e irregular, pues la prueba es anti-técnica y no tiene la vocación de desvirtuar la certificación de conformidad emitida por Q-Cert.

Al respecto, transcribe apartes de la resolución impugnada para explicar que es claro el error en que se incurre al imponer una sanción, a pesar de que en el acta de visita, el informe técnico y la credencial *"se determina de manera palmaria que los contratistas que suplantaron funcionarios de la "SIC" ordenaron los ensayos para decretar el cumplimiento de requisitos, los productos que se debían someter a la práctica de los ensayos y los laboratorios "acreditados" en los cuales se debían practicar, los resultados de los mismos no pueden tener validez, menòs aun cuando la resolución sancionatoria acredita la falta de pericia del laboratorio al realizar una prueba previa sin contar con acreditación."*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Adicionalmente, considera que en la resolución impugnada se pasa por alto que la prueba preece no era plenamente válida para verificar si los productos se ajustaban a lo señalado en el numeral 20.6.1.1. literal g) de la Resolución 90708 de agosto 30 de 2013, que consagra: *"El proceso de galvanizado se debe hacer mediante inmersión en caliente, según la norma ANSI C 80.1 u otra equivalente, asegurando que la superficie interna del tubo quede lisa y con una capa del galvanizado no menor a 20 µm."*

Lo anterior, implica que las pruebas realizadas no son las idóneas para determinar si hubo incumplimiento o no, máxime cuando fueron los contratistas quienes señalaron que se debía realizar la prueba de acuerdo con la norma ANSI C 80.1, desconociéndose que los únicos competentes para determinar la prueba a realizar eran los funcionarios de la Superintendencia.

Así las cosas, estima que se vulneró su derecho al debido proceso al no habersele permitido acreditar otra prueba equivalente como lo explicó en los alegatos de conclusión, en donde además, demostró que si el número de inmersiones fuera menor al de la prueba preece, como se explica en otras pruebas técnicas similares (NMX-H-013-1984), los productos habrían pasado la prueba sin problemas, tal y como se presentó para la expedición del certificado de conformidad.

En relación con la prueba practicada por el laboratorio expone:

"Incluso, se demostró en el plenario que las condiciones ambientales de las pruebas realizadas por el laboratorio CIDET tampoco cumplía con las condiciones de temperatura necesarias para la validez del examen realizado a las muestras que exige la norma técnica ANSI C80.1.2005 del ICONTEC, por lo que no podían tomarse como prueba del incumplimiento de la norma técnica, pero dicho aspecto también fue pasado por alto al momento de proferir la sanción."

El informe técnico consideró de manera falaz como método válido para garantizar el cumplimiento de este literal la prueba PREECE establecida en la norma ANSI C80.1.2005, pese a que la misma no constituye parte del reglamento técnico sino constituye en sí misma una norma técnica del ICONTEC no vinculante, si bien es cierto el anexo general en el numeral 2.6 se estipuló:

(...)

Lo anterior, NO menciona que la prueba PREECE sea la procedente, pues la misma, reitero, las pruebas realizadas para validar el cumplimiento del literal g del numeral 20.6.1.1 de la Resolución 90708 de 2013, no son las idóneas, ni vinculantes para determinar su incumplimiento e incluso si en gracia de discusión lo fueran, las condiciones ambientales de las pruebas realizadas por el laboratorio CIDET tampoco cumplía con las condiciones de temperatura necesarias para la validez del examen realizado a las muestras que exige la norma técnica ANSI C80.1.2005 del ICONTEC como se puede constatar en el informe de ensayos No. 15253E00 del 25 de agosto de 2015:

(...)

Así las cosas, se reitera que la observancia de una Norma Técnica NO es obligatoria ni vinculante, por lo tanto tampoco debe ser determinante para imponer una medida preventiva o una sanción, sino que le competía a los funcionarios de la SIC mediante un acto administrativo indicar la forma que consideraban se debía practicar la prueba para que mi defendida se opusiera a la misma o buscara una prueba equivalente, más aun cuando en la resolución indican que estos laboratorios y los exámenes ordenados por los contratistas: "no eran camisa de fuerza";"

Adicionalmente, indica que la Superintendencia incurre en el error de pasar por alto sus facultades al considerar que no es la entidad competente para determinar la equivalencia de una norma, pues a la luz del artículo 2.2.1.7.5.13 del Decreto 1595 de 2015, las entidades reguladoras son quienes determinan las equivalencias de los reglamentos técnicos. Al respecto, señala:

"En ese orden de ideas, el informe técnico confundió el reglamento técnico establecido en la resolución 90708 de 2013, con una norma técnica que tiene tal calidad, incluso baste verificar el contenido del numeral 20.6 del RETIE para evidenciar que este compendio normativo adaptó algunos contenidos de diferentes normas técnicas para hacer una disposición vinculante, pero que de ninguna"

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

manera el Ministerio de Minas le transfirió a través de estas facultades al ICÓNTEC para regular la materia e imponer coercitivamente sus normas técnicas."

Arguye que el dictamen emitido por CIDET ignora unos requisitos mínimos que afectan de manera considerable la validez, contradicción y derecho de defensa, pues a su juicio lo que expone la Dirección no es ajustado a la norma, en el sentido se señalar que el referido informe cumple con unos requisitos mínimos en razón a que cuenta con la información que estipula la NTC-ISO/IEC 17025, ignorando que las normas técnicas no son obligatorias ni vinculantes, como bien lo establece el Decreto 1471 de 2014.

De otra parte, advierte que el 6 de abril de 2016 solicitó la práctica e incorporación de unas pruebas, las cuales, de manera arbitraria y conveniente, fueron declaradas como improcedentes en razón a que las mismas no tenían la finalidad de controvertir los incumplimientos encontrados en la visita, desconociendo que la sociedad tiene pleno derecho de solicitarlas para ejercer su defensa respecto del indebido procedimiento adelantado por los contratistas. Las pruebas se referían a la certificación del tipo de contrato de quienes fueron investidos por la Superintendencia como delegados, así como el acto de delegación, y la copia de los contratos de prestación de servicios.

