

Dosimetría Sancionatoria: presupuesto del debido proceso

El concepto de Estado Social de Derecho, lleva implícito la necesidad de que los pueblos que deciden asumir esta forma de organización del Estado, además de cimentar su estructura Constitucional, a partir de la primacía de derechos fundamentales y colectivos y la consagración de mecanismos tendientes a lograr mejorar las condiciones sociales de su población, debe también desarrollar esa estructura sobre un marco legal, acorde con esos pilares fundamentales, buscando siempre garantizar de manera real y efectiva el goce de esos derechos.

La mencionada premisa, no puede dejarse de lado en ninguna de las actuaciones o manifestaciones de los órganos y poderes del Estado, pues cualquier laxitud en los principios o cualquier excepción frente a los postulados fundamentales, llevaría a desnaturalizar automáticamente el sistema de organización del Estado y a desconocer el acuerdo social contenido en la Carta Fundamental.

Es así como, *-permitiéndome entrar en materia-*, el ejercicio del poder del Estado, en cualquier ámbito, si bien resulta necesario y deseable dentro de un Estado Social de Derecho, pues a través de él se controlan diferentes conductas que afectan negativamente a la sociedad, no es menos cierto, que tal poder no debe ser ejercido de manera arbitraria o caprichosa, sino en estricto cumplimiento de postulados Constitucionales básicos como el debido proceso y el derecho a la igualdad.

Así, *-y entrándose del ejercicio concreto de facultades sancionatorias-* sin importar si se trata de la imposición de una sanción penal, disciplinaria o administrativa, la autoridad estatal encargada de adelantar el proceso, debe hacerlo cumpliendo de manera estricta las formas propias del mismo, *– las cuales – sea dicho de paso- deben haber sido establecidas por el legislador con antelación al proceso-*. En este sentido, es deber del operador jurídico, evaluar razonablemente la conducta de quien presuntamente cometió la falta, analizando no sólo la comisión del hecho sino también el grado de culpabilidad del actor, amén de cotejar la conducta con la respectiva prohibición que aparentemente trasgredió para, finalmente, determinar la viabilidad de imponer de una sanción previamente establecida en la ley.

El ámbito que nos convoca, es decir, *-el de los servicios públicos domiciliarios, su vigilancia y control-* no puede entonces ser ajeno al procedimiento anteriormente enunciado, pues tanto la vigilancia como el control son manifestaciones propias del Estado y son muestra clara del ejercicio del poder que ostenta.

No obstante, analizando detenida y sistemáticamente el marco legal establecido por el legislador sobre la materia, encontramos que desafortunadamente el mismo no logra englobar todos los aspectos necesarios para que se pudiera realizar dicha labor *-vigilancia y control-*, dentro de un

marco sancionatorio integral y garantista, pues se extraña una dosimetría que logre redondear o puntualizar las sanciones concretas con su respectiva graduación frente a las diferentes conductas reprochables que pueden realizar los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Es así como, en los procesos sancionatorios que actualmente adelanta la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), no pareciera poderse materializar de manera real y efectiva ese pilar fundamental del que venimos hablando a lo largo de esta presentación como es el derecho al debido proceso, pues, en nuestro criterio, no existe un procedimiento sancionatorio especial y único establecido por la Ley, existiendo únicamente entonces un conglomerado normativo genérico (ley 142 artículos 106 y ss, el Código contencioso Administrativo vigente y la *Resolución de la Superintendencia No. SSPD - 20081300036805 del 22 de agosto de 2008*), que a fuerza de la necesidad se tiene que aplicar interrelacionado uno con otro, generando con ello además una falta de seguridad jurídica en materia sancionatoria especial de servicios públicos que se traduce en caldo de cultivo para la trasgresión del debido proceso.

En suma a lo anterior, dicho “ordenamiento” tampoco contempla con fuerza vinculante de ley, una dosimetría sancionatoria que de manera clara y contundente contenga el listado o si se quiere – y me disculpan lo coloquial del término- el recetario preciso de dosificación sancionatoria a aplicar, llevando necesariamente entonces, a que la autoridad administrativa respectiva tenga que imprimirle cierto grado de subjetividad a la graduación sancionatoria.

Esta dificultad de operación jurídica planteada, a juicio de este expositor, no es solamente violenta el régimen Constitucional, sino que además toca gravemente a la sociedad en su conjunto, pues la imposición de sanciones sin una dosimetría clara para quienes prestan servicios indispensables para la sociedad, como son los servicios públicos domiciliarios, no sólo afecta negativamente a la empresa o prestador, sino también a sus usuarios.

