

Sentencia C-537/10

DOCTRINA PROBABLE DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Solo se aplica para actuaciones relacionadas con la libre competencia y vigilancia administrativa de la competencia desleal

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación

LIBRE COMPETENCIA-Concepto

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Funciones administrativas y jurisdiccionales en materia de competencia desleal

DOCTRINA PROBABLE-Concepto

La doctrina probable pude ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la *perpetuo similiter judicatarum*. En Colombia, como se indica en la Sentencia C-836 de 2001, la figura tuvo origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887. Posteriormente en la Ley 105 de 1890 se especificó aun más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal. Finalmente en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia.

DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Emanación de fuerza normativa

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

DOCTRINA PROBABLE EN SEDE ADMINISTRATIVA CUANDO SE EJERCE VIGILANCIA, CONTROL Y PROTECCION DE LA LIBRE Y LEAL COMPETENCIA POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Alcance del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009

Con el apartado sobre doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, se establece la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la SIC en materia de protección a la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo que se desarrolla en consonancia con los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. En ese caso se debe aplicar la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada, pero especialmente de que la vinculación a ésta, no debe ser óbice para que teniendo en cuenta el caso concreto, la entidad administrativa se pueda apartar de dicha doctrina motivando con razones suficientes el acto para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas.

SUPERINTENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Facultades administrativas y jurisdiccionales

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Clase de actos que emite en su labor de vigilancia, control y protección de la libre y leal competencia

DOCTRINA PROBABLE Y LEGITIMA CONFIANZA EN MATERIA DE PROTECCION DE LA COMPETENCIA-Ambito de aplicación

En cuanto a las atribuciones en materia de competencia desleal, encuentra la Corporación que el ámbito de aplicación de la Ley 1340 se extiende no solo a aquellas prácticas relacionadas con la libre competencia propiamente dicha, es decir con la prohibición de prácticas restrictivas e integraciones empresariales lesivas a la libre concurrencia, sino también, por vía del artículo 6º de la misma Ley que se refiere a la regulación de la vigilancia administrativa de la competencia desleal (“Libre y leal competencia”). Igualmente verifica que en materia de protección al consumidor, la remisión del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 que establece que se entenderá contrario a la libre competencia la “infracción de las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de protección al Consumidor”, no da lugar a la interpretación de que todas las normas sobre protección al consumidor del Decreto 3466 de 1982, se entiendan como lesivas a la libre competencia, sino solamente aquellas referidas

a las normas sobre publicidad que afecten de manera significativa la libre concurrencia.

DOCTRINA PROBABLE DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO-No existe prohibición constitucional para establecer la figura a través de la Ley

La Corte estima que no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta por parte de la entidad supervisora en situaciones específicas, caso en el cual debe motivar el acto con razones suficientes para evitar la vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

Referencia: expediente D-7942

Demandada de inconstitucionalidad contra el artículo 24 (parcial) de la Ley 1340 de 2009.

Demandantes:

Camilo Pabón Almanza y Andrea Mora Ramírez

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio dos mil diez (2010)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos CAMILO PABÓN ALMANZA y ANDREA MORA RAMÍREZ, solicitan a la Corte Constitucional que declare la

inconstitucionalidad del artículo 24 (parcial) de la Ley 1340 de 2009 que establece lo siguiente:

“Doctrina Probable y Legítima Confianza: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”.

2. Los demandantes consideran que la parte subrayada del precepto va en contra del Preámbulo y los artículos 113, 116, 228, 230, 234 y 235 de la Constitución Política de Colombia.

3. La demanda fue inadmitida en una primera instancia por el despacho del Magistrado Ponente mediante Auto proferido el diecisiete (17) de noviembre de dos mil nueve (2009), por no cumplir con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, ya que en el texto de la demanda no se precisaban de manera concreta y detallada cuáles eran las razones por las cuales el aparte subrayado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, contrariaba cada uno de los postulados constitucionales invocados.

