

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 17 MAR 2020

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001-33-33-008 2016-00012-01

Tema: Confirma sentencia de primera instancia que negó pretensiones – Principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones dentro del procedimiento administrativo sancionatorio.

Magistrado ponente: **Luis Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja, que negó pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. De la demanda

El señor Fabio Alberto Sánchez Morales mediante apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del Derecho contra la Superintendencia de Industria y Comercio, para que se acojan las siguientes:

2. Pretensiones

Que se declare la nulidad de las Resoluciones No 12889 del 25 de marzo de 2015, No 34974 del 3 de julio de 2015, No 35980 del 14 de julio de 2015, por medio de las cuales, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanción al demandante confirmada en recurso de reposición y apelación, consistente en sanción pecuniaria por la suma de setenta y siete millones trescientos veintidós mil pesos m/cte, equivalente a 120 S.M.L.M.V.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada, a que reconozca y pague a favor del demandante, la totalidad de los perjuicios de orden

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

2

material y moral que le fueron ocasionados en virtud de la expedición de los actos administrativos demandados.

Como pretensiones subsidiarias pidió que se disponga que las multas impuestas al demandante, deben ser reducidas por haber desconocido los criterios de graduación y el principio de proporcionalidad establecidos en la Constitución y en la ley, y en consecuencia se ordene la reducción de las mismas en la forma descrita en la demanda o el menor valor que se llegare a determinar de conformidad con lo que se pruebe o decida en el trámite del proceso.

Que la sentencia se profiera y sea acatada por la demandada, de conformidad con lo señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

En escrito del 20 de septiembre de 2016¹, se reformó la demanda y se adicionó como pretensión "Ordenar a la entidad demandada efectuar la devolución al demandante de la suma de ochenta y dos millones quinientos dos mil seiscientos pesos m/cte (\$ 82.502.600), o la suma que resulte de la reducción de la multa impuesta, debidamente indexada, por concepto de la sanción pagada". La pretensión fue adicionada toda vez que con posterioridad a la presentación de esta demanda, la parte demandante pagó la multa impuesta.

3. Fundamentos fácticos

Narra la demanda que los actos administrativos demandados corresponden a la decisión tomada en primera instancia por la dirección de investigaciones para el control y verificación de reglamentos técnicos y metrología legal de la Superintendencia de Industria y Comercio, confirmada en reposición, y en apelación por el superintendente delegado para el control y verificación de reglamentos técnicos y metrología legal de la misma entidad, y por medio de las cuales se impuso sanción pecuniaria al demandante por valor de setenta y siete millones trescientos veintidós mil pesos m/cte, equivalente a 120 S.M.L.M.V, sanción que a la fecha de presentación de la demanda no se había pagado y la cual generó al demandante graves perjuicios

¹ Ver folios 85 y 86 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

3

tanto económicos como morales, lo cual se ha traducido en la disminución de sus ingresos en el establecimiento de comercio E.D.S. GASOLINERA EL JARDÍN.

Sin embargo, en el escrito de reforma de demandada, el demandante agregó el hecho de haber pagado la sanción impuesta.²

4. Fundamentos de Derecho

4.1. Normas invocadas

- **Constitución Política de Colombia** artículos 2, 6, 29 y 121

4.2. Concepto de la violación

Recuerda que el debido proceso constituye un derecho fundamental que se debe aplicar a todas las actuaciones judiciales y administrativas y debe observar la plenitud de las formas propias de cada juicio, garantizando además la oportunidad de controvertir todas las pruebas allegadas en contra del administrado.

Señaló que la demandada en su decisión quebrantó el principio de proporcionalidad, porque la sanción impuesta no está conforme con la presunta falla que se imputa, siendo esta una causal de nulidad de los actos demandados por exceder las facultades sancionatorias de la entidad accionada.

Indicó que la sanción impuesta corresponde a un 408% de la utilidad del ejercicio que obtuvo en el año 2013 en su establecimiento de comercio, tal y como se evidencia en sus estados financieros. En otras palabras, la multa impuesta se torna desproporcionada ya que equivale a los ingresos netos que se obtienen durante más de 4 años de trabajo en la actividad desempeñada por el demandante.

Trajo a colación jurisprudencia frente al principio de proporcionalidad en la que se ha indicado que dicho principio es un postulado que informa toda la actividad

² Ver folios 85 y 86 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

4

administrativa. No obstante, cuando se impone a una persona una carga desproporcionada o injusta conlleva el ejercicio arbitrario de la autoridad pública.

Indicó que los actos administrativos están falsamente motivados porque los fundamentos en que se estructuró el monto de la sanción no corresponden a las condiciones reales del demandante, pues existió una apreciación errada, lo que conllevó a que se vulnerara el principio de proporcionalidad.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 26 de febrero de 2016³ ante el Juzgado 8 Administrativo Oral de Tunja, quien mediante proveído del 10 de marzo del mismo año la admitió⁴, ordenando además la notificación personal a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional De Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en el C. P. A. C. A.

1. Contestación de la demanda⁵

Mediante escrito radicado el 5 de septiembre de 2016, el apoderado de la accionada contestó la demanda manifestando su oposición a las pretensiones por cuanto carecen de fundamento jurídico. Procedió a narrar los fundamentos fácticos que dieron lugar a la sanción impuesta, así:

“Esta Superintendencia en desarrollo de sus facultades de Vigilancia y control efectuó visita de control metrológico en la "EDS el Jardín", encontrando que: a.) ninguna de las tres mangueras verificadas estaba calibrada en ceros y b) La manguera uno del surtidor uno de la isla dos se encontraba por fuera del margen de tolerancia en el suministro de combustible lento, esto es, -9.5in^3 cuando el margen de tolerancia permitido en la ley es de $\pm 7\text{in}^3$, partiendo desde 0, para un calibrador de 5 galones.

Es decir, que esta Entidad logró determinar que en la manguera uno del surtidor uno de la isla dos, en cada cinco galones en suministro lento, el consumidor dejaba de recibir 9.5 pulgadas cúbicas de combustible, motivo por el cual esta Entidad se vio en la necesidad de sellar el surtidor imponiendo sello de seguridad No. 1100.

Con posterioridad a los hechos expuestos, por solicitud del demandante, quien manifestó haber efectuado la calibración del surtidor, se hizo una nueva verificación donde se encontró que efectivamente se había solucionado el problema encontrado en la visita anterior y que el surtidor ahora presentaba variaciones de -3in^3 en rápido y -2in^3 en lento.

³ Ver folio 45 del expediente.

⁴ Ver folios 47 a 50 del expediente.

⁵ Ver folios 74 a 80 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

5

En razón a los hechos expuestos, esta Superintendencia decidió mediante resolución 64353 del 31 de octubre de 2013, iniciar proceso sancionatorio contra el señor Fabio Alberto Sánchez Morales, identificado con cedula de ciudadanía número 17'308.498, quien presentó escrito de descargos el 11 de diciembre de 2013.

