



*Tribunal Administrativo de Poyas
Sala de Decisión No. 5
Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Céspedes Ortiz*

Tunja, marzo (22) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Transportadora de Cementos S.A.S.**

Demandado: Superintendencia de Puertos y Transporte

Expediente: 15001-33-33-006-2016-00020-01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el 27 de febrero de 2017, mediante la cual el **Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja** negó las pretensiones de la demanda presentada por la Transportadora de Cemento S.A.S. contra la Superintendencia de Puertos y Transporte.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (5-11 c.1):

La Transportadora de Cementos S.A.S. - Trancem S.A.S., a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad restablecimiento del derecho, en la cual solicitó que se declare la nulidad de:

- La **Resolución No. 014332 de 26 de septiembre de 2014**, por la cual se falló la investigación administrativa iniciada mediante la Resolución No. 12894 de 15 de octubre de 2013, en contra de la empresa de servicio público de transporte terrestre automotor de carga TRANCEM S.A.S., que la sancionó con una multa de 13.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes para la época de la comisión de los hechos.
- La **Resolución No. 923 de 5 de junio de 2015** que resolvió un recurso de reposición contra la Resolución No. 014332 de 26 de septiembre de 2014.
- La **Resolución No. 20987 de 16 de octubre de 2015** que resolvió un recurso de apelación contra la Resolución No. 014332 de 26 de septiembre de 2014.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, deprecó:

- *Que se declare que la Superintendencia de Puertos y Transportes violó el debido proceso y el derecho de defensa de la accionante al no pronunciarse ni practicar las pruebas solicitadas oportunamente y haber sancionado sin tener el soporte legal para probar los hechos por los cuales impuso la sanción.*
- *Que la entidad no podía graduar la sanción con base en un memorando, pues ese documento no tiene la jerarquía legal para ser fuente de obligaciones de los particulares.*
- *Que se declare que la Transportadora de Cemento S.A.S. no se encuentra obligada a pago alguno a favor de la entidad demandada.*
- *Que en el evento que la demandada haya pagado suma alguna de dinero en virtud de la sanción, se ordene su devolución, debidamente indexada conforme al IPC, entre la fecha de pago y la devolución real y material del dinero.*
- *Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.*

Los hechos que sustentaron el *petitum* son los siguientes:

- *Según la Resolución No. 8031 de 22 de mayo de 2014, que dio apertura a la investigación, se trata de hechos derivados del Informe Único de Infracción de Transporte No. 3900779 de 6 de diciembre de 2011, en tanto el vehículo de placa SMK-396 transportaba mercancía de la Empresa Transportadora de Cementos S.A.S., al parecer, excediendo los límites de peso previstos en las normas legales, conforme a los datos del pesaje registrados en el tiquete de báscula.*
- *La entidad demandada, para abrir la investigación, se sustentó en el tiquete de báscula No. 420257 de 6 de diciembre de 2011 y el Informe Único de Infracciones de Tránsito No. 390779 de 6 de diciembre de 2011.*
- *Los hechos ocurrieron en la vía Tunja – Paipa, kilómetro 12 + 300, Báscula Norte Tuta el 6 de diciembre de 2011.*
- *En el pliego de cargos la entidad demandada indicó en el capítulo de pruebas las que tendría en cuenta para iniciar la investigación indicando, expresamente, el Informe Único de Infracciones de Transporte No. 390779 y el tiquete de báscula No. 420257 “nada más”, además, sostuvo que la investigación se inició por la presunta transgresión del literal d) del artículo 46 de la Ley 336 de 1996.*

- El 1 de julio de 2014 se presentaron descargos.
- El Superintendente Delegado de Tránsito y Transporte Terrestre Automotor, mediante la Resolución No. 014332 de 26 de septiembre de 2014 declaró responsable a la accionante e impuso una multa de 13.5 SMLMV que, para la época, correspondía a la suma de siete millones doscientos treinta mil seiscientos pesos (\$7.230.600).
- El 24 de octubre de 2014 la entidad demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, desfavorablemente mediante los actos ahora acusados.
- La resolución que impuso la sanción se basó en el memorando 20118100074403 que no fue publicado.

1.2. Contestación de la demanda (f. 161-181):

La Superintendencia de Puertos y Transportes, a través de apoderado judicial, presentó contestación a la demanda en los siguientes términos.

Consideró que no existe causal de nulidad respecto de los actos administrativos expedidos, comoquiera que tuvieron como fundamento el literal d) del artículo 46 de la Ley 336 de 1996 modificado por el artículo 96 de la Ley 1450 de 2011, en concordancia con lo normado en el artículo 8 de la Resolución No. 1400 de 2014 emitida por el Ministerio de Transporte, modificada por el artículo 1 código 560 de la Resolución No. 10800 de 2003, disposiciones que regulan lo relativo al transporte de mercancías con peso superior al autorizado, sin portar el permiso correspondiente.

En relación con el memorando 20118100074403, indicó:

"...fue nada más que un principio de favorabilidad al gremio de los transportadores, al atender con la modificación del artículo 46 de la ley 336 de 1996 Estatuto General del Transportes -sic-, hecha por el artículo 96 de la ley 1450 de 2011 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010 -- 2014; dande en síntesis lo que hizo fue suprimir del texto la parte que castigada -sic- con el máximo de la sanción prevista (700 SMLV) las conductas allí descritas entre esas el exceso de los límites permitidos sobre dimensiones, peso y carga; es decir, que ahora en adelante queda a criterio de la administración determinar el monto de la sanción, atendiendo, por supuesto, criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad."

Insistió que para aplicar la sanción atendió criterios de carácter objetivo y razonable, con ocasión de la modificación del artículo 46 de la Ley 336 de 1996, en consecuencia, determinar el monto de la sanción era del resorte de la administración por tanto, dijo, no existe vulneración al debido proceso; además,

porque la publicación del citado memorando se puso en conocimiento del gremio de transportadores el 10 de octubre de 2011 en la página web de la entidad, sin que fuera obligatoria la divulgación en un periódico de amplia circulación. A continuación, afirmó:

“Es oportuno precisar que los límites máximos de peso bruto con que deben transitar los vehículos de transporte de carga, de conformidad con la Resolución No. 4.100 de 2004 y para el caso en comento lo es el vehículo de referencia 3S3 es de 52.000 kg de peso con una tolerancia positiva de 1.300 Kg, y el vehículo al momento de pasar por la báscula peso 53.570 Kg.

La resolución posteriormente fue actualizada por la resolución 1782 de 2009, por la cual se modifica la resolución 4100 del 28 de diciembre de 2004. En consecuencia, se tiene que con el peso registrado al pasar por la báscula se estableció la existencia de un sobrepeso de 270 Kg la cual es la que origina la investigación y la consiguiente sanción por violación a la ley.” (f. 171)

Finalmente, propuso las excepciones de “Improcedencia de las pretensiones”, “Excepción de falta de causa para demandar”, “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido” y “excepción de buena fe”

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 27 de febrero de 2017, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja profirió sentencia de primera instancia (f. 407 y ss.).

Contrajo el problema jurídico a establecer si los actos administrativos acusados se encuentran viciados de ilegalidad, al haber sido expedidos con falsa motivación y vulneración al debido proceso.

En primer lugar, sobre el procedimiento administrativo para imponer la sanción en materia de transporte, citó los artículos 46, 50 y 51 de la Ley 336 de 1996, el Decreto 3366 de 2003 e indicó que la autoridad competente debe abrir la investigación mediante resolución motivada, contra la cual no procede recurso alguno, y debe contener la relación de las pruebas aportadas que demuestren la existencia de los hechos, los fundamentos jurídicos que sustenten la apertura y desarrollo de la investigación y, el traslado por un término de 10 días al presunto infractor para que, por escrito, responda a los cargos formulados y solicite las pruebas que considere pertinentes.

Que presentados los descargos y practicadas las pruebas decretadas, si fuere del caso, se debe adoptar la decisión mediante acto administrativo motivado. Trajo en

cita la Resolución No. 1782 de 2009 que modificó que artículo 8 de la Resolución 400 de 2004 y el artículo 5 de la Resolución No. 2888 de 2005.

Precisó que, para el caso de sanciones en materia de transporte, es aplicable la Ley 336 de 1996, "cosa distinta acontece con el agotamiento de la vía gubernativa, pues al no encontrarse regulada en la mencionada norma, hace plausible acudir a lo preceptuado sobre el tema en la ley 1437 de 2011"

En segundo lugar, hizo alusión a los documentos en el sistema de transporte terrestre, para ello citó el artículo 52 del Decreto 3366 de 2003, los artículos 7, 27, 28 y 29 del Decreto 173 de 2001 y la Resolución No. 3924 de 2008, que refieren al manifiesto de carga y el informe de infracciones de transporte.

Descendiendo al caso concreto indicó que, en materia de transporte es aplicable la Ley 336 de 1996 y el Decreto 3366 de 2003, por tanto, la vía gubernativa hace referencia a los recursos que pueden interponerse contra la decisión adoptada por la respectiva autoridad y no al procedimiento sancionatorio, como lo manifestó la parte actora.

Dijo que el acto administrativo por el cual se impuso la sanción a la demandante, acudió al memorando No. 20118100074403 de 2011, medio a través del cual se puso en conocimiento al gremio transportador las sanciones establecidas en la Ley 336 de 1996, pero no fue fundamento de la decisión.

Agregó que, según la normativa tenida en cuenta por la entidad demandada, el peso máximo correspondiente al vehículo tracto camión con semirremolque, es de 52.000 kg con una tolerancia de medición del 1.300 kg y que revisado el tiquete de báscula, el peso total arrojado fue de 53.570 kg, es decir, con un sobrepeso de 270 kg, en consecuencia, concluyó, se encontraba incurso en una infracción a las normas de tránsito.

A continuación, hizo alusión a la falta de aplicación de los preceptos establecidos por la sentencia C-160 de 1998 y el Concepto 1311 de 2008 e indicó que la sanción impuesta a la actora se ubica dentro de los parámetros establecidos en la ley y el citado memorando, "graduada en consideración a la naturaleza de la infracción y la entidad de la garantía socavada, la que se considera por este Juzgado, es razonable frente al rango dentro del cual puede definirse y el carácter discrecional que la ley reconoce..." (f. 417 vto.)