4. El día veintitrés (23) de noviembre de dos mil nueve (2009) fue recibido el escrito de corrección de la demanda y fue admitida por el Magistrado Ponente el día diez (10) de diciembre del mismo año. En el Auto de admisión se dispuso lo siguiente:

- Correr traslado de la demanda al Procurador General de la Nación para que emita concepto por el lapso de treinta (30) días en los términos de los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política.
- Fijar en lista la disposición acusada por el término de diez (10) días con el objeto de que cualquier ciudadano la impugne o la defienda.
- Comunicar sobre la iniciación del proceso al Presidente de la República y a la Presidencia del Congreso para los fines del artículo 244 de la Constitución. Del mismo modo, se comunicó al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Defensoría del Pueblo y a las Superintendencias de Industria y Comercio, de Servicios Públicos Domiciliarios, Financiera, de Sociedades, Nacional de Salud y de Economía Solidaria, para que intervengan en el proceso.

- Invitar a participar en el proceso a los Decanos de las facultades de derecho de las Universidades Externado de Colombia, Icesi, Eafit, Javeriana, Andes, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, con el objeto de que emitan concepto técnico sobre la norma demandada, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Surtidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de la acción pública de inconstitucionalidad, esta Corte procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de la disposición normativa demandada, según fuera publicada en el Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009:

“Ley 1340 de 2009

“Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia

“EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA:

“ARTICULO 24. “DOCTRINA PROBABLE Y LEGÍTIMA CONFIANZA: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”
(Se subraya el aparte demandado).

III. LA DEMANDA

Como se dijo en los antecedentes, los demandantes presentaron una primera demanda y una demanda de corrección en vista de que el primer escrito no cumplía con los presupuestos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. En el siguiente apartado la Corte resumirá la demanda teniendo en cuenta los dos escritos presentados. En el punto uno (1) la Corte analizará la primera demanda y en el punto dos (2) la corrección que se hizo de ésta.

1.1 En la demanda original manifiestan los actores que el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 vulnera los artículos 113, 116, 228, 230, 234 y 235 de la Constitución Política

(C.P). En el primer cargo exponen que el artículo 24 de la Ley 1390 de 2009 va en contra del artículo 113 de la C.P que establece que “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Para los actores este artículo constitucional implica que “La Rama Ejecutiva no puede influir o tener alguna injerencia en las decisiones de la Rama Judicial”.

1.2 Dicen los actores que si bien es cierto, en el artículo 116 de la C.P se establece que “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas”, en el caso del Régimen General de la Competencia que contiene las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, además de ser excepcionales, no son de carácter privativo, ya que el Juez Civil puede conocer a prevención de dichos procesos.

1.3 Por este hecho indican los demandantes que como el artículo de la ley demandada no distinguió “si se trata de decisiones adoptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en ejercicio de sus funciones administrativas o de sus funciones jurisdiccionales, en principio debe entenderse que el legislador se refirió a ambas”, y apuntan que cuando la Superintendencia de Industria y Comercio adopte tres decisiones uniformes y se configure la doctrina probable en materia de “Protección de la Competencia”, esa línea doctrinal producirá los efectos que le son propios con relación al precedente horizontal y vertical, ya que éstas decisiones vincularán a la Superintendencia en las decisiones que adopte ella misma en un futuro, como a las decisiones de los jueces civiles en su competencia a prevención.

1.5 Por otra parte, consideran los demandantes, que al hacer parte la Superintendencia de Industria y Comercio de la rama ejecutiva, las facultades jurisdiccionales de esta entidad administrativa terminaría siendo un “Caballo de Troya”, ya que la rama ejecutiva incidiría en las decisiones de la rama jurisdiccional en “aquellos temas que sean objeto de conocimiento (a prevención) por parte de los Jueces Civiles”². Por tanto, consideran los actores, que la norma acusada no solo violaría el artículo 113 C.P., sobre división y colaboración armónica de los poderes, sino también el artículo 228 de la C.P, que establece que “La administración de justicia es función pública y sus decisiones son independientes”, y el artículo 230 de la C.P que establece que “los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley”.