Señala además, que en la resolución 26846 de 2016, mediante la que se negó la práctica de pruebas, se omitió manifestar la decisión en el resuelve del acto administrativo, presentándose con ello una clara vulneración al principio de congruencia. Al respecto, cita partes de las Sentencias T-455/16 y T-714/13. Indica que en el acto recurrido se pretende subsanar el referido error con un pronunciamiento injustificado, del cual hace una transcripción.

Por último, precisa que otro punto a considerar es el monto de la multa, en la medida en que como criterio para aumentarlo se tuvo en cuenta la reincidencia por sanciones impuestas ante el incumplimiento del RETIE cuya ocurrencia de los hechos supera los 6 años. Estima que tales hechos no pueden considerarse para agravar la medida, pues los criterios para ello son restrictivos como bien lo estipula el artículo 639 del Estatuto Tributario, donde se indica que la reincidencia solo se configura si la conducta ocurre dentro de los 2 años siguientes. Precisa que se remite a dicha norma, debido a que en el RETIE no existe una definición de reincidencia, y a que de acuerdo con la Constitución Política en Colombia están prohibidas las penas imprescriptibles o los antecedentes vitalicios.

Sobre el mismo punto, expone que la orden administrativa impartida no resulta procedente, *"ya que al caerse la demostración del presunto incumplimiento del Retie, idéntica suerte debe correr su consecencial medida de extraer del mercado dichos productos e incluso su redacción denota un carácter retardatorio por haber sugerido un conflicto de interés e impedimento de la Directora que no fue resuelto por la funcionaria, previamente a imponer la sanción."*

TERCERO: Que mediante resolución 78725 del 29 de noviembre de 2017, se resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando el acto impugnado y concediendo el recurso de apelación interpuesto en subsidio.

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:

La medida sancionatoria impuesta tiene como fundamento el incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 20 numeral 20.6.1.1 literal g) del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas – RETIE, al haberse encontrado probado que los productos identificados como *"Producto 1: Tubería conduit metálica tipo EMT LEON 1"* y *"Producto 2: Tubería conduit metálica tipo EMT LEON ¾"*, importados y comercializados por la sociedad T&C COLOMBIA S.A.S., no superaron el proceso de galvanizado exigido en el RETIE.

Analizados los argumentos expuestos por la sociedad recurrente, este Despacho encuentra que los mismos obedecen a elementos de forma que atacan el procedimiento adelantado en su contra, así como sobre elementos de fondo que se refieren a las situaciones sustanciales de la investigación en

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

cuanto al incumplimiento que fundamentó la sanción. Tales argumentos proceden a ser estudiados de forma separada, en los siguientes términos:

4.1 Consideraciones en relación con los elementos de forma

- Sobre la legalidad de la actuación adelantada por los profesionales de la Superintendencia

La sociedad recurrente expone que la actuación administrativa es ilegal en la medida en que las personas que practicaron la visita de inspección no tenían la calidad de funcionarios de la Superintendencia, pues a la fecha de la diligencia eran contratistas vinculados mediante un contrato de prestación de servicios profesionales con el objeto de *apoyar* a la Dirección en las actividades de carácter técnico que tiene a su cargo, es decir, el apoyo era en labores de mera ejecución, instrumentales y operativas.

Advierte que la Dirección ha sostenido falsamente que en la credencial de inspección solamente existió un error mecanográfico o gramatical y que nunca se presentó delegación. Al respecto, señala que el acto impugnado contradice las actuaciones y documentos que obran en el plenario, en los que se verifica que los contratistas se identificaron y actuaron durante todo el procedimiento como funcionarios delegados, tal y como se advierte en la credencial de inspección del 30 de junio de 2015 y en el acta de verificación del 30 de julio de 2015, e incluso en el informe técnico.

Sobre tales pruebas, precisa que en la credencial se evidencia de manera abierta que se permitió que los 2 particulares decidieran discrecionalmente en dónde hacer la visita, y que procedieran a presentarse como funcionarios. Asimismo, estima que en el acta de verificación no existió ningún error mecanográfico, sino que deliberadamente los particulares suplantaron a los funcionarios de la Entidad, generándose así un vicio en toda su actuación: visita y toma de muestras. En cuanto al informe técnico, indica que se trata de un documento en el que se señala que la actuación es oficiosa, la cual solamente podía ser adelantada por funcionarios, y en ningún caso por particulares.

Considera que en el caso concreto tampoco se pudo haber presentado una comisión, como lo señala la Dirección, en razón a que este tipo procedimientos tampoco pueden ser genéricos y deben realizarse mediante acto administrativo que indique quiénes son los comisionados, el alcance, lugar y forma de las actividades a realizar.

Expone también que la Superintendencia extralimitó sus funciones, pues delegó en las personas que practicaron la visita unas facultades que no correspondían, como por ejemplo, la determinación del incumplimiento, la elección de productos, la toma de muestras, el decreto de pruebas en cuanto a los ensayos a practicar, la determinación de los laboratorios a utilizar, y la concesión de un término para aportar documentación. Lo anterior, lo sustenta en que la credencial de inspección solo señalaba que los particulares podían practicar la visita, solicitar información, seleccionar muestras y obtener copia de documentos.

Por todo lo anterior, considera que no se podía delegar en los particulares la facultad de practicar visitas de inspección, recaudar información, decretar pruebas y conceder términos, siendo así nula toda la actuación.

En sede de reposición la Dirección explicó que los argumentos de la sociedad no estaban llamados a prosperar, en la medida en que no es cierto que en el caso concreto se haya presentado una delegación de funciones administrativa, y tampoco que con el error de forma presentado en la credencial de inspección se haya afectado el fondo de la investigación, de manera que se hubiese vulnerado el debido proceso.