Luego, sobre la falta de motivación, adujo que el manifiesto de carga es uno de los documentos que sustenta la operación de transporte de carga terrestre, amparando el transporte de mercancías ante las autoridades, el cual es expedido por las empresas de servicio público de transporte de cargas; que tal documento debe ser portado por el conductor del vehículo y encontrarse firmado por la empresa transportadora y por el propietario o conductor del vehículo. Advirtió que la copia del manifiesto de carga allegada al proceso evidencia que los renglones correspondientes a “firma y sello autorizada por la empresa” y “firma y huella propietario o conductor”, se encuentran sin diligenciar. A continuación, afirmó:

“Es así que entiende el Despacho que la negativa de la accionada en los actos administrativos demandados, en dar valor probatorio al manifiesto de carga aludido por la empresa TRANCEM, se sustentó en el hecho que el mismo no cumplía con los parámetros establecidos para tal efecto, argumento frente al cual se encuentra asidero jurídico, pues luego de analizar las normas que regulan el tema se logra establecer que efectivamente existía en la aquí demandante, como empresa transportadora, la obligación no solo de emitir el respectivo manifiesto de carga, sino también de plasmar en dicho documento su firma manuscrita o digital. Y la del conductor del vehículo.”(fl. 418 vto.)

Señaló que, si bien en el manifiesto de carga se señaló un peso de mercancía inferior al que arrojó el tiquete de báscula, dicho documento no desvirtúa lo reportado en el tiquete de báscula-.

En lo concerniente a la falta de prueba de la calibración correcta de la báscula, citó la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 22 de abril de 2009, en el proceso con número interno 2002-00035 y ponencia de la Consejera Doctora María Claudia Rojas Lasso y afirmó que la violación del derecho de defensa fundado en que las pruebas solicitadas no fueron decretadas ni practicadas, está condicionada a su decreto en sede judicial.

No obstante lo anterior, indicó que, de conformidad con los documentos allegados por la Superintendencia de Industria y Comercio, se puede concluir que la báscula cumplía con los parámetros de calibración requeridos. Consideró que las pruebas solicitadas por la parte demandante y no decretadas en el procedimiento administrativo sancionatorio no afectan, al punto de variar la decisión adoptada por la entidad demandada.

Finalmente, sobre la presunta vulneración al principio “onus probandi incombis actori”, por cuanto era deber de la accionada decretar las pruebas no es de recibo y, por el contrario, si la actora consideraba que las pruebas eran necesarias, podía solicitarlas.

Concluyó que la parte demandante no logró desvirtuar la legalidad de los actos acusados y resolvió negar las pretensiones de la demanda. No condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandante apeló la sentencia (¶s. 423 y ss. c.2), con fundamento en lo siguiente:

Sostuvo que el CPACA establece que se debe aplicar el procedimiento sancionatorio allí previsto cuando no se regula en las normas especiales, por tanto, a su juicio, debió aplicarse la norma general, dado que la especial no reguló el término probatorio.

Por lo anterior, consideró que existe una clara vulneración del derecho al debido proceso, comoquiera que no se decidió sobre la solicitud de pruebas, tampoco se otorgó el término para controvertirlas, ni se profirió el auto que las negara.

Afirmó que el juez no analizó el artículo 4 del Decreto 3366 de 2003 que establece los parámetros para imponer sanción y erró al concluir que el Memorando No. 20118100074103 era un criterio auxiliar para establecer el monto de la sanción; que las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la infracción, no se incluyeron en los actos administrativos demandados, y tampoco se hizo referencia a la afectación de la infraestructura, ni el riesgo de los bienes transportados.

Consideró que el memorando es un documento interno que se dice publicado en la página web de la página de la superintendencia y no tiene fuerza de ley frente a los particulares, por tanto, no puede ser fuente de sanciones máxime por su falta de publicidad que fue aceptada por la entidad demandada.

Sobre los alcances de la Sentencia C-160 de 1998 proferida por la Corte Constitucional y el Concepto No. 1311 expedido por el Ministerio de Transporte, reiteró que no se observaron todas las situaciones de tiempo, modo y lugar que inciden en la graduación de la sanción.

Dijo que si bien el juez acertó al explicar el marco normativo del manifiesto de carga, desvió el objetivo del cargo cuya finalidad era demostrar que la Superintendencia de Puertos y Transportes incurrió en una falsa motivación, en tanto recurrió a la

Resolución No. 2000 de 2004 que, al momento de los hechos, se encontraba derogada.

Sobre la prueba destinada a demostrar la correcta calibración de la báscula, manifestó que si bien es cierto que en sede administrativa no se solicitó, no lo es menos que la entidad demandada, mediante la Resolución No. 20987 de 2015, manifestó tener en su poder el certificado de calibración de la báscula (Certificado CBS 9356) y dijo que al momento de los hechos se encontraba debidamente calibrada, "sin embargo el hecho de enunciar la prueba y no correr traslado de la misma se configura en la vulneración fehaciente del **DERECHO DE DEFENSA, DERECHO DE CONTRADICCIÓN Y DEBIDO PROCESO...**" (Negrilla del original) (f. 430).

Insistió en la vulneración del principio conforme al cual la prueba incumbe a quien alega el hecho.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado para alegar de conclusión, las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

4.1. Superintendencia de Puertos y Transporte (f. 446 y ss.):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y dijo que la norma aplicable en el proceso sancionatorio es la Ley 336 de 1996 por ser de carácter especial.

4.2. Transportadora de Cementos S.A.S. (f. 458 y ss.):

Reiteró los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada y afirmó que, quien esté en mejor posición de aportar la prueba debe allegarla al proceso; que en el caso sub examine, la entidad a pesar de tener las pruebas en su poder, no las aportó en la etapa procesal pertinente, sino que hizo uso de ella cuando ya no podía ser controvertida. Citó la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja el 13 de junio de 2016, en el proceso con radicación 2015-00150.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el **27 de febrero de 2017** mediante la cual el **Juzgado Sexto**

Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja negó las pretensiones de la demanda.

La alzada se contrajo a los siguientes argumentos:

1. *Violación del debido proceso respecto del procedimiento administrativo aplicable, al no decretar las pruebas tendientes a demostrar la correcta calibración de la báscula donde se registró el sobrepeso y la vulneración del principio "onus probandi incombis actori".*
2. *La naturaleza del Memorando 2011810074403 y su fuerza vinculante.*
3. *La aplicación y alcance de la sentencia C-160 de 1998 proferida por la Corte Constitucional y el Concepto 1311 de 2008 expedido por el Ministerio de Transporte.*
4. *Falsa motivación del acto administrativo al no tener en cuenta el Manifiesto de Carga aportado durante la actuación administrativa.*

5.1. Problema jurídico:

El problema jurídico se contrae a determinar: i) si los actos administrativos acusados se encuentran viciados de nulidad por violación al debido proceso al no haberse decretado las pruebas solicitadas en el escrito de descargos, ni otorgarse un término para contradecir ni aportar las mismas y ii) si existió falsa motivación del acto administrativo al fraccionar la prueba y darle un alcance erróneo al Memorando 2011810074403, a la sentencia C-160 de 1998 proferida por la Corte Constitucional y al Concepto 1311 de 2008 expedido por el Ministerio de Transporte.

5.2. Del debido proceso respecto del procedimiento administrativo sancionador y el decreto de pruebas en sede administrativa:

El artículo 29 de la Constitución Política prevé que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; así mismo, el artículo 3º del CPACA prevé que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan los procedimientos administrativos a la luz de principios como el debido proceso y derechos como los de defensa y contradicción.

Así lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-341 de 2014 con ponencia del Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo:

"5.3.1. El debido proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución

Política, y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo para los juicios y procedimientos judiciales, **sino también para todas las actuaciones administrativas**, cuando establece que: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que **la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”**[14].

5.3.2. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca **la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia**. Hacen parte de las garantías del debido proceso:

(...)

(iii) **El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable**. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;

(...)” -Negrilla fuera de texto-

La lectura de la sentencia traída en cita, permite concluir que el artículo 29 Constitucional prevé que todas las actuaciones administrativas se desarrollen con sujeción al procedimiento establecido, para cada materia, lo cual se resume en la existencia de un procedimiento sin dilaciones injustificadas, la oportunidad de controvertir e impugnar las decisiones, y **la garantía del derecho de defensa y la posibilidad de presentar y controvertir pruebas**.

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, el artículo 47 del CPACA indicó que “Los procedimientos administrativos sancionatorios **no regulados por leyes especiales** (...) se sujetarán a las disposiciones de esta Primera Parte del Código. **Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes**”

En materia de transporte, la Superintendencia de Puertos y Transporte es la entidad encargada de vigilar, inspeccionar y controlar la prestación del servicio público de transporte terrestre, así mismo, asume la investigación de las violaciones de las normas relativas a las funciones de los organismos de tránsito, así como las

concernientes al transporte terrestre. Igualmente, **aplica las sanciones¹ en desarrollo de la inspección, control y vigilancia en materia de transporte terrestre automotor** (numerales 9 y 13 del artículo 14 del Decreto 1016 de 2000).

Las sanciones antes referidas, se encuentran reguladas en el Estatuto Nacional de Transporte, Ley 336 de 1996, que tuvo por objeto unificar los principios y criterios que sirven de fundamento para la regulación y reglamentación del transporte terrestre y su operación en el territorio nacional.

La citada norma, en los artículos 50 y 51, determinó el procedimiento de la investigación cuando existen infracciones a las normas de transporte, así:

*“Artículo 50.-Sin perjuicio de lo dispuesto por normas especiales sobre la materia, cuando se tenga conocimiento de la comisión de una infracción a las normas de transporte, la autoridad competente **abrirá investigación en forma inmediata mediante resolución motivada** contra la cual no cabrá recurso alguno, la cual deberá contener: a. Relación de las pruebas aportadas o allegadas **que demuestren la existencia de los hechos**; b. Los fundamentos jurídicos que sustenten la apertura y el desarrollo de la investigación, y c. Traslado por un término no inferior a diez (10) días ni superior a treinta (30) días, al presunto infractor para que por escrito responda a los cargos formulados y **solicite las pruebas que considere pertinentes**, las que se apreciarán de conformidad con a las reglas de la sana crítica.*

Artículo 51.-Presentados los descargos y practicadas las pruebas decretadas, si fuere el caso se adoptará la decisión mediante acto administrativo motivado.

