Sentencia C-032/17

NORMA SOBRE PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS-Contenido/DISPOSICIONES SOBRE PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS-Prohibición general de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia/PROHIBICION GENERAL DE TODA CLASE DE PRACTICAS, PROCEDIMIENTOS O SISTEMAS TENDIENTES A LIMITAR LA LIBRE COMPETENCIA-Expresión no es violatoria del principio de tipicidad, en tanto que no es indeterminada y ambigua

La Corte concluye que la prohibición demandada es exequible y que por lo mismo, no es violatoria del principio de tipicidad ni del debido proceso. Para el efecto afirma que no se estaba frente a un enunciado indeterminado y ambiguo, sino frente a una prohibición general, que forma parte del "régimen general de la competencia", creado por el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, que es un subsistema particular, contenido dentro del sistema jurídico conformado por la Ley 155 de 1959, el Decreto ley 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011, como normas básicas. Dentro de esta comprensión, la interpretación de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", debe ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece, como lo dispone el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, con lo cual se satisface el parámetro de control establecido por la Corte Constitucional para esa clase de enunciados.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Finalidad de requisitos mínimos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

La Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-1052 de 2001 comenzó a exigir que las razones de la violación señaladas por el actor en su demanda fueran claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, so pena de proferir un fallo inhibitorio, pues "de emitir la Corte un pronunciamiento de fondo con base en una demanda que no contiene una razonable exposición de los motivos por los cuales se estima la violación, se estaría dando a la acción de inconstitucionalidad una vocación oficiosa que es contraria a su naturaleza". En desarrollo de esto se dijo posteriormente en la Sentencia C-330 de 2016 (entre otros muchos fallos), citando la Sentencia C-1052 de 2001, que las razones de inconstitucionalidad deben ser "(i) claras, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) ciertas, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes, esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada.

DEROGACION-Definición/DEROGACION-Clases/DEROGATORIA TACITA-Definición/DEROGATORIA EXPRESA-Definición/DEROGATORIA ORGANICA-Definición

DEROGACION EXPRESA DE NORMA-Inhibición salvo producción de efectos jurídicos

DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE COMPETENCIA-Contenido y alcance

MERCADO-Escenario de despliegue de la libre competencia

LIBERTAD ECONOMICA-Género de los derechos económicos, que se despliega en los derechos a la libertad de empresa y libertad de competencia

LIBERTAD DE EMPRESA-Definición

La libertad de empresa es aquella que se le reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas, para la

producción e intercambio de bienes y servicios, conforme a las pautas o modelos de organización propias del mundo económico contemporáneo, con el objetivo de obtener beneficios o ganancias.

LIBERTAD DE COMPETENCIA-Definición

La libertad de competencia acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.

LIBRE COMPETENCIA-Prerrogativas que comprende

Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.

DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Núcleo esencial

MODELO DE ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO-Contenido/LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Concepción social del mercado/SOCIEDAD DE MERCADO-Concepto

En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que “el Estado Constitucional colombiano es

incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general". De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que "las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia"

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Es un derecho

"La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada. Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta."

LIBRE COMPETENCIA-Régimen de prohibiciones especiales

COMPETENCIA DESLEAL-Contenido y alcance

PROTECCION DE LA LIBRE COMPETENCIA-Objeto

COMPETENCIA PRIVATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR CONDUCTAS VIOLATORIAS DE LIBERTAD DE COMPETENCIA-Contenido normativo

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Funciones sobre prácticas comerciales restrictivas, competencia desleal y protección de la libre competencia/SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Naturaleza jurídica

DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO-Jurisprudencia constitucional

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Contenido y alcance/DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Instrumentos internacionales

DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO-Principios/PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Jurisprudencia constitucional/DEBIDO PROCESO JUDICIAL Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Diferencia

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Aplicación

En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas. Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular. Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) "los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada"; (ii) "las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta"; (iii) "la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad".

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Carácter flexible/TIPOS EN BLANCO O CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS-Concepto

CONTROL CONSTITUCIONAL DE EXPRESIONES LINGÜISTICAS-Jurisprudencia constitucional/CONTROL CONSTITUCIONAL DE EXPRESIONES LINGÜISTICAS-Posturas alrededor del escrutinio judicial

Este punto fue considerado recientemente en la Sentencia C-458 de 2015, a propósito de la

demanda de inconstitucionalidad propuesta en contra de enunciados y de expresiones individuales vertidas en leyes, relacionada con personas en condición de discapacidad. La Corte señaló que alrededor del escrutinio judicial de las expresiones existen dos posturas, ambas vigentes: i. La primera postura señala que el escrutinio judicial versa únicamente sobre el contenido normativo de los enunciados legales, más no sobre la terminología en la que se expresan las prescripciones jurídicas, porque en principio esta dimensión lingüística del derecho carece en si misma de relevancia normativa. ii. La segunda postura señala que en algunas oportunidades el juicio de constitucionalidad se ha extendido a la terminología legal como tal, sobre la base de que el léxico jurídico no solo tiene una función instrumental, como mecanismo para la regulación de la conducta humana, sino que tiene una función simbólica, pues los discursos jurídicos representan, reproducen, crean, definen y perpetúan.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE EXPRESIONES LINGÜISTICAS-Procedencia de escrutinio judicial de expresiones teniendo como objeto el contenido del enunciado completo y no de expresiones aisladas

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Elementos que concurren para la aplicación del principio de tipicidad

La regla vigente de la Corte Constitucional respecto del carácter flexible del principio de tipicidad, como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, señala que se satisfacen los requerimientos normativos de dicho principio "cuando concurren tres elementos: (i) "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción". De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica".

PROHIBICIONES DE CARACTER PENAL Y ADMINISTRATIVO-Amplio margen de configuración legislativa

La Corte Constitucional ha dicho y reiterado, que el legislador tiene un amplio margen de configuración para determinar las prohibiciones de carácter penal y administrativo; que igualmente ostenta márgenes amplios de acción al momento de fijar los procedimientos, tramites y actuaciones penales y administrativas, así como para establecer el régimen de las sanciones penales y administrativas, dentro de los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad.

INDETERMINACION DEL LENGUAJE-No es una característica del lenguaje prescriptivo o del lenguaje jurídico/INDETERMINACION DEL LENGUAJE-Clases

VAGUEDAD Y AMBIGÜEDAD DEL LENGUAJE-Distinción según la doctrina

La ambigüedad semántica ocurre en los casos en que una palabra que integra una oración tiene más de un significado. Señala Aarnio que cuando hay ambigüedad, se conocen las posibles alternativas que caben dentro de la expresión, pero no es posible identificar la que resulta adecuada. La vaguedad semántica se refiere a los términos o expresiones que tienen un significado impreciso, de modo tal que el enunciado parece confuso por la falta de significado de algunas de las palabras que lo constituyen. Aarnio caracteriza bien el asunto al señalar que “los lenguajes ordinarios y el lenguaje jurídico, en tanto parte de ellos, tienen algún grado de supra generalidad, es decir, de vaguedad e inexactitud”. Sin embargo advierte (justamente en contravía de la pretensión del demandante y de algunos de los intervinientes), que “el carácter semántico de los términos lingüísticos no es el origen adecuado ni el más profundo de las cuestiones de interpretación. En algunos casos, expresiones extremadamente generales pueden tener un contexto de significado inequívoco en virtud de las circunstancias contextuales”, agregando que la interpretación siempre está

conectada con el contexto normativo, es decir, con el ordenamiento jurídico concebido como un sistema de normas, y con los valores sociales y culturales de su escenario de contexto.

DOCTRINA PROBABLE SOBRE PROTECCION DE LA COMPETENCIA-Jurisprudencia constitucional

ACTUACION ADMINISTRATIVA A CARGO DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROHIBICION GENERAL DE TODA CLASE DE PRACTICAS, PROCEDIMIENTOS O SISTEMAS TENDIENTES A LIMITAR LA LIBRE COMPETENCIA-Garantía del debido proceso y mecanismos de control jurídico

Referencia .: Expediente D-11430

Demanda de inconstitucionalidad contra contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 155 de 1959 Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas

Demandante: Javier Cortázar Mora

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., enero veinticinco (25) de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, previo cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Javier Cortázar Mora, interpuso acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 1 (parcial) de la Ley 155 de 1959 Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, por considerar que violaba el artículo 29 de la Constitución, que establece el derecho fundamental al debido proceso.

La Corte Constitucional mediante auto del 14 de junio de 2016 resolvió inadmitir la demanda presentada por el ciudadano, por considerar que el accionante había satisfecho el requisito argumental de claridad, pero que no satisfacía los requisitos concurrentes de especificidad, pertinencia, suficiencia y certeza. En este sentido el auto dispuso la inadmisión, concediéndole al accionante un término de tres días para que corrigiera su demanda.

El 21 de junio de 2016 el demandante allegó a la Corte Constitucional un escrito de corrección de la demanda, reiterando que solicitaba la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones demandadas, por considerarlas violatorias del artículo 29 de la Constitución,

específicamente, de los principios de legalidad y tipicidad como componentes del debido proceso, procediendo así a satisfacer el estándar argumental que le había sido requerido mediante el auto de inadmisión.

Tras evaluar el escrito de corrección, la Corte Constitucional mediante Auto del 1 de julio de 2016, decidió admitir la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el ciudadano Javier Cortázar Mora en contra de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963, por violar el artículo 29 de la Constitución Política.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada y se subrayan los apartes acusados:

"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas"

"ARTICULO 1º. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. El nuevo texto es el siguiente: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".

"PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o

convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general".

III. LA DEMANDA

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 es una norma imperativa de prohibición. Así prohíbe los acuerdos que tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros; prohíbe "toda clase de prácticas, procedimientos, o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"; y mantener o determinar precios inequitativos.

El demandante cuestiona la constitucionalidad de la segunda de las prohibiciones, señalando que se trata de expresiones indeterminadas o ambiguas, que acarrean la violación de los principios de legalidad y tipicidad como componentes del derecho fundamental al debido proceso administrativo establecido en el artículo 29 de la Constitución.

En primer término señaló el demandante, que las expresiones demandadas generan inseguridad e incertidumbre, pues el enunciado que prohíbe toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, padece de ambigüedad e indeterminación semántica, en tanto que la ley no define lo que deba entenderse por una "práctica", un "procedimiento" o un "sistema" que limite el ejercicio de la libre competencia, con lo cual el contenido de las expresiones y de la prohibición que ellas encarnan, queda librada a la discrecionalidad de los funcionarios y por esa misma vía, a la eventual arbitrariedad de su evaluación y aplicación.

En segundo lugar señaló el demandante, que si bien la Corte Constitucional ha venido sosteniendo la tesis de acuerdo con la cual, los principios de legalidad y de tipicidad admiten matices y menor rigor en los escenarios del derecho administrativo sancionatorio que en los del derecho penal, no es constitucionalmente procedente admitir enunciaciones sancionatorias tan abiertas y amplias como la demandadas, puesto que no definen claramente los comportamientos que resultan prohibidos y censurados, llenando de inseguridad el sistema jurídico y propiciando la violación de derechos.

Finalmente señaló, que la "definición etérea" de las prácticas restrictivas de la libre competencia establecida en el enunciado demandado, trae consigo dos consecuencias indeseadas, como son:

* Que el alto grado de abstracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 impida que la administración ejerza su función de garantizar la libre competencia, o por lo menos, de hacerlo sin desconocer las garantías del debido proceso.

– Que la indefinición del diseño legislativo conduzca a que las autoridades administrativas sancionen actividades que realmente no afectan el bien jurídico de la libre competencia, y que terminen afectando otras garantías como la libertad económica.

IV. INTERVENCIONES

En total fueron presentadas siete intervenciones ante la Corte Constitucional. Dos de ellas apoyaron la declaratoria de inexequibilidad del segmento demandado, cuatro solicitaron que se mantuviera la constitucionalidad de las expresiones, y una hizo una doble petición, señalando como pretensión principal la de emitir un fallo inhibitorio, por considerar que había

acontecido la derogatoria de la norma que contiene el segmento demandado, y como pretensión subsidiaria, que se declare la exequibilidad condicionada de las expresiones. Por su parte el Ministerio Público solicitó en su concepto, que se mantuviera la exequibilidad del enunciado. A continuación se describen los contenidos argumentales de las intervenciones.

1. Carlos Andrés Perilla Castro

Este ciudadano coadyuvó la solicitud de inexequibilidad formulada por el demandante, considerando que las expresiones demandadas violan tres normas constitucionales: el artículo 29, que establece el derecho al debido proceso, en dos de sus componentes: el principio de legalidad y el de tipicidad; el artículo 113, pues en su opinión, el segmento acusado diluye la división de poderes establecida en esa norma; y el artículo 333 de la Carta Política, que prevé la existencia del derecho a la libre competencia económica.