Dentro del mencionado procedimiento administrativo, se tuvieron en cuenta las pruebas obrantes en el expediente de conformidad a lo establecido en la resolución No. 54169 del 10 de septiembre de 2014, donde además se corrió traslado por diez días para alegar de conclusión, tiempo dentro del cual el demandante presentó sus alegatos.

Una vez se evacuaron las etapas anteriores y teniendo en cuenta las pruebas a que se hizo referencia en la resolución No. 54169, así como lo manifestado por el entonces investigado, tanto en sus descargos como en sus alegatos de conclusión; la Superintendencia de Industria y Comercio en razón a la vulneración de lo establecido en el decreto 1521 de 1998, mediante resolución No. 12889 de 2015 decidió imponer sanción pecuniaria al demandante por valor de 120 salarios mínimos mensuales vigentes, esto es, solo un seis por ciento del techo sancionatorio establecido en la ley 1480 de 2011, por vulneraciones a lo establecido en materia de reglamentos Técnicos y Metrología Legal.

Contra la mencionada decisión el sancionado presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, el 15 de abril de 2015, los cuales fueron resueltos mediante las resoluciones Nos. 34974 de 2015 y 35980 de 2015 respectivamente, donde tras revisar cada uno de los argumentos expuestos por el demandante se confirmó la decisión adoptada”.

Adujo que el reparo del demandante según el cual la multa supera las utilidades reportadas en el estado de resultados del año 2013 y 2014 no es coherente con el hecho de que dentro de los estados de resultados se encuentran ingresos por más de 250 millones de pesos, y que según el balance general para ese mismo año se encuentran activos corrientes y no corrientes por más de 700 millones de pesos. Debe tenerse en cuenta además que las cifras tenidas en cuenta por la entidad para hacer la tasación de la sanción se encuentran plenamente identificadas en los estados financieros así como soportados, en el material probatorio a lo largo de la actuación administrativa.

En cuanto al principio de proporcionalidad de la norma señaló que el mismo es un criterio que ha de tener en cuenta la administración cuando hace uso de sus facultades de carácter discrecional en materia sancionatoria y para su aplicación se tienen en cuenta los criterios generales establecidos en la Ley 1437 de 2011, así como aquellos referidos en el artículo 61 parágrafo 1 de la Ley 1480 de 2011, los cuales fueron aplicados por la entidad, determinando lo siguiente:

- Que uno de los surtidores de gasolina se encontraba descalibrado por encima del margen de tolerancia, vulnerando con ello el literal g del artículo 31 del decreto 1521 de 1998.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

6

- Se valoró el hecho de que el infractor no fuera reincidente y que hubiera corregido la conducta infractora con prontitud, así como el ánimo colaborativo con la entidad, y la no existencia de evidencia de uso de medios fraudulentos, factores estos que fueron tenidos en cuenta como atenuantes de la conducta y evitaron que la sanción que se impuso fuera de mayor rigor.

- No obstante indicó que la entidad también analizó el impacto en los consumidores para lo cual se tuvo en cuenta el número de ventas que duplicó la capacidad instalada de la estación de servicio, así como su ubicación, esto es, única bomba ubicada sobre la vía Guateque, así como el nivel de competencia en el sector, que se limita en forma exclusiva a tres bombas de servicio, lo que permite entrever que la conducta infractora tiene impacto económico negativo sobre un gran número de consumidores.

Valorados los presupuestos mencionados, la sanción impuesta no superó el 6% del máximo monto sancionatorio, el cual en la actualidad supera los mil millones de pesos.

De otra parte señaló que si bien el demandante alegó que para el año 2013 tuvo una utilidad neta de poco más de dieciocho millones de pesos, de los estados financieros referidos se puede observar que los ingresos brutos fueron más de doscientos millones de pesos, así mismo del comparativo de los estudios financieros de 2013 y 2014 se puede observar que el sancionado, tuvo una disminución en sus gastos de administración de más de cuarenta millones de pesos. Además, de la documentación allegada se puede observar que el demandante suma entre activos corrientes y activos fijos más de seiscientos millones de pesos en activos.

Lo anterior es de relevancia al decir de la entidad, porque permite ver la descontextualización de la apreciación de la parte demandante, en la medida en que la sanción impuesta no deja al demandante cerca de un proceso concursal o de insolvencia, pues su ingresos brutos así como los activos líquidos alcanza a cubrir con creces el monto impuesto por la entidad, o en otras palabras, tal como se manifestó en la resolución que resolvió el recurso de apelación, la sanción impuesta abarca un 12.55% de los ingresos del demandante y un 32.456 de sus activos, y a su vez, el monto de la sanción, no alcanza siquiera el monto de los activos corrientes.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

7

Indicó entonces que la Superintendencia de Industria y Comercio no solo adecua su actuación a los criterios de graduación establecidos en la Ley 1480 de 2011, sino que guarda consonancia con los balances económicos del accionante, de tal suerte que no causa un perjuicio económico, más allá del monto sancionatorio impuesto.

Por lo demás señaló que las resoluciones demandadas cumplen con los requisitos de motivación conforme a los parámetros legales, máxime cuando el demandante no cuestiona el hecho de haber incurrido en las conductas sancionables que dieron origen a las resoluciones sancionatorias demandadas.

2. Audiencia inicial

Mediante proveído del 1 de noviembre de 2016⁶ se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA, diligencia que se llevó a cabo el día 28 de noviembre de 2016, la cual se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo,⁷ finalizada la cual y si pruebas por decretar, se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión y se profirió sentencia en la misma audiencia.

3. Alegatos de conclusión⁸

Dentro del término otorgado presentó escrito la parte demandante y la entidad demandada. El Ministerio Público guardó silencio.

4.1. Parte demandante⁹

Señaló que con las pruebas allegadas al expediente se comprueba que la entidad demandada con la expedición de los actos administrativos demandados desconoció los principios de proporcionalidad en razón a que la sanción no está conforme a la falta imputada, siendo esto, una causal de nulidad de los actos administrativos.

⁶ Ver folio 96 del expediente.

⁷ Ver folios 99 a 107 del expediente.

⁸ Ver DVD obrante a folio 108 del plenario

⁹ Ibidem

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

8

No obstante, la multa impuesta equivale al 408.5% de la utilidad del ejercicio que obtuvo el demandante en el año 2013, siendo dicha multa desproporcionada, pues ella equivale a los ingresos netos obtenidos durante más de 4 años de trabajo del demandante.

La sanción afecta el patrimonio del demandante y rompe los límites dentro de los cuales debía moverse la entidad al imponer la sanción.

Insistió que existió falsa motivación en los actos demandados porque el monto de la sanción no corresponde a las condiciones reales del demandante. En consecuencia, de acuerdo a la información financiera de la parte actora, se evidencia que la entidad no tuvo en cuenta los límites que se le imponían a la hora de establecer la sanción.

4.2. Entidad demandada¹⁰

Además de reiterar lo informado en la contestación de la demanda, señaló que la multa no superó los límites normativos para su imposición, pues la misma parte de la exigencia del cumplimiento de reglamentos técnicos, los cuales tienen relevancia en el sentido de que protegen la salud y la vida de los consumidores o quienes se ven expuestos por su incumplimiento.