Al analizar el asunto en concreto, este Despacho coincide con la Dirección en su apreciación y análisis, pues se advierte que incluso este argumento ha sido objeto de estudio por parte la Dirección en 3 oportunidades, a saber: i) al resolver la solicitud de nulidad mediante resolución 24574 del 10 de mayo de 2017, ii) al adoptar la decisión definitiva mediante el acto que se recurre, y iii) al resolver un recurso

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

de reposición mediante resolución 78725 del 29 de noviembre de 2017. Con lo anterior, se advierte que las argumentaciones de la sociedad han sido analizadas en reiteradas ocasiones, en las cuales siempre se ha llegado a la misma conclusión, esto es, que no existió vicio alguno en la actuación administrativa ni vulneración al debido proceso.

Correspondiendo a este Despacho analizar el argumento de la apelante en contexto con todo el material probatorio obrante en el plenario, se advierte necesario presentar las siguientes precisiones:

- a. En el caso concreto no se presentó una delegación administrativa de funciones como lo expone la recurrente, pues en ningún caso la autoridad ha transferido el ejercicio de sus funciones a colaboradores u otras autoridades¹. Lo que en este caso se presentó fue una comisión para que los profesionales de la Superintendencia realizaran una serie de actividades encaminadas a cumplir con las funciones de control, inspección y vigilancia, particularmente la práctica de una visita de inspección encaminada a verificar el cumplimiento del RETIE.

En este punto, corresponde precisar que la competencia para adelantar investigaciones por el incumplimiento de los reglamentos técnicos asignados a la Superintendencia se encuentra en cabeza de la Dirección de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, dependencia que cuenta con una serie de colaboradores para el cumplimiento de dicha función, a quienes se les libra comisión o autorización para el despliegue de actividades en el marco de dicha competencia. De esta forma, lejos de haberse realizado una delegación de funciones, lo que se presentó en el asunto particular fue un despliegue de actividades de control de parte de la autoridad competente en cabeza de la Dirección y a través de sus colaboradores.

La recurrente considera que sí existió delegación de funciones debido al contenido de los siguientes documentos: credencial de inspección (folio 1), acta de visita (folios 2-5) e informe técnico (folios 19-21).

Al respecto, el Despacho encuentra que tales alegaciones no están llamadas a prosperar, pues aunque en la credencial de inspección se indica que *"los funcionarios (...) han sido delegados"* lo cierto es que sustancialmente no existió ninguna delegación de funciones como se explicó en precedencia, de manera que dicha mención corresponde exclusivamente a un error de forma que en nada afecta el fondo de la investigación adelantada contra T&C COLOMBIA S.A. Además, el referido error fue saneado a la luz de lo dispuesto en el artículo 45 del CPACA mediante resolución 24574 del 10 de mayo de 2017, en los siguientes términos:

"(...) en virtud del artículo 45 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta Dirección le aclara al abogado que la credencial de inspección que obra a folio 1 del expediente debe entenderse la expresión "profesionales comisionados / autorizados" y no "funcionarios delegados", como quiera que existió un error de transcripción al elaborar el mencionado documento y por lo tanto, al hacer uso de la norma ibídem, esta Dirección corrige dicho error formal."

Téngase en cuenta que la credencial de inspección es un documento procesal en el que se informa al sujeto a visitar sobre las personas que practicarán la visita, el alcance de la misma, y las consecuencias en caso de obstaculizar su práctica, es decir, la credencial de inspección no corresponde a un acto en el que la Entidad manifieste su voluntad sobre algún asunto particular.

De esta forma, el hecho de haberse informado erróneamente que quienes practicarían la visita eran funcionarios delegados, cuando en realidad eran profesionales autorizados o comisionados, en nada afecta el debido proceso de la sociedad recurrente, pues dicho error formal no impidió que T&C COLOMBIA S.A. conociera el fundamento de la visita, fuese notificada del inicio de la investigación

¹ Según el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 *"Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias."*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

indicándosele los hechos y normas posiblemente vulneradas, y se le otorgaran los términos de ley para ejercer su defensa aportando las pruebas que pretendiera hacer valer.

En consecuencia, para este Despacho es claro que el error de forma que se presentó en la credencial de inspección no es prueba de que se haya hecho una delegación de funciones, y menos aun que la actuación administrativa esté viciada de nulidad.

En el mismo sentido, debe entenderse que aunque el acta de visita e informe técnico hagan referencia en su contenido a "*los funcionarios delegados*", ello en nada afecta el debido proceso de la sociedad, y tampoco demuestran que se haya realizado una delegación de funciones como lo afirma la apelante.

- b. Habiendo quedado claro que no hubo delegación administrativa sino una comisión o autorización de los profesionales, y que el error de forma en los documentos de visita e informe no afectan el fondo de la investigación, pues incluso el mismo fue debidamente corregido, debe precisarse que las personas que practicaron la diligencia contaban con las plenas facultades legales para realizar la inspección.

En efecto, como la Dirección lo ha explicado en varias ocasiones, ante la ausencia de personal suficiente que permita a la Superintendencia ejercer sus funciones de control, vigilancia e inspección de manera eficiente y eficaz, la Ley le permite contratar los servicios profesionales de particulares que apoyen el cumplimiento de sus funciones. Es así como la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y el Decreto 1510 de 2013 permite que las Entidades Estatales contraten bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales que se derivan del cumplimiento de sus funciones, siempre que las personas a contratar tengan la idoneidad y experiencia requerida.

Precisamente en este contexto, en el año 2015 la Superintendencia contrató los servicios profesionales de los ingenieros que practicaron la visita, en aras de que apoyaran el cumplimiento de las funciones de control, inspección y vigilancia en lo que se refiere a las visitas de inspección para verificar el cumplimiento del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas – RETIE.