Ahora bien, resulta necesario, en mi sentir, realizar una breve exposición del “régimen” sancionatorio actual, en virtud del cual la SSPD le impone sanciones a las empresas de servicios públicos domiciliarios, y analizarlo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y la doctrina, para finalmente pasar a exponer las conclusiones y soluciones que se considero convenientes en este caso.

De acuerdo con el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la SSPD tiene debidamente establecidas las funciones de vigilancia, control y sanción de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios respecto del cumplimiento por parte de estas, entre otros, de las leyes, actos administrativos que les son aplicables y de los contratos que tienen con los usuarios.

Adicionalmente, y aunque no es el objeto de la presente conferencia, es importante señalar que hasta antes de la expedición de la Ley 1340 de 2009, la SSPD tenía la función, en virtud de lo

establecido en el numeral 32 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, de adelantar investigaciones en materia de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas¹. Sin embargo, la Ley 1340 de 2009, como es sabido, estableció que dicha función quedaba de manera privativa en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) para todos los sectores de la economía, y en su artículo 34 indicó que quedaban derogadas “*las demás disposiciones que le sean contrarias*”. Por lo tanto, dicha función actualmente no la ejerce la SSPD sino la SIC.

Ahora bien, las sanciones que puede imponer la SSPD a los prestadores de servicios públicos domiciliarios por incurrir en alguna de las conductas antes enunciadas, son aquellas que se encuentran consagradas en el artículo 81 de la Ley 142², que establece:

1. Amonestación.
2. Multa hasta por dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (2000 SMMLV).
3. Orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas.
4. Orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años.

¹ ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:

(...)

32. Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

² “ARTÍCULO 81. SANCIONES. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:

81.1. Amonestación.

81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución.

81.3. Orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas.

81.4. Orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años.

81.5. Solicitud a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes.

81.6. Prohibición al infractor de prestar directa o indirectamente servicios públicos, hasta por diez años.

81.7. Toma de posesión en una empresa de servicios públicos, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros.

Las sanciones que se impongan a personas naturales se harán previo el análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva.”

5. Solicitud a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes.
6. Prohibición de prestar servicios públicos, directa o indirectamente, hasta por diez años.
7. Toma de posesión de una empresa de servicios públicos.
8. Suspensión temporal o definitiva de las autorizaciones y licencia de la empresa de servicios públicos.

De otra parte, en cuanto a los criterios aplicados por la SSPD para imponer sanciones a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, dicha entidad ha sostenido en varios conceptos (Conceptos 750 y 795 de 2008 y 5 de 2009), que el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 fija como únicos criterios para determinar la sanción a imponer “*la naturaleza y la gravedad de la falta*”, vale decir, que la dosimetría sancionatoria en este caso se rige únicamente por la naturaleza de la falta y su gravedad, criterios que resultan en la práctica muy amplios, permitiendo así un alto grado de discrecionalidad por parte del sancionador. Al respecto, vale traer a colación lo manifestado por la superintendencia la SSPD sobre el particular en concepto de 2009:

*“...Se observa que **la ley no dosifica las sanciones imponibles para cada falta, sino que faculta al funcionario competente para evaluar en cada caso particular la naturaleza de la falta y la gravedad de la misma.***

*Corresponde entonces al sancionador, determinar cuál es la sanción adecuada y proporcional de conformidad con las circunstancias probadas en la investigación. En otras palabras, lo que se deduce de la norma en cita es la **libertad del sancionador para evaluar la naturaleza y gravedad de la falta, como factores de graduación de la sanción.***

***En tales condiciones, se tiene que la ley no contiene una dosificación de las sanciones acorde con los tipos de faltas, sino que confiere al funcionario competente la facultad para valorar el impacto de la conducta sobre la prestación del servicio.** No obstante, el sancionador debe hacer una valoración racional con base en lo señalado y ceñirse a los esquemas sancionatorios establecidos en el mismo artículo 81.”³ (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

Así mismo, ha señalado la Superintendencia, que además de dichos criterios, que se podrían denominar generales, existen unos específicos para el caso de la multa, pues el numeral 81.2 del artículo 81 ibídem establece que: “**El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia.** Si la

³ SSPD. Concepto 5 de 2009.

infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. ...” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

En conclusión, se podría afirmar que actualmente existen dos criterios generales para la imposición de sanciones a los prestadores de servicios públicos por parte de la SSPD, a saber: 1) Naturaleza de la falta y 2) Gravedad de la misma. Y para el caso específico de las multas, dos criterios adicionales y especiales, que permiten determinar el monto de la misma: 1) Impacto de la falta sobre la buena marcha del servicio público y 2) Factor de reincidencia.