1.6 En un segundo cargo de la demanda original los actores, citando el precedente de la Sentencia C-816 de 2001, afirman que la competencia para crear doctrina probable por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio es constitucional, ya que dicha potestad se debe crear por vía constitucional y no por vía legal y menos cuando se trata de funciones jurisdiccionales de carácter excepcional³. Afirman que el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, violaría así mismo los artículos 234 y 235 de la C.P que establecen como cabeza de la Jurisdicción Ordinaria a la Corte Suprema de Justicia, “quien como Tribunal de Casación”, cumple con la función de unificar jurisprudencia⁴.

1.7 En tercer lugar, señalan la relación que existe entre el Régimen de Protección de la Competencia, que se establece en la Ley 1340 de 2009, con el Derecho de Consumo⁵, especialmente por vía del artículo 48 del Decreto 2153 de 19926, en donde se establece que se consideran actos contrarios a la competencia “Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección del consumidor”⁷. Consideran que estas funciones jurisdiccionales de protección del consumidor en materia de publicidad por parte de la SIC, se ejercen “a prevención” con el Juez Civil, y esto podría generar que, “La Doctrina Probable sentada por la Superintendencia de Industria y Comercio llegara a ‘atar levemente’ a la otra autoridad que conoce el tema, a prevención (léase el Juez Civil)”⁸.

1.8 Los demandantes explican que la norma demandada, además de vulnerar el principio de separación de poderes del artículo 113 de la C.P⁹, también se constituiría en un “Despropósito de la ‘Doctrina Probable’” ya que se darían dos instituciones que tendrían la posibilidad de crear dicha doctrina en temas sobre competencia y consumo: la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta doble posibilidad daría lugar a que se creara inseguridad jurídica con dos órganos que pueden crear doctrina probable, que irradiarían sus efectos para los jueces civiles cuando conozcan estos temas¹⁰.

1.9 Finalmente, los actores consideran que el apartado de la norma acusada violaría el principio de igualdad ya que un demandante puede acudir a resolver sus problemas del régimen de competencia o régimen de consumo ante el Juez Civil o ante la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y se pueden dar soluciones distintas sobre un mismo punto.

1.10 Por encontrarse fallas en la claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia en la primera demanda los demandantes la corrigen, el 23 de noviembre de 2009, tratando los siguientes puntos:

1.11 Con relación al primer cargo sobre que la norma demandada violaría el artículo 113 sobre independencia de las ramas del poder público, añaden que el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 afectaría el precedente vertical y horizontal de las distintas jurisdicciones, ya que “cuando la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como Juez (...) sus decisiones no sólo producirán efectos para esta misma¹¹, sino también sobre los otros funcionarios del ‘mismo nivel’ (...) los Jueces Civiles de la República (y los jueces Especializados de Comercio) que conocen a prevención de los temas de Protección de la Competencia”.

1.12 Señalan que teniendo en cuenta los artículos 143 y 147 de la Ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá competencia a prevención con los jueces civiles respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal¹².

1.13 Del mismo modo, citan el Preámbulo de la Constitución y establecen que dicho precepto violaría la “paz”, ya que ésta debe ser entendida como “una estabilidad jurídica razonable, que respete las expectativas y la confianza legítima de los administrados”¹³ y que no podrá cumplirse con dicho precepto si “hay dos autoridades distintas unificando criterios sobre un mismo punto”¹⁴.

1.14 También reiteran que dicha norma vulneraría el artículo 116 de la C.P., porque si bien es cierto la ley excepcionalmente puede atribuir funciones jurisdiccionales en materias precisas a la administración “no pueden pretender que las funciones jurisdiccionales excepcionales se transformen en una usurpación de funciones en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria”¹⁵.

1.15 De otra parte, consideran los demandantes que el precepto acusado vulnera el artículo 228 de la C.P. que establece que, “las decisiones de la Administración de Justicia son independientes”, porque estiman que si “...la unificación de criterios está en cabeza de una entidad de naturaleza administrativa y con su cabeza de libre nombramiento y remoción por el jefe de la Rama Ejecutiva”, no se puede decir que se garantice dicha autonomía. En este sentido vuelven a indicar que el precedente en sentido horizontal que daría lugar a que se implemente la doctrina probable de la Superintendencia en la jurisdicción ordinaria, daría lugar a la pérdida de esta independencia.