Respecto de la violación del debido proceso señaló el interviniente, que debe diferenciarse entre las prohibiciones generales y las prohibiciones específicas de las conductas anticompetitivas, dispuestas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, en la medida que estas deben ser respetuosas de los principios de legalidad y tipicidad.

El interviniente recordó desde la Sentencia C-135 de 2016, que el principio de legalidad del régimen administrativo sancionatorio es más flexible que el del régimen penal, pero que en todo caso, el legislador tiene la obligación de identificar “los elementos básicos de la conducta sancionada”, así como “las remisiones normativas precisas en caso de tipos en blanco”, lo que no sucedía en este caso, puesto que “la norma demandada no cumple con estos requisitos, porque no define cuales son las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia que se encuentran prohibidos”.

De este modo la norma no define lo que sean las “prácticas”, los “procedimientos” o los “sistemas” tendientes a limitar la libre competencia, lo que traería como consecuencia, que se prohibiera cualquier conducta potencial, incluyendo las accidentales, y que se llegase a censurar todo, incluso lo legal. Por lo mismo le solicitó a la Corte que redujera su concepto de “tipicidad flexible” del régimen administrativo sancionatorio.

Respecto de la violación el principio de división de poderes, sostuvo el Sr. Perilla Castro, que la separación de funciones prevista por la Constitución, prevé que sea una rama del poder público la que defina las conductas sancionables y otra la que investigue y sancione. Desde allí sostuvo que la norma demandada diluye esa distribución de tareas, pues en virtud de la indeterminación normativa del enunciado demandado, se le permite al órgano administrativo (la Superintendencia de Industria y Comercio) actuar no sólo como investigador y decisor en los casos particulares, sino además, crear la norma sancionatoria.

Finalmente dijo que las expresiones demandadas también violaban el artículo 333 de la Constitución. En su opinión, esta norma establece lo que llamó una “clasificación bipartita”, en virtud de la cual se tienen dos tipos de prohibiciones: la prohibición de conductas multilaterales, relacionadas con la realización de acuerdos contrarios a la libre competencia; y la prohibición de la conducta unilateral de abuso de la posición dominante. El segmento demandado violaría el artículo 333 de la Carta Política, por apartarse de ese “catálogo constitucional”, entrando en consecuencia, a sancionar conductas no previstas en la norma constitucional.

2. Ministerio de Industria y Turismo

Diego Fernando Fonnegra Vélez en representación del Ministerio de Industria y Turismo, solicitó la declaratoria de exequibilidad del enunciado demandado.

El escrito de intervención señaló tres razones por las que se debe mantener la constitucionalidad de la norma demandada, divididas en tres temas: la legalidad, la inexistencia del objeto demandado y la inexistencia de la violación del debido proceso, afirmando que el segmento demandado tan solo prohíbe prácticas restrictivas tendientes a limitar la libre competencia y que "por lo tanto no pueden prosperar los cargos".

3. Jaime Humberto Tobar Ordóñez

Este ciudadano intervino solicitando la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones demandadas, indicando que transgreden el artículo 29 de la Constitución sobre debido proceso, el principio de seguridad jurídica y el núcleo esencial de los derechos a la libertad económica y la libertad de empresa, señalando como argumento transversal, la afectación de la garantía de certeza del derecho.

En primer lugar examinó la violación del derecho al debido proceso, señalando desde la Sentencia C-030 de 2012, tres elementos históricamente considerados en esta clase de procesos: que el derecho de la competencia es una de las modalidades del derecho administrativo sancionatorio, que en esta clase de derecho tiene cabida el principio de tipicidad y que este se muestra aquí más flexible que en el derecho penal. Desde estos parámetros hizo el examen del segmento demandado, encontrando que se trataba de "conceptos jurídicos indeterminados", que por no hacer remisiones concretas hacia otras normas, "amenazan las más mínimas garantías de las personas".

Afirmó entonces el interviniente, que las expresiones "procedimientos", "prácticas" y "sistemas" carecen de una definición legal y técnica, como acontece también con el concepto de "libre competencia", el que "contiene un muy amplio margen de interpretación,

lo cual implica que su determinación en un caso concreto termina siendo objeto del juicio subjetivo de la administración".

En segundo término el interviniente planteó la violación del principio de seguridad jurídica, desde el concepto de "garantía de certeza", tomado, según dijo, de la Sentencia C-502 de 2002, que tiene un ámbito de aplicación generalizado, aplicable en las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del poder público. Desde allí insistió en que la disposición demandada "resulta tan vaga, imprecisa e indeterminada, que se priva a los particulares de la certeza y previsibilidad jurídica a la cual tienen derecho". Adicionalmente dijo que es circunstancia resultaba tanto más censurable, por tratarse de materia sancionatoria.

El escrito de intervención también afirmó que el enunciado demandado violaba el núcleo esencial de los derechos a la libre competencia y la libertad económica establecidos en el artículo 333 de la Constitución. Como punto de partida adoptó una definición dispuesta en la Sentencia C-228 de 2010, en la que se dijo que el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica, consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas, para afirmar en sentido contrario, que cuando se erigen esas barreras (como en el presente caso) acontece la violación de tales derechos.

Finalmente y como tesis central sostuvo que "una prohibición tan amplia como la referida, en materia de prácticas restrictivas de la competencia, implica una completa inseguridad para los particulares frente a las conductas que les está permitido realizar, lo cual desemboca finalmente en una restricción de su libertad económica y de su derecho a concurrir en el mercado sin que existan barreras injustificadas".

4. Jorge Keneth Burbano Villamarín y Gustavo Alejandro Castro Escalante

Estos dos ciudadanos, actuado como Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional y como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, allegaron escrito de intervención solicitando que se mantuviera la constitucionalidad de las expresiones demandadas.

Los intervienes tomaron como punto de partida el establecimiento del derecho a la libertad de competencia en la Constitución de 1991, entendido en general, como el derecho que tienen las personas de participar en el mercado, para que los agentes rivalicen con sus diferentes productos o servicios. Dentro de esta perspectiva dijeron, se trata de una libertad, que como todas, tiene límites, los que dan lugar a la prohibición y sanción de las conductas inadecuadas o de las malas prácticas derivadas del ejercicio de ese derecho.

Frente al cargo de inconstitucionalidad por violación del principio de legalidad y de tipicidad, recordaron los intervienes, que la Corte Constitucional en Sentencia C-135 de 2016 identificó los tres elementos de la tipicidad en el derecho sancionador, a saber: "(i) que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable, a partir de otras normas jurídicas; (ii) que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley; y (iii) que exista correlación entre la conducta y la sanción", precisando que el cargo del accionante se relacionaba con el primero de los elementos de la tipicidad fijados por la Corte.

Como elemento argumental de su documento, los intervinientes recordaron también desde la jurisprudencia constitucional, que los principios de reserva legal y tipicidad no funcionan de la misma manera en el derecho penal que en el derecho administrativo sancionatorio, en el sentido que en este último tales principios tienen un mayor margen de flexibilidad, lo que permite que no todas las conductas censuradas se encuentren exhaustivamente descritas en la ley, "siempre y cuando dentro del marco legal estén definidos claramente los criterios que delimitan tanto la actividad reglamentaria, como la sancionatoria; situación que se evidencia dentro del presente caso, puesto que la norma demandada delimita de manera clara que las

conductas reprochables están delimitadas por la conductas que atentan la libre competencia".

Como argumento de sus afirmaciones, dijeron que las normas sancionatorias en materia de prácticas comerciales restrictivas no son sólo las establecidas en la Ley 155 de 1959, sino que el Decreto 2153 de 1992, por el cual se restructuró la Superintendencia de Industria y Comercio, concretó y especificó dichas conductas, enunciando en los artículos 47 y 48, la conductas típicas que se condenan en materia de libre competencia, concluyendo que tal decreto "especifica las conductas que se consideran contrarias a la libre competencia, que pueden ser objeto de sanción por la Superintendencia de Industria y Comercio, razón por la cual debe mantenerse su constitucionalidad".

5. Claudia Marcela Montoya Naranjo

En su escrito de intervención esta ciudadana elevó tres peticiones a la Corte Constitucional: (i) que se declare inhibida, pues en su opinión, la norma demandada fue derogada por la Ley 1340 de 2009; (ii) que se declare la inexequibilidad de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia" o que se declare la exequibilidad condicionada de las mismas, en el entendido que esas prácticas, procedimientos o sistemas se prohíban "cuando tiendan a mantener o determinar precios inequitativos" y (iii) que se declarara exequibilidad condicionada del enunciado demandado, "a través de una sentencia moderadora que integre varios preceptos normativos, e identifique criterios jurídicos objetivos, razonables y proporcionados que concreten las hipótesis normativas planteadas en la norma abierta o indeterminada".

Respecto de la solicitud de inhibición por derogatoria del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la interviniente señaló cuatro razones o motivos de derogación:

i. Que la Ley 1340 de 2009 actualizó el régimen de competencia, teniendo dicha actualización efectos derogatorios expresos y tácitos sobre las normas preexistentes, “por lo que el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 demandado, es inexistente”.

ii. Que la Ley 1340, como norma posterior, “por voluntad del legislador y sin lugar a ambigüedades”, ya no prohíbe en general toda clase de prácticas que tiendan a limitar la competencia, sino sólo las que la propia Ley 1340 de 2009 determina, por lo que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se encuentra derogado.

iii. Que la Ley 1340 de 2009 no sólo modificó las conductas a reprimir, sino que también modificó el sujeto activo de la conducta que antes preveía la Ley 155 de 1959, por lo que en su opinión, la cláusula general del artículo 1 de la Ley 155 quedó también derogada.

iv. Que la interpretación sistemática implica hacer la lectura de otras normas, como los artículos 4 y 9 de la Ley 1340 de 2009, lo que ofrece nuevos elementos para concluir que esta última “derogó expresa o tácitamente el viejo régimen de competencia”, incluyendo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En segundo término la interviniente solicita la declaratoria de inexequibilidad el enunciado, compartiendo el argumento de la violación del debido proceso por transgresión de los principios de legalidad y de tipicidad, en atención a que, en su opinión, las expresiones demandadas no determinan de forma clara la conducta indebida, lo que imposibilita una adecuada defensa y permite que la autoridad pública pueda incurrir en arbitrariedades.

La interviniente relaciona la manera como la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) ha tratado los “conceptos jurídicos indeterminados”, que equipara a “tipos

abiertos", exigiendo que el propio ordenamiento establezca los criterios que permitan "concretar las hipótesis normativas planteadas en la norma abierta". Así dijo que la Superintendencia había dicho en 2011, que las expresiones "prácticas, procedimientos o sistemas" debían ser entendidas "en su sentido natural y obvio", concluyendo que "para la SIC ha resultado de bulto identificar qué son prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la competencia", lo que, según dice, ha permitido el establecimiento de "una clausula general sin fondo" que viola el debido proceso. Dentro de esta perspectiva señaló que si no se declaraba la inexequibilidad, debía proferirse una sentencia de exequibilidad condicionada, pues el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 sólo podría ser aplicado si se condiciona su aplicación a la existencia de unos criterios objetivos que "permitan razonablemente concretar hipótesis normativas".

Finalmente y como tercera solicitud, la interviniente plantea otra exequibilidad condicionada, pero esta vez de algo que ni siquiera fue demandado. Más aún, propiamente lo que hace es formular la inconstitucionalidad de una interpretación (no de un enunciado normativo o cuando menos de una expresión), pidiendo además, "no desestimar mi intervención como tercero en esta acción pública".

Sugiere la ciudadana Montoya Naranjo que la interpretación que hace la SIC de la "y" del enunciado "y a mantener o determinar precios inequitativos" es inconstitucional, pues le permite a aquella entidad investigar y sancionar las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, e investigar también las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos. En su opinión esa interpretación es contraria a la literalidad del texto "y no consulta su espíritu", arrojando una hipótesis acerca de lo que supuestamente quería el legislador, pues, según dijo, "Si el legislador hubiera querido involucrar dos figuras, simplemente habría empelado la conjunción disyuntiva 'o', en lugar de la conjunción copulativa 'y'", sugiriendo incluso otra forma de redacción del enunciado.

6. Superintendencia de Industria y Comercio

Neyireth Briceño Ramírez, actuando en representación de la Superintendencia de Industria y Comercio intervino dentro del proceso, con dos escritos, el primero de ellos radicado el 29 de julio de 2016 y el segundo el 1 de agosto, solicitándole a la Corte que declarara exequible el enunciado demandado. Los escritos tienen en general dos zonas estructurales.

La primera parte es de carácter orgánico y analítico, y pone el acento en cuatro cuestiones: Las funciones y competencias de la Superintendencia; el marco jurídico en el que se desenvuelve esa órbita competencial; el contenido del derecho a la libre competencia; y las conductas que son objeto de vigilancia, investigación y sanción.