Nótese entonces que en efecto, las personas que realizaron la inspección no eran funcionarios de la Superintendencia sino contratistas, que tenían dentro de sus obligaciones "*realizar visitas de control, vigilancia y verificaciones (...)*" y "*elaborar informes técnicos*". En otras palabras, las personas contratadas contaban con pleno respaldo legal para apoyar las funciones de la Superintendencia mediante la práctica de visitas de control y la elaboración de informes técnicos, entre otras actividades. Obsérvese que en ningún caso los profesionales fueron contratados para realizar labores instrumentales y operativas como lo señala la recurrente, sino que realmente sus obligaciones estaban encaminadas al apoyo en las funciones de la Entidad.

Así las cosas, no es de recibo que la sociedad señale que los referidos contratistas no podían realizar la diligencia de inspección, cuando legalmente es permitido que la Superintendencia contrate los servicios profesionales que le permitan cumplir sus funciones ante la ausencia de personal, y cuando, se insiste, no existió ninguna delegación de funciones como lo expone la sociedad, sino que se comisionó o autorizó a los profesionales para practicar la actividad de control, proceder que es completamente legal.

- c. Tampoco es ajustado a la realidad que la sociedad recurrente afirme que la Superintendencia permitió que los profesionales decidieran discrecionalmente en dónde hacer la visita y qué ensayos de laboratorio ordenar, pues en aras de aclararle a la sociedad debe tenerse en cuenta que las actividades de control que despliega la Entidad no son consecuencia de la improvisación o invención, sino de un verdadero proceso de planeación mensual en el que se identifican los sectores a inspeccionar, según las necesidades de los consumidores, los sujetos, productos y demás pormenores para realizar un control efectivo en el mercado nacional.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Así, cuando la Dirección comisiona o autoriza a los profesionales, lo hace previa indicación de los establecimientos a visitar, de los requisitos a verificar, de las ciudades o regiones y del enfoque a tener en cuenta, entre otros aspectos. Todo ello es consecuencia de las denominadas "Pre-campañas" en las que el equipo interdisciplinario (ingenieros y abogados) de la dependencia discute sobre los detalles de cada campaña de inspección, y llegan a unas conclusiones sobre el particular, de manera que cuando los comisionados proceden a desarrollar las actividades ya cuentan con toda la información necesaria para la ejecución.

En el caso concreto se observa que cuando los profesionales comisionados procedieron a practicar la diligencia en las instalaciones de T&C COLOMBIA S.A. ya tenían delimitada la naturaleza y alcance de la visita tal y como está descrito en el acta en la que se observa que se procedió a realizar una verificación de los requisitos de: i) etiquetado o marcación; ii) de documentación en cuanto al certificado de conformidad, señalándose que si no se aportaba podía ser allegada a la Entidad en un término de 3 días; y iii) de muestras de laboratorio para verificar el cumplimiento del proceso de galvanizado (prueba preece) y de las dimensiones y pesos.

Nótese que todo lo ocurrido en la visita, incluyendo la toma de muestras, la destinación a laboratorios acreditados, y la indicación de un término de 3 días para aportar documentos, hacen parte del enfoque y alcance de la visita que les fue indicado a los profesionales comisionados previo a la ejecución de la diligencia, de manera que no fueron circunstancias determinadas discrecionalmente por los profesionales.

Debe resaltarse que la práctica de una visita de inspección implica la determinación de ciertas instrucciones que son informadas en el marco de la diligencia, sin que ello implique discrecionalidad de parte de quienes la practican. Así, no es de recibo que la sociedad afirme que los profesionales decidieron a su arbitrio sobre las pruebas a realizar y los laboratorios a los que se debían enviar las muestras, pues lo cierto es que los ensayos no solo son los exigidos en el RETIE sino que además fueron determinados en el ejercicio de planeación realizado al interior de la Superintendencia, y en cuanto a los laboratorios, en el acta se indicó cuáles se encontraban acreditados por el ONAC para realizar tales ensayos, sin que se haya exigido el envío a alguno de ellos, es decir, estaba en cabeza del establecimiento visitado identificar a qué laboratorio acreditado enviar las muestras.

- Sobre el rechazo de las pruebas solicitadas en el curso de la investigación

T&C COLOMBIA S.A. expone que la Dirección negó las pruebas solicitadas con la finalidad de demostrar los vicios de nulidad en cuanto a la vinculación laboral de las personas que practicaron la visita, tales como la incorporación de los contratos de prestación de servicios, las hojas de vida, el acto de delegación, y una certificación sobre el tipo de contrato de los ingenieros. Resalta que el rechazo de las pruebas se fundó en que las mismas no eran procedentes para controvertir los incumplimientos, desconociéndose con ello el derecho de la sociedad a pedir las pruebas necesarias para ejercer su defensa.

También indica que en la resolución 26846 de 2016, mediante la que se negó la práctica de pruebas, se omitió manifestar la decisión en el resuelve del acto administrativo, presentándose con ello una clara vulneración al principio de congruencia.

Precisa que a pesar de haberse negado la incorporación de los contratos de prestación de servicios, lo cierto es que la Dirección sí usó el contenido de los mismos en la motivación del acto impugnado, afectándose con ello su debido proceso.

Sobre este punto, la Dirección reiteró los motivos que tuvo para rechazar las pruebas solicitadas, relacionados con la impertinencia e inutilidad de los medios probatorios, en el entendido que los mismos no constituían prueba idónea para demostrar el cumplimiento del RETIE, y tampoco aportaban elementos de valor para las resultas de la investigación.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Revisado el asunto en concreto, este Despacho encuentra que las pruebas solicitadas por la apelante relacionadas con el tipo de contrato de los ingenieros que practicaron la diligencia o el acto de delegación de funciones, no resultaban pertinentes para adoptar una decisión de fondo, máxime si se tiene en cuenta que los supuestos vicios en el procedimiento alegados por T&C COLOMBIA S.A. no corresponden a la realidad, como se explicó en el acápite precedente.