1.16 Los demandantes vuelven a referirse a la fuerza de la doctrina probable y a la Sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001, que según los actores especifica que “la fuerza normativa de la doctrina probable proviene de la autoridad constitucional...”, lo cual implica que se le da un “mayor plus” a la doctrina de los órganos de cierre. Para los demandantes la Constitución no prevé que “... la Superintendencia de Industria y Comercio sea ni pueda ser órgano de cierre o una autoridad con una fuerza de tal magnitud”¹⁶.

1.17 Aplicando el test de proporcionalidad de la medida (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), encuentran que es totalmente irrazonable tener dos autoridades que “unifiquen criterios” para los mismos jueces civiles y encuentran que la norma demandada no es proporcional porque violaría el principio de Nomus Basileus de que “nadie está por encima de la Constitución Política”.

1.18 Apuntan los demandantes, que la norma violaría el artículo 230 de la C.P. que establece que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley y que la jurisprudencia y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. También, según los actores, se violaría los artículos 234 y 235 de la C.P ya que se usurparía a la Corte Suprema de Justicia ser el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y dicen que el constituyente estableció que fuera éste órgano el que unificara la jurisprudencia¹⁷.

1.19 Por último, y sin cambiar el texto de la primera demanda, subrayan los actores que el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 sería inconstitucional, porque teniendo en cuenta el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 y los artículo 145 y 147 de la Ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio conoce a prevención, con los jueces de la República, de los temas de libre competencia¹⁸ y derecho del consumidor, circunstancia que violaría la independencia de la rama jurisdiccional, ya que una entidad administrativa como la SIC establecería la doctrina probable a tener en cuenta por la jurisdicción ordinaria en estos temas, circunstancia que vulneraría el Preámbulo y los artículos 113, 116, 228, 230, 234 y 235 de la C.P.

IV. INTERVENCIONES

En representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal intervino el abogado Alberto Rojas Ríos, quien se pronunció en favor de la declaración de constitucionalidad de la norma acusada. Subraya los siguientes puntos como sustento de su concepto técnico:

1.1. Que el concepto se concentrará a determinar, “si dentro de las funciones de naturaleza administrativa o jurisdiccional, a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, la ley 1340 de 2009 constituye o no desarrollo de estas últimas, y si es posible la subsistencia en nuestro ordenamiento jurídico de normas que, a la manera del artículo 24 de esta misma ley, establezcan la doctrina probable de las actuaciones administrativas”¹⁹.

1.2 En este sentido dice que en el art. 116 de la C.P., se facultó al legislador para investir excepcionalmente a las autoridades administrativas de funciones jurisdiccionales. Teniendo en cuenta este presupuesto el Instituto considera que en materia de Protección de la Competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene una naturaleza bifronte “a la manera del dios Jano”, ya que confluyen en ella funciones jurisdiccionales y administrativas sobre el mismo asunto²⁰.

1.3 Según el Instituto, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones administrativas en materia de protección de la competencia. El Instituto encuentra que teniendo en cuenta el contexto normativo y la unidad de materia de la ley objeto de la demanda, ésta se refiere a las competencias que tiene la Superintendencia en materia administrativa (por ejemplo los artículos 1, 3 y 6 de la ley)²¹. Estas funciones se derivan de la ley 155 de 1959 que determinó la naturaleza de las funciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio, distintas a las funciones jurisdiccionales de las cuales ha sido investida la misma entidad a partir de la Ley 446 de 1998, artículos 143, 145 y 147.

1.4 Para el Instituto, cuando se trata de las funciones administrativas de la Superintendencia, la doctrina probable cumple un “efecto disciplinador institucional” y es viable jurídicamente. En este sentido dice que, “No existe norma constitucional que prohíba la observancia de los precedentes administrativos por parte de la administración. Estos por el contrario materializan los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima”²².