Para el caso de las estaciones de servicio, respecto del incumplimiento del reglamento técnico debe tenerse cuidado al momento de hacer la revisión y el control, pues este debe ser riguroso, ya que su incumplimiento puede desencadenar en tragedias, cuyo cumplimiento preventivo es competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La afectación del incumplimiento de reglamentos técnicos la percibe el consumidor final. Para el caso concreto, no se superó la tasación de la sanción porque los estados financieros del demandante demuestran que tiene los recursos para cumplir con la multa por el incumplimiento del reglamento técnico, situación que no fue desmentida en la demanda.

¹⁰ Ibídem

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

9

Solicita entonces negar las pretensiones de la demanda en pro de los consumidores.

III. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Octavo Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja mediante fallo proferido el 28 de noviembre de 2016¹¹, negó las pretensiones de la demanda. Planteó como problema jurídico: ¿Teniendo en cuenta los criterios normativos de graduación de la sanción, en este asunto, la cuantía de la multa impuesta es desproporcionada y, en ese sentido, afecta la legalidad de los actos administrativos demandados?

Indicó que conforme al principio de legalidad, en concordancia con el de tipicidad, la descripción de una sanción debe ser clara y precisa, de forma que exista certeza sobre las consecuencias del comportamiento desviado.

Por su parte, el principio de proporcionalidad busca que la conducta ilícita adoptada por el legislador no solo tenga claro fundamento jurídico, sino que permita su aplicación sin afectar irrazonablemente los intereses del potencial implicado o que tal hecho solo se presente en grado mínimo. En este sentido, la proporcionalidad es una limitación a la libertad de configuración del legislador y, a su vez, a la discrecionalidad de la autoridad que detenta el poder sancionador.

Señaló finalmente que los principios mencionados operan con menor intensidad en el ámbito sancionatorio en comparación que en el campo del derecho penal, en razón a la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados y la gravedad de las sanciones, de modo que esa flexibilización permite que, por ejemplo, sea posible la creación de tipos en blanco o abiertos y que no existan sanciones individualmente predefinidas para cada conducta sino que el operador sea quien determine cuál es la aplicable.

Al descender al estudio del caso concreto indicó la juez de primera instancia que teniendo en cuenta los argumentos de la demanda, los mismos atacan la dosificación de la multa, y frente a este aspecto, señaló que:

¹¹ Ver folios 99 a 107 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

10

“Encontrando acreditada dicha falta y sin que se configurara eximente de responsabilidad alguno, posteriormente la SIC sancionó al accionante mediante la Resolución No. 12889 del 25 de marzo de 2015 (ff. 173-178 anexo 1), imponiendo en su contra una multa equivalente a 120 SMLMV. Esta decisión fue confirmada en sede de reposición y apelación (ff. 181-185 y 191-192 anexo 1), a pesar de que, entre otros aspectos, el actor sostuvo que el monto de la referida multa era desproporcionado.

Ahora bien, para efectos de tasar el valor de la multa, la SIC acudió a los siguientes razonamientos:

- a) La estación de servicios no había sido reincidente en la comisión de faltas de conocimiento de la SIC
- b) El señor SÁNCHEZ MORALES había sido diligente para corregir la descalibración detectada y, en ese sentido, superar la infracción a la norma técnica.
- c) El ahora demandante había mostrado disposición de colaborar con las autoridades
- d) Se había generado un impacto de magnitud considerable, no solo por tratarse de un servicio de consumo habitual, que lleva a ser adquirido masivamente por los consumidores, sino también porque la estación de servicios es la única que queda ubicada en la vía Garagoa - Guatemala. Además, las ventas mensuales por concepto de gasolina corriente duplicaban la capacidad instalada.
- d) Se había causado un riesgo potencial al sector del combustible líquido, debido a la vulneración de la finalidad de los reglamentos técnicos y los bienes jurídicos que aquellos protegen
- e) No existían pruebas acerca de algún provecho económico con la infracción
- f) No había evidencia de utilización de medios fraudulentos para su comisión

Adicionalmente, la Superintendencia solicitó el balance general y el estado de resultados del investigado, con el propósito de dictar una sanción proporcional.

Contrastado lo anterior con el contenido del párrafo 1º del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, el Despacho observa que, en principio, se atendieron los criterios para la graduación de la sanción, incluso efectuándose un pronunciamiento frente a cada uno de ellos.

Por otra parte, a pesar de que se configuraron varios atenuantes, como la no reincidencia o persistencia, la colaboración con la autoridad administrativa, la no utilización de medios fraudulentos y la aparente ausencia de provecho económico, lo cierto es que eso no anula la existencia de la falta y su gravedad para efectos de la dosificación de la sanción.

Así las cosas, el Despacho debe hacer énfasis en que dentro de la muestra seleccionada para verificar la calibración de los equipos (que no comprende la totalidad de los equipos utilizados para prestar el servicio), ninguna de las mangueras verificadas estaba correctamente calibrada en ceros.

En este sentido, aun cuando solo una de las mangueras sobrepasaba el margen de tolerancia y, por ende, daba mérito al inicio de la investigación, el literal g) del artículo 31 del Decreto No. 1521 de 1998 establece claramente que es responsabilidad de cada distribuidor minorista mantener en todo tiempo debidamente calibrados los surtidores.

Estas omisiones en el acatamiento de las normas técnicas naturalmente afectan los intereses protegidos con los reglamentos, como son los derechos de los consumidores, la salvaguarda del medio ambiente y la salubridad pública, como lo expresó el apoderado de la parte demandada en sus alegatos de conclusión.

Igualmente, el hecho de que la estación de servicios Gasolinera El Jardín, de propiedad del actor, sea la única ubicada en la vía Garagoa - Guatemala, tiene un especial peso en la tasación de la sanción. Lo anterior por cuanto ese solo factor se relaciona con varias circunstancias, como (i) la alta demanda del servicio, lo cual se corrobora con la aseveración de la entidad, atinente a la ventas mensuales por concepto de gasolina corriente, que duplicaban la capacidad instalada; (ii) la poca o casi nula oferta del servicio,

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

11

lo que impidió que los consumidores tuvieran la posibilidad de escoger otra estación de servicio para tanguear sus vehículos; (iii) la infracción genera un alto impacto, ya que la descalibración afectó a un número abultado de consumidores, quienes tenían limitada la posibilidad de elegir una estación de servicio sobre esa vía; y (iv) la poca competencia implica una mayor rigurosidad al momento de acatar los reglamentos técnicos, debido a que se genera una especie de posición dominante en ese sector geográfico.

Por otra parte, hay que recordar que la sanción se determina teniendo en cuenta aspectos en esencia cualitativos, de manera que no se calcula estrictamente a partir del valor económico aprovechado a través de la infracción ni las ventas registradas únicamente a partir del servicio prestado con la manguera descalibrada por encima del margen de tolerancia. De ahí que, a pesar de ser un criterio a considerar, los estados financieros no son las pruebas de mayor trascendencia al momento de graduar la sanción. Por esta razón, no son de recibo los argumentos esgrimidos por el apoderado de la parte actora en sus alegatos de conclusión.