En efecto, de haberse decretado la práctica de los medios probatorios solicitados se habría desviado el fundamento de la investigación en situaciones de hecho diferentes a las investigadas y que ni siquiera resultaban relevantes, pues el tipo de contrato que vinculaba a los ingenieros con la Superintendencia, fuese laboral o de prestación de servicios, en nada afectaba la validez de la visita y de la actuación administrativa como ya se ha expuesto.

Debe tenerse en cuenta que los contratos de prestación de servicios que celebra el Estado Colombiano con particulares son documentos públicos que pueden ser consultados por cualquier persona a través del portal del SECOP, como bien lo puso de presente la Dirección en la resolución impugnada. Con ello se advierte que la prueba sobre la copia de tales contratos también resultaba inútil si se tiene en cuenta que la misma sociedad tenía la posibilidad de acceder a los referidos contratos y aportarlos al plenario si era su intención en el curso del procedimiento.

Precisamente por lo anterior, no se advierte ninguna afectación al debido proceso cuando para motivar el acto recurrido se hizo referencia al contenido de los contratos de prestación de servicios. Insístase, la sociedad T&C COLOMBIA S.A. tiene libre acceso a tales documentos a través del SECOP y en esa medida pudo ejercer su defensa si los consideraba vitales para sus intereses.

Finalmente, el Despacho tampoco considera que se haya vulnerado el debido proceso de la sociedad cuando en la resolución 26846 del 11 de mayo de 2016, mediante la cual se negaron las pruebas, no se incluyó en la parte resolutive el rechazo analizado en la parte considerativa, pues a pesar de que ello marca una incongruencia, la misma no afecta la defensa y contradicción de T&C COLOMBIA S.A., sociedad que tuvo conocimiento del contenido de dicho acto administrativo y a la que se le concedieron los términos de ley, incluyendo 10 días para presentar alegatos de conclusión, generándose de esta manera las garantías necesarias para el ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción.

4.2 Consideraciones en relación con los elementos de fondo

- Sobre la verificación de cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 20 numeral 20.6.1.1 literal g) en cuanto al proceso de galvanizado

La sociedad apelante considera que en la resolución impugnada se pasa por alto que la prueba preece no era plenamente válida para verificar si los productos se ajustaban a lo señalado en el numeral 20.6.1.1. literal g) de la Resolución 90708 de agosto 30 de 2013, norma que estipula que el proceso de galvanizado se puede verificar con una norma equivalente a la ANSI C 80.1.

Así, considera que al haberse practicado la prueba preece se utilizó un ensayo que no era el idóneo, y además, se desconoció su derecho de acreditar otra prueba equivalente, con la que pretendía demostrar que si el número de inmersiones hubiese sido menor al de la preece, como se explica en normas técnicas similares (NMX-H-013-1984), los productos habrían pasado el ensayo sin problemas, tal y como se presentó para la expedición del certificado de conformidad.

Expone también que la prueba preece establecida en la norma ANSI C 80.1.2005 no constituye parte del reglamento técnico sino que hace parte de una norma técnica del ICONTEC que no es vinculante, pues aunque dicha norma es señalada en el numeral 20.6 del RETIE, ello no quiere decir que la prueba preece sea la procedente. A su juicio, la Superintendencia debió indicar en acto administrativo independiente cuál era la prueba que se debía practicar para que la sociedad pudiese defenderse ya fuera oponiéndose a la misma o buscando una prueba equivalente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Estima que la Superintendencia incurre en el error de pasar por alto sus facultades y afirmar que no es la entidad competente para determinar la equivalencia de las normas, pues a la luz del artículo 2.2.1.7.5.13 del Decreto 1595 de 2015, las entidades reguladoras son quienes determinan las equivalencias de los reglamentos técnicos.

En sede de reposición la Dirección explicó que no era cierto que se hubiese hecho exigible el cumplimiento de una norma técnica por encima del RETIE, pues lo que se requirió fue que los productos fuesen sometidos a la prueba exigida en el mismo reglamento técnico para verificar el proceso de galvanizado, esto es, la NTC 105 de 2008, que contiene un procedimiento equivalente al señalado en la norma ANSI C 80.1.

Sobre este punto, es necesario recordarle a la apelante que Colombia cuenta con una organización de instituciones públicas y privadas que realizan actividades relacionadas con la normalización, reglamentación técnica, y evaluación de la conformidad, entre otros, denominada Subsistema Nacional de la Calidad – SICAL, en el marco de la cual las autoridades del Gobierno Nacional competentes para el efecto (entidades de regulación) emiten reglamentos técnicos entendidos como documentos en los que “[] se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables y cuya observancia es obligatoria. (...)” Subraya fuera de texto. En otras palabras, los reglamentos técnicos aplicables en el territorio nacional, establecen prescripciones técnicas o de información con las cuales debe cumplir un producto o instalación, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad, y que son de carácter obligatorio.

De esta forma, el Ministerio de Minas y Energía expidió el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas – RETIE con el objeto fundamental de “establecer medidas tendientes a garantizar la **seguridad** de las personas, de la vida animal y vegetal y la preservación del medio ambiente; previniendo, minimizando o eliminando los riesgos de origen eléctrico.”², con miras a cumplir objetivos legítimos de país tales como la protección de la vida y salud humana.

Para ello, el referido Ministerio estableció exigencias y especificaciones que garantizan la seguridad en las instalaciones eléctricas y de los productos utilizados en las mismas a partir de la fijación de parámetros mínimos de seguridad en este tipo de estructuras. La verificación del cumplimiento de tales requisitos corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, como entidad de control, vigilancia e inspección, circunstancia que denota el yerro en que incurre la recurrente, pues esta Superintendencia no es una autoridad de regulación en materia de productos del sector industria y comercio, de manera que no es su competencia señalar la equivalencia de una norma con los reglamentos técnicos.

