

La graduación de multas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y los modelos de toma de decisiones: una propuesta para orientar la discrecionalidad administrativa

JORGE ENRIQUE CELY LEÓN¹

RESUMEN

El presente trabajo plantea un modelo de toma de decisiones enfocado en la graduación de multas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Este modelo busca ofrecer una herramienta técnica que contribuya a fortalecer los principios de transparencia, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad en las políticas de supervisión y sanción aplicadas por las autoridades encargadas. Al proporcionar un marco estructurado, el modelo pretende guiar a las entidades públicas en la adecuada aplicación de sanciones, evitando decisiones arbitrarias o desproporcionadas. Además, se espera que su implementación no solo mejore la legitimidad de las decisiones sancionatorias, sino que también refuerce la confianza pública en las instituciones encargadas de hacer cumplir la normativa. Este enfoque, basado en principios claros y objetivos, tiene como finalidad promover un ejercicio

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n62.03>

¹ Abogado y magister en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Docente del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. ORCID 0000-0002-2776-6095. Correo-e: jorge.cely2@uexternado.edu.co

más justo y eficiente de las potestades sancionatorias del Estado, asegurando que las multas se apliquen de manera coherente y adecuada a las circunstancias de cada caso.

Palabras clave: Modelos para decisiones, Graduación, Multas, Razonabilidad, Proporcionalidad.

Fecha de recepción: 3 de abril de 2024.

Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2024

THE GRADATION OF FINES IN THE CODE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND CONTENTIOUS ADMINISTRATIVE LAW (CPACA) AND DECISION-MAKING MODELS: A PROPOSAL TO GUIDE ADMINISTRATIVE DISCRETION

ABSTRACT

This work proposes a decision-making model focused on the graduation of fines contemplated in the Code of Administrative Procedure and Administrative Disputes. This model seeks to offer a technical tool that contributes to strengthen the principles of transparency, equality, reasonableness and proportionality in the supervision and sanction policies applied by the authorities in charge. By providing a structured framework, the model aims to guide public entities in the proper application of sanctions, avoiding arbitrary or disproportionate decisions. Furthermore, its implementation is expected not only to improve the legitimacy of sanctioning decisions, but also to strengthen public confidence in enforcement institutions. This approach, based on clear and objective principles, aims to promote a fairer and more efficient exercise of the State's sanctioning powers, ensuring that fines are applied consistently and appropriately to the circumstances of each case.

Keywords: Decision Models, Graduation, Sanctions, Reasonableness, Proportionality.

INTRODUCCIÓN

La graduación de multas es uno de los problemas prácticos que mayor debate genera en la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador. Con acierto, múltiples supervisados, que han sido objeto del poder sancionatorio del Estado, discuten sobre los criterios que fueron tenidos en cuenta para determinar el monto de su sanción económica. Ahora, no se puede desconocer que algunas autoridades administrativas, que tienen a su cargo el ejercicio de potestades sancionatorias, han implementado medidas para crear metodologías de tasación objetivas, en las que se utilizan los criterios de graduación propuestos por la ley y se les atribuye un valor o peso dentro del rango que hay entre el valor mínimo de la sanción y su máximo.

Sin embargo, en los pocos casos en los que se han propuesto y aplicado las metodologías de graduación, las autoridades administrativas no se han comprometido a divulgar las herramientas que utilizan, de modo que no se cuenta con una política

de supervisión transparente que garantice el derecho de defensa de los supervisados. En consecuencia, el panorama actual se encuentra en que hay múltiples autoridades de supervisión que, en la mayoría de los casos, se valen de los criterios del artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) para la imposición de multas en diferentes sectores económicos.

Lo explicado es un asunto que toma más relevancia cuando se verifican los criterios de graduación mencionados y se evidencia que son etéreos y ambiguos. Así, por ejemplo, no es claro cuándo un criterio es un agravante, cuándo es un atenuante o, concretamente, en qué consiste la conducta o circunstancia que pretende describir la disposición normativa. Este es el caso del numeral 6 de la norma citada, que indica lo siguiente: "Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes". Tal como está redactada la norma, resulta imposible distinguir si se trata de un atenuante, un agravante o una circunstancia que se estudia durante la comisión de la infracción o luego de ella. Lo mismo ocurre con el numeral 2, el cual establece como agravante la siguiente situación: "Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero". Este sería un escenario que, en cualquier caso, constituiría un agravante, siempre que todos los supervisados obtienen un beneficio cuando incurren en una infracción administrativa, el que consiste en haber dejado de implementar esfuerzos o recursos económicos para prevenir el incumplimiento objeto de sanción.

Como es natural, esto ha generado un nivel de litigiosidad importante, en el que varias sociedades han recurrido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para discutir la forma como las autoridades de supervisión tasan las multas. Sin embargo, el Consejo de Estado ha encontrado que la discrecionalidad de la administración es justificable y que su límite se encuentra en la observancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, los cuales, en definición y alcance, pueden variar en cada uno de los casos².

La autoridad administrativa, que tiene una correcta metodología de graduación de multas, garantiza el derecho de defensa de los supervisados y protege la transparencia como valor de la función administrativa, así como una política anticorrupción, donde se limita la discrecionalidad de los proyectistas y servidores públicos encargados de la potestad sancionatoria. Así, una política de supervisión que, ilustradamente, responda con sanciones altas a las conductas graves, medias a las conductas leves y bajas a las conductas levísimas, tratando en igualdad de condiciones a todos sus sancionados, garantiza el debido proceso, la transparencia y establece un sistema de prevención eficiente para los bienes jurídicos protegidos.