De acuerdo con la SSPD, los anteriores criterios son suficientes para ponderar la falta y la sanción correspondiente, al indicar que: “...*la administración cuenta con criterios generales para la imposición de sanciones contenidos en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, y con criterios particulares para la aplicación de sanciones pecuniarias establecidos en el artículo 81.2 de la misma obra, que **en cierta medida pretenden racionalizar la actividad sancionadora de la Superintendencia evitando que ésta desborde su actuación represiva, encauzándola dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio.***”⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Sin embargo, dicha afirmación a nuestro juicio no se compadece con lo establecido por la Corte Constitucional en materia de dosimetría sancionatoria. Al respecto, este honorable Tribunal, en materia tanto penal como disciplinaria, ha establecido que el quantum de la pena y los criterios para aplicarla deben haber sido señalados por el legislador, y que si bien el principio de taxatividad no es tan exigente en materia administrativa como lo es en materia penal, el derecho al debido proceso implica que en cualquier actuación que conlleve la imposición de una sanción, deben estar claro en la ley la tipificación de la falta y de su sanción correspondiente.

Así, la Corte Constitucional ha indicado que existen unos principios básicos que se aplican de manera general en el derecho sancionador, sea este penal, disciplinario o administrativo:

*“La Carta Política colombiana, por su parte en el artículo 29 establece que ‘Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’, **exigiendo al legislador (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la determinación de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso.***”⁵ (Subrayas y negrillas fuera de texto).

⁴ SSPD. Concepto 5 de 2009. Ver también: SSPD. Conceptos 750 y 795 de 2008.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1080 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Del fragmento anteriormente mencionado, resulta claro que es deber del Legislador establecer de manera clara, concreta e inequívoca: 1) las conductas reprobables, 2) las respectivas sanciones, 3) las autoridades competentes y 4) las reglas sustantivas y procesales aplicables.

Específicamente, en lo relativo a la actividad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado en sostenida jurisprudencia que: **“en el derecho administrativo sancionador son aplicables mutatis mutandi las garantías superiores que rigen en materia penal, entre ellas la de legalidad de las infracciones y de las sanciones, conforme a la cual nadie puede ser sancionado administrativamente sino conforme a normas preexistentes que tipifiquen la falta y señalen la sanción correspondiente.”**⁶⁷⁷ (Subrayas y negrillas fuera de texto).

En el mismo sentido, el profesor Claus Roxin ha señalado que resultan completamente *“inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así, si por ejemplo se formulará [una ley] así: ‘el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado’, sería anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente la pena y en qué cuantía se puede imponer”*⁶⁷⁸.

Lo anterior es precisamente lo que desafortunadamente ocurre actualmente con el derecho sancionatorio aplicable para el caso de los operadores de Servicios Públicos Domiciliarios, pues el artículo 79 de la Ley 142 establece que la SSPD puede sancionar a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, cuando estos violen el régimen de los servicios públicos, sin señalar las conductas específicas ni las sanciones correspondiente para cada falta cometida, y si bien el artículo 81 de la misma ley, consagra genéricamente las sanciones, no se encuentra debidamente determinada la pena y la cuantía en que puede imponerse; como se vio, sólo existe un listado de sanciones, sin que sea posible determinar de manera razonable y proporcional a que falta corresponde que sanción y en qué medida.

Es por todo lo expuesto, que resulta indispensable para sintonizar el procedimiento sancionatorio con la Carta Fundamental, que las faltas y sus correspondientes sanciones, estén determinadas no de manera genérica, como lo están en el actual “régimen”, sino que deben estar determinadas con claridad y precisión, evitando así la discrecionalidad del funcionario que la impone.

Pero, nos queda otro asunto importante que plantear frente a la sanción y es que la sanción no solamente debe ser LEGAL sino también PROPORCIONAL Y RAZONABLE. Al respecto, vale la pena citar aquí al profesor Colombiano Fernando Velásquez, quien acertadamente enseña: *“la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa –pues infracciones de diversa naturaleza se*

⁶ Sobre el particular pueden consultarse entre otras las siguientes sentencias: C-922 de 2001, y C- 475 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-211 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz. C-564 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. C-1161 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-386 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. *Cita Original del Texto.*

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-290 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas. 1997. P. 141.

deben castigas con penas diferentes- como cuantitativa –en tanto que a cada conducta [contraria a la Ley] le debe corresponder una sanción que se compadezca con su importancia-; por ello, un derecho represivo gobernado por postulados demoliberales debe llevar a cabo la cuantificación [de la sanción] a partir de dos pilares básicos: la gravedad del injusto cometido (expresión del principio de lesividad) y el grado de culpabilidad (emanación del postulado de culpabilidad)”⁹.