En concordancia con lo anterior, debe resaltarse que el RETIE tiene entre sus objetivos específicos evitar accidentes por contactos eléctricos, prevenir incendios o explosiones, evitar daños por sobrecorrientes y sobretensiones, y prevenir la inducción en error al consumidor, pero de manera particular el RETIE busca “Establecer claramente las responsabilidades que deben cumplir los diseñadores, constructores, interventores, operadores, inspectores, propietarios y usuarios de instalaciones eléctricas, además de los fabricantes, distribuidores o importadores de materiales o equipos y las personas jurídicas relacionadas con la generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad.”

Nótese entonces que las exigencias dispuestas en el RETIE no constituyen un simple capricho del Estado encaminado a imponer obstáculos innecesarios en la ejecución de las actividades de empresa, sino que por el contrario, tienen pleno fundamento en la protección de intereses legítimos tan importantes como la vida y la salud de las personas que pueden verse afectados por el indebido desarrollo de las actividades asociadas a las instalaciones eléctricas.

² Artículo 1 de la resolución 181294 de 2008.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Por lo anterior, la apelante, en su condición de importador y comercializador de tubería conduit EMT, debió adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a cada una de las exigencias del RETIE, principalmente en lo que se refiere al proceso de galvanizado, previo a que dicho producto fuera puesto en el mercado nacional a disposición de los consumidores, pues de esta manera, garantizaría la protección de la vida, integridad y seguridad, entre otros intereses legítimos, en el uso de este tipo de productos en instalaciones eléctricas.

No obstante dicha obligación, T&C COLOMBIA S.A. no demostró que sus productos cumplieran todos los requisitos exigidos en el RETIE, pues aunque obtuvo un certificado de conformidad, lo cierto es que la tubería inspeccionada no cumplió las exigencias sobre el proceso de galvanizado como lo exige el literal g) del numeral 20.6.1.1, que preceptúa:

"g. El proceso de galvanizado se debe hacer mediante inmersión en caliente, según la norma ANSI C 80.1 u otra equivalente, asegurando que la superficie interna del tubo quede lisa y con una capa del galvanizado no menor a 20 μ m."

De lo anterior, no cabe duda que para garantizar el proceso de galvanizado el Ministerio de Minas y Energía dispuso que la tubería debía pasar por inmersión en caliente según la norma ANSI C 80.1 u otra equivalente. Para el caso en particular, la verificación se efectuó de acuerdo con la prueba preece establecida en la NTC 105 de 2008, la cual indica un procedimiento determinado por el Ministerio de Minas y Energía como equivalente al de la ANSI C 80.1, particularmente en lo que se refiere a las 4 inmersiones de 60 segundos en una solución de sulfato de cobre a las que debe ser sometida la tubería.

Así las cosas, en el caso concreto no se exigió el cumplimiento de una norma técnica como lo señala la apelante, sino el cumplimiento del proceso de galvanizado según la norma dispuesta por el mismo reglamento técnico. En este mismo sentido, no es de recibo que la sociedad afirme que la prueba preece practicada no era idónea para verificar el cumplimiento del RETIE, pues como se expuso en precedencia, el Ministerio de Minas y Energía señaló que el procedimiento de esta prueba es equivalente al indicado en la norma ANSI C 80.1, siendo así plenamente conducente para verificar el cumplimiento del literal g) numeral 20.6.1.1 del reglamento técnico.

Es importante indicar que la orden impartida en la visita de inspección relacionada con la práctica de la prueba preece no tiene fundamento en la arbitrariedad de los profesionales que llevaron a cabo la diligencia como lo señala la apelante, sino en el mismo RETIE, pues es esta norma la que dispone que la verificación del cumplimiento del proceso de galvanizado se puede hacer conforme a una norma equivalente a la ANSI C 80.1, como bien se presentó al aplicar el procedimiento equivalente dispuesto en la NTC 105 de 2008.

Asimismo, se advierte que la apelante incurre en el error de señalar que se desconoció su derecho de acreditar el cumplimiento del RETIE con otra prueba equivalente en la que con menos inmersiones los productos habrían superado satisfactoriamente el requisito, pues como bien se explicó en instancia de reposición, tanto la norma ANSI C 80.1 como la NTC 105 de 2008 señalan que el procedimiento comprende cuatro (4) inmersiones de un (1) minuto, es decir, no es posible demostrar el cumplimiento del RETIE con un ensayo que disponga menos de 4 inmersiones, pues dicho procedimiento no sería equivalente a la norma ANSI C 80.1, y en consecuencia, no sería conducente en los términos del literal g) numeral 20.6.1.1.

De acuerdo con lo que se viene exponiendo es importante aclarar que el certificado de conformidad es un documento que otorga confianza en el mercado del cumplimiento de los requisitos exigidos en un referente normativo específico, pues precisamente por ello constituye un requisito indispensable para colocar en el mercado productos sometidos a un reglamento técnico. Sin embargo, la certificación que se otorga mediante dicho documento debe reflejarse en las condiciones físicas y técnicas del producto en particular, al punto que los sujetos que participan en la cadena de distribución deben garantizar que el producto certificado realmente cumpla con todas las especificaciones de la norma.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En el caso concreto, si bien T&C COLOMBIA S.A. obtuvo el certificado de conformidad de los productos, lo cierto es que no garantizó que la tubería conduit EMT realmente cumpliera con los requisitos exigidos en el RETIE, ya que en el curso de la investigación se demostró que los referidos productos identificados como "Producto 1: Tubería conduit metálica tipo EMT LEON 1" y "Producto 2: Tubería conduit metálica tipo EMT LEON ¾" no superaron el proceso de galvanizado exigido en el RETIE, en razón a que el Producto 1 no aprobó la segunda inmersión, y por su parte el Producto 2 no aprobó la tercera.