El escrito presenta las facultades de la Superintendencia relacionadas con la promoción y la protección de la libre competencia, identificando como normas fundamentales la Ley 1340 de 2009 y los Decretos 4886 de 2011 y 1074 de 2015, transcribiendo el artículo 1.2.1.2. de este último, de acuerdo con el cual la SIC "Salvaguarda los derechos de los consumidores, protege la libre y sana competencia, actúa como autoridad nacional de la propiedad industrial y defiende los derechos fundamentales relacionados con la correcta administración de datos personales".

Adicionalmente precisa la entidad, que entre sus funciones se encuentran también las de vigilar el cumplimiento de disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, aplicable a todos los sectores y todas las actividades económicas, las que "abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio y, el régimen de integraciones empresariales".

Junto a las competencias sobre vigilancia, el documento relaciona las funciones de investigación y sanción, refiriendo el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 conforme al cual la Superintendencia "conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia".

Mencionado el régimen funcional, el documento se detiene en el derecho constitucional a la libre competencia, precisando el régimen jurídico aplicable a ella. En este sentido presenta el escenario de la sana competencia, en contraste con las situaciones en las que los agentes del mercado adoptan conductas tendientes a no competir, distorsionando de esta manera el mercado, eventos para los cuales fue establecido el régimen de sanciones de que tratan la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992. Dentro de esta misma línea el texto identifica las conductas que hacen parte de las prácticas restrictivas que afectan la libre competencia, las que comprenden los acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, transcribiendo las definiciones normativas de cada una de estas expresiones.

Esta primera parte finaliza con un examen del abuso de la posición de dominio, definida en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como la situación en la que una empresa puede influenciar directa o indirectamente las condiciones de un mercado. Adicionalmente señaló la SIC, que quienes ostentan posición dominante deben soportar unas ciertas restricciones, las que han sido descrita de modo no taxativo en el artículo 5 del referido decreto.

La segunda parte de la intervención fue destinada al análisis de los cargos de inconstitucionalidad, para lo cual la entidad redescribió el problema jurídico, señalando que su análisis abarcaría tres secciones en las que se estudiaría: (i) el análisis del principio de tipicidad en el derecho al debido proceso administrativo; (ii) la interpretación que la Superintendencia tiene acerca del artículo 1 de la Ley 155 de 1959; y (iii) finalmente, las razones por las cuales considera la SIC, que no hay violación del debido proceso en este

caso.

Respecto del primer asunto, es decir, del principio de tipicidad como componente del debido proceso administrativo sancionatorio, la entidad recordó el principio de legalidad de la infracción y de la sanción, precisando las diferencias y los distintos modos como opera en derecho penal y en derecho administrativo sancionatorio, en la medida que este último, "opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que pueden quedar subsumidos los diferentes tipos de sanciones", precisando desde la Sentencia C-564 de 2000, que la legislación debe señalar los criterios que deben seguir los funcionarios encargados de evaluar las conductas y aplicar las sanciones.

Como argumento la SIC refirió la Sentencia C-921 de 2001 en la que al evaluar la constitucionalidad de Decreto Ley 1259 de 1994, se reiteró que las conductas que constituyen falta administrativa tienen una cierta flexibilidad en la tipicidad respecto de la del derecho penal, tal y como fue reiterado posteriormente en las Sentencias C-860 de 2006 y C-713 de 2012.

Tras la fijación del estándar operativo de las evaluaciones del derecho administrativo sancionatorio, el interviniente hizo referencia a los bienes jurídicos relacionados con la protección del derecho a la libre competencia, señalando desde la Sentencia C-263 de 2011 los contenidos que deben ser respetados al limitarse ese derecho, explicitando de paso las diferencias existentes entre el debido proceso administrativo y el debido proceso judicial.

Evacuado lo anterior, el interviniente presentó la interpretación que tiene la SIC sobre el alcance de la cláusula general de competencia contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en relación con el Decreto 2153 de 1992, afirmando la tesis según la cual, "el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 abarca tanto las conductas del Decreto 2153 de 1992 como cualquier otra que, a pesar de no estar prevista en el citado decreto, termine afectando la

competencia de los mercados”.

Adicionalmente dijo que la interpretación sistemática de diversas normas (el interviniente la llamó “armónica”), conduce a concluir que la SIC tiene competencia para imponer sanciones respecto de cuatro asuntos:

i. Los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros.

ii. Toda clase de prácticas y procedimientos tendientes a limitar la libre competencia.

iii. Prácticas o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

iv. Acuerdos, actos y abusos de posición de dominio.

La estrategia argumental del interviniente fue doble: de un lado, hacer la interpretación sistemática de las normas concernidas, y de otro lado, mostrar por reducción al absurdo, las inconsecuencias a las que se llegaría de no acogerse dicha interpretación. Como normas concernidas, además del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del Decreto 2153 de 1992, el interviniente refirió la obligación que se tiene de proteger el régimen general de la competencia, de conformidad con la Ley 1340 de 2009, deduciendo desde la lectura del artículo 4 de esa ley, que el régimen general de protección de la competencia lo componen las normas ya mencionadas y las que lo modifiquen o adicionen.

Finalmente la intervención se focaliza en la constitucionalidad de la norma y la oposición a la postura del accionante. Para el efecto, explicita las diferencias existentes entre el debido proceso judicial y administrativo, reiterando el carácter flexible de este a efectos de asegurar la eficiencia, la eficacia, la celeridad y la economía por parte de la Administración, puntualizando al final, que "En el presente caso se evidencia cómo el actor fundamentó sus cargos en una interpretación incorrecta de la disposición parcialmente acusada, al afirmar que cuando la norma señala la prohibición de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, nos encontramos frente a un contenido indeterminable, confuso o incierto, pues estos comportamientos encuentran en el mismo precepto que los contiene, una limitación o si se quiere ámbito de concreción, cual es justamente la afectación o restricción de la libre competencia".

7. Joaquín Emilio Acosta Rodríguez

El ciudadano Acosta Rodríguez, obrando en calidad de profesor de la Universidad de la Sabana, intervino dentro de este proceso, mediante escrito radicado en la Corte Constitucional el 4 de agosto de 2016, solicitando que se mantenga la constitucionalidad del segmento demandado. El texto consta de tres partes, la primera de ellas destinada al examen del derecho a la libre competencia, la segunda al análisis puntual de la norma demandada y la final a la evaluación de los cargos de inconstitucionalidad.

En lo que se refiere al derecho a la libertad de competencia, el interviniente hizo una breve reconstrucción histórica, ubicando el origen del derecho en el escenario del liberalismo político, para mostrar luego su introducción en Colombia a partir de la Ley 155 de 1959, el establecimiento del Título XII de la Constitución, con su artículo 333, refiriendo la expedición de distintas normas como el Decreto 2153 de 1992, la Ley 256 de 1996, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 3523 de 2009, determinando además su contenido, desde la libertad de concurrencia a los mercados y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Efectuado lo anterior, el texto procedió al análisis del segmento demandado, deteniéndose en los temas del derecho del debido proceso y la presencia dentro de este, de los principios de legalidad y tipicidad, refiriendo la jurisprudencia de la Corte que diferencia la comprensión y aplicación de estos principios dentro del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, indicando, desde jurisprudencia constitucional, que en este último espacio la aplicación de tales principios tiene un mayor margen de flexibilidad, lo que sin embargo no implica que se desatiendan los elementos de la descripción, los de la sanción y el procedimiento, los que pueden ser satisfechos mediante los mecanismos de la remisión normativa o la interpretación sistemática de las normas concernidas.

Finalmente y en lo que se refiere al análisis constitucional del sintagma demandado, la tesis del interviniente radica en el hecho de señalar, que no se está frente a un tipo sancionatorio, como lo pretende el accionante, sino que se trata de una simple prohibición, además constitucional, por haber sido dictada en ejercicio de las competencias del legislador. En concreto dijo que "La correcta inteligencia del anterior aserto exige tener presente que debe distinguirse claramente una norma jurídica sancionatoria de un enunciado normativo de contenido prohibitivo, como bien señala el auto admisorio de la demanda que actualmente nos ocupa. Así las cosas, es jurídicamente imposible que una noma prohibitiva desconozca el principio de tipicidad. Tal es el caso del artículo demandado, que se reitera es norma prohibitiva, y no sancionatoria".

V. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mediante escrito radicado el 23 de agosto de 2016, el Ministerio Público le solicitó a la Corte declarar exequible el segmento demandado, por considerarlo conforme a la Constitución.

Como premisa central de su razonamiento refirió que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la aplicación de los principios de tipicidad y legalidad es más flexible en el derecho administrativo sancionatorio que en el derecho penal, en virtud de los bienes jurídicos protegidos y del régimen de infracciones que en cada uno de ellos se dispone.

Dispuesto lo anterior, la Procuraduría examinó el alcance de los anteriores principios como componentes del debido proceso, refiriendo la manera como la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diferenciado entre el debido proceso administrativo sancionatorio y el debido proceso judicial, y dentro de esta línea, los estándares de comprensión y aplicación del principio de tipicidad, relacionando el contenido de las Sentencias C-821 de 2001, C-530 de 2003 y C-713 de 2012 de la Corte Constitucional.

En referencia a los cargos señalados por el accionante, el Ministerio Público consideró que el enunciado demandado respetaba el principio de legalidad, en tanto que además de preservar la reserva legal, resultaba pertinente hacer una interpretación sistemática del enunciado, de modo tal que fuese integrado a otras normas concurrentes. Adicionalmente y respecto de las expresiones acusadas como indeterminadas, señaló que si bien tenían un cierto grado de indeterminación, su contenido podía ser precisado, en aplicación del artículo 29 de la Código Civil, de acuerdo con el cual las expresiones de uso técnico serán asumidas como lo hacen los expertos de esa ciencia o disciplina.

Finalmente el texto llama la atención acerca de dos puntos pertinentes: en primer lugar, los aspectos dinámicos del mercado, pues fenómenos como la internacionalización, la globalización y la velocidad de las prácticas comerciales, de servicios y similares, hacen que sea necesario utilizar términos generales, pues “no sólo es imposible que el legislador prevea cada una de las posibles conductas de los sujetos que participan en cada una de las prácticas comerciales que puedan atentar contra la economía o la libre competencia, sino que también sería impertinente e inconveniente hacerlo, pues con ello se limitarían las posibilidades de aplicación de la norma por parte de la autoridad administrativa”

En segundo término dijo que respecto de cualquier tipo de actuación investigativa o sancionatoria que adelante la Administración, debe quedar claro que el procesado sigue siendo titular de todas las garantías del debido proceso, con lo cual el ejercicio del derecho de defensa se preserva.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4º de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues el enunciado demandado forma parte del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que es una ley expedida por el Congreso de la República.

2. Cuestión previa. Aptitud de la demanda

El accionante ha demandado las expresiones “y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”, contenidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, que establece una serie de prohibiciones tendientes a mantener la integridad de la libre competencia, así como a evitar el mantenimiento o la determinación de precios inequitativos.

La Corte mediante auto del 14 de junio de 2016 resolvió inadmitir la demanda presentada por el ciudadano, por considerar que el accionante no había satisfecho los requisitos concurrentes de especificidad, pertinencia, suficiencia y certeza, concediendo un término de tres días al accionante para que procediera a corregir su demanda. El 21 de junio de 2016 el demandante allegó el escrito de corrección que le fuere solicitado.

Requisitos de la demanda de inconstitucionalidad y de los argumentos que sustentan la solicitud

El Decreto 2067 de 1991 Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, establece en el artículo 2 los requisitos que deben cumplir las demandas de inconstitucionalidad entre los que se encuentra el de precisar las razones o argumentos que sustentan el cargo de violación de la Constitución, que exige que el ciudadano asuma unas cargas argumentales a la luz de tres propósitos:

* Evitar que la Corte Constitucional establezca por su propia cuenta las razones de la inconstitucionalidad, convirtiéndose en juez y parte, y generando una intromisión en las funciones del Congreso

– Evitar que en ausencia de razones comprensibles o de argumentos atendibles, se profiera finalmente un fallo inhibitorio que frustre el objeto de la acción, y

– Propiciar un debate participativo de calidad

Dentro de esta comprensión y a los efectos de un mejor despliegue de la acción y de la calidad de los fallos, la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-1052 de 2001 comenzó a exigir que las razones de la violación señaladas por el actor en su demanda fueran claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, so pena de proferir un fallo inhibitorio, pues "de emitir la Corte un pronunciamiento de fondo con base en una demanda que no contiene una razonable exposición de los motivos por los cuales se estima la violación, se estaría dando a la acción de inconstitucionalidad una vocación oficiosa que es contraria a su naturaleza".

En desarrollo de esto se dijo posteriormente en la Sentencia C-330 de 2016 (entre otros muchos fallos), citando la Sentencia C-1052 de 2001, que las razones de inconstitucionalidad deben ser "(i) claras, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) ciertas, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes, esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada."