En cuanto a la razonabilidad, VELÁSQUEZ ha señalado, que la sanción no puede ser fruto del azar, el capricho o la discrecionalidad del funcionario que la va a imponer *“sino que es el producto logrado de una actividad sometida a diversos controles enmarcados dentro de los linderos propios de la razón, llamada a eliminar de este ámbito elementos irracionales e impredecibles, y tornar el proceso de individualización (...) en una elaboración intelectual altamente controlable, predecible y debatible”*¹⁰.

Por lo tanto, resulta claro que, para que una autoridad pública –en este caso la SSPD- pueda cumplir a cabalidad con las funciones que le son propias establecidas en la Constitución y la ley, y en virtud de ellas imponga las sanciones a que haya lugar, es necesario que el Legislador establezca un régimen sancionatorio especial, en el cual no sólo queden consagradas las sanciones a imponer, sino también los criterios claros para su imposición como son la proporcionalidad y la razonabilidad.

Además, la normativa que se extraña, debe establecer los criterios claros, concretos y objetivos para determinar la culpabilidad del prestador al cometer la falta, pues actualmente, aunque la norma refiere a la prohibición de fundarse en criterios de responsabilidad objetiva, no se fijan criterios específicos para determinar si el prestador actuó con dolo o culpa, y los grados de esta última (gravísima, grave, leve, entre otros), como si ocurre en los demás regímenes sancionatorios como son el penal (Código Penal), el disciplinario (Código Disciplinario Único) y el régimen disciplinario de los abogados (Código Disciplinario del Abogado).

Finalmente, es importante señalar, que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –*el cual entra a regir el 2 de julio de 2012-*, dedica el Capítulo III del Título III de la Parte Primera, a regular el procedimiento administrativo sancionatorio, el cual resulta aplicable a los proceso adelantados por la SSPD contra los prestadores de servicios públicos por supuestas faltas, pues actualmente, como se indicó no existe un procedimiento especial de orden legal para el efecto.

En este sentido, las normas procedimentales estarían fijadas a partir del 2012 por vía general. Sin embargo, seguirán sin estar debidamente regulados los criterios de dosimetría de la pena y los criterios para determinar la culpabilidad, los cuales con ya se indicó en esta presentación, hacen parte esencial del debido proceso, el cual es aplicable a todas las actuaciones judiciales y

⁹ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. 2004. P. 499 y 500.

¹⁰ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. 2004. P. 501.

administrativas que se adelanten. No sobra aclarar, que el artículo 50 del nuevo Código, el cual se refiere a la graduación de las sanciones, no resultaría aplicable al caso que nos ocupa, pues el mismo indica “*salvo lo dispuesto en leyes especiales...*”, y en este caso el artículo 81 de la Ley 142, de acuerdo con la interpretación que realiza del mismo la SSPD, contiene dos criterios para graduar las sanciones: la naturaleza y la gravedad de la falta, los cuales en todo caso, resultan genéricos e insuficientes para imponer con proporcionalidad y razonabilidad las sanciones a que haya lugar, lo cual es un requisito *sine qua non* para que se entienda que la imposición de la sanción es acorde con los postulados constitucionales de un Estado Social de Derecho.

En conclusión, en nuestro criterio, resulta necesario e indispensable, dada la trascendencia del sector a la que estaría dirigida, que el legislador expida una ley que consagre el Régimen Sancionatorio Especial para los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, en el cual se establezcan: 1) El procedimiento sancionatorio; 2) las faltas que los prestadores pueden cometer; 3) las sanciones a las que haya lugar; 4) los criterios claros, concretos e inequívocos que permiten imponer determinada sanción y no otra; y 5) los criterios para determinar la culpabilidad. Todo ello, no sólo en aras de garantizar de manera real y efectiva el derecho al debido proceso, del que son titulares todas las personas, naturales o jurídicas, sino también de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, pues la imposición de sanciones sin el cumplimiento de los requisitos constitucionales para el efecto, entorpece la función de los prestadores, afectando con ello a toda la comunidad.

Muchas Gracias.