Adviértase así que la recurrente debió adoptar las medidas necesarias, no solo para demostrar que los productos estaban conformes con el RETIE dando así confianza en el mercado sobre el particular, sino también para asegurar que un requisito técnico como el galvanizado de la tubería realmente se cumpliera, previniendo así la afectación a los intereses legítimos tutelados por el mismo reglamento técnico.

No es de recibo entonces que en el escrito de apelación se pretenda justificar el incumplimiento en materia de galvanizado con la obtención del certificado de conformidad, pues se reitera, si bien la obtención de este documento constituye una carga necesaria para la comercialización del producto, la sociedad no se puede limitar a ello sin garantizar que el producto realmente cumpla todos los requisitos, particularmente los de carácter técnico como el proceso de galvanizado.

Finalmente, se debe precisar que tampoco le asiste razón a la sociedad cuando pretende imponer etapas al procedimiento sancionatorio que no se encuentran dispuestas en la normatividad, como por ejemplo que la verificación del cumplimiento se debió haber efectuado indicando de manera previa en acto administrativo el procedimiento de los ensayos que se debía realizar, pues lo cierto es que en ejercicio de las funciones de control, inspección y vigilancia propias de esta Superintendencia, la Entidad está facultada para practicar visitas de inspección e impartir las órdenes a que haya lugar, tales como la práctica de los ensayos necesarios para verificar el cumplimiento de un requisito particular como es el proceso de galvanizado de una tubería conduit EMT, de acuerdo con el RETIE.

- Sobre el soporte probatorio del incumplimiento del artículo 20 numeral 20.6.1.1 literal g)

La recurrente expone que los profesionales que practicaron la visita ordenaron la realización de las pruebas en los laboratorios que ellos consideraron, sin percatarse que uno de los laboratorios señalados no contaba con acreditación ante el ONAC, y que el otro no podía ser seleccionado en razón a que no podía remitirse la muestra al mismo laboratorio que sirvió de soporte dentro del proceso de certificación. Señala que dicha imprecisión fue incluso reconocida en el acto impugnado, en el que se indicó que no era posible sancionar el incumplimiento del literal d) numeral 20.6.11 del artículo 20, en la medida en que el CIDET no se encontraba acreditado.

Explica que a pesar de lo anterior la Dirección vulneró el principio de "inexindibilidad" de la prueba, en la medida en que consideró válida la prueba preece practicada por el CIDET, y al mismo tiempo no tuvo en cuenta el resultado de este mismo laboratorio respecto de la otra prueba ordenada. Al respecto, estima que habiéndose demostrado la falta de idoneidad técnica del laboratorio, no era posible usar los resultados de los ensayos como soporte para sancionar. Además, advierte que en el plenario se demostró que el CIDET no cumplió con las condiciones ambientales de temperatura necesarias para la validez de los resultados según la norma ANSI C 80.1.

Así las cosas, considera que las pruebas practicadas por CIDET no pueden ser tenidas como válidas, pues se trata de un soporte probatorio obtenido de manera ilegal e irregular.

Señala también que la Dirección se equivoca cuando estima que el informe del CIDET cumple con unos requisitos mínimos debido a que cuenta con la información que estipula la NTC-ISO/IEC 17025, ignorando de nuevo que las normas técnicas no son obligatorias ni vinculantes, como bien lo establece el Decreto 1471 de 2014.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

La Dirección se pronunció sobre este punto indicando que la indivisibilidad de la prueba que defiende la recurrente no es aplicable en el sentido que se señala en el recurso, pues aunque el laboratorio no estuviese acreditado para una de las pruebas, la invalidez recae es sobre esta y no sobre las dos que fueron practicadas. Así, para la Dirección los resultados de la prueba preece llevada a cabo por CIDET, respecto de la cual sí estaba acreditado, resultan a todas luces idóneos y conducentes para soportar el incumplimiento del RETIE que fundamentó la medida sancionatoria.

Analizado el punto en concreto, el Despacho encuentra ajustada la postura de la Dirección, pues la acreditación del laboratorio CIDET para la práctica de la prueba preece resulta suficiente para darle validez a los resultados obtenidos, y en este sentido para sustentar probatoriamente el incumplimiento del literal g) numeral 20.6.1.1. El hecho de la falta de acreditación para la práctica de la otra prueba relacionada con las dimensiones y pesos no afecta en nada la idoneidad, independencia, imparcialidad y capacidad técnica del laboratorio para realizar la prueba preece para cual sí se encontraba debidamente acreditado por el ONAC.

Corresponde precisar que los laboratorios señalados en la diligencia de inspección corresponden a los que contaban con acreditación ante el ONAC para el momento de la visita, y en ningún caso a los que caprichosamente fueron considerados por los profesionales de la Superintendencia. De esta forma, el sujeto visitado tenía la responsabilidad de asegurar el envío de las muestras seleccionadas a un laboratorio acreditado, ya fuera los indicados en la visita o cualquier otro que contara con la debida acreditación para la práctica de los ensayos.

Además, una lectura juiciosa del acto recurrido permite establecer sin lugar a dudas que la Dirección en ningún caso calificó como *inválido* el informe de CIDET, pues el análisis de la instancia solamente determinó que *"tomando en consideración que la formulación del cargo relacionado con el presunto incumplimiento de la letra d) numeral 20.6.1.1 del RETIE, se fundamenta probatoriamente en el ensayo de dimensiones y peso practicado por el laboratorio CIDET sin alcance en su acreditación para ello, resulta procedente acoger el argumento de la investigada en garantía de su derecho de defensa, y en consecuencia desvirtuar dicho cargo"*.

Adviértase que la Dirección se limitó a acoger el argumento de la sociedad ante la falta de acreditación del laboratorio para practicar la prueba de dimensiones y pesos, sin considerar que todo el informe de resultados no tenía validez alguna como lo pretende hacer ver la recurrente.