Esta actuación se someterá a las reglas sobre vía gubernativa señaladas en el Código Contencioso Administrativo” -Negrilla fuera de texto-

Dicho procedimiento encuentra la garantía del debido proceso en el Decreto 3366 de 2003 “Por el cual se establece el régimen de sanciones por infracciones a las normas de Transporte Público Terrestre Automotor y se determinan unos procedimientos.” que, en el artículo 9º señaló:

*“ARTÍCULO 9o. GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO. En el proceso administrativo sancionatorio se **garantizarán las formas propias de toda actuación administrativa** en los términos del artículo 3o del Decreto 01 de 1984. (Ahora Ley 1437 de 2011)*

¹ Así mismo, el Decreto 3366 de 2003 estableció:

*“ARTÍCULO 3o. AUTORIDADES COMPETENTES. Son autoridades competentes para investigar e imponer las sanciones aquí señaladas:
En la jurisdicción nacional: La Superintendencia de Puertos y Transporte o quien haga sus veces. (...)”*

*En todo caso se tendrá en cuenta la no Reformatio Impejus y en virtud de la cual, en ningún caso se hará más gravosa la sanción al investigado.”
(Paréntesis y negrilla de la Sala)*

Si bien la norma transcrita se refiere al antiguo Código Contencioso Administrativo, es aplicable en la actualidad las disposiciones del CPACA.

Entonces, integradas las normas que regulan el procedimiento sancionatorio en materia de transporte, surgen las siguientes conclusiones:

- a. El artículo 47 del CPACA prevé que cuando no exista norma especial se aplicará el procedimiento allí establecido, sin embargo, también se aplicará la norma general en lo no previsto en aquella, la norma especial.
- b. En la Ley 336 de 1996, corrido el traslado para presentar descargos, se deberán practicar las pruebas y, si es del caso, emitir una decisión de fondo.
- c. La actuación del procedimiento sancionatorio se somete a las reglas del procedimiento administrativo general plasmadas en el CPACA, en lo no regulado en la norma especial.

Ahora, la norma especial, esto es la Ley 366 de 1996, prevé que se abrirá la investigación por medio de acto administrativo motivado y que, una vez notificado se otorgará un término perentorio para presentar descargos en los cuales **podrá solicitar las pruebas que considere pertinentes**. A continuación, la norma indica que **una vez practicadas las pruebas**, se tomará una decisión de fondo.

Como se observa, la Ley 366 de 1996 **prevé el trámite probatorio** al señalar que se deben practicar las pruebas, sin embargo, no determina el período para ello, ni la forma como la entidad debe adelantar tal etapa, en consecuencia, en este aspecto debe aplicarse al criterio de integración normativa y someterse al procedimiento establecido en el CPACA previsto en los artículos 47 y 48 que establecieron:

*“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. **Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.**”*

Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones

presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. **Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.**

(...)

Artículo 48. Período probatorio. Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días.

Vencido el período probatorio **se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos.**” (Resaltado fuera de texto)

A su vez el artículo 49 del CPACA estableció:

“Artículo 49. Contenido de la decisión. El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos.

El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener:

1. La individualización de la persona natural o jurídica a sancionar.
2. **El análisis de hechos y pruebas** con base en los cuales se impone la sanción.
3. Las normas infringidas con los hechos probados.
4. La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación.” (Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, la parte investigada en un proceso administrativo sancionatorio tiene el derecho a pedir y aportar las pruebas, entonces, sea que la administración considere su decreto o sea que las encuentre impertinentes, innecesarias o inconducentes, así debe decidirlo mediante providencia motivada, por supuesto, de forma previa al momento en que se tome la decisión de fondo.

La Corte Constitucional en sentencia de C-034 de 2014, indicó:

“La importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial. En la sentencia C-1270 de 2000, [26] la Corporación se

refirió al alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas, en el escenario de los conflictos propios del derecho laboral:

“3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular **ciertas garantías mínimas en materia probatoria**. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) **el derecho para presentarlas y solicitarlas**; ii) **el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra**; iii) **el derecho a la publicidad de la prueba**, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) **el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos** (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

3.3. Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, **pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente** y, además, valorarlas”. (Resaltado fuera de texto)

Y, en la sentencia C-537 de 2006, se pronunció sobre el derecho a probar:

“El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En tal sentido, la Corte ha considerado que(...) (iv) **el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa**; (v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, **vulnerándose esta garantía cuando “se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso”**; por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la producción de la prueba, “por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador” y exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba; y (vi) **el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas.**” -Negrilla y subrayas fuera del original-

Si bien la sentencia se ocupó del ámbito penal, sus consideraciones son relevantes en el marco ilustrativo del derecho al debido proceso, mucho más cuando se está, como en este caso, en el ámbito sancionatorio.

Aunado a lo anterior, se reitera, la pluralidad de principios del debido proceso administrativo involucra, esencialmente, la posibilidad de que el particular pueda cuestionar y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra, pues, “de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público” (Sentencia T-1341 de 2001).

En línea con lo anterior, se tiene que la autoridad competente puede negar las pruebas siempre que, en desarrollo del principio de publicidad, dé razones suficientes sobre su ineficacia o impertinencia y/o los motivos por los cuales son superfluas e innecesarias, sin que tal decisión pueda incluirse en la decisión de fondo pues, es claro, que este es un momento previo a ello.

En el caso bajo análisis, la parte actora insiste en que se trasgredió su derecho al debido proceso, comoquiera que, en el procedimiento sancionatorio, no existe decisión que haya resuelto sobre la petición probatoria.

Se evidencia en este proceso que, mediante la **Resolución No. 008031 de 22 de mayo de 2014**, expedida por el Superintendente Delegado de Tránsito y Transporte Terrestre Automotor, resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: Abrir investigación administrativa a la empresa de transporte público terrestre automotor de carga **TRANSPORTADORA DE CEMENTOS S.A.S. TRANCEM S.A.S.**, identificada con el N.I.T. 8000714886, por presunta transgresión; del código de infracción No.560 del artículo 1º de la Resolución No. 10800 de 2003, en concordancia con lo normado en el literal d) del artículo 46 de la Ley 336 de 1996, con fundamento en los argumentos expuestos en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Tener como pruebas las documentales señaladas en la parte motiva de la presente Resolución.

(...)

ARTÍCULO CUARTO: Correr traslado al investigado por un término de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación del presente acto administrativo, para que por escrito responda los cargos aquí formulados, solicite y aporte las pruebas que considere pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos. (...)” (Negrilla del original, subrayas fuera de texto).

En efecto, dentro del término otorgado por la entidad accionada, la empresa TRANSCEM S.A.S., presentó el escrito de descargos y solicitó las siguientes pruebas:

“Solicito a su honorable Despacho se sirva oficiar a las Entidades que se relaciona a continuación para que con destino al presente proceso se aporte lo siguiente:

2.1.se sirva oficiar a la Superintendencia de Industria y Comercio, a fin de que indique cuáles son los procedimientos para calibrar las básculas de pesaje vehicular que se encuentren ubicadas a lo largo de las carreteras nacionales...

2.2.se sirva oficiar a la Superintendencia de Industria y Comercio, a fin de que certifique si para la época de los hechos, esto es durante el mes de Diciembre de 2011, se ha realizado alguna calibración a la Báscula sobre la cual se hace el peso que genera la presente investigación y cuál ha sido el resultado de las mismas, en especial en los últimos 5 años. En dicha certificación se deberá indicar además si esta báscula cumple o no con los procedimientos y tiempos establecidos por las normas de metrología para la época de los hechos.

(...)

*Estas pruebas son pertinentes y conducentes a demostrar la errada calibración de la báscula y que no se despachó el vehículo con sobrepeso.”
(f. 103 y vto.)*

La Superintendencia de Puertos de Transporte, vencido el traslado de descargos, mediante la **Resolución No.014332 de 14 de septiembre de 2014** (fls. 70 y s.s.), al imponer la sanción, se pronunció sobre la petición probatoria del investigado; dijo:

“...la obligación de probar dependerá de la situación adquirida por las partes en un proceso. Cada una de ellas deberá probar los hechos sobre los que funda su defensa en este evento correspondía a la Empresa investigada aportar la documentación aludida en los descargos. (fl. 82)

(...)

RESPECTO DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA INVESTIGADA

(...)

Por lo anterior, si tenía algún reclamo sobre el funcionamiento de la báscula, la investigada debió elevar queja directamente ante la autoridad competente, es decir, ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

No obstante lo anterior, esta entidad ya cuenta con los certificados de calibración de los últimos 3 años de la gran mayoría de las básculas dispuestas en el territorio nacional, entre los que se encuentra naturalmente el de la báscula NORTE TUTA. Bajo estas circunstancias, el argumento que da la investigada en relación con la alteración de los registros de báscula en la que se realizó el pesaje del vehículo encausado queda sin ningún

fundamento, sobre todo si tenemos en cuenta que la administrada no respalda su dicho en prueba alguna.

