



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 17857-18 DE 2018

(15 MAR 2018)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Expediente No. 16-195403

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

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Resolución 16547 del 5 de abril de 2017 (fls.52-57), impuso una sanción pecuniaria por la suma de **ONCE MILLONES SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$ 11 065 755 COP)**, equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la señora **LILIANA MONTOYA CLAVIJO**, identificada con cédula de ciudadanía 21.482.763, por incumplir lo preceptuado 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 señora **LILIANA MONTOYA CLAVIJO**, identificada con cédula de ciudadanía 21.482.763, dentro del término legal, mediante comunicación radicada el 19 de abril de 2017 (fls.58-61), interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación frente a la Resolución 16547 del 5 de abril de 2017, para lo cual, la tesis de los argumentos de defensa, en síntesis, consisten en:

2.1. Respecto a la aplicación del principio de favorabilidad.

La promotora del recurso, luego de hacer mención sobre la sanción que le fue impuesta en el acto administrativo que discute, solicita le sea aplicado el principio de favorabilidad, tomando en cuenta que la Resolución 77507 de 2016, dispuso un nuevo procedimiento de verificación metrológica para los surtidores de las EDS. En efecto, en sentir de la investigada, si la forma de verificar actualmente los surtidores, es la que está dispuesta en aquella normativa; en atención a dicho principio, y luego de hacerse mención sobre lo que la Corte Constitucional ha conceptualizado sobre ello, considera que es la que debe aplicarse al caso concreto para que *"regule las consecuencias jurídicas de los hechos"*, y así determinarse que no había infracción alguna.

Lo anterior, pues en la visita de inspección y vigilancia realizada, no se tuvieron en cuenta todos los *"elementos de juicio objetivos y demás factores técnicos"* que trae el nuevo Reglamento; así mismo, porque esta modificó *"circunstancias fácticas para hallar un presunto incumplimiento"*, y ha previsto otra clase de exigencias.

A renglón seguido, hace una breve explicación de lo que la doctrina entiende por la retroactividad de la ley más favorable, para rematar su defensa argumentando que no es dable aplicar un *"régimen sustancial y procesal"* que le resulta adverso, frente a unos hechos que bajo la nueva normatividad, no permite elucidar un presunto incumplimiento, en especial, porque el nuevo procedimiento tiene en cuenta aspectos a considerar, como las condiciones mínimas de estabilidad.

TERCERO. Que mediante Resolución 38076 del 30 de junio de 2017 (fls.66-68), se resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando lo decidido en la Resolución 16547 del 5 de abril de 2017, y 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, una vez agotado el trámite respectivo, este Despacho procede a desatar el recurso de apelación, así:

La sanción impuesta mediante Resolución 16547 del 5 de abril de 2017, tiene como fundamento el incumplimiento del literal g) del artículo 2.2.1.1.2.2.3.68 del Decreto 1073 de 2015, al haber quedado probado que en la **EDS CIUADAELA**, la unidad de medida de la isla 1, surtidor 1, serie 9120301, manguera 1, se encontraba por fuera del margen de tolerancia el suministro de gasolina corriente en flujo lento, con un resultado de -9 pulgadas cúbicas.

Sobre tales bases, el Despacho se pronuncia sobre el argumento de defensa así:

4.1. En lo referente a la aplicación del principio de favorabilidad.

El literal g) del artículo 2.2.1.1.2.2.3.68 del Decreto 1073 de 2015, el cual estaba vigente para la época en la cual se realizó la visita de inspección y vigilancia en la **EDS CIUADAELA**, de propiedad de la investigada, establece:

“g). 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”

La Dirección de Reglamentos Técnicos adujo que luego de efectuarse el procedimiento en la EDS CIUADAELA, conforme lo establece el referido Decreto *ídem*, se encontró que de diez mangueras, una se encontraba por fuera del margen de tolerancia, en un resultado de -9 pulgadas cúbicas, y por ello, no fue de recibo el argumento tendiente a que se efectuaron acciones correctivas, tomando en cuenta que fueron de manera posterior; así mismo, que pese al hecho excepcional y aislado que se alega, la obligación que se tenía como distribuidor minorista de combustible, es mantener debidamente calibrados en cero los surtidores. Por otro lado, y en sede de reposición, se sostuvo que el nuevo Reglamento Técnico no estaba vigente para la época en la cual se hicieron las averiguaciones preliminares, que la aplicación del principio de favorabilidad, es propia del derecho penal, y no se emplea en investigaciones que traten sobre infracciones a las normas de metrología legal.

Inconforme con lo decidido, la apelante indica que para el caso concreto se debe aplicar lo dispuesto en la Resolución 77507 de 2016, esto es, el Reglamento Técnico Metrológico Aplicable a Surtidores, el cual se encuentra vigente actualmente, y no lo previsto en el literal g) del artículo 2.2.1.1.2.2.3.68 *ibídem*, atendiendo al principio de favorabilidad.

Conforme los argumentos que expone la recurrente, este Despacho, compartiendo las conclusiones a las que llegó la Dirección, primero le indica que efectivamente la Resolución 77507 de 2016, al entrar en vigencia el 15 de mayo de 2017, no se encontraba vigente para la fecha en la cual se hizo la visita de inspección, a saber, el día 4 de agosto de 2016, y por ello, no se podía desarrollar el procedimiento que aquella establece.

Por otro lado, y en lo que refiere a la aplicación del principio de favorabilidad, resulta acertado el análisis que hizo la instancia que antecede, pues efectivamente, cuando se trata de procedimientos administrativos sancionatorios que tratan sobre protección al consumidor, como los propios de la metrología legal, no es aplicable dicho precepto.