2 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 26 de noviembre de 2020, Rad. 2642, C.P.: Oswaldo Giraldo López; Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de octubre de 2021, Rad. 00759, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez; Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 26 de julio de 2018, Rad. 00498, C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 19 de abril de 2021, Rad. 00119, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez.

Debido a lo anterior, el presente texto pretende desarrollar una propuesta para implementar una metodología de graduación de sanciones administrativas, a partir de los criterios del artículo 50 del CPACA y tomando como ejemplo uno de los tipos sancionatorios utilizados en el sector transporte, esto es, el artículo 46 de la Ley 336 de 1996. Para lo anterior, en un primer apartado, se explicarán algunos de los modelos que se han desarrollado dentro de la economía del comportamiento y temas de complejidad e incertidumbre para la toma de decisiones.

En el segundo apartado, considerando algunos conceptos e ideas del primer apartado, se realizará una propuesta metodológica para analizar los criterios de graduación de una sanción, considerando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que exige la jurisprudencia del Consejo de Estado. Lo mencionado, para crear una política de supervisión enfocada en la tasación transparente de sanciones.

MODELOS PARA LA TOMA DE DECISIONES: UNA HERRAMIENTA PARA CORREGIR LOS ERRORES DEL JUICIO HUMANO

Como se explicó en la introducción del presente texto, las autoridades administrativas de supervisión tienen la necesidad de establecer criterios que permitan implementar una metodología que garantice los principios de razonabilidad y proporcionalidad en los procesos sancionatorios. Lo anterior, en la medida en que requieren garantizar políticas para la protección del debido proceso y la transparencia. En el ejercicio de la función administrativa, el problema se puede presentar de otra manera, ya que, aunque en muchos casos los funcionarios involucrados en la imposición de una sanción están de acuerdo sobre la procedencia de una infracción, o sea, que el supervisado ha incumplido el ordenamiento jurídico y, por ello, le es atribuible una sanción, no tienen el mismo consenso cuando discuten sobre el monto de la sanción. De este modo, aquello que algunos funcionarios consideran una sanción ejemplar y justificable, otros la consideran desproporcional e irrazonable.

Este problema tiene, a su vez, un efecto en los destinatarios de las sanciones, quienes, con razón, cuestionan los criterios que fueron utilizados para la tasación de sanciones, siempre que las normas encargadas de regular esta tarea –por lo menos en lo que a Derecho Administrativo Sancionador se refiere– adolecen de ambigüedad y criterios de decisión claros.

Lo primero que se debe indicar es que el problema mencionado no solo ocurre en un sector o entidad en particular. De hecho, es un asunto más común de lo que se piensa, siempre que se relaciona con un fallo del juicio humano (Kahneman, Simbony, & Sunstein, 2021, pp. 13-19). En muchos casos, áreas de trabajo se han encontrado con que diferentes juzgadores, expertos o profesionales, toman decisiones para casos similares con posiciones y resultados diferentes. Este es un tema que ha sido estudiado por la economía del comportamiento y las áreas del conocimiento que se dedican a la toma de decisiones.

Un ejemplo de lo mencionado se encuentra en un estudio dedicado a analizar las decisiones de asilo político en Estados Unidos; allí se probó que mientras un juez admite al 5% de sus solicitantes, otro juez puede admitir al 88%. El objetivo de este trabajo era demostrar que, frente a casos similares, varios jueces tenían posiciones diferentes respecto de la procedencia o no del asilo, dentro de un ordenamiento jurídico que garantiza la igualdad como derecho de todas las personas. De hecho, el artículo se tituló "La ruleta de los refugiados" (Ramji-Nogales, Schoenholtz, & Schrag, 2007).

Otro estudio sobre el tema se dio en el ámbito de la libertad bajo fianza en Estados Unidos. Este trabajo explicó que la posibilidad que tenía un acusado de obtener una fianza y poderse defender en libertad, mientras se discutía su responsabilidad penal, dependía del tipo de juez que se encargara de su caso. Así, como en el artículo de las solicitudes de asilo, había unos jueces que, en comparación con otros, eran más indulgentes, pero no solo eso, sino que, en general, los jueces estimaban de manera incorrecta el riesgo que tenía un acusado de reincidir en el delito en el transcurso de la investigación penal y, con base en ello, determinar si era o no procedente la fianza. En ese sentido, se demostró que entre los jueces había criterios y percepciones muy diferentes para evaluar la gravedad de las amenazas de fuga o la reincidencia de los acusados. Adicionalmente, también se demostró que un mismo juez podía tener patrones en los que, en determinadas horas del día, era más propenso a otorgar libertades bajo fianza. Por ejemplo, esto ocurría luego de la hora del almuerzo o después de tomar un descanso (Kahneman, Simbony, & Sunstein, 2021, p. 17).