En el presente caso han concurrido siete intervenciones. En dos de ellas se ha solicitado la declaratoria de inexequibilidad del texto demandado; en otras cuatro se le pidió a la Corte que mantenga la constitucionalidad del mismo; mientras que el séptimo documento elevó como pretensión principal que se profiera fallo inhibitorio, porque en su parecer, la norma demandada se encuentra derogada, y como pretensión subsidiaria, en caso de no decretarse la inhibición, que se proceda a una declaratoria de exequibilidad condicionada. Adicionalmente el Misterio Público en su concepto dijo que debía ser mantenida la

constitucionalidad de las expresiones demandadas.

La Sala considera que se encuentra frente a una demanda apta que amerita un pronunciamiento de fondo, en tanto que las falencias del escrito inicial fueron satisfechas mediante el texto de corrección, y que los distintos intervinientes no solo se abstuvieron de solicitar la inhibición, sino que explicitaron sus argumentos alrededor de los asuntos sustantivos que configuran este caso.

3. Segunda cuestión previa. Solicitud de inhibición por derogatoria del enunciado demandado

La interviniente Montoya Naranjo le solicitó a la Corte Constitucional que profiera fallo inhibitorio, pues en su opinión, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 fue derogado por la Ley 1340 de 2009.

Como fundamento de su solicitud señaló que la Ley 1340 de 2009 actualizó el régimen de la libertad de competencia, teniendo dicha actualización efectos derogatorios expresos y tácitos sobre las normas preexistentes; que la referida Ley 1340 de 2009, como norma posterior, "por voluntad del legislador y sin lugar a ambigüedades", ya no prohíbe en general toda clase de prácticas que tiendan a limitar la competencia, sino sólo las que la propia Ley 1340 de 2009 determina, por lo que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se encuentra derogado; que dicha ley no sólo modificó las conductas a reprimir, sino que también modificó el sujeto activo de la conducta que antes preveía la Ley 155 de 1959, por lo que en su opinión, la cláusula general del artículo 1 de esta última quedó también derogada; y que la lectura sistemática de los artículos 4 y 9 de la Ley 1340 de 2009, ofrece elementos para concluir que esta última "derogó expresa o tácitamente el viejo régimen de competencia".

La Corte Constitucional entiende por derogación “el procedimiento a través del cual se deja sin vigencia una disposición normativa”. El artículo 71 de la Ley 57 de 1987 establece su régimen de la siguiente manera:

“Artículo 71. Clases de derogación. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.”

La Corte ha dicho igualmente, que existen tres clases de derogatoriad: la expresa, la tácita y la orgánica. Así en la referida Sentencia C-412 de 2015 dijo que se tenía “De una parte, la derogatoria expresa que se produce cuando la nueva ley formalmente suprime la ley anterior. Y, de otra, la derogatoria tácita que opera cuando una ley nueva de la misma jerarquía y materia contiene disposiciones incompatibles o contrarias a las de la ley antigua. En esta última categorización, está contenida la derogatoria orgánica, que no es más que una especie de la tácita y se produce cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no exista incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley”.

Respecto de la solicitud de sentencia inhibitoria elevada por la interviniente, originada en la supuesta derogatoria de la norma demandada, la Corte ha precisado que para que proceda el fallo inhibitorio, debe existir certeza acerca de la pérdida de vigencia de la norma derogada, como se afirmó en la Sentencia C-419 de 2002 al señalar que “Cuando la derogatoria de una

disposición es expresa, no cabe duda en cuanto a que si se interpone una demanda en contra de la norma derogada, la Corte debe inhibirse, salvo que la disposición continúe proyectando sus efectos en el tiempo. Cuando, por el contrario, la vigencia de una disposición es dudosa, pues existe incertidumbre acerca de su derogatoria tácita, la Corte no puede inhibirse por esta razón pues la disposición podría estar produciendo efectos".

La Ley 1340 de 2009, Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, es un cuerpo normativo de 34 artículos el primero de los cuales establece su objeto, señalando:

"Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional."

La cláusula de vigencia se encuentra en el artículo 34 y no señala derogatorias expresas:

"Artículo 34. Vigencia. Esta ley rige a partir de su publicación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias."

En opinión de la interviniente la Ley 1340 de 2009 actualizó el régimen de la libertad de competencia, teniendo dicha actualización "efectos derogatorios expresos y tácitos" sobre el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y adicionalmente dijo, que la Ley 1340 de 2009 enunció las prácticas específicas que tienden a limitar la libre competencia, derogando de ese modo la prohibición general de "toda clase de prácticas" que prevé el enunciado demandado.

La Sala considera que la Ley 1340 de 2009 ciertamente actualizó el régimen de la libertad de competencia, pero de esa premisa no puede concluirse que la actualización normativa haya tenido como efecto la derogación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, sencillamente porque las dos previsiones tienen identidad propia y resultan concurrentes alrededor del mismo propósito, como lo es, la optimización de las herramientas con que cuentan las autoridades públicas, para cumplir el deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.

No es cierto Ley 1340 de 2009 haya derogado la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al establecer el régimen de prohibiciones especiales del que trata aquella ley. La Sala considera que lo que acontece es la coexistencia de dos niveles, el de la prohibición general y el de las prohibiciones especiales alrededor de la protección del mismo derecho. Tanto es esto así, que el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, que invoca la interviniente, lejos de establecer una derogación, lo que dispone es la coexistencia de los diversos regímenes normativos bajo el concepto de "régimen general de protección de la competencia", disponiendo expresamente que la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el referido régimen, cuyas normas "son aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas".

En conclusión la Corte entiende que en el presente caso no se configura el fenómeno de la derogatoria, ni hay lugar a fallo inhibitorio, (i) porque el artículo 34 de la Ley 1340 de 2009 no derogó expresamente el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; (ii) porque los enunciados contenidos en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en la Ley 1340 de 2009 son concurrentes alrededor del mismo objeto, de la protección del derecho a la libertad económica, cada uno en distintos niveles; (iii) porque la expedición de la Ley 1340 de 2009, lo que propicia es la coexistencia de dos niveles de prohibiciones alrededor de la libertad de competencia, el general de la Ley 155 de 1959 y el especial de la segunda ley y de otras concurrentes; y finalmente (iv), porque no existe ninguna certeza acerca de la derogatoria tácita.

Dentro de esta compresión, la Corte procede al examen de fondo del segmento acusado bajo el cargo de violar el derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución.

4. Planteamiento del caso, formulación del problema jurídico y programa del fallo

4.1. Planteamiento del caso

Este caso está relacionado con la demanda de inconstitucionalidad que formuló el ciudadano Javier Cortázar Mora, en contra de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", contenidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, que establece una serie de prohibiciones tendientes a mantener la integridad del derecho constitucional a la libre competencia, así como a evitar el mantenimiento o la determinación de precios inequitativos.

El demandante y los intervinientes Carlos Andrés Perilla, Jaime Humberto Tobar y Claudia Marcela Montoya Naranjo han cuestionado la constitucionalidad del texto demandado, considerando que el mismo es violatorio del derecho al debido proceso, por violación de los principios de tipicidad y legalidad, pues se trata de un enunciado indeterminado, construido con expresiones que adolecen de vaguedad. Al respecto han dicho que las expresiones "prácticas", "procedimientos" y "sistemas" tendientes a limitar la libre competencia, padecen de una gran ambigüedad, la que impide determinar hasta qué punto van las prácticas permitidas y dónde comienzan las prohibidas, con lo cual, además de violarse el debido proceso, se llena de inseguridad y de incertidumbre a las personas que ejercen o quieren ejercer el derecho constitucional a la libre concurrencia y competencia en el mercado.

Del otro lado se encuentran los intervinientes Diego Fernando Fonnegra, Keneth Burbano Arcos, la Superintendencia de Industria y Comercio y Joaquín Emilio Acosta Rodríguez, quienes sostienen que las expresiones demandadas se ajustan a la Constitución, y que se trata de un tipo en blanco o remisivo, cuyas eventuales indeterminaciones lingüísticas o normativas pueden ser satisfechas desde la integración con otras normas. Específicamente sostuvieron con relativa unanimidad, que la comprensión y aplicación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 demandado, debe ser integrada con las normas que resultan concurrentes con dos temas: la protección del derecho a la libertad de competencia, y el ejercicio de las funciones de vigilancia, control, investigación y sanción de las que es titular la Superintendencia de Industria y Comercio.

Desde la anterior consideración dijeron, que resulta necesario hacer una interpretación sistemática, que integre la Ley 155 de 1959, Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; la Ley 1340 de 2009 Por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia; la Ley 256 de 1996 Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal; el Decreto 2153 de 1992 Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio; el Decreto 19 de 2012 sobre supresión de trámites y el Decreto 4886 de 2011, Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues al hacer las interpretaciones y las integraciones correspondientes, se satisfacen los requerimientos de integridad del tipo remisorio o en blanco, a la vez que se satisfacen los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional alrededor de estos mismos.

4.2. Problema jurídico

La Sala considera que el problema jurídico que debe resolver la Corte Constitucional es el siguiente: ¿Es violatorio del derecho al debido proceso administrativo establecido en el

artículo 29 de la Constitución, y más precisamente, de los principios de legalidad y tipicidad, el enunciado normativo contenido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, sobre prácticas comerciales restrictivas, que prohíbe "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"?

4.3. Programa del fallo

Para resolver la cuestión planteada, (i) la Corte examinará en primer lugar el derecho a la libre competencia establecido en la Constitución, como elemento determinante de este juicio de constitucionalidad, para luego, (ii) precisar el contenido del segmento normativo demandado, en concurrencia con el conjunto de normas que integran el sistema de protección del derecho a la libre competencia en Colombia. Efectuado lo anterior, (iii) la Corte se detendrá en los contenidos del derecho fundamental al debido proceso administrativo, para lo cual reiterará la jurisprudencia edificada alrededor de este derecho, especialmente en lo relacionado con los principios de legalidad y tipicidad dentro del derecho administrativo sancionatorio, y los criterios de evaluación de cada uno de ellos. Efectuado lo anterior, (iv) la Sala se detendrá en el caso concreto y en el cargo de violación de la Constitución, para finalmente (v) decidir acerca de la constitucionalidad del enunciado.

5. El derecho constitucional a la libre competencia y el mercado como escenario de despliegue de la libre competencia

El derecho a libre competencia fue establecido en el artículo 333 de la Constitución, en el que se dispone lo siguiente:

"Artículo 333. La libertad económica y la libre iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. (…)”

5.1. La Corte Constitucional ha dicho que el derecho a la libertad económica es el género de los derechos económicos, que se despliega en los derechos a la libertad de empresa y la libertad de competencia:

La libertad de empresa es aquella que se le reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas, para la producción e intercambio de bienes y servicios, conforme a las pautas o modelos de organización propias del mundo económico contemporáneo, con el objetivo de obtener beneficios o ganancias.

La libertad de competencia por su parte, acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.

5.2. La Corte ha identificado los contenidos del derecho a la libre competencia, señalando que “La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en

virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros." (Resaltados dentro del texto)

De conformidad con la norma constitucional (artículo 333) y la jurisprudencia de esta Corte, el mercado es el escenario preferente de despliegue de los derechos y libertades económicas y de la libre competencia. De hecho la Corte señaló en la Sentencia C-228 de 2010, que "el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas."

5.3. En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que "el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general".

De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que "las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia" (resaltado fuera de texto).

5.4. La categoría “mercado” es dinámica, cuenta con actores vivaces que van en busca de oportunidades y de ganancias, guiados por móviles propios, que se mueven en espacios que corresponden a las distintas clases de mercado (los de bienes y servicios, bursátil, de divisas, de valores, de comodities, etc.), de diversas dimensiones (mercado local, regional, mundial) y de distintas épocas (el mercado de la edad media, el mercado de principios de siglo, el mercado de la posguerra, el mercado de los países industrializados, etc.). Más aún, la idea de mercado ha llegado a tales dinámicas, que incluso se le adjudican características históricamente dadas a los seres vivos. De este modo los sujetos se refieren a él señalando que el mercado está “calmado”, “nervioso”, “turbulento”, “a la expectativa” y que tiene momentos, pues puede estar abierto, cerrado o clausurado.

Debe entenderse entonces, que la de mercado es una categoría activa, que ostenta dinámicas propias, con las cuales el derecho y la regulación tienen una relación compleja y cambiante. La experiencia indica demás, que las prácticas comerciales y las dinámicas del mercado son mucho más rápidas que las de la regulación y el derecho, hasta el punto de haberse planteado la necesidad de la “desregulación” o de la regulación mínima de algunas actividades económicas o de prácticas comerciales, bursátiles y cambiarias, por considerar que la regulación puede convertirse en una barrera o en un impedimento para el libre juego de los mercados. En sentido contrario esto ha implicado la necesidad de utilizar términos clasificatorios amplios, acordes a las dinámicas de los mercados.