Es evidente que las solas aseveraciones que hace la enjuiciada no prueban por sí mismas que el despacho realizado se haya hecho respetando los límites permitidos o que la báscula donde se realizó el pesaje estuviera alterada o descalibrada, pues tal como lo indica el artículo 177 del C.P.C. "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", por lo tanto, la investigada, debía aportar las correspondientes pruebas que pudieran respaldar sus afirmaciones, sin embargo, esto nunca sucedió." (Negrilla fuera de texto). (fl. 91)

Contra la anterior resolución, la Transportadora de Cementos S.A.S. presentó recurso de reposición y en subsidio apelación; en efecto, estos recursos fueron resueltos por las **Resoluciones No. 9723 y 20987 de 2015** que obran a folios 43 y s.s. y 34 y s.s., respectivamente; en esta última se lee:

"8. DESCALIBRACIÓN DE LA BÁSCULA:

Este Despacho se acoge a lo dispuesto por el artículo 11 de la resolución 4100 de 2004 (...). Por lo anterior, se anexa al expediente el certificado de calibración No. CBS 9356 de PEAJE TUTA – BÁSCULA NORTE de fecha 17 de agosto de 2011, donde se demuestra que no existía descalibración de la báscula para el día de la comisión de los hechos. (...)" Negrilla fuera de texto. (fl. 39)

Como se observa, la Superintendencia de Puertos y Transporte se sujetó a la legalidad al abrir la investigación; en efecto, señaló la presunta infracción cometida, las pruebas allegadas, la forma de notificación y el término para presentar los descargos. Nótese que en el artículo cuarto señaló que se podía **solicitar** y allegar las pruebas que considerara pertinentes para el esclarecimiento de la verdad, **como en efecto lo hizo la parte demandante.**

Sin embargo, sin pronunciarse sobre las pruebas solicitadas, procedió de forma extemporánea, **en el acto mediante el cual tomó la decisión de fondo** a examinar su procedencia; en estas condiciones, considera la Sala que vulneró el debido proceso pues, se ha dicho que, normativamente, tenía el deber de proferir auto motivado que, por supuesto, no podía integrar a la decisión sancionatoria, mucho menos, sin dar posibilidad alguna de que se presentaran alegaciones, como lo dispone el artículo 48 de la Ley 1437 de 2011 "Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término (...) Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos..." Resalta la Sala. Y es que, sin duda, la decisión probatoria era previa tal como se lee en el artículo 40 del mismo ordenamiento cuando señala que "...El interesado contará con la oportunidad de

controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.”

En tal sentido, el procedimiento que debió acatar la Superintendencia de Puertos y Transporte es el siguiente:

1. Cuando tuvo conocimiento de la infracción, abrir la investigación mediante resolución motivada que no era susceptible de recurso alguno.
2. Correr traslado a la Transportadora de Cementos S.A.S. por un término no menor de 10 días ni superior a 30 días para que presentara los descargos y solicitada las pruebas que considerara pertinentes.
3. En caso de que la entidad demandada lo considerara, **mediante acto motivado** pronunciarse sobre las pruebas y, de considerarlas improcedentes, conceder dar traslado por diez (10) a la Transportadora de Cementos S.A.S. **para que presentara los alegatos respectivos.**
4. Vencido el término para alegar, si procedía la decisión de fondo debidamente motivada.

Pero además, se observa que al recurso de apelación interpuesto contra el acto sancionatorio, la entidad incorporó el Certificado de Calibración No. CBS 9356 del Peaje Tuta – Báscula Norte de fecha 17 de agosto de 2011, prueba que, obviamente, por efectos temporales, ni siquiera fue puesta en conocimiento del investigado en la oportunidad para presentar descargos.

La Corte Constitucional en Sentencia T-1395 de 2000, precisó que negar las pruebas del interesado en el mismo acto en que se toma la decisión que pone fin a la actuación administrativa, implica una pretermisión grave del procedimiento, en tanto se desconoce el derecho a ser oído, que se practiquen las pruebas y a contradecir las que se alleguen en su contra, dijo:

“(…) 2.5. La autoridad titular de la competencia no necesariamente está obligada a decretar y a practicar todas las pruebas solicitadas, sino las que sean pertinentes y conducentes para garantizar el derecho de defensa y el logro de la finalidad perseguida con la actuación administrativa. Por lo tanto, podrá negar la práctica de pruebas, cuando ellas carezcan de la aptitud o de la utilidad necesarias para que puedan servir de soporte a la adopción de la correspondiente decisión.

(…)

2.6. La decisión de la autoridad en el sentido de no acceder al decreto de una prueba dentro de la actuación administrativa, debe producirse con anterioridad a la adopción de la decisión; dado que ésta sólo debe pronunciarse cuando se haya oído al interesado y obren dentro del proceso las pruebas necesarias para tomar una resolución ajustada al derecho y a la equidad. Es decir, que cuando se va a resolver de fondo sobre la situación que se debate la autoridad administrativa tiene que tener certeza acerca de la prueba que va a evaluar; por su parte, igualmente el administrado debe tener la seguridad de que las pruebas que ha aportado habrán de ser evaluadas de modo que se consideren las pretensiones o razones de su defensa.

Negar las pruebas del interesado en el mismo acto en que se toma la decisión que pone fin a la actuación administrativa, implica una pretermisión grave del procedimiento, desconocimiento del derecho de ser oído, de que se practiquen las pruebas solicitadas y a contradecir las que se alleguen en su contra.” (Resaltado fuera de texto)

Y la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia proferida el 18 de febrero de 2016, en el proceso con radicación número 68001-23-31-000-2008-00658-01(19433) y con ponencia del Consejero Doctor Hugo Fernando Bastidas Barcenás, precisó:

“...Otro de los ejes fundamentales que integra el derecho al debido proceso es el que garantiza que el impulso y trámite de los procesos se efectúe conforme con las formas establecidas para cada juicio o procedimiento administrativo. Este eje se entiende vulnerado cuando las autoridades públicas, en ejercicio de función administrativa, no siguen estrictamente los actos y procedimientos establecidos en la ley para la adopción de sus decisiones y, por contera, desconocen las garantías reconocidas a los administrados...” Resaltado fuera de texto.

Así entonces, resulta contrario a los principios expuestos que **sólo hasta el momento de decidir la sanción** la ahora demandada haya negado la prueba por innecesaria y, adicionalmente, que al momento de resolver el recurso de apelación contra la sanción, haya esgrimido una prueba desconocida para el investigado; lo anterior, aunado a la omisión en la expedición de la decisión motivada sobre la petición probatoria y la pretermisión de la etapa de alegaciones deja concluir, sin lugar a dubitación, que el procedimiento adelantado violó del debido proceso y el derecho de defensa.

5.2.1. De la prueba decretada en sede judicial sobre la revisión de las básculas de pesaje en relación con la calibración:

Ahora, considera la Sala que la anterior conclusión no resulta suficiente para sacar adelante las pretensiones de la demanda pues, si bien, se concluye la vulneración del debido proceso, no puede dejarse de lado que **los actos administrativos**, que

gozan de presunción de legalidad, fueron demandados ante esta jurisdicción, en la que adelantado el procedimiento, incluida la etapa probatoria, es necesario establecer si se logra desvirtuar la mencionada presunción.

Al respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 17 de marzo de 2000, radicación número 5583 y con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó:

“...Finalmente, en lo que concierne a la aducida violación del derecho de defensa en la vía gubernativa, porque no se decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la actora, estima la Sala que la prosperidad de dicho cargo está condicionada a que en la instancia jurisdiccional, en la que obviamente se tiene franca la oportunidad para ello, se pidan y practiquen esas mismas pruebas, u otras pertinentes, a objeto de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida. Resulta, empero, que esa eventual incidencia en el caso presente no se puede medir o ponderar, pues la demandante no solicitó ni aportó pruebas con ese propósito...”²

El anterior criterio ha sido reiterado por esa Sección, entre otras, en las Sentencias de 17 de marzo de 2000 (Expediente 5583); 26 de julio de 2001 (Expediente 6549), 14 de febrero de 2002 (Expediente 7346) y 31 de enero de 2003 (Expediente 6689).

De igual forma se ha pronunciado la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia más reciente proferida el 6 de julio de 2016, en la que se demandó el acto administrativo en razón a la negativa de pruebas en el procedimiento administrativo, reiterando así el criterio vigente:

“...Además, debe resaltarse en esta oportunidad, que la parte demandante no realizó ningún esfuerzo probatorio ni en sede administrativa ni ante esta jurisdicción. La Sala ha precisado que: «2.11 En la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el administrado puede desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado con nuevas o mejores pruebas que las aportadas en sede administrativa, pues, legalmente no existe ningún impedimento para que no se puedan apreciar pruebas diferentes a las valoradas por la Administración. Además, es carga de las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (artículo 177 C.P.C.)»³...”⁴ (Resaltado fuera de texto)

² El criterio fue reiterado, entre otras, en las Sentencias de 17 de marzo de 2000 (Expediente 5583); 26 de julio de 2001 (Expediente 6549), 14 de febrero de 2002 (Expediente 7346) y 31 de enero de 2003 (Expediente 6689.)

³ Sentencia del 6 de agosto de 2015, Exp. 20130, M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁴ Radicación: 68001-23-33-000-2012-00049-01 [20134], M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, Actor: Luis Eugenio Portilla Portilla

Y, en pronunciamiento posterior reiteró que “Si bien la Administración no se pronunció frente a la solicitud de la prueba antes relacionada, ello no tiene la virtualidad, en este evento, de generar la ilegalidad del acto administrativo, toda vez que los hechos que fundamentaron la glosa en discusión **están debidamente probados** para la DIAN (...) Si el contribuyente consideraba necesaria dicha prueba debió (...) **en su defecto solicitarla en la vía judicial...** (...) No obstante, en vía judicial, el demandante no solicitó prueba alguna al respecto...”⁵

Criterio jurisprudencial que siguió esta Sala en reciente sentencia proferida el 10 de agosto de 2017, en el proceso iniciado por Jairo Eduardo Martínez Salamanca, contra la Contraloría General de Boyacá, dentro del expediente Radicado No: 150012333000201600228-00, en el que el demandante alegaba que durante la investigación disciplinaria adelantada se habían negado pruebas, a su juicio necesarias, dijo el Tribunal “...Además, si el demandante las consideraba fundamentales para el ejercicio del derecho a su defensa, la conducta procesal esperada en este proceso, era que solicitara su decreto. Sin embargo, en las oportunidades otorgadas en el artículo 212 del CPACA, guardó silencio...”

Se observa entonces la existencia de precedente vertical y horizontal que esta Sala ha de seguir al no encontrar razones para apartarse de ellos.