Basándose en los casos de libertad bajo fianza, otro estudio analizó el nivel de acierto de un modelo de toma de decisiones en comparación con las decisiones que adoptaban los jueces. Este trabajo logró probar que un modelo para la toma de decisiones tenía mejores resultados que los jueces que analizaban toda la información del acusado para determinar la procedencia o no de la fianza. El modelo consistía en evaluar dos variables, la edad del acusado y el número de veces que había faltado a las citaciones del juez para atribuir un nivel de riesgo, por lo que, a partir de cierto punto de gravedad, la solicitud era negada. Lo que este estudio concluyó es que el modelo de toma de decisiones tenía un nivel de acierto superior que el de los jueces, de modo que los índices de reincidencia podían disminuir aplicando la decisión estructurada del modelo, en vez de los criterios de los jueces (Kleinberg, Lakkaraju, Leskovec, Ludwig, & Mullainathan, 2018).

Ahora, un modelo de toma de decisiones no es, necesariamente, una herramienta tecnológica que automatiza la producción de resoluciones, veredictos, dictámenes, acuerdos o juicios. Es una metodología que, usando el pensamiento lógico, herramientas tecnológicas, bases de datos o estadística, permite estructurar el proceso mediante el cual se toman decisiones. Estos procesos pueden ser integrados por medio de uno o varios criterios y, debido a la complejidad de los ambientes en los que se toman decisiones, existen múltiples modelos basados en una metodología llamada *multiple criteria decision making* –toma de decisiones con criterios múltiples–, que pretende abordar problemas con varios objetivos (Sahoo & Goswami, 2023).

De hecho, los aportes de Daniel Kahneman y Amos Tversky (1974), dentro de la economía del comportamiento (p. 185) son estudios que tienen bastante importancia dentro de los modelos de toma de decisiones, ya que se basan en un enfoque basado en heurísticas. De esta manera, buscan identificar los “atajos” mentales –heurísticas– de los que se valen los sujetos en la toma de decisiones, para estructurar modelos de toma de decisiones con criterios o pasos que corrijan esos “atajos”, también conocidos como sesgos o errores de juicio.

En ese orden, una de las formas de identificar los problemas que genera la discrecionalidad de varios sujetos encargados de tomar decisiones para casos similares o la ausencia de un modelo de toma de decisiones, midiendo la diferencia entre varios juicios que deberían tener resultados parecidos. Esto es algo que en la administración de justicia o en el ejercicio de función administrativa es de vital importancia, ya que jueces³ y funcionarios de autoridades de supervisión⁴ están obligados a emitir sus decisiones observando el principio de la igualdad material.

Sobre lo mencionado, las metodologías para crear modelos de toma de decisiones pretenden identificar los patrones y diferencias en las decisiones que produce un sistema judicial, administrativo o empresarial, los contextos en los que se toman esas decisiones y los sesgos que resultan en desviaciones en los juicios que deben ser parecidos o similares. Con todo, una de las principales herramientas que ha permitido corregir este problema es la estructuración de modelos de toma de decisiones, a partir de la identificación de criterios que permiten desagregar el proceso de decisión.

Entonces, crear un modelo para la toma de decisiones requiere elegir unos criterios teniendo en cuenta la información disponible, para estructurar los pasos o requisitos que se deben cumplir antes a la emisión de un juicio. De hecho, de cara al problema de este trabajo, que es la graduación de multas, uno de los problemas que busca prevenir el modelo son los efectos del emparejamiento, con la que el juzgador compara la información –o los hechos del caso– con los criterios a aplicar. No obstante, recaudar información y llevarla a un modelo puede generar un emparejamiento donde cada persona tiene una percepción diferente.

Los problemas de emparejamiento se dan cuando las personas hacen análisis absolutos, lo que se basa en que los juicios humanos no pueden distinguir escalas de intensidad en categorías generales. Me explico, no es lo mismo decir que uno de nuestros vecinos tiene una gran riqueza patrimonial, a decir que Mark Zuckerberg o Bill Gates son personas con una gran riqueza patrimonial (Goffin & Olson, 2011). Por eso, si comparativamente analizamos la riqueza patrimonial de nuestro vecino con una escala, por ejemplo, la riqueza patrimonial de todas las personas que habitan el conjunto en el que vivimos, podemos tener una mejor idea sobre su nivel de capacidad económica. Diferente de si la comparación de nuestro vecino se da con Mark

3 Artículo 4 del Código General del Proceso.

4 Artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Zuckerberg o Bill Gates, caso en el cual tendríamos que concluir que no tiene un patrimonio tan importante como creíamos.

Para desarrollar más este punto, existe un estudio relacionado con la psicología de los daños punitivos en Estados Unidos, donde se analizó la percepción de los encuestados sobre la indignación y severidad que merecía la conducta del demandado, y las estimaciones de los encuestados sobre el valor en dólares de la indemnización.

Se demostró que los encuestados, cuando se les preguntaba por 10 casos de responsabilidad por lesiones personales, donde se solicitaba al juez el reconocimiento de daños compensatorios y punitivos, había una intención punitiva correlacionada, en un 90%, con el nivel de indignación de los casos, dependiendo de la conducta del responsable y los daños padecidos por la víctima. Aunque los encuestados relacionaban en niveles similares su indignación con su intención punitiva, no ocurría al asignar un valor al monto de la indemnización punitiva. En esta labor, el porcentaje de correlación bajó mucho, así que las estimaciones entre diferentes jurados iban de \$12.500, hasta \$500.000, y las mayores estimaciones de \$13.000, hasta \$15.000.000. Al respecto, los autores concluyeron que las diferencias entre cada estimación eran tan importantes, que la desviación estándar de los datos era proporcional a la media de datos recolectados.