5.5. Un asunto central es el de los límites de actuación que tienen los actores del mercado, y más precisamente, los límites que deben ser impuestos a la libertad económica, que se materializan en el régimen de protección de la competencia. Al respecto pueden ser identificados dos clases de límites: los que se imponen libremente los propios actores, dispuestos entre otros instrumentos, en los “manuales de buenas prácticas”, y los que les son impuestos por medio de la regulación, de la ley, entre los que se encuentran el conjunto de reglas que protegen el derecho a la libre competencia. La Corte Constitucional ha sido clara en señalar, que la libre competencia es un derecho cuyo ejercicio conlleva limitaciones,

relacionadas entre otros elementos, con la introducción de excepciones y restricciones a quienes concurran al mercado a ejercer su derecho. Así en la Sentencia C-616 de 2001 señaló:

"La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta."

Dentro de esta comprensión procede la Corte a la determinación del régimen jurídico vigente de protección del derecho a la libertad de competencia.

6. La protección del derecho a la libre competencia en Colombia, del que hace parte el artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Como fue ya señalado, la libertad de competencia consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la

conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones, y para proteger ese derecho, el legislador ha expedido diversos estatutos relacionados con las prácticas comerciales restrictivas, la competencia desleal y la protección de la libre competencia, entre otros elementos.

Prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia

6.1. Ley 155 de 1959 Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, es la primera norma sobre protección integral del derecho a la libre competencia. Se trata de un texto de 20 artículos dispuestos en cuatro zonas temáticas. La primera de estas va de los artículos 1 al 5 y contiene los enunciados generales de la ley, relacionados con prohibiciones genéricas, la vigilancia especial de algunas empresas, las facilidades de intervención del Estado y la obligación que tiene algunas empresas de rendir informes a la SIC, siendo de especial valor el artículo 1 demandado, modificado por el Decreto 3307 de 1963, que contiene la prohibición general de atentar contra la libertad de competencia, de acuerdo con la cual, "Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos."

La segunda parte de la ley va de los artículos 6 al 11, en los que se establece el régimen de prohibiciones especiales alrededor de la libre competencia, que toma como referencia el artículo 8, de acuerdo con la cual, "Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a reemplazar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes", para luego enumerar actos específicos de competencia desleal entre los artículos 10 y11. La tercera parte de la ley comprende los artículos 12 al 16, que fueron destinados a la fijación de las reglas de procedimiento, para la investigación y la sanción de conductas que afecten la libertad de

competencia, para finalmente introducir algunas precisiones en la cuarta parte, especialmente la del artículo 18, de acuerdo con la cual, “Los acuerdos, convenios u operaciones prohibidos por esta ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito”.

Competencia desleal

6.2. El tema específico de la competencia desleal fue desarrollado por medio de la Ley 256 de 1996 Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal, que es un texto con una estructura similar al de la Ley 155 de 1959, dispuesto en 33 artículos divididos en cuatro capítulos. El Capítulo I va de los artículos 1 al 6 y fue destinado a las “disposiciones generales”. En él se precisan los ámbitos de aplicación de la ley (el objetivo, determinado por el mercado y el subjetivo, por los comerciantes) y su objeto, de la siguiente manera:

“Artículo 1. Objeto. Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994.”

La segunda parte de la ley fue destinada a los actos de competencia desleal y va de los artículos 7 al 19. De análoga forma a como lo hiciera la Ley 155 de 1959, se establece allí una prohibición general y una serie de prohibiciones especiales. La prohibición general fue consignada en el artículo 7 y de acuerdo con esta, “Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”. En sentido concurrente fueron establecidas como prohibiciones especiales: los actos de desviación de la clientela, de desorganización, de confusión, de engaño, de descrédito, de comparación, de imitación, de explotación de la reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a la ruptura

contractual, la violación de normas y la constitución de pactos desleales de exclusividad. La tercera parte de la ley comprende los artículos 20 a 23 y allí se establecen dos tipos de acciones derivadas de la competencia desleal: la acción declarativa y de condena, y la acción preventiva o de prohibición. La cuarta parte fijaba las reglas de procedimiento sobre investigación y sanción de las infracciones por competencia desleal, comprendía los artículos 24 a 30, los que fueron derogados por los artículos 626 y 627 de la Ley 1564 de 2012 que contiene el Código General del Proceso.

Protección de la libre competencia

6.3. Si la norma anterior se ocupaba de la competencia desleal, la Ley 1340 de 2009 fue destinada a la protección de la libre competencia, debiendo destacarse los artículos 1, 4 y 6. El artículo 1 de la ley determina su objeto y reconoce explícitamente el carácter dinámico del mercado:

"Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional." (Resaltado fuera de texto)

"Artículo 4. Normatividad aplicable. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico." (Resaltado fuera de

texto)

Finalmente el artículo 6 establece la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio, para investigar y sancionar las conductas violatorias de la libertad de competencia:

“Artículo 6. Autoridad nacional de protección de la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.” (Subrayado dentro del texto)

La Ley 1340 de 2009 está conformada por 34 artículos distribuidos en seis títulos, el primero de los cuales va del artículo 1 al 8 y contiene las disposiciones generales, entre las que destacan las ya referida normas sobre el objeto de la ley, la enunciación de las normas que conforman el régimen general de protección de la competencia económica, y el establecimiento de la competencia privativa de la SIC para investigar y sancionar las infracciones a ese régimen.

El Titulo II, que comprende los artículos 9 a 13, contiene el régimen de las integraciones empresariales, enunciando las reglas que disponen el control de las mismas. El Título III se denomina prácticas restrictivas de la competencia, y se refiere a tres asuntos puntuales relacionados con las investigaciones a cargo de la SIC, como son el régimen de beneficios por colaboración, el carácter reservado de las investigaciones y el establecimiento de garantías para la terminación anticipada de las investigaciones.

El Título IV, que va de los artículos 17 a 24, prevé las reglas de procedimiento que rigen las actuaciones de la SIC, con normas relacionadas con la publicidad de las actuaciones, el régimen de medidas cautelares, la intervención de terceros, los actos de trámite, la irregularidades del proceso, la contribución de seguimiento y los actos de notificación, que dan paso al Título V sobre régimen sancionatorio, que en el artículo 25 señala el monto de las multas que puede imponer la SIC a personas jurídicas, enunciando los criterios para su fijación, señalando en el artículo 27, que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC es de cinco años.

El texto finaliza con el Título VI, que contiene las disposiciones finales, entre ellas el artículo 30, que concedió facultades extraordinarias al Gobierno, "para que dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta ley, adecue la estructura administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio a las nuevas responsabilidades como autoridad única de competencia"

La Superintendencia de Industria y Comercio. Funciones y competencias sobre prácticas comerciales restrictivas, competencia desleal y protección de la libre competencia

6.4. El Decreto 2153 de 1992 Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, fue dictado con base en las facultades otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, y es norma determinante alrededor de las atribuciones de la SIC.

Se trata de un texto dispuesto en 59 artículos divididos en seis capítulos, algunas de cuyas normas fueron modificadas por la Ley 1340 de 2009, siendo otras derogadas por el Decreto 3523 de 2009. El Capítulo I comprende los artículos 1 y 2, presentando la naturaleza y funciones de la SIC, que luego da paso al Capítulo II, que desarrolló la estructura de la entidad entre los artículos 3 y 23. El Capítulo III se ocupó de los órganos de asesoría y

coordinación en los artículos 24 a 27, para luego entre los artículos 28 a 43 del Capítulo IV, contener las disposiciones laborales y transitorias. El Capítulo V es determinante. Va de los artículos 44 a 52 y es propiamente la parte especial del estatuto, pues define y tipifica conductas que atentan contra la libre competencia. El texto finalizaba con el Capítulo VI, sobre disposiciones varias, que comprende los artículos 53 a 59.

La Superintendencia de Industria y Comercio es definida en el artículo 1 como "un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal", al que el artículo 2 le asignó 23 funciones, las tres primeras de ellas relacionadas con la protección de la competencia, que la facultaban para Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención (Modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009); imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia; y sancionar a las empresas oficiales o privadas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, cuando se atente contra los principios de libre competencia a solicitud de una de las Comisiones de Regulación de tales servicios, o cuando se incumplan las normas vigentes en materia tarifaria, facturación, medición, comercialización relaciones con el usuario.

El artículo 3 determinaba la estructura de la SIC, previendo la existencia de tres Superintendencias Delegadas, las de Promoción de la Competencia, Propiedad Industrial y Protección del Consumidor. El artículo 4 le asignaba 28 funciones directas Superintendente, entre las que destacan la 10, que le permite Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959; la 11, modificada por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, que le permite al Superintendente ordenar medidas cautelares, como la de suspensión de conductas; la función 12, que lo faculta para decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones al régimen de la libertad de competencia; y las funciones contenidas en los numerales 15 y 16, modificadas por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, que le

permiten la imposición de multas a los infractores del régimen general de protección, así como a quienes hayan facilitado, autorizado o tolerado las conductas.

El Capítulo V sobre Disposiciones complementarias es determinante y no fue modificado por el Decreto 3523 de 2009, que es norma posterior. Está conformado por diez artículos. El artículo 44 determina el ámbito funcional señalando, que "La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante", para luego en el artículo 45 definir los conceptos de Acuerdo, Acto, Conducta, Control, Posición Dominante y Producto, en relación con promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias. Adicionalmente los artículos 47, 48 y 50 hacen una enumeración de los actos que constituyen acuerdos contrarios a la libre competencia, los actos contrarios a la libre competencia y los abusos de posición dominante.

6.5. Durante el año 2009 se expidieron las Leyes 1335, 1340, 1341 y 1369, que le asignaron nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio. La Ley 1335 de 2009 atribuyó a la SIC la vigilancia y control en el mercado nacional, de las disposiciones relacionadas con el tabaco y sus derivados; la Ley 1340 de 2009, como fue ya mencionado, dispuso en el artículo 6, que la SIC sería la autoridad nacional de protección de la competencia, asumiendo algunas funciones anteriormente asignadas a otras superintendencias; la Ley 1341 de 2009 le asignó la competencia en materia de protección de usuarios de servicios de telecomunicaciones; y la Ley 1369 de 2009 facultó a la entidad para hacer cumplir la normas sobre libre competencia, competencia desleal y protección al consumidor en el mercado de los servicios postales.

Dentro de la misma dinámica fue expedido el Decreto 3523 de 2009, por medio del cual fue

creada una Delegada Especial, encargada de asumir los asuntos jurisdiccionales y el Decreto 3524 de 2009, por medio del cual se modificó la planta de personal de la Superintendencia. El Decreto 3523 de 2009 fue modificado parcialmente por el Decreto 1687 de 2010 y este a su vez, por el Decreto 4886 de 2011.

6.6. El Decreto 4886 de 2011 Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones, ajusta la estructura de la SIC y complementa las funciones de la entidad y de sus dependencias, manteniendo las competencias relacionadas con la protección del derecho a la libertad de competencia. En el artículo 1 enumera 67 funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, estableciendo en el último numeral, que también lo serán, "Las demás funciones que le señalen las normas vigentes". El artículo 2 contiene la estructura de la entidad y prevé la existencia de seis Superintendencias Delegadas: para la Protección de la Competencia, la protección del Consumidor, el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, la Protección de Datos Personales, la Propiedad Industrial y para Asuntos Jurisdiccionales.

Determinado el sistema de protección de la competencia y las funciones del órgano encargado de investigar y sancionar las infracciones del mismo, se procede al análisis de los cargos formulados por el accionante.

7. El debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con el auto de julio 1 de 2016, se dispuso admitir la demanda de inconstitucionalidad en contra de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas,

procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por la eventual violación del artículo 29 de la Constitución Política.

Dentro de esta comprensión y de conformidad con los términos del auto admisorio, la disputa sobre la constitucionalidad del segmento demandado gira alrededor de la integridad del derecho al debido proceso, eventualmente amenazada por la existencia de un enunciado, que según señala el accionante, es indeterminado y puede dar lugar a la arbitrariedad o abusos por parte de la administración y más precisamente, por la Superintendencia de Industria y Comercio, como entidad encargada de velar por la integridad del derecho a la libre competencia.

7.1. El derecho al debido proceso

El debido proceso es el más importante de los derechos de defensa e involucra una serie de derechos, garantías y protecciones, adoptadas tanto por los sistemas internos, como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional, "El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del estado no resulte arbitraria".

En el caso colombiano el derecho al debido proceso fue dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, que enumera diversas garantías que no agotan el contenido de ese derecho, relacionadas con el recurso judicial efectivo establecido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dentro de esta perspectiva ha dicho la Corte Constitucional, que "el derecho fundamental al debido proceso, comprendido como un complejo de garantías a favor de las partes, guarda unidad de sentido con la concepción que del derecho a un recurso judicial efectivo ofrece el derecho internacional de los derechos humanos".