Recuérdese que la presunción de legalidad, de validez o de legitimidad de los actos administrativos, tiene como consecuencia que quien alegue su nulidad, le corresponde desvirtuarla, de manera que traslada al impugnante la carga de demostrarla en juicio, mediante el aporte de los elementos de convicción y pruebas necesarias para el efecto. Dicho de otro modo, la presunción de legalidad del acto administrativo implica que incumbe a quien pretenda su nulidad demostrar que no cumple con los requisitos de validez, de manera que, en tanto la actora en su demanda mantuvo el argumento relativo a la inexistencia de infracción, era su deber traer al proceso elementos probatorios que sustentaran su dicho.

Así las cosas, como es sabido, es de la esencia del derecho de defensa la oportunidad de pedir o aportar pruebas tendientes a desvirtuar los hechos que se imputa, por tanto, si a ese cargo se concreta la inconformidad del actor, nada impide constatar si, en efecto, se le vulneró tal derecho.

⁵ Sentencia de 13 de octubre de 2016, C.P. Doctor Jorge Octavio Ramírez, Radicación número: 25000-23-37-000-2012-00206-01(20585), actor: Gustavo Adolfo Rodríguez Puertas

El fin de contar con las pruebas que no fueron practicadas en el procedimiento sancionatorio es el de dilucidar los hechos que fundamentan la decisión, ahora demandada. Por consiguiente, la práctica de las pruebas en sede judicial permiten confirmar o desvirtuar la legalidad de la decisión administrativa.

Durante el procedimiento administrativo sancionatorio, la Transportadora de Cementos S.A.S. solicitó la prueba documental tendiente a demostrar cuál era el estado de calibración de la báscula; sin embargo, y a pesar de que en sede administrativa no se recaudó, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, **no la solicitó**. No obstante, el juez de primera instancia consideró que la antedicha prueba denotaba trascendencia del supuesto fáctico e influía en la definición del asunto, por tanto, la decretó de oficio en la audiencia inicial realizada el 8 de septiembre de 2016, en efecto, ordenó recaudar “el informe en el que se indique si respecto de la BASCULA NORTE ubicada en la vía entre Tunja-Paipá, kilómetro 12 más 300 se realizaron procedimientos de revisión y calibración para los años 2009, 2010 y 2011, especialmente para el día de los hechos, esto es, el día 6 de diciembre de 2011...” (f. 197 vto.).

El 23 de septiembre de 2016 la Superintendencia de Industria y Comercio allegó los siguientes documentos:

- El Oficio No. 16-232346-1-0 de 19 de septiembre de 2016, en el cual se lee:

“... Al respecto, me permito indicarle que, para la época de los hechos, los instrumentos para medir sujetos a control metroológico legal debían contar con la respectiva calibración o verificación, de acuerdo con el artículo 29 del Decreto 2269 de 1993. (...)”

Por otro lado, me permito manifestarle que esta Entidad **adelantó** control metroológico legal a la báscula descrita por medio de inspección documental, durante el periodo 2010 y 2011. **El resultado de dicha inspección fue conforme** y por ende esta Entidad **no encontró mérito para iniciar la investigación alguna**. La inspección se adelantó bajo el número de radicado 10-125452...” (f. 310 vto.) -Negrilla fuera de texto-

- El Oficio No. 3024 de 28 de julio de 2011 expedido por la Coordinadora Grupo de Trabajo de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal dirigido al Consorcio Solarte Solarte (f. 312), en el cual se manifestó:

“En ejercicio de las facultades de vigilancia y control otorgadas a esta Superintendencia mediante los Decretos (...), esta entidad formuló requerimiento de información a CONSORCIO SOLARTE SOLARTE solicitando información relacionada con el certificado de calibración, el plan de mantenimiento y calibración, y el historial de calibración, de la estación de pesaje ubicada en el municipio de TUTA BOYACA.

*Como resultado del análisis de la documentación allegada a esta entidad, se evidenció **que el certificado de calibración es válido**, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2269 de 1993.” -Negrilla fuera de texto-*

- Oficio No. 16-320233-4-0 de 24 de noviembre de 2016 expedido por el Coordinador Grupo de Trabajo de Inspección y Vigilancia de Metrología Legal (f. 357):

“...a partir del certificado remitido número CBS 9356 emitido por el laboratorio de metrología Sigma, con fecha de calibración 2011-08-17, me permito indicarle que la Báscula Norte, ubicada en la vía Tunja – Paipa, Kilómetro 12 +300, cumple con los errores máximos permisibles establecidos en la NTC 2031, lo cual puede observar en el gráfico de exactitud del numeral 6.4...

*Finalmente, me permito concluir que la Báscula Norte para la fecha solicitada, **cumple con las disposiciones de metrología legal que existían para la época**. Es importante aclarar que la fecha de emisión del certificado de calibración es del 17-08-2011, no obstante, **se debe tener en cuenta de dichas calibraciones suelen ser de un año**, periodo determinado por el titular de la báscula y por disposiciones contractuales con la Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia” (Resaltado fuera de texto)*

- Certificado de Calibración No. CBS 9356 de 17 de agosto de 2011 realizado por la Compañía CSS Constructores S.A. a la báscula digital ubicada en el peaje del Municipio de Tuta (f. 360-364), en ese se precisó:

“6. RESULTADOS DE LA CALIBRACIÓN

*De acuerdo con los resultados de las pruebas de calibración, la división de escala y la capacidad máxima del instrumento, la **BASCULA CUMPLE** con cada una de las pruebas de calibración estipuladas en nuestros procedimientos PEM 04, PEM 05 Y PEM 06 para la calibración de instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático...”*

La prueba documental aportada al proceso no fue objeto de tacha alguna por la parte demandante y en tales condiciones fue incorporada al proceso. De ella se concluye:

- i) Que el peso máximo autorizado en la báscula ubicada en el Peaje de Tota, era de 53.300 Kg (f. 220).
- ii) Que la báscula, para la época de los hechos (2011), se encontraba debidamente calibrada.

Y el juez de primera instancia, con fundamento en las pruebas que obraban legalmente en el proceso, concluyó:

“...encuentra el Despacho que luego de analizar el certificado de calibración, el plan de mantenimiento y calibración, y el historial de calibración de la báscula ubicada en la vía entre Tunja y Paipa a la altura del peaje de Tunja, ésta cumplía con los parámetros de calibración requeridos, a tal punto que no encontró mérito para iniciar la investigación al respecto.

Así las cosas, establece este Despacho que las pruebas solicitadas por parte demandante y no decretadas dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, no tenían, ni tienen la capacidad de cambiar el sentido de la decisión adoptada por la Superintendencia de Puertos y Transportes -sic- en los actos administrativos demandados, en tanto que, las pruebas en mención, lo que hacen es dar mayores argumentos para corroborar la correcta medición que del sobrepeso de la carga hizo la báscula ubicada en la vía entre Tunja y Paipa a la altura del peaje de Tuta, no encontrándose por tanto, vulneración alguna al debido proceso.” (f. 420)

En el anterior orden de ideas, si bien se probó la violación del debido proceso administrativo, ello no resulta suficiente para declarar la ilegalidad de la sanción, comoquiera que la prueba omitida en sede administrativa, pero decretada en vía judicial, demuestra que la decisión proferida por la Superintendencia de Puertos y Transporte fue ajustada a derecho, en tanto, no sólo hubo un sobrepeso certificado, sino que, además, la báscula se encontraba debidamente calibrada.

5.3. De la sanción:

La apoderada de la entidad demandante manifestó:

- i) Al graduar la sanción no se dio aplicación a la sentencia C-160 de 1998 proferida por la Corte Constitucional ni al Concepto 1311 emitido por el Ministerio de Transporte.
- ii) Se dio un alcance en la sanción a un memorando que no fue debidamente publicado ni que tiene fuerza de ley frente a los particulares.

5.3.1. De la sentencia C-160 de 1998 proferida por la Corte Constitucional y el Concepto 1311 del Ministerio de Transporte.

Mediante el Concepto No. 1311⁶ (MT- 1350 – 2 – 55850 del 24 de septiembre de 2008⁷) expedido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Transporte, en síntesis, indicó:

- Que, tratándose de infracciones administrativas existe una gama muy amplia, por tanto, en cada caso, se deberá tener en cuenta su naturaleza y características a fin de determinar la aplicabilidad y alcance de los principios del derecho sancionador.
- La sanción debe ser clara o, por lo menos, debe permitir su determinación mediante criterios que **el legislador** establezca para el efecto.
- La sanción debe ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición.
- En virtud del principio de legalidad consagrado constitucionalmente en el artículo 29, solo la ley o norma que tenga igual jerarquía normativa, puede tipificar las faltas y señalar las sanciones correspondientes, es lo que se conoce como “reserva legal”. En consecuencia, no es jurídicamente posible que normas de carácter reglamentario puedan señalar sanciones y su regulación.
- Cuando se determina una sanción única imponible, **la ley señaló límites mínimos y máximos**, dándole atribución al funcionario administrativo para juzgar la dosificación de la sanción en cada caso, en atención al efecto o consecuencias producidas por la conducta del infractor.
- La razonabilidad y proporcionalidad deben ser el fundamento en la aplicación del régimen sancionatorio, expresamente previsto en la Ley 336 de 1996. La sanción debe ser ajustada a la violación.

Consideró que las sanciones “...deberán oscilar entre uno (1) a setecientos (700) salarios mensuales legales vigentes o con amonestación, según el caso, de conformidad con los artículos 45 y 46 de la Ley 336 de 1996.”

El concepto antes referido, trajo apartes del Concepto Radicado No. 1454 de 16 de octubre de 2002 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el que se dijo “...Es claro en la ley el concepto de la graduación y dosimetría

⁶ El documento puede encontrarse en el siguiente link: <https://www.mintransporte.gov.co/documentos.php?id=25&offset=3>

⁷ Asunto: Transporte Desintegración física de vehículos de servicio colectivo Municipal, Decreto 3366 de 2003.

que para los efectos de la imposición de la sanción respectiva deberán tener en cuenta las citadas autoridades de transporte⁸. De esta manera deberá la autoridad competente en cada caso, en primer término, realizar un juicio sobre la conducta, sobre las eventuales acciones y omisiones en que se hubiere incurrido y sobre la gravedad de las mismas a fin de dosificar la correspondiente sanción, análisis que corresponde a la órbita discrecional de la autoridad competente, todo dentro del marco normativo que el derecho sancionatorio le impone, guardando en todo caso, el respeto a los derechos fundamentales del debido proceso, de defensa y de audiencia...” –Subrayado fuera de texto–

Es decir, conforme a lo anterior, las sanciones deben ser razonables y proporcionales a la conducta, **atendiendo los parámetros establecidos por el legislador en la Ley 336 de 1996**, en la cual se estableció un mínimo y máximo.

