

**Reflexiones en torno a la
potestad administrativa
sancionadora:
aplicación en el sector energético,
ambiental, de telecomunicaciones
y en otros sectores**

Colección de ESTUDIOS en DERECHO
6 MINERO y ENERGÉTICO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Universidad
Externado
de Colombia

Colección de Estudios en Derecho
Minero y Energético n.º 6

Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de telecomunicaciones y en otros sectores

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

**Reflexiones en torno a la
potestad administrativa
sancionadora:**

aplicación en el sector energético,
ambiental, de telecomunicaciones
y en otros sectores

Universidad Externado de Colombia

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, 1959-

Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora : aplicación en el sector energético, ambiental, de telecomunicaciones y en otros sectores / Jaime Orlando Santofimio Gamboa. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014.

130 p. ; 21 cm. -- (Colección de Estudios en Derecho Minero y Energético ; n.º 6)

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587721959

1. Sector energético -- Aspectos jurídicos -- Colombia 2. Industria energética -- Aspectos jurídicos -- Colombia 3. Política energética -- Aspectos jurídicos -- Colombia 4. Gestión ambiental -- Aspectos jurídicos -- Colombia 5. Medio ambiente -- Aspectos jurídicos -- Colombia 6. Telecomunicaciones -- Aspectos jurídicos -- Colombia 7. Sanciones legales -- Colombia 8. Derecho administrativo -- Colombia I. Universidad Externado de Colombia II. Título III. Serie

333.79

SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca
Octubre de 2014

ISBN 978-958-772-195-9

© 2014, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
© 2014, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 02 88
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2014

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

Introducción	9
1.- El régimen administrativo sancionador	13
2.- Presupuestos axiológicos del régimen administrativo sancionador	17
2.1.- El debido proceso	19
2.2.- Legalidad y tipicidad	26
2.3.- Legalidad y sanción	29
2.4.- “Reformatio in pejus”	31
2.5.- El principio de proporcionalidad	34
2.5.1.- La ley de la ponderación	44
2.5.2.- La fórmula del peso	46
2.5.3.- La carga de la argumentación	48
2.5.4.- Sujeción de la actividad administrativa sancionadora a las reglas de la proporcionalidad y la razonabilidad	50
3.- Los escenarios de discrecionalidad en el ámbito de acción de la proporcionalidad: en aras de la consolidación de las garantías constitucionales y convencionales	59

4.	Estudio del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la actividad administrativa sancionadora: algunos eventos de dosimetría sancionadora en el derecho colombiano en cabeza de la administración pública	67
4.1.	Dosimetría sancionadora en materia de servicios públicos	75
4.2.	Dosimetría sancionadora en materia de telecomunicaciones	81
4.3.	Dosimetría sancionadora en materia de servicio público de energía	84
4.4.	Dosimetría sancionadora en materia de derecho del consumo	86
4.5.	Dosimetría sancionadora en materia urbanística	103
4.6.	Dosimetría sancionadora en materia ambiental	109
	Conclusiones	119
	Bibliografía	123
	Jurisprudencia	126
	Corte Constitucional	126
	Consejo de Estado	128

INTRODUCCIÓN

Problema jurídico. La administración pública cuando ejerce sus potestades públicas (*puissance publique*) siempre está revestida de una “cierta” discrecionalidad. No obstante, la anterior premisa debe examinarse desde la perspectiva del carácter “absoluto” o no de la discrecionalidad, y de la necesidad de encontrar la delimitación de la misma, especialmente cuando se trata del ejercicio del “*ius puniendi*” materializado en la actividad administrativa sancionadora. Es allí cuando debe establecerse si la administración pública está llamada a ajustar su potestad sancionadora en función del principio de proporcionalidad, y especialmente de la ponderación como subprincipio esencial para la delimitación no solo en la adecuación de la infracción, sino en la determinación de la sanción que proceda en cada evento.

1.- La actividad sancionadora de la administración pública como manifestación concreta del ejercicio del denominado “*ius puniendi*” no se encuentra librada en su configuración a la simple determinación, fijación o aplicación del operador jurídico. Como tampoco encuentra su pleno desarrollo por parte del legislador, quien no agota en la construcción y diseño del régimen administrativo sancionador las posibilidades para que pueda concretarse un modelo ideal en el que se logre el equilibrio entre la discrecionalidad y la necesaria proporcionalidad en el despliegue de la actividad

sancionadora, por parte de cada uno de los componentes de la administración pública.

2.- Lo anterior implica que la lectura del ejercicio de la actividad administrativa sancionadora no puede reducirse a una simple constatación del cumplimiento de un marco normativo, al despliegue de la discrecionalidad, teniéndose que examinar los principios que son operativos en el régimen administrativo sancionador, en especial aquellos que fijan límites, de tal manera que el operador administrativo tenga que observar un ejercicio ponderado de su actividad, y no se permiten excesos constitutivos de situaciones patológicas, o constitutivos de violaciones convencionales, constitucionales y legales. De ahí que se proponga elaborar toda una metodología y una dosimetría sancionadora, con la que se permita a la administración pública, al operador jurídico, el ejercicio de la actividad sancionadora de forma proporcionada, razonada, razonable y propia de una justicia distributiva.

3.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen de acción permitido a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que, debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

4.- Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho se debe partir de un concepto de discrecionalidad apoyado en la idea de una simple "*habilitación*" normativa a la autoridad para la concreción del derecho

bajo escenarios de indeterminación; sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “*libertad de selección*”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

5.- La autoridad en ningún momento puede perder de vista que en el Estado social de derecho el cumplimiento de los deberes y funciones públicos se hace siempre con sujeción al derecho y que, por lo tanto, ante el reto que implican los escenarios de indeterminación normativa debe sujetarse inevitablemente a los parámetros materiales del ordenamiento jurídico, sus principios y valores; por lo tanto, al contexto general del derecho, y nunca, bajo ninguna circunstancia, a sus consideraciones subjetivas, debiendo, en consecuencia, acudir para estos efectos a las metodologías constitucionales de la proporcionalidad¹ y la ponderación², en procura de la obtención de decisiones de profundo contenido material verdaderamente razonadas, justificadas, motivadas en todos sus aspectos y, por lo tanto, respetuosas de los derechos subjetivos y colectivos en todos sus puntos.

6.- En el presente trabajo se aborda la actividad sancionadora desde la perspectiva de la ponderación, de la aplicación del principio de proporcionalidad, comenzando el discurso con una breve referencia al régimen administrativo sancionador; para luego abordar los escenarios de la discrecionalidad y la apertura a la acción de la proporcionalidad en aras de las garantías convencionales y constitucionales;

1 BERNAL PULIDO, CARLOS. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 44.

2 ARROYO JIMÉNEZ. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS y DE LA SIERRA, SUSANA (coords.). *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 48.

una vez hecho esto, se propone estudiar cómo la acción del mencionado principio se concreta con una dosimetría de la actividad sancionadora, y su manifestación en cada uno de los ámbitos objeto de estudio.