El inciso primero del artículo 29, puntualmente dispone que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, lo que es todo un avance, en el sentido que durante dos siglos, la comprensión del debido proceso estuvo circunscrita únicamente a las actuaciones judiciales, quedando las personas sin fórmula de protección frente a las actuaciones de la administración. En sentido concurrente se tiene hoy un espacio amplio para el despliegue de este derecho, que involucra en principio dos grandes escenarios: el debido proceso frente a las actuaciones y procedimientos administrativos y el debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio, que es justamente el que concita la atención de la Sala en el presente caso.

7.2. El debido proceso en el procedimiento administrativo y en el derecho administrativo sancionatorio

En el plano de las actuaciones y procedimientos administrativos, la Corte ha considerado que el debido proceso tiene como caracteres básicos siguientes: se trata de un derecho de rango constitucional; involucra las características propias del debido proceso general; existe y es operativo no sólo para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación; responde por la integridad de las garantías procesales y por la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad); tiene entre sus componentes fundamentales los principios de publicidad y celeridad de la función administrativa; y determina que las actuaciones administrativas se rijan por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la concurrencia de procedimientos administrativos especiales. La norma específica es el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

“Artículo 3. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primea de este Código y en las leyes especiales. (…)

1. En virtud del principio de debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.”

En el plano del derecho administrativo sancionatorio las reglas y los estándares de aplicación se encuentran bastante consolidados. Prueba de ello es la coincidencia de los distintos intervinientes dentro de este proceso, respecto de unos mismos precedentes y unas mismas reglas, alrededor de las cuales no existe mayor discusión.

Respecto de los principios de legalidad y tipicidad, la tesis históricamente sostenida por la Corte Constitucional señala que tales principios tienen distinta entidad y rigor en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionatorio.

Esta es una tesis reiterada y consolidada por la Corte Constitucional. Así, en la Sentencia C-860 de 2006, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificados por el artículo

45 de la Ley 795 de 2003, la Corte sostuvo que:

“Debido a las finalidades propias que persigue, y a su relación con los poderes de gestión de la Administración, la jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal. En esa medida el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica.” (Resaltado fuera de texto)

Esta tesis fue reiterada en la Sentencia C-242 de 2010, cuando la Corte al resolver la demanda de inconstitucionalidad que fuera interpuesta en contra del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 Por la cual se expide el Código Disciplinario Único, reiteró el carácter flexible del principio de legalidad y del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio, frente a las prescripciones del derecho penal, fijando además los criterios de evaluación que deben ser satisfechos para uno y otro principio dentro del derecho administrativo sancionatorio. Así, respecto del carácter flexible del principio de legalidad dijo:

Y respecto del carácter flexible del principio de tipicidad como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, agregó:

"En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción". De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"."

A lo largo del 2016 la Corte Constitucional ha reiterado estas reglas y estos criterios. Así, en la Sentencia C-491 de 2016, al resolver un caso relacionado con la constitucionalidad de las medidas administrativas de protección radicadas en cabeza del Ministerio de Educación por la Ley 1740 de 2014, que modificó parcialmente la Ley 30 de 1992 sobre educación superior, la Corte volvió a afirmar la tesis del carácter flexible de los principios de legalidad y tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio, así como los criterios de evaluación anteriormente reseñados, que condujeron a declarar la exequibilidad de la norma demandada, que era el artículo 3 de la Ley 1740 de 2014.

Dentro de sus razonamientos, la Corte refirió la existencia de normas en blanco, caracterizadas como preceptos que contienen descripciones incompletas de las conductas censuradas o perseguidas, sostenido que tales normas se ajustan al principio de tipicidad y son constitucionalmente admisibles, cuando pueden ser completados y precisados, con lo cual se satisface el proceso de adecuación típica de la infracción. Más precisamente y para el caso concreto concluyó la Sentencia C-491 de 2016 que:

“De acuerdo con lo anterior, aun cuando la tipicidad integra el concepto del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, no se le exige una rigurosidad equiparable a la connatural en materia punitiva. Así, pese a que algunas conductas reprochables a los administrados no sean precisas, debe tenerse en cuenta la naturaleza de las normas, el tipo de conducta que se recrimina, el bien jurídico protegido, el objeto de la sanción y, no menos importante, la posibilidad de que normas complementarias o criterios razonables constituyan o establecer el alcance de las mismas” (resaltado fura de texto)

Fijada en su reiteración la tesis de la flexibilidad de los principios de tipicidad y legalidad en el derecho administrativo sancionatorio, identificados los criterios de evaluación para cada uno de ellos y determinada la manera como los eventuales déficit de los tipos pueden ser integrados y completados, se procede al examen de los cargos, que como se dijo, están enfocados en la eventual violación del debido proceso, en el escenario del derecho administrativo sancionatorio.

8. Análisis del cargo de violación del debido proceso por la prohibición general de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia

En el presente caso el demandante y algunos de los intervinientes han señalado que las expresiones demandadas que forman parte del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, son violatorias del debido proceso administrativo, en la medida en que dicho enunciado está conformado por expresiones vagas e indeterminadas, que impiden conformar un enunciado concreto acerca de lo que esté permitido o prohibido alrededor de la protección del derecho a la libre competencia económica y las funciones de vigilancia, control, investigación y sanción a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto de la integridad de ese derecho.

Precisaron que la existencia del enunciado viola los principios de tipicidad y legalidad, y por esa vía, del debido proceso. Más aún, los impugnantes dijeron que cada una de las expresiones "prácticas", "procedimientos" y "sistemas" padecían de vaguedad e indeterminación, y que ni siquiera "el sentido natural y obvio" de que habla el artículo 26 del Código Civil resultaba adecuado para fijar su contenido.

Para el análisis de los cargos la Corte examinará en primer lugar los parámetros de control de constitucionalidad cuando la demanda recae sobre expresiones lingüísticas, para luego, en segundo término, evaluar la constitucionalidad del sintagma acusado desde los criterios fijados por la Corte Constitucional.

8.1. El control constitucional de expresiones lingüísticas y la constitucionalidad de las expresiones demandadas

El demandante y los intervinientes que solicitaron la inexequibilidad del sintagma demandado, insistieron en señalar que las expresiones demandadas en su conjunto y en cada uno de sus componentes individuales, son inconstitucionales. Así en el texto de corrección de la demanda señaló el Señor Cortázar Mora que "la citada disposición realmente no precisa los comportamientos comisivos u omisivos que se encuentran proscritos", y que "la misma no define qué se entiende por práctica, por procedimiento o por sistema".

Igual señalamiento hizo el interviniente Tobar Ordóñez, quien sobre el punto dijo, que "respecto de los conceptos prácticas, procedimientos o sistemas es necesario manifestar que se trata de conceptos excesivamente amplios y ambiguos que no proporcionan ningún tipo de seguridad jurídica".

Estos cuestionamientos remiten a la Sala al asunto de señalar cuáles son los parámetros de control judicial, cuando los accionantes o los intervinientes cuestionan la constitucionalidad de enunciados completos, o como en este caso, la de expresiones concretas contenidas en un enunciado normativo.

Este punto fue considerado recientemente en la Sentencia C-458 de 2015, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad propuesta en contra de enunciados y de expresiones individuales vertidas en leyes, relacionada con personas en condición de discapacidad. La Corte señaló que alrededor del escrutinio judicial de las expresiones existen dos posturas, ambas vigentes:

i. La primera postura señala que el escrutinio judicial versa únicamente sobre el contenido normativo de los enunciados legales, más no sobre la terminología en la que se expresan las prescripciones jurídicas, porque en principio esta dimensión lingüística del derecho carece en si misma de relevancia normativa.

ii. La segunda postura señala que en algunas oportunidades el juicio de constitucionalidad se ha extendido a la terminología legal como tal, sobre la base de que el léxico jurídico no solo tiene una función instrumental, como mecanismo para la regulación de la conducta humana, sino que tiene una función simbólica, pues los discursos jurídicos representan, reproducen, crean, definen y perpetúan.

De conformidad con la primera de esas posiciones, el examen de constitucionalidad de las expresiones “y en general, toda clase de prácticas, procedimientos y sistemas (…)” recae sobre una prohibición general cuya finalidad es la de proteger el derecho constitucional de la libre competencia, que le permite a la Superintendencia de Industria y Comercio, cumplir las funciones de vigilancia, control, investigación y sanción de las conductas que atenten contra el ejercicio de ese derecho. En este sentido y con independencia de la dimensión lingüística

de cada una de las expresiones utilizadas, el juicio de constitucionalidad está relacionado con la fijación de una prohibición general dispuesta por el legislador, respecto de la cual tiene amplio margen de configuración normativa, pues como la ha sostenido insistentemente la jurisprudencia constitucional, el Congreso está ampliamente facultado para establecer el régimen de las conductas prohibidas, para fijar los procedimientos judiciales y administrativos, y para determinar las sanciones por infracción de las conductas prohibidas.

Dentro de esta comprensión, la posibilidad del escrutinio judicial es clara, y de hecho han sido fijados los parámetros del control constitucional de los enunciados que eventualmente vulneren los principios de legalidad y tipicidad, como ya fue explicado.

Respecto del segundo punto, la Corte ha dicho que como quiera que el lenguaje no solo tiene función connotativa, sino también denotativa, entonces el control judicial debe referirse más que el contenido de las expresiones concretas, al uso que de ellas se hace, dada la posibilidad de los mensajes paralelos. Así dijo la Corte, que "los cuestionamientos de los accionantes sí pueden ser valorados en el control abstracto, y la función de los tribunales constitucionales consiste en identificar los enunciados implícitos que se transmiten a través de los signos lingüísticos con altas cargas emotiva e ideológicas, y verificar si su emisión configura una violación de la Constitución Política".

En este caso procede únicamente el primer tipo de control, pues no se está frente a usos de expresiones que trasmitan cargas emotivas o ideológicas, sino que el asunto se refiere al contenido semántico y deóntico de las expresiones demandadas.

Sin embargo es necesario registrar desde ya, que no es cierto que las expresiones contenidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 individualmente consideradas no tengan una definición, o no puedan ser definidas desde la integración con otras normas que pertenecen al régimen general de protección de la competencia que prevé el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, como lo evidencia el caso de la expresión "'prácticas' que limiten la

competencia", la que no es ambigua ni indeterminada, como lo afirman el demandante y algunos intervinientes, sino que tiene definición normativa, como se desprende de la integración del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, expresamente destinado a las "Definiciones" de términos relacionados con la protección del derecho a la libertad de competencia, que establece a las prácticas, como una de las modalidades de los "acuerdos" contrarios al ejercicio de ese derecho.

En idéntico sentido resulta concurrente la integración con el artículo 46 del mismo decreto, modificado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que expresamente señala que "Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales", siendo definidos los "acuerdos" y los "actos", por los numerales 1 y 2 del Decreto 2153 de 1992.

De lo dicho en esta sección se imponen tres conclusiones: (i) que en este caso procede el escrutinio judicial de las expresiones demandadas, teniendo como objeto el contenido del enunciado completo y no el de sus expresiones aisladas; (ii) que no procede el control sobre los usos específicos de las expresiones lingüísticas concernidas, porque el problema jurídico no está relacionado con los usos que contienen cargas emotivas o ideológicas derivables de la enunciación; y (iii) que no es correcta la apreciación del demandante y de algunos de los intervinientes, de acuerdo con la cual, las expresiones lingüísticas demandadas sean ellas mismas indeterminadas o ambiguas, como se evidenció por ahora, respecto de la expresión "'prácticas' que limiten la competencia", que tiene definición normativa.

8.2. El control constitucional sobre la prohibición general de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia

La regla vigente de la Corte Constitucional respecto del carácter flexible del principio de

tipicidad, como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, señala que se satisfacen los requerimientos normativos de dicho principio "cuando concurren tres elementos: (i) "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción". De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"."

8.2.1. Como punto de partida es necesario referir nuevamente, que la Corte Constitucional ha dicho y reiterado, que el legislador tiene un amplio margen de configuración para determinar las prohibiciones de carácter penal y administrativo; que igualmente ostenta márgenes amplios de acción al momento de fijar los procedimientos, tramites y actuaciones penales y administrativas, así como para establecer el régimen de las sanciones penales y administrativas, dentro de los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad.

Adicionalmente y en lo relacionado con el cumplimiento del debido proceso administrativo, en el escenario del derecho administrativo sancionatorio, también ha reiterado la Corte, que la consideración de los principios de legalidad y tipicidad cuenta con una mayor flexibilidad respecto de la que acontece en el derecho penal, hasta el punto que la conducta prohibida "esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas", tal y como fue ya mencionado.