En lo que concierne a la sentencia citada por la recurrente, esto es la C-160 de 1998 proferida por la Corte Constitucional, trató el poder sancionador tributario indicando también que los criterios de proporcionalidad deben ser atendidos cuando la administración ejerza el poder sancionatorio.

Ahora, en materia del desacuerdo, la apelante, para sustentar el cargo se limitó a señalar que atendiendo al concepto reseñado y la sentencia de la Corte “para la graduación de la sanción se deben tener en cuenta criterios tales como las condiciones de tiempo, modo y lugar (...) no sólo como la fijación de criterios objetivos que fijo (sic) la Superintendencia de Puertos y transportes (sic) es suficiente si no (sic) que debe observar todas aquellas situaciones de tiempo modo y lugar, que afecten e incidan en la graduación de la sanción, lo cual en el caso del objeto del litigio no se realizó razón por lo que lo aducido por el a-quo no es de recibo...” (fl. 428)

Cuando se examina el argumento de apelación es claro para la Sala que, a juicio de la recurrente, la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción no se cumple en tanto no se atendió a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, **sin embargo, al respecto no precisa ninguna que, a su juicio, hubiera implicado una sanción distinta**, en consecuencia, carece la Sala de elementos que le permitan examinar el cargo a fin de evaluar si, en efecto, alguna de esas condiciones implicaba que, conforme a la norma, el elemento objetivo aplicado para fijar el monto, no podía serlo en la forma en que lo fue. La carga de la argumentación era del resorte de la impugnante pero al respecto se guardó silencio, sin que sean suficientes las afirmaciones generales en tanto ellas, precisamente, tenían que concretarse en las

⁸ Arts. 46, 47, 48 y 49 L. 336/96

circunstancias que, a juicio de la sancionada, debían ser evaluadas en conjunto con el cálculo objetivo de la sanción.

5.3.2. Del Memorando No. 20117100074403 de 14 de septiembre de 2011:

En cuanto al Memorando 20117100074403 de 14 de septiembre de 2011, el argumento de la apelante se contrae a que el mismo no podía ser aplicado por incumplir con el requisito de publicidad. Recuérdese que la publicidad es un requisito de oponibilidad del acto administrativo y no de legalidad. Si la recurrente alegaba la falta de tal requisito, era necesario que demostrara el supuesto, sin embargo, a más de su afirmación, nada milita en el plenario.

Ahora, el artículo 9º de la Ley 105 de 30 de diciembre de 1993⁹ "Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones" estableció los sujetos y las sanciones a imponer, entre ellas, la multa.

Posteriormente, la Ley 336 de 20 de diciembre 1996 "Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte" previó en el Capítulo Noveno las sanciones **y su graduación**; en el artículo 46 dispuso:

"Artículo 46.-Con base en la graduación que se establece en el presente artículo, las multas oscilarán entre 1 y 2000 salarios mínimos mensuales vigentes teniendo en cuenta las implicaciones de la infracción y procederán en los siguientes casos:(...)

d. En los casos de incremento o disminución de las tarifas o de prestación de servicios no autorizados, o cuando se compruebe que el equipo excede los límites permitidos sobre dimensiones, peso o carga, **eventos en los cuales se impondrá el máximo de la multa permitida (...)**

Parágrafo. -Para la aplicación de las multas a que se refiere el presente artículo se tendrán en cuenta los siguientes parámetros relacionados con cada modo de transporte:

a. Transporte terrestre: de uno (1) a setecientos (700) salarios mínimos mensuales vigentes; (...)." -Negrilla fuera de texto-

⁹ Artículo 9º.- Sujetos de las sanciones. Las autoridades que determinen las disposiciones legales impondrán sanciones por violación a las normas reguladoras del transporte, según las disposiciones especiales que rijan cada modo de transporte.

Podrán ser sujetos de sanción:

1. Los operadores del servicio público de transporte y los de los servicios especiales.

(...)

Las sanciones de que trata el presente artículo consistirán en:

1. Amonestación.

2. Multas.

(...)"

El literal d) del artículo transcrito, fue modificado por el artículo 96¹⁰ de la Ley 1450 de 2011¹¹, el cual indicó que la sanción procedería "...en los casos de incremento o disminución de las tarifas de prestación de servicios no autorizada, **o cuando se compruebe que el equipo excede los límites permitidos sobre dimensiones, peso y carga**" (Resaltado fuera de texto) eliminando así la expresión "eventos en los cuales se impondrá **el máximo de la multa permitida**" que traía la Ley 336 de 1996.

En el 2003 fue expedido el Decreto 3366 suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Transporte "Por el cual se establece el régimen de sanciones por infracciones a las normas de Transporte Público Terrestre Automotor y se determinan unos procedimientos" y estableció en el artículo 4º "Graduación de la sanción. En la imposición de las sanciones se tendrá en cuenta el grado de perturbación del servicio público de transporte y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió la infracción. Para este efecto, se tendrá en consideración los daños ocasionados a la infraestructura de transporte, el riesgo a la integridad y vida de las personas, a los bienes que se transportan y los perjuicios causados a los mismos."

En conclusión entonces, la Ley 336 de 1996 tipificó las conductas que constituyen faltas que deben sancionarse con multa y **un máximo y un mínimo para efectos de la graduación** según los efectos de la infracción, siendo el legislador el único competente para ello.

Ahora bien, la parte apelante afirma que el Memorando No. 20117100074403 de 14 de septiembre de 2011, no tiene fuerza vinculante para los particulares y por ello, la sanción al fundarse en tal memorando es ilegal.

Ese memorando (f. 152 y ss.) expedido por el Superintendente Delegado de Tránsito y Transporte Terrestre Automotor, señaló:

*"...se hace necesario **adoptar unos criterios de sanción de carácter objetivo y razonable** a fin de establecer el valor de las multas a imponer en los mentados casos"*

A continuación, considero:

¹⁰ La Corte Constitucional en la Sentencia C-363 de 2012, al declarar la exequibilidad de ese artículo precisó que su objetivo fue "...la necesidad de hacer una transformación en el aspecto relacionado con las multas y sanciones en el sector de tránsito y transporte, **para adecuar este esquema y hacerlo más cercano a los principios constitucionales que regulan el régimen sancionatorio...**" (Resaltado fuera de texto).

¹¹ Por el cual se expidió en Plan Nacional de Desarrollo 2011 - 2014 Publicada en el Diario Oficial 48102 de 16 de junio de 2011.

“Tomando como referencia las actuales condiciones y circunstancias del sector transporte en Colombia, consideramos necesario la adopción de un mecanismo idóneo que permitirá establecer lineamientos o parámetros para la dosificación de las sanciones, que estén en sintonía con estas realidades, propiciando una garantía material de los derechos de los administrados, por lo cual es procedente tener como guía de las decisiones la tabla de criterios para la dosificación de las sanciones por las conductas de sobrepeso, por las siguientes razones:

- ✓ *Los criterios de sanción son objetivos, lo que de entrada impide que el monto de las sanciones quede al garete del funcionario que debe dosificar la sanción;*
- ✓ *Los criterios de sanción obedecen a parámetros de proporcionalidad en razón a la configuración del vehículo, al sobrepeso detectado en los mismos y la afectación a la malla vía nacional;*
- ✓ *Los criterios de sanción son razonables, claros, sencillos y precisos, dejando de lado complicadas operaciones mentales o matemáticas que se presten a equívocos o manipulaciones o cualquier yerro de esa entidad.*

(...)” Negrilla fuera del texto original.

Por lo allí expuesto, mediante una tabla que fue anexada al memorando, se estableció la graduación de la sanción según el tipo de vehículo, la designación por kilogramos, el máximo de peso permitido y la tolerancia positiva de medición¹².

Como se observa en el mentado memorando expedido por el Superintendente Delegado de Tránsito y Transporte Terrestre Automotor, estableció pautas para graduar la sanción prevista en la ley, atendiendo criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad rigen el derecho al debido proceso sancionatorio¹³ y tienen especial relevancia en lo relativo a la imposición de sanciones, en tanto, es imprescindible que se respeten las garantías constitucionales, esto es, que estas -las sanciones- no resulten excesivas en rigidez frente a la gravedad de la conducta ni se vicie por la arbitrariedad del funcionario que la impone.

Así, la proporcionalidad que se aplica en aquellos casos en que la medida sancionadora varía según los comportamientos, es decir, tiene un carácter comparativo y relativo, pues una proporción supone necesariamente una cuantía

¹² Según la Resolución No. 02888 de 2005 expedida por el Ministerio de Transporte, “se considera tolerancia positiva de medición, el número de kilogramos que puede exceder del peso bruto vehicular autorizado durante el pesaje del vehículo, a fin de tener en cuenta las diferencias ocasionadas por el peso del conductor, el peso del combustible, el exceso de peso producido por efecto de la humedad absorbida por las mercancías, la calibración y la operación de las básculas de control y cualquier otro aditamento o situación que pueda variar la medición del peso bruto vehicular.”

¹³ Sentencia C-564/00

relacionada con el elemento que permite fijar en cada caso la sanción, en otros términos, **la gravedad de la sanción ha de ser función de la gravedad de la infracción**. Esta idea es consustancial con aquella de correspondencia que compara un elemento de juicio -infracción- con la sanción adecuada.

En suma, el principio de proporcionalidad encierra una exigencia de ponderación que corresponda a la gravedad de la sanción con la del comportamiento del infractor¹⁴.