Más allá de los resultados explicados, lo que se puede concluir es que los juicios humanos que determinan las estimaciones de sanciones monetarias tienen márgenes de variación importantes, ya sea que varias decisiones sobre casos similares se tomen por un solo sujeto, o que varias decisiones se tomen sobre casos similares por varios sujetos.

Así, en materia de Derecho Administrativo Sancionador la graduación de multas es un proceso de emparejamiento en el que, en términos absolutos, el funcionario encargado compara los hechos del caso con los criterios del artículo 50 del CPACA. Es decir, la autoridad determina el monto de la sanción analizando el caso, de modo que no se puede establecer una escala comparativa que respete el principio de igualdad, como sí lo hace el Derecho Penal con los cuatro cuartos y el esquema de agravantes y atenuantes. Según lo explicado, puede que, en la graduación de multas, por parte de autoridades administrativas, se impongan montos de sanciones muy diferentes para casos que deberían tratarse de manera similar.

Por lo anterior, para las autoridades administrativas de supervisión es de vital importancia establecer modelos para la toma de decisiones, los cuales, por sencillos que sean, tenderán a reducir las diferencias injustificadas en el conjunto de decisiones (individuales o grupales) que tratan casos similares. Además, un modelo permite tomar decisiones proporcionalmente diferentes para los casos diferentes. Para esto último, la literatura y los casos explicados recomiendan escalas y rangos, para que la gravedad de una conducta no se estudie de forma absoluta, sino comparativa.

MODELO PARA LA TOMA DE DECISIONES EN LA GRADUACIÓN DE MULTAS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Con base en lo desarrollado en el anterior apartado, en el presente punto se realizará una propuesta de modelo de toma de decisiones orientada en el proceso de graduación de multas del CPACA, con especial atención a los posibles problemas de emparejamiento que pueden enfrentar las autoridades de supervisión. Para esto, es indispensable citar el artículo 50 del cuerpo normativo mencionado, que recita del siguiente modo:

Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.
2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.
3. Reincidencia en la comisión de la infracción.
4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.
6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.
8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los principios que deben ser tenidos en cuenta para la graduación de faltas y sanciones. Así, la Corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad 721 del 25 de noviembre de 2015, mencionó que la aplicación del principio de proporcionalidad en la graduación implica una relación entre la falta descrita y la sanción aplicable, teniendo en cuenta los fines del Estado y los principios de la función administrativa, como lo son la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad⁵.

5 Textualmente, la sentencia indica que "En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, este 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" Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad 721, 25 de noviembre de 2015, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

El Consejo de Estado, en sentencia del 26 de noviembre de 2020, indicó que la proporcionalidad de una sanción expresa el derecho fundamental al debido proceso, asunto que irradia el cumplimiento de los fines del Estado y los principios de la función administrativa.

En primera medida, la proporcionalidad requiere verificar la relación entre la multa y la conducta sancionada, lo que significa sopesar la afectación de los derechos del sancionado con el interés jurídico que protege el Derecho Administrativo Sancionador. En segunda medida, la aplicación del principio de proporcionalidad requiere la correcta observancia de los principios que orientan la función administrativa, recogidos en los artículos 209 de la Constitución Política y 3 del CPACA.

Los pronunciamientos mencionados reconocen los principios de igualdad e imparcialidad, consagrados en los numerales 2 y 3 del artículo 3 *ídem*. Según las disposiciones citadas, la igualdad garantiza el trato y protección de las autoridades administrativas a todas las personas y, por otro lado, la imparcialidad exige a las autoridades cumplir con la finalidad de sus procedimientos sin discriminación alguna.

En aras de lo anterior, se encuentra evidente la necesidad de implementar un modelo de toma de decisiones que garantice la igualdad, la proporcionalidad y la aplicación imparcial de los criterios de graduación. La igualdad debe entenderse como la posibilidad de aplicar sanciones iguales a los casos iguales; la proporcionalidad comprende la relación entre la infracción del investigado y la sanción aplicable, y la imparcialidad en los criterios de graduación es la implementación de parámetros que permitan clasificar la infracción dentro de una escala de multas posibles.

Ahora, para aplicar lo mencionado dentro de un modelo de toma de decisiones es necesario desagregar el proceso a través del cual se emite un juicio sobre el monto de la sanción. Para ello, lo primero que debe realizar es identificar una escala de graduación, esto es, el tipo sancionatorio que describe la conducta sancionable y la multa respectiva. Como ejemplo, se propondrá el artículo 46 de la Ley 336 de 1996, norma que contiene las conductas sancionables para los sujetos del sector transporte. El lector puede repetir este ejercicio con cualquier otra disposición con un tipo sancionatorio y atribuya un rango de multa o sanción, como el numeral 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 o el numeral 3 de la Ley 222 de 1995.

En ese orden, el artículo 46 de la Ley 336 de 1996 establece lo siguiente:

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:

- a. Cuando el sujeto no le haya dado cumplimiento a la amonestación.
- b. En caso de suspensión o alteración parcial del servicio.
- c. En caso de que el sujeto no suministre la información que legalmente le haya sido solicitada y que no repose en los archivos de la entidad solicitante.