8.2.2. En este caso concreto y como bien lo señaló la intervención de la Universidad de La Sabana, la Corte examina la demanda propuesta en contra de una de las prohibiciones contenidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, relacionada con las prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia. Dicho artículo contiene tres prohibiciones de carácter

general, que censuran tres cosas: los acuerdos que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos o mercancías; toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos. El demandante cuestionó la constitucionalidad de la segunda de las prohibiciones, señalando que se está frente a un enunciado ambiguo e indeterminado, que no satisface los principios de legalidad y tipicidad y que por lo mismo, es violatorio del debido proceso.

8.2.3. Lo primero que hay que señalar es que la prohibición demandada contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no es una prohibición aislada, sino que forma parte del "régimen general de protección de la competencia", establecido por el legislador en el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, norma que además determina los componentes de ese régimen, al señalar que está constituido por "La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y la demás disposiciones que las modifiquen o adicionen". Dicho régimen tiene como finalidad general la protección del derecho a la libre competencia, referenciando la necesidad de su actualización "a las condiciones actuales de los mercados", conforme al objeto establecido en el artículo 1 de esa ley.

En el plano normativo dicho régimen está conformado básicamente por la Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas, cuya vigencia ha sido reiterada por normas posteriores, especialmente por la Ley 1340 de 2009; por el Decreto 2153 de 1992, que es un decreto con fuerza de ley, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, que reestructuró en su momento la Superintendencia de Industria y Comercio, especialmente lo allí dispuesto por los artículos 44 a 54, aún vigentes, conforme lo dispuso el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009; por la Ley 1340 de 2009, sobre protección de la libre competencia, especialmente el artículo 1 que determina su objeto, el artículo 4, que instala el régimen general de protección de la competencia y el artículo 6, que establece que la SIC "conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones

administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia"; y por los decretos que sucesivamente modifican la estructura de la entidad, los que en general introducen nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Superintendente y a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia, precisando algunos aspectos sustantivos y de procedimiento, entre los que cabe destacar el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011.

En este punto debe ser referenciada la vigencia de los artículos 42 a 52 del Decreto 2153 de 1992, así dispuesta por el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009, en los que se establece el ámbito funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio (artículo 44); la definición normativa de las siguientes expresiones: acuerdo, acto, conducta, control, posición dominante y producto (artículo 45); la enumeración no taxativa de las conductas que atentan contra libre competencia en los mercados (artículo 47); la enumeración de los actos contrarios a la libre competencia (artículo 48); las excepciones que no son contrarias a la libre competencia (artículo 49); las conductas de abuso de la posición dominante (artículo 50), la integración de empresas (artículo 51); y enunciados generales sobre el procedimiento a seguir en las investigaciones adelantadas por la SIC (artículo 52 a 44).

En los términos del artículo 47 de ese estatuto, se prohíben los siguientes acuerdos: Los que tengan por objeto o produzcan la fijación directa o indirecta de precios; los que tengan por objeto o produzcan condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros; los que tengan por objeto o produzcan la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores; los que tengan por objeto o produzcan la asignación de cuotas de producción o de suministro; los que tengan por objeto o produzcan la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos; los que tengan por objeto o produzcan la limitación a los desarrollos técnicos; los que tengan por objeto o conduzcan a subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituían el objeto del negocio; los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción;

los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas; y los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

En lo que se refiere a los actos prohibidos, el artículo 48 del mencionado Decreto establece tres: Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor; influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios; y negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

8.2.5. El "régimen general de protección de la competencia", tiene como todos los de su especie, tres escenarios fundamentales de despliegue, como son: el de la determinación de las conductas que se prohíben o censuran; el de los procedimientos aplicables cuando haya lugar a investigaciones; y el de las sanciones que daban ser impuestas en caso de haberse probado las infracciones.

El procedimiento aplicable y el régimen de las sanciones imponible en los casos de investigaciones adelantadas por la eventual afectación del derecho a la libre competencia, no ofrecen problemas en este caso, en primer lugar, porque tales asuntos no forman parte de la demanda de inconstitucionalidad, y en segundo término, porque ambos asuntos ofrecen claridad.

La reglas de procedimiento para las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el régimen de protección de la competencia, se encuentra reglado en el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 019 de 2012, contando con las cláusulas de integración de la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Se trata de un procedimiento administrativo, conforme fue precisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-537 de 2010:

"2.2.2.7 En conclusión, en un análisis sistemático de la Ley 1340 de 2009 y en particular del Título IV, en donde se encuentra inserto el artículo objeto de esta demanda, se verifica que el ámbito de aplicación de la Ley se extiende no solo a aquellas prácticas relacionadas con la libre competencia, es decir con la prohibición de prácticas restrictivas e integraciones empresariales lesivas a la libre concurrencia, sino también, por vía del artículo 6º, a la regulación de la vigilancia administrativa de la competencia desleal. Por otra parte, la Corte concluye que no se observa ninguna norma que establezca competencias jurisdiccionales a la SIC en el ámbito de la Ley. Por ende, no se evidencia que se esté violando el principio de separación de poderes, que aducen los actores, porque los actos que emite la entidad en su labor de vigilancia, control y protección de la libre y leal competencia son meramente administrativos. Tampoco se vulneraría con este precepto, que la Corte Suprema de Justicia sea el máximo tribunal de la Justicia Ordinaria, ya que la doctrina probable del artículo 24 se aplicaría solamente a las actuaciones administrativas contempladas en la Ley 1340."

El régimen de las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio fue dispuesto inicialmente en el Decreto ley 2153 de 1992, siendo modificado por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, que establece los montos de las multas que puede imponer la SIC a personas jurídicas y a personas naturales, precisando los criterios que deben ser tenidos en cuenta para la determinación de la multa en uno y otro caso.

8.2.6. El tercer escenario de evaluación del régimen de libre competencia está relacionado con una de las prohibiciones generales establecidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que en opinión del demandante es indeterminada y adolece de ambigüedad, lo que conduce a la violación de los principios de legalidad y tipicidad y con ello, a la violación del debido proceso administrativo.

Como argumentos refirió el demandante el contenido de los mencionados principios; una clasificación de lo que llamó “tipos indeterminables, inconcretos, imprecisos o difusos”; citó algunos autores de derecho penal, derecho administrativo y derecho económico y adicionalmente señaló, que “Reiterativamente la Corte Constitucional ha declarado la inexequibilidad de este tipo de normas”, ofreciendo “una pequeña pero significativa muestra de algunas de las decisiones más sobresalientes de este tribunal en tal sentido”. Los intervinientes que coadyuvaron la solicitud de inexequibilidad, también han censurado la indeterminación y la ambigüedad de la prohibición dispuesta por el legislador.

8.2.7. Inicialmente se debe señalar: (i) que el demandante y los intervinientes que apoyan su pretensión, confunden los fenómenos diversos de la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje, y (ii) que la indeterminación no es una característica del lenguaje prescriptivo o del lenguaje jurídico, sino que se trata de una característica común a todo tipo de lenguaje, con excepción tal vez del lenguaje de la matemática, la que afecta todos los enunciados lingüísticos. En este sentido, el lenguaje jurídico simplemente comparte una característica común a toda clase de lenguajes.

En segundo término es necesario precisar, que la expresión “indeterminación” del lenguaje tampoco es unívoca, en la medida en que ofrece variedades. De este modo se habla de indeterminación semántica, indeterminación sintáctica, indeterminación pragmática e indeterminación valorativa, entre otras, teniendo la primera de ellas dos variedades, como son los fenómenos de la vaguedad y la ambigüedad de las expresiones.

8.2.8. La ambigüedad semántica ocurre en los casos en que una palabra que integra una oración tiene más de un significado. Señala Aarnio que cuando hay ambigüedad, se conocen las posibles alternativas que caben dentro de la expresión, pero no es posible identificar la que resulta adecuada.

La vaguedad semántica se refiere a los términos o expresiones que tienen un significado impreciso, de modo tal que el enunciado parece confuso por la falta de significado de algunas de las palabras que lo constituyen.

Aarnio caracteriza bien el asunto al señalar que "los lenguajes ordinarios y el lenguaje jurídico, en tanto parte de ellos, tienen algún grado de suprageneralidad, es decir, de vaguedad e inexactitud". Sin embargo advierte (justamente en contravía de la pretensión del demandante y de algunos de los intervinientes), que "el carácter semántico de los términos lingüísticos no es el origen adecuado ni el más profundo de las cuestiones de interpretación. En algunos casos, expresiones extremadamente generales pueden tener un contexto de significado inequívoco en virtud de las circunstancias contextuales", agregando que la interpretación siempre está conectada con el contexto normativo, es decir, con el ordenamiento jurídico concebido como un sistema de normas, y con los valores sociales y culturales de su escenario de contexto.

8.2.9. En el presente caso la Sala considera que la prohibición general que se demandó no es violatoria del principio de tipicidad, en tanto que no es indeterminada y ambigua, como lo afirmaron el demandante y algunos de los intervinientes (todo indica que lo que querían decir es que es vaga), en virtud de tres razones:

En primer lugar porque no se trata de una prohibición contenida en un sintagma aislado, sino de una prohibición general, que forma parte del "régimen general de la competencia", creado por el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, que es un subsistema particular, contenido dentro del sistema jurídico colombiano, conformado por la Ley 155 de 1959, el Decreto ley 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011, como normas básicas. Dentro de esta comprensión, la interpretación de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas

tendientes a limitar la libre competencia", debe ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece, como lo dispone el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 y como lo refiere apropiadamente Aarnio al señalar, que la interpretación de las expresiones eventualmente indeterminadas, debe ser hecha en conexión al sistema o subsistema al que pertenezcan.

En segundo lugar la Sala considera que el sintagma demandado es vago. Por el contrario, las expresiones que lo componen sí cuentan con contenidos que despejan las apariencias de indeterminación que el demandante cree ver. Sobre este punto debe reiterar, que la expresión "prácticas" tiene un significado y un contenido definido por las propias normas, para el caso, el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, expresamente destinado a las "Definiciones" de términos relacionados con la protección del derecho a la libertad de competencia, que establece a las "prácticas" como una de las modalidades de los "acuerdos" contrarios al ejercicio de ese derecho, y el artículo 46 del mismo decreto, modificado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que expresamente señala que "Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales", siendo definidos los "acuerdos" y los "actos", por los numerales 1 y 2 del Decreto 2153 de 1992.

Respecto de las expresiones "procedimientos" y "sistemas" tendientes a limitar libre competencia, en su interpretación no debe apelarse al ingenuo expediente de acudir al diccionario de la Real Academia de la Lengua, como de continuo se hace, sino que se debe atender al uso que de esas expresiones hacen los sujetos concernidos alrededor del derecho a la libertad de competencia, entre otros, el legislador y sus normas; los productores, las empresas y los comerciantes que concurren al mercado, quienes indudablemente diseñan y ejecutan actos, acuerdos, prácticas, procedimientos y sistemas de acción; los consumidores; los jueces, especialmente los de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Corte Constitucional y los Tribunales de Arbitramento, cuando hay lugar a ellos; y la Superintendencia de Industria y Comercio, como máxima autoridad del sector y de la

materia, la que además, por expreso mandato del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 "deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia", acuñando de esta manera el concepto de doctrina probable sobre protección de la competencia, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-537 de 2010.

Finalmente y en tercer lugar afirma la Sala, que el segmento demandado no es violatorio del principio de tipicidad, en tanto que satisface el parámetro de control establecido por este Tribunal, que exige "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas", lo que aquí se satisface desde el subsistema normativo articulado alrededor de la institución del "Régimen general de la competencia" y las normas que lo integran, bajo la precisión de acurdo con la cual "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"."

8.2.10. La Sala hace una anotación final en la consideración integral del derecho al debido proceso, que el demandante y algunos intervinientes suponen vulnerado por la prohibición general contenida en el enunciado impugnado, la que, según ellos, le permite a la Superintendencia de Industria y Comercio, actuar con márgenes de discrecionalidad, que propician la consumación de actos sancionatorios arbitrarios, que incluso cohíben la concurrencia al mercado a ejercer el derecho a la libre competencia.

Aquí es necesario referir que las personas eventualmente afectadas por la autoridad de policía administrativa en los casos concretos, cuentan con tres diferentes escenarios de control jurídico, que les garantizan la defensa del derecho al debido proceso: el de los recursos y mecanismos de defensa durante el trámite de la actuación administrativa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, constituido por las normas que integran el

“régimen general de la competencia”; el de los recursos y medios de control previstos para la actuación judicial ante los órganos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, regulados por la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que incluso prevé la posibilidad de decretar medidas cautelares; y el escenario de la jurisdicción constitucional, que establece la procedencia de la acción de tutela, cuandoquiera que el derecho fundamental al debido proceso en cualquiera de sus distintas modalidades (incluyendo la violación eventual de los principios de legalidad y tipicidad), haya sido vulnerado por la Superintendencia de Industria y Comercio o por los jueces y tribunales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Dentro de esta comprensión, si los supuestamente afectados consideran que se ha incurrido en un acto arbitrario al amparo de la prohibición general contenida en la Ley 155 de 1959, cuentan con mecanismos y escenarios de protección del debido proceso administrativo, tanto en la fase de actuación a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, como en la posterior del eventual reclamo judicial.