Además, el valor de la multa, que en todo caso se encuadra dentro del límite legal y es cercana a su piso, de ninguna manera implica la cesación de la actividad económica por parte del demandante, debido a que su patrimonio en el año 2014, que fue el anterior a la anualidad de expedición de los actos acusados, ascendió a \$656.383.678,00 (f. 98 anexo 1), de forma que la sanción equivale a un 11,78% del mismo. Igualmente, la cuantificación nominal de la multa no obedeció a un ejercicio caprichoso, sino a un cálculo contable adelantado por la SIC, que fue anexado al expediente del procedimiento administrativo (ff. 179-180 anexo 1).

Para el Despacho tampoco pasa inadvertido que las sanciones no solo tienen una finalidad correctiva, que se concreta en el reproche realizado al infractor, sino igualmente de carácter preventivo, ya que con ellas se pretende persuadir al sancionado para que no reincida en conductas contrarias a la regulación de la actividad, y también a los demás actores de la misma para que eviten hacerlo, so pena de ver afectado su patrimonio. Esta finalidad cobra relevancia en actividades tan estrictamente reguladas como la distribución de combustible, con las que se satisfacen necesidades habituales de la ciudadanía y tienen una incidencia importante en el tráfico social.

Por todo lo expuesto, el Juzgado denegará la totalidad de las pretensiones de la demanda; las principales, porque no se atacó la legalidad de la imposición de la sanción a través de los actos sancionatorios, y las subsidiarias, en razón a que la multa fue tasada conforme a derecho y no fue desproporcionada, como se aludió en precedencia”.

1. Sustentación de la apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida bajo los argumentos que a continuación se resumen:

Señaló que la inconformidad con el fallo impugnado radica en la vulneración al principio de proporcionalidad por la entidad demandada, toda vez que la pena impuesta no está conforme con la presunta falta imputada, siendo ello, una causal de nulidad de los actos demandados al desbordar las facultades sancionatorias de la entidad convocada.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

12

Indicó que el Decreto 1172 de 2016 preceptuó que la transgresión a las normas sobre el funcionamiento de distribución de combustibles líquidos y biocombustibles será sancionada con multa entre 10 y 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para lo cual se tendrán en cuenta criterios de ponderación establecidos en la Ley 1437 de 2011.

No obstante dichos criterios, no fueron tenidos en cuenta por la entidad demandada ni por el a quo, pues a pesar de haberse aceptado que no existió prueba sobre el provecho económico fruto del incumplimiento, la no reincidencia del investigado, la buena disposición del investigado para colaborar con la investigación, la falta de evidencia de utilización de medios fraudulentos por el investigado en la comisión de la infracción, la corrección inmediata de la calibración una vez el investigado tuvo cuenta de su alteración, no los tuvo en cuenta para dosificar la sanción vulnerando el principio de proporcionalidad.

Adujo entonces que si bien la presencia de eximentes de responsabilidad no tenían la virtualidad de dejar sin efectos la sanción en sí misma, si deben garantizar el principio de proporcionalidad, cuya finalidad es que la sanción se ajuste a la infracción imputada garantizando justicia, es decir, que no resulte exagerada o exorbitante, pues para el caso no resulta justo a la luz del ordenamiento jurídico que se imponga una sanción de 120 S.M.L.M.V, cuando no existe prueba de afectación al bien jurídico, medios fraudulentos, dolo o mala fe del demandante, aprovechamiento económico, que sirvan de sustento para imponer una sanción de esa magnitud.

Insistió en que la multa impuesta por la demandada corresponde a un 408.5% de la utilidad del ejercicio que obtuvo en el 2013 el demandante en su establecimiento de comercio, siendo entonces la multa desproporcionada ya que equivale a los ingresos netos que se obtienen durante más de 4 años de trabajo en su actividad.

Indicó que no es cierto que la multa se encuentre dentro del límite legal, ni que la misma no implique la cesación de la actividad económica por parte del demandante, tampoco que para el año 2014 el patrimonio haya sido de \$ 656.383.678 y que por ende la sanción sea equivalente al 11.78% del mismo, pues no podía involucrarse todo

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

13

el capital del demandante que ha conseguido en más de 40 años de trabajo. Señaló entonces que no podía tenerse como herramienta de medición para tasar la sanción, el valor del patrimonio del demandante, pues ello no resultaría coherente, ya que si él no contase con dicho patrimonio ello haría inexistente la sanción pecuniaria.

Solicita entonces revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones subsidiarias de la demanda y su reforma.

IV. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Tunja mediante providencia del 15 de diciembre de 2016, concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la demandante.¹²

Mediante providencia del 10 de mayo de 2017, esta corporación admitió el recurso de apelación en el efecto suspensivo, por cumplir los requisitos legales.¹³

En providencia del 21 de julio de 2017¹⁴ se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión de segunda instancia, término dentro del cual, presentó escrito la parte demandante. La entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

1. Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante¹⁵

Basó sus alegaciones finales en el hecho de la expedición de un comunicado de prensa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en el que da cuenta de que sancionó a 20 estaciones de servicio por incumplimiento a la norma metrológica que ordena que los surtidores y dispensadores de combustibles deben estar calibrados en 0, sanciones que son evidentemente inferiores a la impuesta al demandante pese a que allí se demostraron casos de hasta diez mangueras por fuera del margen de tolerancia.

¹² Ver folio 118 del expediente

¹³ Ver folio 122 del expediente

¹⁴ Ver folio 128 del expediente

¹⁵ Ver folios 132 a 136 del expediente

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

14

Los argumentos conclusivos en su desarrollo relacionan la diferencia enorme que existe entre las sanciones impuesta por la SIC en los casos del comunicado de prensa emitido y la impuesta al demandante, solicitando entonces tener en cuenta dicho comunicado – que allega adjunto a su escrito – en razón a que dichas providencias sancionan conductas similares a las imputadas al demandante, pero con una multa mucho menor, de donde se colige entonces que la entidad si vulneró el principio de proporcionalidad.

Adujo que allega tal documento no como prueba adicional, sino como documento en el que se puede establecer los topes de las sanciones impuestas actualmente por la entidad demandada, con lo cual se establece la desproporción de la sanción. vulneración del principio de proporcionalidad.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Conforme a los argumentos esbozados en la sentencia de primera instancia y los formulados en el recurso de apelación, debe establecer la Sala si la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el principio de proporcionalidad en la imposición de la multa de que fue objeto el demandante en resoluciones No 12889 del 25 de marzo de 2015, 34974 del 03 de julio de 2015 y 35980 del 14 de julio de 2015 y si por lo mismo deben ser anuladas parcialmente para reducir el monto de la sanción.

Es dable acotar, que en el recurso de apelación la parte demandante no controvierte la conducta sancionada sino que pide reducción del monto de la multa en razón a que la misma resulta desproporcionada a la falta imputada.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

15

En consecuencia, el estudio que abordará la Sala, seguirá el siguiente orden: i) del principio de proporcionalidad en procedimiento administrativo sancionatorio; ii) de las pruebas allegadas al proceso y su valoración para resolver el problema jurídico.