En efecto, no resulta aplicable en la medida que los principios y postulados del derecho penal no tienen cabida alguna en los procedimientos administrativos sancionatorios que se adelantan en esta materia, que tienen por objeto proteger los derechos e intereses de los consumidores.

Así entonces, y para este caso concreto, el régimen de responsabilidad que se debe aplicar es el dispuesto en la Ley 1480 de 2011 – Estatuto del Consumidor –, el cual se identifica por tener características específicas que denotan una naturaleza especial frente a otro tipo de procedimientos administrativos sancionatorios, y es por esta razón que principios propios del debido proceso penal,

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

como la favorabilidad, no resultan aplicables, tal cual ha sido definido por el mismo Consejo de Estado¹, cuando explica 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 expuesto, y sin desconocer que por regla general, conforme lo ha establecido la jurisprudencia, el principio de favorabilidad es aplicable en los procedimientos administrativos sancionatorios como postulado propio del debido proceso, también es cierto que se ha establecido la excepcionalidad en su aplicación, en materias que por su naturaleza no sean compatibles con dicho principio, y la consecuente necesidad de tener en cuenta esta circunstancia para identificar en cada materia particular la procedencia de su aplicación.

La protección al consumidor resulta ser una materia particular cuya naturaleza no es compatible con el principio de favorabilidad en razón a su origen constitucional en el artículo 78 de la Carta Política, circunstancia que no es resultado de un simple capricho nacional sino que tiene verdadero fundamento en la realidad que afrontan los consumidores ante la posición asimétrica en la que se encuentran frente a los comerciantes, lo cual además, justificó la atribución de rango constitucional a los derechos de los consumidores como lo explica la doctrina nacional:

"En el informe ponencia sobre derechos colectivos ante la Asamblea Nacional Constituyente², se justifica la atribución de rango constitucional a los derechos de los consumidores, junto con los demás derechos colectivos, "en reconocimiento de su influencia decisiva en el desenvolvimiento de la vida comunitaria de la sociedad y con el propósito de favorecer su ejercicio"

Se evidencian en el mismo informe, las situaciones fácticas y el sentido y finalidad de la intervención estatal respecto de la protección de consumidores y usuarios, y de la responsabilidad en la producción y comercializan de bienes y servicios:

Los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes. Frente a esta situación (...), el artículo que recomendamos³ consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios, para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento, y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o subordinación.⁴" Subraya del Despacho.

En este sentido, y a partir del contenido del Estatuto del Consumidor, debe advertirse que el carácter de las normas de protección al consumidor como disposiciones de orden público que buscan proteger el libre ejercicio de los derechos de los consumidores y amparar el respeto de sus intereses económicos⁵, y que además deben interpretarse de la forma más favorable al consumidor⁶, revelan con mayor claridad la particularidad de la materia, pues ello muestra que se trata de normas de obligatorio cumplimiento con las que se pretende proteger los derechos de los consumidores, incluyendo su salud, seguridad e información; y en las que la favorabilidad es entendida como un principio propio del consumidor en su concepción general para el caso de las actuaciones administrativas.

Así, el principio de favorabilidad del debido proceso penal, entendido como aquel que permite la aplicación de la norma que resulte más favorable para el sujeto investigado, que en protección al consumidor corresponde al comerciante, no guarda cabida alguna en esta materia de derecho sancionatorio.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. 18 de agosto de 2005. Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00524-01.

² Informe Ponencia sobre "Derechos Colectivos", Asamblea Nacional Constituyente - Gaceta Constitucional n.º 46. Ponentes: IVAN MARULANDA, ANGELINO GARZÓN, GUILLERMO PERRY, TULLIO CUEVAS, JAIME BENITEZ y GUILLERMO GUERRERO.

³ Que a la postre sería el artículo 78 de la Constitución.

⁴ CAYCEDO Espinel, Carlos Germán. Principios e Instituciones del Derecho de Protección al Consumidor en Colombia en VALDERRAMA Rojas, Carmen Ligia, Perspectivas del Derecho del Consumo. Universidad Externado. 2013. Páginas 178-179.

⁵ Ver artículo 1 de la Ley 1480 de 2011.

⁶ Ver artículo 4 de la Ley 1480 de 2011.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

No obstante todo lo expuesto, este Despacho evidencia que de diez mangueras verificadas, cinco se encontraban calibradas en cero, y solo una por fuera de los márgenes de tolerancia; luego entonces, y a juicio de esta Instancia, la sanción impuesta resulta ser excesiva para los hechos que le sirvieron de causa, y por ello, será reducida.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Modificar el artículo primero de la Resolución 16547 del 5 de abril de 2017, el cual quedará así:

"ARTÍCULO PRIMERO: Imponer a la señora LILIANA MONTOYA CLAVIJO, identificada con cédula de ciudadanía No. 21.482.763, una sanción pecuniaria por la suma de **SIETE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA (\$ 7 377 170 COP)**, equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

PARÁGRAFO. El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-87028-2, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, Código Rentístico 03 (multas). El pago deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta Resolución y acreditarse en la ventanilla de Tesorería de esta Superintendencia con el original de la consignación, donde le expedirán el recibo de caja aplicado a la Resolución sancionatoria. Vencido este plazo se cobrarán intereses por cada día de retraso, liquidados a la tasa del 12% efectivo anual"

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar la Resolución 16547 del 5 de abril de 2017, en todos sus demás apartes, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la señora LILIANA MONTOYA CLAVIJO, identificada con cédula de ciudadanía 21.482.763, entregándole copia de la misma e informándole que contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

15 MAR 2018

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


ALEJANDRO GIRALDO LÓPEZ

Notificación

Investigada:	LILIANA MONTOYA CLAVIJO
Identificación:	C.C. 21.482.763
Dirección de notificación:	Calle 22 No. 51 - 527
Municipio:	Marinilla (Antioquia)

Agl
jmm