9. Síntesis del fallo

9.1. La Corte ha examinado la demanda de inconstitucionalidad propuesta en contra de una de las prohibiciones dispuestas por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de acuerdo con la cual, se prohíbe “en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”, la que fue demandada por una ciudadano, quien consideró que es violatoria de los principios de legalidad y tipicidad, que forman parte del derecho fundamental al debido proceso.

9.2 Inicialmente la Corte examinó el cargo de uno de los intervienes, quien le solicitó a la Corte que se declarara inhibida, por considerar que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 había sido derogado por la Ley 1340 de 2009. Para resolver la Corte examinó la tres modalidades de derogación reconocidas, concluyendo que la norma demandada no había sido derogada,

(i) porque el artículo 34 de la Ley 1340 de 2009 no derogó expresamente el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; (ii) porque los enunciados contenidos en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en la Ley 1340 de 2009 son concurrentes alrededor del mismo objeto, de la protección del derecho a la libertad económica, cada uno en distintos niveles; (iii) porque la expedición de la Ley 1340 de 2009, lo que propicia es la coexistencia de dos niveles de prohibiciones alrededor de la libertad de competencia, el general de la Ley 155 de 1959 y el especial de la segunda ley y de otras concurrentes; y finalmente (iv), porque no existe ninguna certeza acerca de la derogatoria tácita.

9.3. Procediendo al análisis de fondo, la Corte examinó el derecho a la libertad de competencia, señalando desde su jurisprudencia, que se trata de uno de los derechos que se despliega junto con la libertad de empresa. Así dijo que se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante. La Corte identificó sus contenidos, señalando que esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario, señalando igualmente desde la Sentencia C-228 de 2010, que "el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas."

9.4. Precisado lo anterior, la Corte se ocupó del régimen de protección del derecho a la libertad de competencia. De este modo examinó la Ley 155 de 1959 Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, que es la primera ley integral sobre la materia; la Ley 256 de 1996 Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal; La Ley 1340 de 2009 Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, que en el artículo 4 estableció el concepto de "régimen general de protección de la competencia", identificando las normas que lo integran, disponiendo además en el artículo 6, la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio para la

investigación y sanción de las conductas que infrinjan el régimen de protección de la competencia. También fueron examinados el Decreto 2153 de 1992, que fijó la estructura de la SIC, referenciado el Capítulo V, que desarrolla los artículos 44 a 52, que enumeran las conductas violatorias de la libertad de competencia; Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011, que modificaron la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, precisando y ampliando la protección de ese derecho y las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, del Superintendente y de la Superintendencia Delegada para la Competencia.

9.5. Fijado el "régimen general de protección de la competencia", el fallo examinó el derecho al debido proceso alrededor de los principios de legalidad y tipicidad. Para el efecto la Corte diferenció entre el debido proceso judicial y el debido proceso administrativo, señalando que este presenta un mayor grado de flexibilidad en la tipificación de sus conductas, lo que también fue referido a la distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio.

En lo que tuvo que ver específicamente con los principios de legalidad y tipicidad, la Sala precisó desde su jurisprudencia, que se satisfacen tales principios "cuando concurren tres elementos: (i) "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción", destacando además, que "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"." Bajo este parámetro, la Corte entraría en la solución del caso concreto.

9.6. La Corte concluye que la prohibición demandada es exequible y que por lo mismo, no es violatoria del principio de tipicidad ni del debido proceso. Para el efecto afirma que no se

estaba frente a un enunciado indeterminado y ambiguo, sino frente a una prohibición general, que forma parte del "régimen general de la competencia", creado por el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, que es un subsistema particular, contenido dentro del sistema jurídico conformado por la Ley 155 de 1959, el Decreto ley 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011, como normas básicas. Dentro de esta comprensión, la interpretación de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", debe ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece, como lo dispone el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, con lo cual se satisface el parámetro de control establecido por la Corte Constitucional para esa clase de enunciados.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato expreso de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", contenidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como fue reformado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento del voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES IGNACIO ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e)

Con aclaración del voto

Magistrado

Con aclaración del voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO

DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA C-032/17

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD-Alcance

Los principios de legalidad y de tipicidad son una garantía establecida en favor de los ciudadanos, y que tienen un mismo contenido en los escenarios del derecho sancionatorio, independientemente de que se trate del derecho penal o del derecho administrativo sancionatorio. Dentro de esta comprensión, la legalidad y la tipicidad de las infracciones no son un asunto de grado, sino que corresponden al contenido de la garantía. Esta postura ya fue expuesta por este Despacho en la Aclaración del voto a la Sentencia C-699 de 2015, en la que se señaló, que no pueden existir dos cánones de legalidad, uno flexible y otro riguroso, según la materia que se trate. De este modo, la máxima del Estado de Derecho en materia sancionatoria no puede ser atenuada para unos asuntos y agravada para otros, pues ello desnaturalizaría los postulados constitucionales que protegen al ciudadano de la voluntad de quienes gobiernan. La legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental, conforme al cual todo ejercicio del poder público y de la función pública dentro de este, está sometido a la ley vigente y no a la voluntad de las personas. Así, no puede existir una legalidad rígida y otra flexible, según el baremo del intérprete y la materia de que se trate (penal, administrativa, civil, tributaria, etc.), pues sería tanto como determinar que el Estado de derecho tienen niveles, unos laxos y otros estrictos. De conformidad con el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, incluyendo en ambos escenarios la garantía de acuerdo con la cual, “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”.

Referencia: Expediente D-11430

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 155 de 1959 Por la cual se dictan disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas

Demandante: Javier Cortázar Mora

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, aclaro el voto consignado en la Sentencia C-032 de 2017 que declaró la exequibilidad de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", contenidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como fue reformado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963.

Comparto la declaratoria de exequibilidad de las referidas expresiones, en tanto no se está frente a un enunciado indeterminado y ambiguo, sino ante una prohibición, que forma parte del "régimen general de la competencia", creado por el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, que es un subsistema particular, contenido dentro del sistema jurídico conformado por la Ley 155 de 1959, el Decreto ley 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011, como normas básicas. Dentro de esta comprensión, la interpretación de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", debe ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece, como lo dispone el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, con lo cual se satisface el parámetro de control establecido por la Corte Constitucional para esa clase de enunciados.

No obstante quiero aclarar el voto en el sentido de reiterar mi desacuerdo con la afirmación según la cual, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, los principios de legalidad y tipicidad se aplican de modo menos riguroso que en materia penal. Dentro de esta perspectiva ha dicho la Corte Constitucional y reiteró en la Sentencia C-032 de 2017, cuyo voto aclaro, que

“En esa medida el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica.”

En sentido contrario reitero que los principios de legalidad y de tipicidad son una garantía establecida en favor de los ciudadanos, y que tienen un mismo contenido en los escenarios del derecho sancionatorio, independientemente de que se trate del derecho penal o del derecho administrativo sancionatorio. Dentro de esta comprensión, la legalidad y la tipicidad de las infracciones no son un asunto de grado, sino que corresponden al contenido de la garantía.

Esta postura ya fue expuesta por este Despacho en la Aclaración del voto a la Sentencia C-699 de 2015, en la que se señaló, que no pueden existir dos cánones de legalidad, uno flexible y otro riguroso, según la materia que se trate. De este modo, la máxima del Estado de Derecho en materia sancionatoria no puede ser atenuada para unos asuntos y agravada para otros, pues ello desnaturalizaría los postulados constitucionales que protegen al ciudadano de la voluntad de quienes gobiernan. La legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental, conforme al cual todo ejercicio del poder público y de la función pública dentro de este, está sometido a la ley vigente y no a la voluntad de las personas.

Así, no puede existir una legalidad rígida y otra flexible, según el baremo del intérprete y la materia de que se trate (penal, administrativa, civil, tributaria, etc.), pues sería tanto como determinar que el Estado de derecho tienen niveles, unos laxos y otros estrictos. De conformidad con el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, incluyendo en ambos escenarios la garantía de

acuerdo con la cual, “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”.

Dentro de esta comprensión, al derecho administrativo sancionatorio le corresponderán los mismos contenidos del principio de legalidad que tradicionalmente le han sido atribuidas únicamente al derecho penal, de modo que:

i. No puede considerarse como infracción el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley;

ii. No puede aplicarse sanción alguna que no esté determinada por la ley anterior e indicada en ella;

iii. El régimen de las sanciones sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; y

iv. Nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio o de un procedimiento legal con respeto de las formas propias de cada juicio o procedimiento.

Circunstancia igual que será predicable del principio de tipicidad, el que deberá operar con los mismos contenidos en el escenario del derecho penal y en el del derecho administrativo sancionatorio, entendiendo con la Corte, que “la tipicidad es un principio constitucional que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad” y que está constituido por los siguientes elementos, señalados en la misma sentencia:

i. La conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;

ii. Debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y

iii. Debe existir correspondencia entre la conducta y la sanción.

Por lo demás valga reiterar, que la Carta Política de 1991 no establece graduaciones en la cualidad o carácter de lo legal, tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo sancionatorio.

Fecha et supra,

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-032/17

NORMA SOBRE PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS-Interpretación sistemática hace posible superar las objeciones planteadas (Aclaración de voto)

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Obligación especial de motivación para demostrar que el comportamiento limita la libre competencia (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-11430

Demanda de inconstitucionalidad contra contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 155 de 1959 Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas

Demandante: Javier Cortázar Mora

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

En esta oportunidad le correspondía a la Corte definir si la expresión acusada respeta las exigencias mínimas de precisión requeridas cuando se prevén prohibiciones en materia de libre competencia. He aclarado el voto con el propósito de destacar dos ideas que deben guiar la comprensión de la decisión de la Corte y, en esa medida, orientar la interpretación y aplicación de la disposición acusada conforme a la cual se encuentra prohibidas las "prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia".

1. A pesar de la indeterminación prima facie de las expresiones acusadas, su interpretación sistemática a partir del régimen jurídico al que se integran, hace posible superar las objeciones planteadas por el demandante. En efecto, la interpretación de la prohibición puede llevarse a efecto, tal y como lo sugiere la sentencia, a partir de lo que dispone el Decreto Ley 2153 de 1992 que ha definido los actos y acuerdos (conductas) contrarios a la libre competencia. Igualmente el régimen de competencia desleal contenido en la Ley 256 de 1996 ofrece algunos criterios para determinar en qué casos una determinada actuación limita la libre competencia. Asimismo en su comprensión deberá tenerse en cuenta la Ley 1340 de 2009 en la que se establecen reglas sustantivas y procesales en materia de protección de la competencia.

Más allá de ello, la interpretación de la prohibición acusada puede llevarse a efecto a partir de los objetivos que subyacen al régimen de protección de la libre competencia. En efecto, de las disposiciones que conforman dicho régimen, se desprende que su propósito consiste en la creación de condiciones para un mercado competitivo, propiciando (i) la existencia de

información adecuada -por ejemplo exigiendo el cumplimiento de las normas de publicidad a fin de reducir las asimetrías de la información-; (ii) la participación de pluralidad de oferentes -por ejemplo, controlando las integraciones empresariales o impidiendo el abuso de la posición dominante cuando ella tenga por objeto la eliminación de los competidores-; y (iii) la vigencia de una honesta y sana pugna en materia de calidad, precio e innovación por parte de los oferentes de bienes y servicios -proscribiendo, por ejemplo, los acuerdos de precios o de distribución territorial de mercados-. A partir de esos elementos, que materializan el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 de la Constitución, la autoridad podría determinar -más allá de los supuestos más específicos previstos en la ley- aquellas prácticas, procedimientos o sistemas que limitan la libre competencia teniendo siempre como horizonte, según lo ha dicho la Corte en el pasado, que "la competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores".

2. En adición a lo anterior y dado que la expresión acusada es prima facie indeterminada, la Autoridad de la Competencia tiene a su cargo una obligación especial de motivación. Ello le impone el deber de satisfacer estándares argumentativos y probatorios particularmente exigentes, a efectos de demostrar que el comportamiento examinado limita, sin justificación alguna, la libre competencia a través del impacto directo en sus manifestaciones más importantes –información suficiente, pluralidad de oferentes y sana pugna a través de precio, calidad e innovación-. Una exigencia particular de motivación como la referida logra armonizar, de una parte, las dificultades que pueden existir para definir con absoluta precisión o determinación los comportamientos para esta área de regulación caracterizada por su dinamismo y, al mismo tiempo, la importancia de garantizar que los argumentos destinados a reprochar un comportamiento puedan ser comprendidos y, de ser el caso, cuestionados ante las autoridades respectivas.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

MAGISTRADO