3. Del principio de proporcionalidad en el proceso administrativo sancionatorio

El artículo 29 constitucional preceptúa que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, es decir, con respeto al principio de legalidad, el cual exige que las infracciones y las sanciones estén contenidas en la norma, y estas, deben ser proporcionales a aquellas.

El principio de proporcionalidad surgió bajo el imperativo de que la ley penal debe definir con precisión las infracciones y sanciones, de tal forma que estas sean proporcionales a aquellas, buscando en principio orientar al legislador en su función, pero luego, se convirtió en un principio del derecho positivo y ha sido acogido por el derecho administrativo sancionatorio. Es dable acotar además, que este, constituye la materialización del límite al poder punitivo del Estado, permitiendo controlar que el mismo no se torne en arbitrario.

Al efecto, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 indicó que en materia administrativa sancionatoria, además de los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, economía y celeridad, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, no siendo viable entonces establecer una sanción sin su existencia en la ley.

Por su parte, el artículo 44 de la norma en cita preceptuó que *“En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, **y proporcional a los hechos que le sirven de causa**”*.(negrilla y subraya fuera de texto)

Pese a lo anterior, si bien el principio de proporcionalidad exige que la severidad de la sanción se acomode con la gravedad de la infracción, en materia administrativa sancionatoria también debe entenderse cuál es el objetivo de la sanción, o en otras

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

16

palabras, establecer la importancia de los intereses o de los bienes que protege la sanción, pues cuando la misma vela por los intereses generales, su importancia es evidente.

De manera que cuando se analiza si una autoridad administrativa desconoció el principio de proporcionalidad en la imposición de una sanción, debe preguntarse el juez si esta es proporcional a la falta efectivamente cometida, teniendo en cuenta el interés o bien protegido.

No obstante, cuando la norma contentiva de la sanción contiene parámetros de exactitud, por ejemplo, el precepto establece que la multa equivale a un porcentaje exacto de la obligación dejada de cumplir, dicha proporcionalidad es concreta y no reviste en principio valor alguna en la que se tengan que sopesar atenuantes ni bienes o intereses protegidos.

Sin embargo, cuando se trata de normas sancionatorias que imponen límites dentro de los cuales se puede mover la autoridad, la determinación del principio de proporcionalidad se torna más amplia, porque la norma ha dejado en libertad de decisión a las autoridades administrativas para moverse dentro de ciertos límites, y es aquí donde el juez, además de verificar la comisión de la conducta y la norma que la sanciona, deberá tener en cuenta factores tales como el bien o interés social protegido, verbigracia, la protección al consumidor y además, dar aplicación a aquellos atenuantes legales existentes.

Pero además del interés protegido, el juez debe verificar características propias del infractor, tales como su reincidencia, el uso de medios fraudulentos, la colaboración con las autoridades, el daño causado con la infracción, de tal manera que se sopesa si realmente la sanción impuesta lo fue en aplicación del principio de proporcionalidad. Por su parte, la situación financiera del sancionado puede ser un factor a tener en cuenta, pero no es un elemento que sobresalga sobre los otros, por cuanto este, no determina ni elimina la gravedad de la conducta ni el posible perjuicio que se haya generado a la sociedad.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

17

Teniendo en cuenta entonces lo que constituye el principio de proporcionalidad, estudiará la Sala el caso concreto:

4. De las pruebas allegadas al proceso

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

1. Resolución No 12889 del 25 de marzo de 2015 en la que la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió imponer al demandante sanción pecuniaria por la suma de \$ 77.322.000 equivalente a 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes.¹⁶

2. Resolución No 34974 del 03 de julio de 2015, por medio de la cual se resolvió recurso de reposición en contra del acto administrativo mencionado anteriormente, confirmándolo en su totalidad¹⁷.

3. Resolución No 35980 del 14 de julio de 2015 por medio de la cual se resolvió recurso de apelación en contra del acto administrativo que impuso la sanción, confirmándolo en su totalidad¹⁸.

De dichos documentos y de los obrantes en el Anexo No 1 contentivo de los antecedentes administrativos de la sanción demandada, se encuentra que los hechos que dieron origen a su imposición fueron los siguientes:

a. El 5 de agosto de 2013 la Superintendencia de Industria y Comercio llevó a cabo visita de inspección y control metrológico de surtidores de combustible líquido derivado del petróleo, en el establecimiento de comercio denominado EDS GASOLINERA EL JARDÍN, ubicado en el Km 1 vía Garagoa – Guateque Boyacá, propiedad del señor Fabio Alberto Sánchez Morales, orientada a establecer el cumplimiento de lo previsto en los Decretos 1521 de 1998 y 2269 de 1993.¹⁹

¹⁶ Ver folios 12 a 23 del cuaderno No 1

¹⁷ Ver folios 30 a 42 del cuaderno No 1

¹⁸ Ver folios 39 a 42 del cuaderno No 1

¹⁹ Ver folios 21 a 28 del Anexo No 1 adjunto al expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

18

b. Que como resultado de la visita se encontró que de las tres (3) mangueras de los tres (3) surtidores verificados, ninguna se encontraba calibrada en ceros y que la unidad de medida de una de las mangueras, además de no estar calibrada, se encontró por fuera del margen de tolerancia establecido por la norma API²⁰, como sigue:

“Para la isla 2, surtidor 1, manguera 1, cuya serie corresponde a la No 12-115650, se encontró por fuera de tolerancia el suministro de combustible lento de gasolina corriente. Como consecuencia de ello, fue impuesto el sello de seguridad por no ajuste, sello de fuera de servicio No 1100”.

c. Que la investigada pidió nuevamente verificación del surtidor, y al proceder a la medición el mismo arrojó resultados aceptados para levantar el sello.

d. El trámite sancionatorio culminó en primera instancia con la expedición de la Resolución No 12889 del 25 de marzo de 2015 en la que la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en cuenta que el surtidor se encontraba descalibrado, desconociendo con ello el artículo 31 literales f y g del Decreto 1521 de 1998, pues se estableció que la investigada no tomó las medidas preventivas para garantizar los requerimientos establecidos en metrología legal, siendo oportuno señalar que uno de los propósitos es la protección de intereses legítimos, y basta el incumplimiento de uno cualquiera de los requisitos contenidos en él, para que se adopten las medidas y se impongan las sanciones procedentes. Sancionó pecuniariamente la entidad al demandante con 120 S.M.L.M.V. -

Mediante Resolución No 34974 del 3 de julio de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión referida anteriormente, y en ella se confirmó la referida decisión.

Finalmente en Resolución No 35980 del 14 de julio de 2015, se resolvió recurso de apelación confirmando la decisión de primera instancia.

²⁰²⁰ 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 galones de capacidad. Ello se extrae de la Resolución No 12889 de 2015 obrante en el Anexo No 1 adjunto al expediente.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

19

5. Valoración probatoria y solución al caso concreto

En el caso bajo estudio se evidencia que la sanción discutida obedeció a que el demandante transgredió las siguientes normas, en especial los literales f y g del artículo 31 del Decreto 1521 de 1998 que preceptúan:

- DECRETO 2269 DE 1993, por el cual se organiza el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología.