- d. 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.
- e. En todos los demás casos de conductas que no tengan asignada una sanción específica y constituyan violación a las normas del transporte.

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;
- b. Transporte Fluvial: de uno (1) a mil (1000) salarios mínimos mensuales vigentes;
- c. Transporte Marítimo: de uno (1) a mil quinientos (1500) salarios mínimos mensuales vigentes;
- d. Transporte Férreo: de uno (1) a mil quinientos (1500) salarios mínimos mensuales vigentes.
- e. Transporte Aéreo: de uno (1) a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales vigentes."

Para determinar una graduación, con base en los criterios del artículo 50 del CPACA y dentro de la escala establecida por el artículo 46 de la Ley 336 de 1996, es necesario delimitar tres puntos importantes: la política de supervisión de la autoridad administrativa, las condiciones subjetivas de los vigilados y el tipo de infracción a analizar. Estos tres puntos, más allá de permitir la creación de unas escalas de comparación, que faciliten la labor de emparejamiento, permiten a las autoridades aproximarse con criterios técnicos a los sectores que vigilarán. Para poder integrar estos puntos dentro del modelo de toma de decisiones, los desarrollaremos por separado.

Política de supervisión

Las políticas de supervisión⁶ de una autoridad administrativa son fundamentales para determinar el tipo de enfoque con el que se van a estudiar las acciones de inspección, vigilancia, control y el ejercicio de la potestad sancionatoria. El margen de aplicación de un tipo sancionatorio puede fracasar según la rigurosidad de la política diseñada por la entidad.

En un mundo ideal, las políticas de supervisión deben ser instrumentos que, luego de identificar insumos técnicos de análisis de mercados, permiten dar una visión panorámica del sector que se pretende supervisar. Esto es un asunto de vital importancia cuando se desconocen los programas, proyectos y acciones que se deben implementar para desarrollar una estrategia institucional basada en objetivos claros y medibles.

6 El tema de política de supervisión o enfoque de supervisión no es objeto del presente escrito, pero valga la pena indicar que es un programa donde se analizan las siguientes variables: i) conocimientos fácticos y jurídicos del sector; ii) problemáticas; iii) objetivos; iv) metodologías, y v) políticas de fijación de procesos y programas. *Cfr.* Cely (2024, p. 6).

Por esa razón, es bastante común que las autoridades no cuenten con instrumentos de medición de riesgos que puedan prevenir o, cuando menos, avizorar las problemáticas de sus vigilados. Lo más usual es que las medidas que promocionan con mayor fuerza las superintendencias responden a problemas consumados. Entonces, se publicitan acciones como el salvamento empresarial en caso de insolvencia (Superintendencia de Sociedades, 2024), el sometimiento a control de sociedades que se encuentran en insolvencia (Ministerio de Transporte, 2023) o programas de divulgación normativa sin retorno medible o cuantificable (Cancillería, 2024).

Sin embargo, una política de supervisión rigurosa debe tener la capacidad de identificar el enfoque de su estrategia institucional, para determinar si este será educativo, disuasivo o coercitivo. El *enfoque educativo* es aplicable cuando el sector supervisado aún no conoce sofisticado el ordenamiento jurídico y los tipos de infracciones que existen, por lo que la imposición de sanciones busca generar un efecto preventivo leve, generando incentivos para acercarse a la norma, conocerla y aplicarla. Ahora, el *enfoque disuasivo* es más estricto que el educativo, procede cuando el sector tiene un conocimiento sofisticado del ordenamiento jurídico, pero es negligente en su cumplimiento. En estos casos, se requieren incentivos para implementar acciones que corrijan la forma como los sujetos desempeñan las actividades objeto de vigilancia. Finalmente, el *enfoque coercitivo*, que es el más fuerte, se enfrenta a incumplimientos graves que afectan sustancialmente los intereses protegidos por la supervisión. Por lo general, se trata de acciones intencionadas mediante las cuales el sector tiene una cultura de incumplimiento ostensible, razón por la que es necesario establecer incentivos que eliminen las conductas estudiadas (Shavell, 2016, pp. 259-261).

Por lo anterior, es fundamental contar con una política de supervisión para establecer el primer criterio del modelo para la toma de decisiones de graduación. Así, considerando el tipo de política aplicable se determinará un rango dentro del mínimo y máximo total de sanción posible. Para esto, se propone lo siguiente:

- Un enfoque educativo tomará como rango de sanción $1/3$ (0.33) de la máxima sanción posible.
- Un enfoque disuasivo tomará como rango de sanción $2/3$ (0.66) de la máxima sanción posible.
- Un enfoque coercitivo tomará como rango de sanción $3/3$ (1) de la máxima sanción posible.