Si bien es cierto que el pluricitado memorando hizo alusión a que “es criterio de la administración determinar el monto de la sanción...” lo cierto es que **no tipificó ni**

¹⁴ Así lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-721 de 2015 que resolvió declarar inexecutable la expresión “gravísima” contemplada en el inciso cuarto del artículo 86 de la Ley 1437 de 2011:

3.7.3. Los criterios de proporcionalidad y razonabilidad

3.7.3.1. Si bien la Corte ha admitido que el control de constitucionalidad en materia disciplinaria resulta de una intensidad menor que en materia penal, al determinar la gravedad de las faltas y la magnitud de las sanciones, el legislador debe orientarse por criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En ese orden de ideas, **la jurisprudencia ha exigido que la sanción sea razonable y proporcional “a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición”**.

3.7.3.2. En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que **tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma**, los cuales como ya se expresó están constituidos por: (i) el cumplimiento de los deberes del cargo y (ii) el aseguramiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad:

“Por lo anterior, la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron y se concluye que el derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que, para tal cometido, describe mediante ley una serie de conductas que estima contrarias a ese cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen”.

3.7.3.3. Corte Constitucional ha analizado en numerosas ocasiones el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, estableciendo que el mismo hace parte de las garantías esenciales del debido proceso y que constituye un límite esencial para el legislador:

(...)

3.7.3.3.2. La Sentencia C-564 de 2000 analizó la proporcionalidad de la multa impuesta a personas naturales y jurídicas que no sean intermediarios del mercado cambiario por la comisión de infracciones cambiarias. En esta providencia se reconoció que en relación con el derecho administrativo sancionador “el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, **tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto**”.

(...)”

determinó ninguna sanción, por el contrario, estableció pautas para imponer las previstas en la ley, dentro de los límites allí previstos, tanto que en la parte final de la tabla anexa al memorando, se precisó que **“LA SANCIÓN EN TODOS LOS CASOS TIENE UN MÁXIMO DE 700 S.M.L.M.V”** (f. 135). Nótese que uno de los objetivos era impedir que las sanciones se sujetaran al parecer de los funcionarios y se subjetivara su graduación.

Criterios que, a juicio de esta Sala, acompañan con la sentencia proferida el 19 de mayo de 2016 por la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Guillermo Vargas Ayala, en el expediente con Radicación número: 11001-03-24-000-2008-00107-00 ACUMULADO 11001 03-24 000 2008 00098 00, Actor: NEWMAN BAEZ MARTÍNEZ / JORGE IGNACIO CIFUENTES¹⁵, en el que precisó:

“En múltiples ocasiones la Sala se ha pronunciado al respecto, por ejemplo en sentencia de 29 de julio de 2010, sostuvo que el régimen sancionatorio en materia de transporte es de reserva del legislador:

“No obstante lo anterior, la Sala debe señalar en forma categórica que el precitado Ministro de Transporte, si bien está facultado para proferir ese tipo de reglamentos derivados o de segundo grado, no lo está para proferir normas en materia sancionatoria, las cuales se encuentran reservadas al legislador, quien como es sabido definió el régimen de sanciones en materia de transporte en el título IX de la Ley 336 de 1996.

(...)

La Sala, mediante providencia de fecha 17 de julio de 2008, proferida dentro del expediente 11001 0324 000 2004 00092 01, Consejero Ponente: Doctor RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PLANETA, al referirse al tema señaló: “En ese orden, la misma ley tiene ya tipificadas las faltas y señaladas sus respectivas sanciones para todos los modos, de tal forma que a la luz de la norma en comento, lo que le corresponde a las autoridades competentes es verificar si una determinada conducta o situación generada por cualquiera de los referidos sujetos, constituye o no violación de alguna norma de transporte, y si la ley 336 de 1996 o cualquiera otra norma de rango legal no le asigna una sanción específica y distinta a multa, esa conducta será sancionable con ésta, es decir, pecuniariamente, dentro de los rangos precisados en el parágrafo atrás transcrito del comentado artículo 46 de la Ley 336.”

(...)

Así las cosas y como quiera que en el ordenamiento jurídico colombiano el régimen sancionatorio en materia de tránsito es del resorte exclusivo del legislador, ha de concluirse que al no encontrarse tipificada en el capítulo IX de la Ley 336 de 1996 la conducta de que trata el artículo 6° de la Resolución 3666 del 9 de mayo de 2001, habrá de decretarse su nulidad, no sin antes señalar que ninguna de las disposiciones del Código Nacional de Tránsito Terrestre ni de la Ley 336 de 1996 le atribuyen facultades al ejecutivo para tipificar infracciones y menos aún para determinar las sanciones respectivas.”

¹⁵ Decidió: PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de los artículos 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, y 57 del Decreto 3366 de 2003 por las razones expuestas en esta providencia.

(...)

Sobre el particular la Sala prohija el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 16 de octubre de 2002, rad. N° 1.454, M.P. Dra. Susana Montes de Echeverri, que en la parte pertinente dice:

"De conformidad con el capítulo noveno de la Ley 336 de 1996, ... Las autoridades administrativas de transporte, ... en ejercicio de la función de control y vigilancia que la Constitución y la ley les atribuye – como función presidencial podrán, como facultad derivada, imponer a quienes violen las normas a las que deben estar sujetos, según la naturaleza y la gravedad de la falta, las sanciones tipificadas por la ley, cuando se realicen o verifiquen los supuestos fácticos previstos por el legislador para su procedencia, supuestos que determinan y limitan la competencia de las autoridades administrativas de control y vigilancia". (Resaltado fuera de texto)

Como puede observarse, el anterior criterio ha sido reiterado y pacífico en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Bajo estos supuestos se concluye que el memorando no tipificó una conducta sancionable y tampoco estableció la sanción a aplicar, se limitó a señalar bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo a supuestos fácticos previstos en la ley, la cuantía de la multa sin desconocer los mínimos y máximos legales.

En la Sentencia C-089 de 2011, la Corte Constitucional rememoró lo siguiente:

*"...Frente a esta norma, la Corte decidió declarar la exequibilidad condicionada del numeral 12 del literal A del artículo 131 de la Ley 769 de 2002, adicionado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010, "bajo el entendido de que la sanción allí prevista **sólo será aplicable previa reglamentación**, por las autoridades territoriales competentes, en las **que se señalen las condiciones de tiempo, modo y de lugar** que originan la restricción allí prevista."*

La anterior decisión, la tomó la Corte teniendo en cuenta que si bien el Legislador goza de una amplia libertad regulativa en materia de tránsito, debido a la naturaleza de estas normas que tienen que ver con el interés público de proteger la movilidad, seguridad, salubridad y de garantizar la vida y la integridad de las personas y los bienes, dicha libertad no es absoluta.

(...)

Por consiguiente, concluyó la Corte que dicha disposición ameritaba una declaratoria de exequibilidad condicionada, relativa a que la norma prevista solo podría ser aplicada previa reglamentación por parte de las autoridades competentes, en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de tal restricción..." (Subrayado fuera de texto)

Es decir, el memorando dosificó la sanción, sin invadir órbita legal alguna, para lo cual tuvo en cuenta la configuración del vehículo, el sobrepeso detectado y la afectación de la malla vial.

Ahora, en cuanto a las circunstancias tiempo, modo y lugar que a juicio del apelante no fueron tenidas en cuenta a la luz del artículo 4º del Decreto 3366 de 2003, debe precisarse que si bien la norma en mención se titula como "Graduación de la sanción" al referir a las circunstancias antes anotadas que deben tenerse **en cuenta en relación con la infracción**, y no con la graduación de la sanción para lo cual aludió al grado de perturbación del servicio público de transporte.

Entonces, visto el acto sancionatorio, no queda duda, que allí si se atendieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por ello se aludió a que "...el vehículo de placa SMK-816 transportaba carga con sobrepeso de 270 KG adicionales, dado que el peso bruto vehicular máximo para un tracto camión con semirremolque (3S3) es de 52.000 Kg y una tolerancia positiva de medición de 1.300 Kg (...) y el vehículo citado al momento de pasar por la báscula pesó 53.570 Kg." (fl. 93) Adicionalmente, se tuvo en cuenta el tipo de vehículo, se determinó la fecha de la infracción, el lugar de los hechos, el informe de la infracción, entre otros elementos fácticos, como se describe en el acápite siguiente.

Adicionalmente, no sobra reiterar, la actora **no propuso en concreto circunstancia alguna que, a su juicio, debiendo atenderse en su favor no lo fue**, siendo el memorando de marras el único instrumento que de manera objetiva y en razón a las circunstancias evaluadas por la administración, garantizaba una sanción que no dependiera de la discrecionalidad de las autoridades, con lo cual se salvaguardaba el debido proceso.

5.3.3. De la graduación de la sanción:

Resta entonces determinar si la sanción aplicada obedeció a los parámetros que razonable y proporcionalmente previó el memorando.

Se encuentran probados los siguientes hechos:

Según el Informe de Infracciones de Transporte No. 390779 (f. 219), el 6 de noviembre de 2011, el tracto-camión identificado con placas SMK-816, el cual prestaba un servicio público y era supervisado por la Transportadora de Cementos S.A.S., transitaba por la vía Tunja – Paipa y, a la altura del peaje Tuta, esto es, al kilómetro 12 más 300 metros, en la Báscula Norte allí ubicada, se determinó su peso.

En efecto, según el ticket de peso (f. 220), se registró:

"No Registro 420257
Fecha Hora 06/12/2011 23:33:33
Impresión 06/12/2011
Estado **Sobrepeso**
Usuario Sandra

Datos Camión

Placa SMK816
Nom. Empr.

Datos Peso

Beso Bascula 1 0
Peso Bascula 2 53570
Peso Bascula 3

Categoría **C3-S3**

Peso Cat 53300
Peso Total 53570

Diferencia de peso 270" (Resaltado fuera de texto)

Según la Remesa de Carga No. 0302529031 expedida el 6 de diciembre de 2011, el origen del viaje era **Nobsa** y el destino **Bogotá** (f. 110).

Si bien es cierto que a folio 528 del anexo, se observa el Manifiesto de Carga¹⁶ No. 8431435 expedido el 6 de diciembre de 201, conforme al cual la carga era de 34.500 kilogramos, tal documento, como lo señaló el a-quo, no fue suscrito por la empresa ni por el propietario o conductor, de manera que, también a juicio de esta Sala, no puede tenerse en cuenta como medio probatorio.