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

- DECRETO 1521 DE 1998 Por el cual se reglamenta el almacenamiento, manejo, transporte y distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, para estaciones de servicio.

ARTÍCULO 31. El procedimiento para la calibración de los surtidores de combustibles líquidos derivados del petróleo será el siguiente:

- a) Se humedece el calibrador, llenándolo -hasta su capacidad total- con el combustible; después de dicha operación, el líquido se devuelve al tanque de almacenamiento;
- b) Se lleva a ceros (0) la cantidad marcada en la registradora y con la boquilla del surtidor completamente abierta (máxima rata de llenado), se vierten en el calibrador cinco (5) galones del surtidor, según lectura de la registradora;
- c) Se lee en la escala graduada del calibrador el número de pulgadas cúbicas (líneas) entregadas por el surtidor, en exceso o en defecto (por encima o por debajo de la línea cero), de lo cual se tomará nota;
- d) Después de desocupar el calibrador, se llena nuevamente según lo señalado en el literal b), pero con la boquilla del surtidor parcialmente cerrada, para limitar el flujo aproximadamente a cinco (5) galones por minuto, es decir, esta operación de llenado debe efectuarse aproximadamente en un minuto;
- e) Se repite la operación indicada en el literal c), tomando nota de la lectura obtenida;

f) Se entenderá que un surtidor se encuentra descalibrado si al momento de verificar la calibración, el nivel de entrega está por encima o por debajo de la línea cero (0) de la escala de medida del calibrador;

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.

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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

20

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.
(negrilla y subraya fuera de texto)

Dentro del recurso de apelación, el demandante no discute la comisión de la infracción, pues su disenso con la sentencia de primera instancia y con los actos administrativos demandados tiene que ver con el monto de la sanción, en tanto según su criterio se desconoció el principio de proporcionalidad.

Al respecto, la Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, estableció:

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:

1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

(...)

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. El daño causado a los consumidores;
2. La persistencia en la conducta infractora;
3. La reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor.
4. La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores.
5. La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes.
6. El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción.
7. La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos.
8. El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes.

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

Descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala como primer aspecto a tener en cuenta el interés tutelado por la citada norma cual es, proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, pues para el caso, el consumidor debe pagar por el servicio de distribución de combustible y por ello debe obtener la prestación eficiente del servicio.

La Ley 1480 de 2011 protege al consumidor a efectos de evitar que se le suministre menos combustible del ofrecido y pagado, consideración que es evaluada por la Sala en el entendido de que es un servicio que se consume a diario, masivamente, y que

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

21

influye de manera ostensible en la economía colombiana, luego el daño potencial causado a los consumidores como consecuencia de no tener calibrado un surtidor es altamente reprochable.

Y lo es porque de un lado está el consumidor que de buena fe busca la prestación del servicio y presume que lo que paga es concordante con el suministro, y de otro lado, porque se trata de un perjuicio económico difícil de detectar en la medida en que el consumidor difícilmente puede dar cuenta de la vulneración de su interés económico, de ahí, que la sanción por la infracción cometida, **deba ser ejemplarizante**.

Y es que tal y como lo adujo la entidad demandada en la Resolución No 12889 del 25 de marzo de 2015, la conducta desplegada por la investigada genera un alto impacto en el mercado, afectando a un **innúmero de consumidores y su patrimonio económico**, indeterminación que se reitera obedece, a la casi nula imposibilidad de existencia de pruebas porque en la práctica el consumidor difícilmente detecta el daño, lo cual de contera no implica que no se esté afectando en su patrimonio económico.

Ahora bien, considera esta corporación que no tiene sustento probatorio o fáctico alguno, la afirmación realizada por el recurrente según la cual si bien la Superintendencia de Industria y Comercio aceptó la presencia de los criterios establecidos en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 para graduar la sanción, no los tuvo en cuenta en la dosificación de la multa, pues dentro de considerandos tenidos en cuenta dentro de la referida Resolución No 12889²¹ señaló:

“Para efectos de graduar el monto de la sanción se ha tenido en cuenta el hecho de que los surtidores verificados excedían el margen de tolerancia previsto en el literal g) del artículo 31 del Decreto 1521 de 1998.

De otra parte, se observa que la sociedad aquí investigada, no ha sido sancionada por esta Superintendencia por el incumplimiento de los requisitos materia de investigación en el presente asunto, no habiendo reincidencia. Asimismo, se observa que de manera ágil, luego de conocer los resultados de las mediciones efectuadas por esta Superintendencia, procedió de manera diligente a calibrar los surtidores que se encontraron por fuera del margen de tolerancia permitido, con el propósito de ajustarse a los requisitos previstos en el Decreto 1521 de 1998. Finalmente, también debe tenerse en cuenta que la investigada ha mostrado disposición de colaborar con las autoridades competentes.

²¹ Ver folios 174 a 179 del Anexo No 1.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

22

Respecto al impacto, en el presente caso se puede observar que se trata de un servicio de uso habitual y de consumo masivo que conlleva a ser adquirido por una gran parte de consumidores, de manera que la conducta desplegada por la investigada genera un alto impacto en el mercado, afectando a un sinnúmero de consumidores y su patrimonio económico, teniendo en cuenta que el municipio de Garagoa sólo cuenta con tres (3) estaciones de servicio, de acuerdo a información obtenida en el SICOM, que la EDS de la investigada es la única que queda vía Guatemala, aumentando así el número de consumidores afectados, sin mencionar que las ventas mensuales del combustible respecto del cual se encontró el incumplimiento, duplican su capacidad instalada.

Adicionalmente también fueron tenidos en cuenta los siguientes criterios, así:

El potencial riesgo causado al sector del combustible líquido, al tener desajustado uno de los surtidores de la EDS, lo cual vulnera la finalidad de los Reglamentos Técnicos que es proteger intereses legítimos, tales como los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error al consumidor; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud ambiental o vegetal, o del medio ambiente.

La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes por parte del investigado.

La no existencia de prueba alguna que permita a esta Superintendencia asegurar que el investigado, hubiere obtenido provecho económico alguno producto del incumplimiento probado.

La falta de evidencia que demuestre que existió la utilización de medios fraudulentos por parte del investigado en la comisión de la infracción verificada por esta Superintendencia.

Que el investigado no ha sido persistente ni reincidente en la comisión de infracciones en esta materia.

La buena disposición por parte de la investigada, al momento de practicar la visitas de inspección por parte de los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, al colaborarle a esta autoridad competente.

Asimismo, para efectos de determinar el monto de la sanción impuesta al investigado por la conducta reprochada, esta dirección le solicitó los Estados Financieros como son el Balance General y el Estado de Resultados obrantes en el diligenciamiento y que de esta forma la sanción a imponer resulte proporcional a los hechos que le sirven de causa. Es necesario resaltar que la sanción acá impuesta corresponde al 6% de la máxima permitida (2000 SMMLV), teniendo en cuenta los factores anteriormente mencionados, y se advierte al investigado, que en caso de que esta Superintendencia compruebe un nuevo incumplimiento, la sanción por haber reincidencia en una conducta que atenta contra los derechos del consumidor, resultará mucho más gravosa."