Lo anterior se puede representar del siguiente modo:

$$R = B \times E_s$$

Donde,

R = Rango de multa posible

B = Base total de multa

Es = Enfoque de supervisión

Así las cosas, si nos encontramos aplicando, por ejemplo, la multa del *literal* e del párrafo del artículo 46 de la Ley 336 de 1996, que corresponde a 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y tenemos en cuenta los enfoques de supervisión mencionados, nuestros rangos de multas posibles se determinarán así:

Rango de multa posible del enfoque de supervisión educativo

$$R = 2000 \times 0.33$$

$$R = 660$$

Rango de multa posible del enfoque de supervisión disuasivo

$$R = 2000 \times 0.66$$

$$R = 1320$$

Rango de multa posible del enfoque de supervisión coercitivo

$$R = 2000 \times 1$$

$$R = 2000$$

Condiciones subjetivas de los vigilados

Las condiciones subjetivas de los vigilados constituyen uno de los aspectos de la política de supervisión, pero en este punto es importante considerarlo independiente para determinar uno de los criterios del modelo. En el ejercicio de supervisión, las condiciones subjetivas de los vigilados son la caracterización jurídica, contable, financiera, administrativa y operativa de todos los sujetos que forman parte de un sector. La verdad sea dicha, la gran mayoría de autoridades de supervisión no cuentan con este instrumento, pero para efectos de nuestro ejercicio, lo importante es que las autoridades puedan clasificar y diferenciar a sus vigilados por el tamaño de sus patrimonios, activos y pasivos.

Con todo, mientras una autoridad administrativa de supervisión no cuente con un informe detallado de las condiciones subjetivas de sus supervisados dentro de una política de supervisión, es necesario partir de la clasificación establecida en el Decreto 957 de 2019 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el cual divide a las empresas en microempresas, pequeña empresa, mediana empresa y gran empresa, dependiendo del monto de los ingresos en UVT.

Por lo anterior, el rango de multa posible según las condiciones subjetivas dependerá del tamaño de la empresa investigada. Ahora, según el decreto mencionado, las empresas del sector servicios, por ejemplo, están segmentadas del siguiente modo:

TABLA 1. RANGO DE MULTA POSIBLE

Clasificación	Monto de ingresos en UVT
Microempresa	Ingresos iguales o inferiores a 32.988 UVT
Pequeña empresa	Ingresos superiores a 32.988 UVT e inferiores o iguales a 131.951 UVT
Mediana empresa	Ingresos superiores a 131.951 UVT e inferiores o iguales a 483.034 UVT
Gran empresa	Ingresos superiores a 483.034 UVT

Nota: Elaboración propia.

En consecuencia, el tamaño de la empresa deberá considerarse para determinar el rango de multa posible. Esto se expresa de la siguiente manera:

- Microempresa 1/4 (0.25) del rango de multa posible.
- Pequeña empresa 2/4 (0.50) del rango de multa posible.
- Mediana empresa 3/4 (0.75) del rango de multa posible.
- Gran empresa 4/4 (1) del rango de multa posible.

Así, el rango de multa posible dependiendo del tamaño de la empresa se representará del siguiente modo:

$$R(t) = R \times t$$

Donde,

R(t) = Rango de multa posible

R = Rango de multa posible

t = Tamaño de la empresa

Entonces, suponiendo que se adopta un rango de multa de enfoque de supervisión educativo, el que, según el ejemplo propuesto en el anterior apartado corresponde a un máximo de 660 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y la empresa investigada se encuentra clasificada como microempresa, el rango de multa posible dependiendo de tamaño de la empresa se calculará del siguiente modo:

$$R(t) = 660 \times 0.25$$

$$R(t) = 165$$

En suma, la forma de determinar el rango de multa posible teniendo en cuenta el enfoque de supervisión y el tamaño de la empresa investigada es por medio de la siguiente fórmula:

$$R(t) = (B \times Es) \times t$$

Donde,

R(t) = Rango de multa posible

B = Base total de multa

Es = Enfoque de supervisión

Tipo de infracción

Habiendo identificado las condiciones subjetivas de los investigados, se debe determinar, dentro del rango de multa posible, el nivel de gravedad de la sanción impuesta. Para esto, atendiendo a lo explicado en las anteriores líneas, es necesario que la entidad identifique la tipología de las conductas sancionables y las clasifique de forma relativa. Esto es, una escala en la que se determine aquellas conductas que son más graves que otras y, de considerarse necesario, establecer el rango de las infracciones que se encuentran en el mismo nivel de gravedad. Esta sería la primera variable que expresa uno de los criterios de graduación del artículo 50 del CPACA, el cual consiste en: "Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados".

Para dar un ejemplo de lo explicado, es posible crear una escala de, supongamos, 10 conductas, como pueden ser, por ejemplo, las siguientes: inobservancia de órdenes impartidas por la autoridad administrativa; suministro de información a la autoridad de manera inoportuna; omisión de reporte de información financiera; inobservancia de los niveles mínimos de servicio; prestación del servicio por fuera de las rutas asignadas; prestación del servicio por fuera del horario permitido; prestación del servicio por medio de vehículos no autorizados; exceso de límites de dimensiones, peso o carga; prestación del servicio para una modalidad no autorizada, y omisión en la implementación de modelos de gestión de riesgos.

Primero, se debe considerar que estas no pueden ser determinadas por un solo sujeto. Para esta tarea, es útil contar con la experiencia de los profesionales relacionados con el régimen sancionatorio de la autoridad administrativa, contrastar su perspectiva con la opinión de algunos vigilados. Lo anterior es importante siempre que múltiples metodologías en la toma de decisiones sostienen que la suma y promedio de opiniones permite llegar a estimaciones o clasificaciones más acertadas (Scott Armstrong, 2001).