En este orden de ideas, para este Delegado los resultados de la prueba preece practicada por el laboratorio acreditado CIDET sí constituye soporte del incumplimiento de lo preceptuado en el literal g) del numeral 20.6.1.1, pues en los mismos se advierte con claridad que el *"Producto 1: Tubería conduit metálica tipo EMT LEON 1"* no aprobó la segunda inmersión en la solución de sulfato de cobre, y el *"Producto 2: Tubería conduit metálica tipo EMT LEON 3/4"* no aprobó la tercera inmersión, advirtiéndose con ello el incumplimiento del proceso de galvanizado exigido en el RETIE.

En relación con lo señalado por la recurrente respecto de las condiciones ambientales de la prueba preece practicada por el laboratorio CIDET, se advierte que las características que se determinan para llevar a cabo el ensayo, incluyendo la temperatura, no inciden en las condiciones específicas de la prueba, es decir, en la temperatura de la solución de sulfato de cobre en la que se deben hacer las inmersiones de los productos. Téngase en cuenta que precisamente la acreditación del laboratorio permite establecer que este organismo asegura las propiedades y condiciones exigidas en la normatividad para este tipo de pruebas, sin que el decir de la sociedad genere duda sobre el procedimiento llevado a cabo.

Finalmente, es necesario aclararle a T&C COLOMBIA S.A.S. que no se observa que la Dirección le haya dado valor al reporte del CIDET debido al cumplimiento de una norma técnica que no es obligatoria, pues si se lee con juicio el análisis presentado en el acto impugnado, lo que la instancia expuso es que el informe del referido laboratorio contenía las exigencias dispuestas en la NTC 17025, es decir, de la norma bajo la cual se encuentra acreditado el laboratorio ante el ONAC. Lo anterior, con

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

el ánimo de controvertir el argumento de la sociedad según el cual el informe de resultados carecía de información.

- Sobre la proporcionalidad de la medida sancionatoria

La recurrente expone que como criterio para aumentar la multa se consideró la reincidencia por sanciones impuestas ante el incumplimiento del RETIE cuya ocurrencia de los hechos supera los 6 años. A su juicio, tales situaciones fácticas no pueden considerarse para agravar la medida, pues los criterios para ello son restrictivos como bien lo estipula el artículo 639 del Estatuto Tributario, donde se indica que la reincidencia solo se configura si la conducta ocurre dentro de los 2 años siguientes.

Además, considera que la orden administrativa impartida no es procedente, pues al quedarse sin fundamento el incumplimiento del RETIE, no hay lugar a impartir una medida encaminada a sacar del mercado los productos.

Al respecto, revisado el acto impugnado se observa que la medida sancionatoria impuesta responde al principio de proporcionalidad en la medida en que la misma fue motivada en la infracción que quedó probada, y al haberse determinado la imposición de una multa se realizó un análisis integral de los criterios dispuestos en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, y que contaban con el debido soporte en el plenario.

En relación con el argumento de la recurrente según el cual la multa se agravó en razón a que se tuvieron en cuenta sanciones que se fundamentan en hechos ocurridos hace más de 6 años, este Despacho coincide con la Dirección cuando en instancia de reposición explica que la multa no fue determinada exclusivamente por los hechos de reincidencia encontrados, pues el criterio principal para tasar la sanción correspondió al riesgo generado con el incumplimiento, el cual fue debidamente analizado en el acto recurrido al punto que se señaló con detalle que el hecho de colocar en el mercado los productos tubería conduit EMT sin contar con un debido proceso de galvanizado, puede generar la ruptura de los tubos, pues no se garantiza la resistencia y protección adecuada de los conductores, y de esta forma se advierte un riesgo de cortocircuitos, incendios y electrocución, entre otros accidente de riesgo eléctrico.

Para este Despacho la gravedad del incumplimiento denota necesariamente la severidad de la medida sancionatoria, de manera que si bien la reincidencia también fue tomada en cuenta en contra de la sociedad, no correspondió al criterio principal o exclusivo en el ejercicio de dosimetría sancionatoria. Téngase en cuenta que incluso se consideraron criterios atenuantes como no haber encontrado el uso de medios fraudulentos y que la sociedad dio cumplimiento a la orden preventiva emitida en el curso de la investigación.

Sea de aclarar que la remisión que la sociedad hace al Estatuto Tributario no resulta aplicable al caso concreto, en la medida en que las actuaciones de control y vigilancia en materia administrativa adelantadas por la Superintendencia se rigen por el régimen especial contenido en el Estatuto del Consumidor, y en cuanto al procedimiento sancionatorio por lo dispuesto en el CPACA.

Por último, no le asiste razón a la sociedad cuando señala que la orden administrativa consistente en prohibir de manera definitiva la importación, distribución y/o comercialización de los productos inspeccionados no es procedente debido a que a su juicio no hay prueba del incumplimiento del RETIE. Como se advierte en el presente proveído, para este Despacho sí existe plena prueba del incumplimiento al reglamento técnico de parte de la sociedad, razón por la cual la referida orden administrativa cuenta con el debido respaldo probatorio correspondiendo su confirmación.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la resolución 41215 del 12 de julio de 2017, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la sociedad T&C COLOMBIA S.A.S. identificada con NIT 830.077.641-3, entregándole copia de la misma e informándole que contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

09 JUL. 2018

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


JAIRO ENRIQUE MALAVER BARBOSA

NOTIFICACIÓN

Nombre:	T&C COLOMBIA S.A.S.
Identificación:	NIT 830.077.641-3
Apoderado:	Jaime Andrés Osorio Marum
Identificación:	C.C. 79.950.225 T.P 182.341 del C.S. de la J.
Email de notificación:	josorio@omlegal.com ³
Representante Legal:	Yu Shinn Chieng
Identificación:	C.E. 202.232
Email de notificación judicial:	info@tycamerica.com
Dirección de notificación judicial:	Calle 222 No. 58-38 Bogotá D.C.

JEMB / BBC
mm

³ Correo electrónico informado por el apoderado a folio 95. En el escrito de recurso no informa dirección alguna.