En la Resolución No 34974 del 3 de julio de 2015, por medio de la cual se confirmó en reposición la anterior decisión, además de confirmar los argumentos transcritos indicó la entidad:

Ahora bien el hecho que haya tomado las acciones correctivas de inmediato y que realice mantenimientos constantes a sus equipos, fueron hechos tenidos en cuenta la momento de graduar la sanción, así como los previstos en el artículo 61 de la ley 1480 de 2011, en virtud de lo dispuesto en la misma norma y se encuentra previsto y analizado en la Resolución 12889 de 2015, en su considerando Décimo Tercero. Lo cierto es que el día que se practicó la visita de inspección por parte de esta entidad, se encontró que de los tres (3) surtidores verificados, todos se encontraban "descalibradas" y uno (1) de ellos por fuera del margen de tolerancia permitido por las disposiciones de control metrológico.

Frente a las medidas tomadas por la investigada y frente al hecho de tratarse de un surtidor mecánico es más susceptible a presentar imprecisiones o descalibraciones en las medidas, con el uso, esta Dirección manifiesta que las mismas no son eximentes de responsabilidad

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

23

del incumplimiento encontrado en la visita realizada el 5 de agosto de 2013 en la EDS, toda vez que:

Con las acciones realizadas y con sus controles mensuales a los surtidores se corrige el incumplimiento mas no se desvirtúa.

El hecho que los surtidores no estén calibrados en cero (0) en todo momento por tratarse de un surtidor mecánico, no es una justificación valida, teniendo en cuenta que si bien por tal situación se desajustan, se tiene la obligación de estarlos calibrando constantemente, para efectos de cumplir con las exigencias contempladas en la norma y de esta manera garantizar que el consumidor reciba la cantidad solicitada de combustible y sin duda alguna siendo el recurrente conocedor de este hecho es su deber adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los surtidores estén calibrados en cero (0).

Así mismo, la distribución de combustibles derivados del petróleo es un servicio público, cuya prestación implica responsabilidades que se enmarcan dentro de los límites del bien común, con la finalidad de asegurar una prestación eficiente para todos los usuarios; y uno de los aspectos más relevantes es la transacción comercial, y por ende la determinación del precio que el consumidor debe pagar por el servicio; por lo que se hace necesario realizar el control metrológico sobre los instrumentos de medición que se utilizan en la prestación del mismo.

Con respecto al hecho que durante la visita ninguna otra manguera de la EDS, presentó deficiencia, no es un argumento de procedencia para asegurar que no hay un incumplimiento del literal g) del artículo 31 del Decreto 1521 de 1998, el cual ha sido claramente evidenciado en el acta informe de fecha 5 de agosto de 2013 y en efecto fue una de los atenuantes analizados en el momento de graduar la sanción. Máxime cuando el día que se practicó la visita de inspección por parte de esta entidad, se encontró que de siete (7) mangueras solo se verificaron tres (3) y todas se encontraban deficientes y una (1) de ellas por fuera del margen de tolerancia permitido por las disposiciones de control metrológico, por tanto no es cierto tal como lo afirma el recurrente que de tres mangueras solo una estaba no ajustada.

En lo que se refiere a que las ventas en la isla 2, surtidor 1 (único) manguera 1, está ubicado en la parte interna de la estación, no está sobre la vía pública, lo cual implica poco acceso vehicular para sus compradores por la dificultad para ingresar, lo cierto es las ventas mensuales del combustible respecto sobre el cual se encontró el incumpliendo son altas y duplican la capacidad instalada y es así como se tuvo en cuenta estos ítems y al analizar el balance general y el estado de resultados del año 2012, 2013 y a corte de 30 de junio de 2014 que fueron aportados por el investigado, se concretó el monto de la sanción, para efectos de que el mismo fuese disuasorio, acorde con la infracción y no resultare en una pena confiscatoria o en una sanción desproporcionada con los hechos materia de investigación y el objetivo legítimo que pretende tutelar el decreto 1521 de 1998, consistente en un comercio justo; hecho que se materializa con una adecuada calibración de los surtidores; y esa así como se determina el monto de la sanción.

(...)

Con lo anterior es claro que al momento de imponer la sanción se tuvieron en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad entre la conducta y la sanción, que permitió tener un marco de referencia cierto en la determinación de la misma en el caso concreto, tal como quedó demostrado, contrario a lo que manifiesta la investigada.

(...)

Con relación a aplicarle el principio de favorabilidad o la norma que le sea más benigna, toda vez que no ha sido objeto de otras investigaciones y no existe prueba de haber obtenido provecho ilícito producto del incumplimiento, se le aclara al recurrente que estos son criterios de atenuación al momento de graduar la sanción y no habría lugar a aplicarle otra norma toda vez el propósito de la inspección en efecto es verificar temas de metrología legal, que ineluctablemente se le estuviera suministrado a los consumidores el combustible en la cantidad por ellos demandados, y como quiera se encontró en uno de los surtidores se estaba suministrando menos 9,5 pulgadas cúbicas de combustible, estaba

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

24

incumpliendo la sociedad recurrente con las normas de metrología legal establecidas en el decreto 2269 de 1993, en su artículos 41 y 42 y en el decreto 1521 de 1998. **En efecto, sí se evidencia un beneficio económico que se traduce en perjuicio al consumidor, al no entregarle la cantidad de combustible por el demandado pagando el mismo precio por el servicio.**

(...)

En consecuencia se le insiste al recurrente que los consumidores demandan un buen servicio, con el cumplimiento de los requisitos metrológicos y la manera para no quedarse fuera del mercado es entendiendo que **el argumento de responsabilidad social es sumamente importante para la consolidación de una empresa.**

(...)

Finalmente con respecto a la tesis del recurrente que si bien la multa corresponde al 6% de la máxima permitida, dicha sanción conlleva a la entrada en un proceso liquidatorio o de quiebra de la sancionada sobre venta y distribución de combustible minorista por la ostensible desproporción de la sanción que le fue impuesta, se le advierte al actor que la misma tiene un impacto sobre su patrimonio del 12.55% y con respecto a sus ingresos de un 32,456%, conforme se desprende de los estados financieros por el mismo allegado al proceso y verificados internamente por parte de esta Dirección por el personal contable y financiero; por tanto, en ningún caso la sanción resulta excesiva o desproporcionada. \)

La resolución No 35980 del 14 de julio de 2015 por medio de la cual se resolvió recurso de apelación reiteró los argumentos esbozados en los actos administrativos de referidos anteriormente.

Así las cosas, la Superintendencia de Industria y Comercio, para fijar el monto de la multa explicó en los actos administrativos demandados, que el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, autorizó a la entidad para fijar sanciones entre 10 y 2000 **smlmv** por la violación de reglamentos técnicos entre ellos el contenido en el Decreto 1521 de 1998 que reglamenta el almacenamiento, manejo, transporte y distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo para estaciones de servicio, haciendo un análisis sobre las condiciones particulares que rodean el caso, que son las que determinan la sanción a imponer.