Es importante que las autoridades reconozcan que la clasificación de conductas requiere un seguimiento histórico de los casos analizados por la entidad de supervisión. Esto permite, entre un conjunto de datos, realizar un listado o clasificación de los bienes jurídicos con mayor relevancia en los procesos sancionatorios y atribuirles un nivel de protección en una escala de gravedad.

Para lograr el efecto propuesto, es indispensable que cada consultado emita un juicio independiente que pueda tabularse y seleccionarse para clasificar las conductas infraccionadas. Así, por medio de la estimación media de los juicios seleccionados se

podrá llegar a una de las mejores clasificaciones sobre la gravedad de las conductas estudiadas.

Partiendo de lo anterior, el rango de multa propuesto debe ser clasificado entre las posibles multas aplicables; para ello, la gravedad relativa de la conducta debe expresarse de 0 a 1, donde 0 es lo menos grave y 1 lo más grave. Recordando el caso que hemos ido desarrollando, donde hay 10 conductas analizadas, la escala propuesta deberá representarse del siguiente modo:

TABLA 2. POSIBLES MULTAS APLICABLES

Rango posible de sanción	Gravedad relativa de la conducta	Rango aplicable
R(t): 165	Entre 0 y 0.1	0 - 16,5
	Entre 0.11 y 0.2	16.5 - 33
	Entre 0.21 y 0.3	33 - 49,5
	Entre 0.31 y 0.4	49,5 - 66
	Entre 0.41 y 0.5	66 - 82,5
	Entre 0.51 y 0.6	82,5 - 99
	Entre 0.61 y 0.7	99 - 115,5
	Entre 0.71 y 0.8	115,5 - 132
	Entre 0.81 y 0.9	132 - 148,5
	Entre 0.91 y 1	148,5 - 165

Nota: Elaboración propia.

Así, la gravedad relativa de la conducta siempre se deberá expresar entre un valor mínimo y un valor máximo, donde el valor mínimo se representará con la variable a y el valor máximo con la variable b. Esto se formula de la siguiente manera:

$$Gr = [a, b]$$

Donde,

Gr = Gravedad relativa de la conducta

a = valor mínimo del rango aplicable

b = valor máximo del rango aplicable

En consecuencia, si tomamos como ejemplo el R(t) que tiene un valor de 165, con una gravedad relativa entre 0.41 y 0.5, diremos que:

$$Gr = [66, 82,5]$$

Hasta este punto, solo hemos tenido en cuenta uno de los criterios de graduación del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, determinante en la tasación de multas, si nos permite identificar un valor relativo respecto de la escala de infracciones posibles. Con todo, la gravedad relativa de la conducta está dada en un rango de valores. Por ello, para determinar el valor exacto de la sanción, tendremos en cuenta los otros criterios de graduación, a saber:

- Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.
- Reincidencia en la comisión de la infracción.
- Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
- Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.
- Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
- Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.

Así, partiendo del supuesto de que cada criterio tiene el mismo valor, procederemos a determinar la multa dentro del rango de valores dado por la gravedad relativa. Lo anterior dependerá del número de agravantes que se encuentren acreditados dentro del caso. Considerando que los criterios señalados son 6, cada uno tendrá un valor de 0,16 dentro del rango total de la gravedad relativa de la conducta. La multa se expresaría en los siguientes términos:

$$M = a + [(0,16 * A) * (b - a)]$$

Donde,

M = Multa

A = Número de agravantes

a = valor mínimo del rango aplicable

b = valor máximo del rango aplicable

Retomando el ejemplo propuesto, si tomamos como ejemplo el R(t) que tiene un valor de 165, con una gravedad relativa entre 0.41 y 0.5, que corresponde a los valores de 66, como valor mínimo, y 82,5, como valor máximo del rango aplicable, y suponiendo que se acreditaron 2 agravantes, diremos que:

$$M = 66 + [(0,16 * 2) * (82,5 - 66)]$$

$$M = 66 + [0,32 * 16,5]$$

$$M = 66 + 5,28$$

$$M = 71,28 \text{ salarios mínimos mensuales legales vigentes}$$

Finalmente, solo nos haría falta tener en cuenta el criterio de graduación de "Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas". Este criterio lo hemos dejado al final siempre que debe calcularse sobre el total de la multa, para decir que, si el investigado aceptó cargos antes del decreto de pruebas, su sanción podrá reducirse en un 50%, caso en el que se dividirá el monto de la multa en dos. Al final, el porcentaje de reducción dependerá de la política de supervisión, donde se determinará su valor teniendo en cuenta el interés que tenga la autoridad de que sus vigilados reconozcan expresamente sus infracciones antes del decreto de pruebas, los alegatos y el fallo de primera instancia.

CONCLUSIONES

Lo primero que se debe concluir sobre el presente trabajo es que el modelo de toma de decisiones en la graduación de multas es una propuesta que pretende otorgar insumos técnicos para limitar la discrecionalidad de los funcionarios públicos. En la actualidad, existen muchas decisiones sancionatorias que se cuestionan por el uso arbitrario de los criterios de graduación; de hecho, en la gran mayoría de casos sucede que las autoridades administrativas no cuentan con herramientas que les permitan, por lo menos, garantizar el principio de igualdad entre las diferentes decisiones que adoptan.