Entonces:

1. El memorando se estableció que se impondría **1 SMLMV por cada 20 kilogramos de sobrepeso.**
2. El acto acusado impuso una sanción de 13.5 SMLMV (f. 94).
3. El tracto-camión transitaba con un sobrepeso de 270 kilogramos.

¹⁶ Según el artículo 7º del Decreto 1499 de 2009, el Manifiesto de Carga es el documento que ampara el transporte de mercancías ante las distintas autoridades, por lo tanto, debe ser portado por el conductor del vehículo durante todo el recorrido.

Lo anterior, permite deducir que los 200 kilogramos atienden a una sanción de 10 SMLMV y los 70 restantes a 3 salarios mínimos y medio. Sin duda, la sanción impuesta fue graduada correctamente.

Como se observa en la Resolución No. 014332 de 26 de septiembre de 2014, por la cual se falló la investigación administrativa, en el acápite denominado "LA SANCIÓN", tuvo como base los mismos documentos allegados a este plenario, se atendieron las circunstancias de tiempo modo y lugar y se adoptó la decisión correspondiente pues, incumbe al proceso que las circunstancias fácticas se hubieran sujetado a las previstas en la ley y, lo cierto, es que en el vehículo que se dirigía de Nobsa a Bogotá, a la altura del Peaje de Tota se detectó su sobrepeso. Allí se afirmó:

"Un segundo momento que debe distinguirse, es la consagración de las correspondientes sanciones a las conductas que previamente se han establecido como contravenciones, las cuales igualmente, están establecidas, para el caso concreto, en el literal d) del artículo 46 de la Ley 336 de 1996 (...), sin tener en cuenta que la misma Ley tenía expresamente consagrada la sanción a imponer en los eventos de la conducta aquí investigada.

De todo lo expuesto, los cargos imputados por la vulneración a las normas de servicio público de transporte terrestre automotor de carga, encuentra pleno sustento en los documentales obrantes en el plenario, el ticket de báscula No. 420257 el cual es anexo del Informe único de Infracciones No. 390779 se aprecia que el vehículo de placa SMK - 816, transportaba carga con un sobrepeso de 270 Kg adicionales, dado que el peso bruto vehicular máximo para un tracto camión con semirremolque (3S3) es de 52.000 y una tolerancia positiva de medición de 1.300 Kg, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la Resolución 4100 de 2004¹⁷, modificado por el artículo 1º de la Resolución No. 1782 de 2009¹⁸ y el vehículo citado al momento de pasar por la báscula pesó 53.570 Kg." (f. 92 y 93)

En consecuencia, no queda duda a esta Sala que la sanción corresponde a los parámetros legales, en cuanto a la tipificación de la infracción y no superó los mínimos y máximos dispuestos en la ley. Igualmente, se cumplieron las condiciones establecidas en la regulación administrativa.

5.3.4. De la falsa motivación:

Finalmente, en relación con falsa motivación por la aplicación de la Resolución No. 2000 de 2004 basta decir que, en el acto demandado, la Superintendencia de Puertos y Transportes acudió a esa resolución, únicamente para definir el manifiesto

¹⁷ "por la cual se adoptan los límites de pesos y dimensiones en los vehículos de transporte terrestre automotor de carga por carretera, para su operación normal en la red vial a nivel nacional"

¹⁸ El Artículo 1º estableció El peso bruto vehicular para los vehículos de transporte de carga a nivel nacional y la tolerancia positiva de medición.

de carga (f. 89) **asunto que no se encuentra en debate en este proceso**, en consecuencia, el argumento en nada sirve a la prosperidad de la demanda, ni del recurso, aun aceptando que se esa norma había sido derogada para el momento de la sanción.

Aún más, una lectura integral del acto demandado, en el capítulo II permite inferir que la entidad dijo que **debía contarse con el manifiesto de carga electrónico** conforme lo exigía la Resolución No. 3924 de 17 de septiembre de 2009 y por ello concluyó que "...para que sea válido probatoriamente, debe estar diligenciado en la forma exigida por la **normatividad vigente** y además **firmado por la empresa responsable**, aunque sea electrónico..." (fl. 90) Resalta la Sala.

De otra parte, en materia de la **definición** del manifiesto de carga, para la fecha de los hechos se encontraba vigente el Decreto 1499 de 2009¹⁹, conforme al cual:

"Artículo 1º. Modificar el artículo 7º del Decreto 173 de 2001, modificado por el Decreto 1842 de 2007, así:

"Artículo 7º. Definiciones. Para la interpretación y aplicación del presente decreto, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

*• **Manifiesto de carga.** Es el documento que ampara el transporte de mercancías ante las distintas autoridades, por lo tanto, debe ser portado por el conductor del vehículo durante todo el recorrido. Se utilizará para llevar las estadísticas del transporte público de carga por carretera dentro del territorio nacional."*

La falsa motivación es una causal autónoma e independiente que se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los **hechos determinantes de la decisión administrativa**. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, el Consejo de Estado ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los **hechos** que la Administración tuvo en cuenta como **motivos determinantes** de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración **omitió tener en cuenta hechos** que sí estaban demostrados y que **si hubiesen sido considerados** habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente"²⁰. (Resaltado fuera de texto)

¹⁹ por el cual se modifica y se derogan algunas disposiciones de los Decretos 173 del 5 de febrero de 2001 y 1842 del 25 de mayo de 2007.

²⁰ Sección Cuarta, Sentencia de 23 de junio de 2011, Exp. 16090, CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Entonces, lo primero será decir que la discusión sobre la definición del manifiesto de carga, no gira en torno al **hecho** sino a una norma; en segundo lugar, que más allá de la norma que definiera el manifiesto de carga, **ese hecho** no resulta en discusión en el presente proceso pues, lo que se admite es que, **el portado para el momento de los hechos, no se encontraba debidamente diligenciado por falta de las firmas que legalmente eran necesarias, incluso tratándose del manifiesto electrónico** que era el exigible para el momento de la infracción.

Lo anterior es suficiente para desestimar el cargo de apelación.

En conclusión, si bien le asiste razón a la parte demandante al considerar que se trasgredió el debido proceso administrativo, no es menos cierto es en sede judicial, no realizó esfuerzo probatorio alguno para demostrar su dicho, es decir, que la balanza no cumplía los parámetros de calibración, sino lo contrario prueba respecto de la cual el demandante no realizó actividad alguna tendiente a poner, siquiera en duda, su veracidad. Ello sin perjuicio que la prueba se lograra en ejercicio de la facultad oficiosa del juez.

En consecuencia, la Sala rectificará el criterio²¹ conforme al cual la vulneración del debido proceso administrativo es suficiente para sacar adelante las pretensiones de la demanda, en tanto, por las razones que se vierten en esta sentencia, se concluye lo contrario, al considerarse que en vía judicial el demandante tiene el deber de desvirtuar la legalidad de los actos administrativos y para ello debe solicitar la prueba que le fuera negada en vía administrativa y que, afirma, trascendental para la prosperidad de sus pretensiones. Aclarando, además, que la inactividad de la parte interesada no impide el recaudo probatorio oficioso en aras a encontrar la verdad real, como en este caso, en que se demostró la correcta calibración de la báscula que reportó el exceso de peso en el vehículo y que sustentó la sanción aplicada.

Se confirmará entonces la sentencia apelada.

²¹ En las sentencias proferidas el 29 de noviembre de 2017 en los procesos con radicación 2015-00150-01 y 2015-00153-01; 30 de noviembre de 2017 en el proceso con radicación 2016-00166-01; y 17 de noviembre de 2016 en el proceso con radicación 2015-00165-01, demandas de similares contornos que la que dio lugar al presente proceso, con fundamento en que la demostración de la violación del debido proceso administrativo, era suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda.

6. Costas

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -C.C.A- a uno "objetivo valorativo" -CPACA-

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".

En lo que toca con las costas de segunda instancia, el artículo 188 del CPACA, previó que se aplicarían las normas del C.P.C. hoy Código General del Proceso.

Conforme al artículo 365 del CGP. "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, amulación o revisión que haya propuesto..." A su vez esta norma en el numeral

8º dispone que habrá lugar a costas cuando aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y **por las agencias en derecho**. En la segunda instancia no se demuestran gastos procesales, pero la parte demandada presentó alegatos de conclusión, en consecuencia, se causaron agencias en derecho que se fijan en la suma de cien mil pesos (\$100.000) a cargo de la demandante.

Lo anterior, en atención a que en el numeral 3.4.1. del Acuerdo 1887 de 2003²² expedido por el Consejo Superior de la Judicatura²³ que fija en procesos ordinarios que se adelanten ante la jurisdicción **contenciosa en segunda instancia** “Con cuantía: **Hasta** el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”²⁴.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

- 1. Confirmar** la sentencia proferida el 27 de febrero de 2017 por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda presentada por la empresa Transportadora de Cemento S.A.S. contra la Superintendencia de Puertos y Transporte, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 2. Condenar en costas a la parte demandante**, liquídense por Secretaría y sigase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.
- 3. Fijar como agencias en derecho a cargo de la parte demandante la suma de cien mil pesos (\$100.000).**

²² Se aplica este acuerdo, toda vez que la demanda fue presentada el 2 de marzo de 2016 y el ACUERDO No. PSAA16-10554 fue expedido el 5 de agosto de 2016 que, en su artículo 7º estableció: “El presente acuerdo rige a partir de su publicación y se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de dicha fecha. Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003, 2222...” - Negrilla fuera de texto-

²³ De conformidad con el numeral 4 del artículo 366 del CGP.

²⁴ A folio 32 la parte demandante fijó la cuantía en \$7.230.600.

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Transportadora de Cementos S.A.S.
Demandado: Superintendencia de Puertos y Transporte
Expediente: 15001-33-33-006-2016-00020-00*

4. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Magistrada



JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Magistrado

HOJA DE FIRMAS

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Transportadora de Cementos S.A.S.
Demandado: Superintendencia de Puertos y Transporte
Expediente: 15001-33-33-006-2016-00020-00*