Tuvo en cuenta entonces la entidad, la gravedad de la infracción en el sentido del potencial daño para la sociedad, la responsabilidad social en la distribución de combustibles, la capacidad de distribución de combustible de la estación de servicio, la concurrencia del consumidor a la prestación del servicio, la situación financiera del investigado y los atenuantes legales respecto del investigado, parámetros que permiten a la Sala afirmar que no se desconoció el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, que valga indicar, se encuentra dentro de los límites permitidos por la ley.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

25

De otra parte, el argumento sobre el que ha insistido la demandante en el curso del proceso es que la multa corresponde a un 408.5% de la utilidad del ejercicio que obtuvo el demandante en el año 2013 lo cual se puede verificar en sus estados financieros, siendo ello desproporcional en la medida en que equivale a los ingresos netos que se obtienen durante más de 4 años de trabajo en el ejercicio de la actividad.

Afirmó además que no se acompasa con el principio de proporcionalidad que haya indicado el juez de primera instancia que la multa no implicó la cesación de la actividad del demandante y que para el año 2014 su patrimonio fue de \$ 656.383.678 siendo la multa el equivalente al 11.78% del mismo, pues para su imposición no debe involucrarse el capital del demandante porque este lo ha conseguido fruto del trabajo de 40 años.

Para resolver este cargo, se considera:

Dentro de la doctrina, encontramos autores como Eduardo García de Enterría que define la sanción administrativa como “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”. Por su parte, la Corte Constitucional la define como la “respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la Administración”²² y se ejerce “a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que no obstante ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva”²³.

Entonces, además de imponer una sanción por la comisión de la infracción propiamente dicha, la misma busca prevenir tanto al infractor como a todos aquellos que presten el servicio, para que se abstengan de incurrir en la falta y a su vez cumplan con la normatividad que para este caso les impone mantener calibrado el surtidor en cero, pues lo contrario, implica el desconocimiento de los derechos del consumidor y su consecuente perjuicio económico. Conforme a lo anterior además de reprimir la comisión de una falta, la sanción contiene fines preventivos.

²² Ver sentencia C 595 de 2010

²³ *Ibidem*

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

26

Al compás de dichas consideraciones, el patrimonio del sancionado debe ser un factor a tener en cuenta en la imposición de sanciones, ello en virtud del principio de proporcionalidad y razonabilidad, porque si bien se persigue la protección de intereses públicos, también es evidente que la finalidad de la norma no es acabar con la empresa ni perjudicar a su propietario.

Entonces la aplicación del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria no se reduce a una operación matemática, sino es el resultado de valorar todos los aspectos que conciernen al investigado.

Nótese que la norma que establece los límites de la sanción – entre 10 y 2000 S.M.L.M.V. – y que contempla los atenuantes para su dosificación, no menciona como aspecto relevante la utilidad percibida por el investigado durante el periodo de la comisión de la falta, ni la totalidad de su patrimonio, porque este no es el fin de la norma, cual es la protección de los derechos del consumidor y la prevención de reincidir en lo sucesivo en las mismas conductas.

Ahora bien, eso no obsta para que tanto la administración en la imposición de la sanción, como el juez dentro de su competencia de verificación de legalidad de la misma y como garante de que la administración no incurrirá en arbitrariedad en el ejercicio de su función, verifiquen la condición económica del sancionado, pero no como único y más importante criterio a tener en cuenta, sino como un factor para moverse dentro de los límites que la misma norma le permite.

Ello se refleja en el caso concreto en la valoración que hizo la Superintendencia de Industria y Comercio respecto al estado financiero presentado por el demandante, (fl 180 anexo No 1) que le permitió establecer a nivel contable la sanción a imponer, es decir, en este sentido el acto administrativo se encuentra motivado y soportado documentalmente.

Advierte entonces la Sala que el argumento central de inconformidad del apelante consistente en que la sanción pecuniaria no tuvo en cuenta la utilidad neta percibida por el demandante durante los años 2013 y 2014, sino la totalidad de su patrimonio obtenido por su trabajo durante más de cuarenta años, no tiene por sí solo la virtud de

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

27

derrumbar la presunción de legalidad de la sanción por desconocimiento del principio de proporcionalidad, pues probatoriamente, tal y como lo adujo la juez de primera instancia, no se acreditó en el plenario que el demandante hubiese quedado en imposibilidad de continuar con su actividad económica.

La Sala encuentra entonces que no existe la desproporcionalidad alegada, pues desde el punto de vista del marco de legalidad del tope legal, es claro que, aquella equivale a un **6% de la máxima a imponer** y la SIC explicó las razones de la misma a la luz de criterio de graduación fijado en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, no logrando entonces el demandante desvirtuar la legalidad de los actos demandados.

Finalmente, en lo que respecta a los documentos allegados por la parte demandante con su escrito de alegatos de conclusión contentivos de sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio a diferentes estaciones de servicios por la comisión de la infracción aquí estudiada, las cuales son muy inferiores a la impuesta al demandante, indica la Sala que los mismos no pueden ser tenidos en cuenta, en razón a que no fueron allegados en las etapas probatorias correspondientes.

De otro lado, no sería procedente la aplicación de un test para verificar el derecho a la igualdad del demandante con las situaciones de las estaciones de servicio traídas a colación en su escrito de alegatos conclusivos, porque cada investigado y sancionado tiene condiciones propias que rodean la sanción y que no podría valorar esta instancia.

En consecuencia, la Sala **confirmará** la sentencia del 28 de noviembre de 2016, por medio de la cual, el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja, negó las pretensiones del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con los esbozados con anterioridad.

8. Costas y agencias en derecho

Sería del caso condenar en costas al demandante conforme a lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el numeral 3 artículo 365 del Código General del Proceso que establece que *“en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas*

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Fabio Alberto Sánchez Morales
Demandado : Superintendencia de Industria y Comercio
Expediente : 15001 33 33 008 2016-00012-01

28

de la segunda". Sin embargo, se abstiene la Sala de realizar condena en este sentido, toda vez que el mismo artículo 365 preceptuó que "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación", y en este caso no se encuentran causadas ni comprobadas, por cuanto la entidad demandada no desplego actuación alguna en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Tunja el día 28 de noviembre de 2016, por los motivos expuestos en esta providencia.

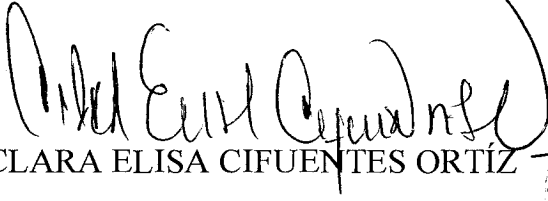
SEGUNDO. Sin condena en costas

TERCERO. En firme esta decisión, envíese el expediente al despacho de origen

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase


LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado


CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 46 de hoy 13 MAR 2020
EL SECRETARIO 