Las superintendencias, como el ejemplo por excelencia en materia de supervisión, son autoridades que, desde su creación, se han clasificado como técnicas. La característica se refuta por la realidad, no solo porque las dinámicas políticas usan de forma agresiva sus potestades para satisfacer grupos de interés, sino porque no se ha creado una cultura del conocimiento interdisciplinario entre los funcionarios encargados de la inspección, vigilancia, control y sancionar.

Por lo anterior, la falta de criterio técnico ha permitido que la discrecionalidad absoluta embargue los procesos y decisiones de las autoridades de supervisión, asunto que se agrava cuando el control judicial justifica ese amplio margen de actuación y lo limita con criterios muy generales, como la proporcionalidad o la razonabilidad. Ahora, lo grave de esta problemática es que los destinatarios de las potestades sancionatorias no se han preocupado por exigir políticas que mitiguen las ambigüedades de funciones discrecionales, sino que han buscado protección en los grupos de interés que tienen la capacidad de influir en las dinámicas políticas que direccionan la supervisión.

Con todo, para los que reconocen la iniciativa privada y la actividad económica como una garantía constitucional, esa no es una alternativa viable. En contraste, la participación democrática y la transparencia de las autoridades de supervisión son figuras que tienen la capacidad de develar las iniciativas, procesos y decisiones, para que sea en lo público donde se discuta si una entidad está cumpliendo con los criterios técnicos que deberían orientar su discrecionalidad.

Es por lo anterior que este trabajo propone una metodología para enfrentar solo uno de los muchos aspectos que deben ser provistos de herramientas técnicas, ello para establecer políticas de supervisión que beneficien a los sectores económicos,

en vez de ser otro obstáculo para su crecimiento y desarrollo. Así, la graduación de multas es uno de los temas que más debaten los supervisados de un sector, ya que no hay herramientas que les permitan entender que se tratan con la razonabilidad y proporcionalidad que la jurisprudencia exige.

En ese orden, todas las autoridades de supervisión, actualmente, deberían cumplir con una política de supervisión técnica, clara y transparente con todos sus destinatarios, de donde sea posible construir herramientas o metodologías para la graduación de las multas que se imponen. Lo anterior, permitiendo que los vigilados participen proponiendo o discutiendo los elementos que la integran, para que, a futuro, su derecho de defensa y contradicción pueda ejercerse en igualdad de condiciones y cumpliendo los parámetros de la Constitución Política de Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- Cancillería (24 de mayo de 2024). *Colombia suscribió el Tratado sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales Asociados de la OMPI*. Obtenido de <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/colombia-suscribio-tratado-propiedad-intelectual-recursos-geneticos-conocimientos>
- Cely, J. (2024). *Compliance Project Management: los programas de cumplimiento desde la perspectiva de la gestión de proyectos legales*. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín, Universidad Externado de Colombia.
- Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 19 de abril de 2021, Rad. 00119, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez.
- Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 26 de julio de 2018, Rad. 00498, C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
- Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 26 de noviembre de 2020, Rad. 2642, C.P.: Oswaldo Giraldo López.
- Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de octubre de 2021, Rad. 00759, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez;
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad 721, 25 de noviembre de 2015, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Goffin, R. D., & Olson, J. M. (2011). "Is it all relative? Comparative judgments and the possible improvement of self-ratings and ratings of others". *Perspectives on Psychological Science*, 6(1), pp. 48-60.
- Kahneman, D., Simony, O., & Sunstein, C. (2021). *Ruido: Una falla en el juicio humano*. Bogotá: Debate.
- Kleinberg, J.; Lakkaraju, H.; Leskovec, J.; Ludwig, J., & Mullainathan, S. (2018). (2018). "Human decisions and machine predictions". *The quarterly journal of economics*, 133(1), pp. 237-293.
- Ministerio de Transporte (6 de Marzo de 2023). *SuperTransporte somete a control a la aerolínea VIVA AIR, y solicita a Supersociedades la admisión a proceso de reorganización empresarial*. Obtenido de <https://mintransporte.gov.co/publicaciones/11297/supertransporte-somete-a-control-a-la-aerolinea-viva-air-y-solicita->

- Ramji-Nogales, J.; Schoenholtz, A., & Schrag, P. (2007). "Refugee Roulette: Disparities In Asylum Adjudication". *Stanford Law Review*, 60(2), pp. 295-412.
- Sahoo, S. K., & Goswami, S. S. (2023). "A comprehensive review of multiple criteria decision-making (MCDM) Methods: advancements, applications, and future directions". *Decision Making Advances*, 1(1), 25-48.
- Scott Armstrong, J. (2001). "Combining Forecasts". En J. Scott Armstrong, *Principles of Forecasting: A Handbook for Researchers and Practitioners*, , 2001, 417-439. (pp. 417-439). New York: Kluwer Academic Publishers.
- Shavell, S. (2016). *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Superintendencia de Sociedades (10 de mayo de 2024). *De la insolvencia al salvamento empresarial*. Obtenido de Noticias Superintendencia de Sociedades: https://www.supersociedades.gov.co/noticias/-/asset_publisher/atwl/content/de-la-insolvencia-al-salvamento-empresarial
- Tversky, A., & Kahneman, D. (1974). "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases". *Science*, 185(4157), 1124-1131.