1.5 Por otra parte, considera que en la labor de la administración se puede aplicar la técnica del precedente que desarrollan los principios de igualdad, seguridad jurídica²³, eficiencia, eficacia, buena fe y confianza legítima²⁴ de la administración. En este sentido “las

interpretaciones distintas deben estar fundamentadas en razones suficientes que sustenten el trato diferenciado que se produce en razón de esa divergencia". Citando la Sentencia T-545 de 2004 explica que cuando la administración varíe sus posiciones jurídicas debe sustentar correctamente este cambio y motivarlo, evitar modificaciones súbitas o descontextualizadas y consultar los cambios introducidos en las fuentes formales del derecho "y en los tribunales encargados de la unificación".

1.6 Así mismo, teniendo en cuenta la función de la doctrina probable y sus orígenes históricos en Colombia²⁵ y teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001, explica que el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 hace parte de un régimen de procedimiento administrativo para la protección de la competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Estima que la ley establece en estos casos la variable de la doctrina probable en el marco del principio de confianza legítima de los asociados y por tanto en principio "no vulnera nuestro régimen constitucional y por ende es exequible".

1.7 Sin embargo, considera el Instituto que como la Superintendencia de Industria y Comercio puede ejercer funciones jurisdiccionales y administrativas en el marco del artículo 116 de la C.P., la interpretación de que éste organismo pueda tener funciones jurisdiccionales sobre la misma materia de protección de la competencia que los jueces civiles del circuito (artículo 147 de la Ley 446 de 1998), podría romper el presupuesto establecido en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, conforme al cual la fuente de la doctrina probable en la jurisdicción ordinaria es la Corte Suprema de Justicia, hecho que generaría problemas constitucionales relacionados con el principio de igualdad.

1.8 Por esta razón, y teniendo en cuenta la función docente que le corresponde a la Corte Constitucional, considera que si se declarase la exequibilidad de la norma acusada, se debe condicionar su permanencia en el ordenamiento jurídico, "en el sentido de que solo será doctrina probable aquellas decisiones que se asuman por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de funciones administrativas en materia de protección de la competencia"²⁶.

2. Intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), a través de Jair Fernando Imbachi Cerón,

intervino a nombre de la entidad pidiendo la constitucionalidad del aparte del precepto demandado, aduciendo las siguientes razones:

2.2 Del mismo modo, citando la Sentencia C - 616 de 2001²⁸ indica que en Colombia se empezaron a dictar normas que regulaban la competencia a partir de la Ley 155 de 1959, tendientes a eliminar las prácticas colusorias entre empresarios para restringir la competencia, el abuso de la posición dominante y la competencia desleal. Dice la entidad, que la libre competencia consagrada en el artículo 333 de la C.P, no es un derecho absoluto y comporta una doble perspectiva: por una parte una perspectiva subjetiva que consiste en la potestad de los agentes económicos de desarrollar la actividad económica de su predilección sin más dilaciones que las establecidas en la ley, y una perspectiva colectiva que implica que la libre competencia se realice teniendo en cuenta el interés público, es decir, el bienestar de todos y la eficiencia del mercado bajo un esquema de economía social²⁹.

2.3 Señala igualmente que a partir de la Ley 1340 de 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única para la protección de la libre competencia. La libre competencia está encaminada a que se establezca una competencia efectiva en los mercados y obliga a las empresas a hacer un continuo esfuerzo de mejora, favoreciendo la innovación, la calidad y el mantenimiento de precios moderados a favor del interés de los consumidores³⁰.

2.4 Con relación al cargo de la demanda de que el aparte del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 viola el principio de separación de poderes, dice la SIC que, “el actor incurre en una grave imprecisión al considerar que la Superintendencia de Industria y Comercio desarrolla facultades jurisdiccionales en el trámite de las investigaciones por violación de las normas de libre competencia y prácticas comerciales restrictivas previstas en la Ley 1340 de 2009, 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992”³¹.

2.5 Para sostener esta posición recuerda que según el artículo 82 de la Ley 489 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio es una entidad pública, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera que tiene a su cargo el cumplimiento de funciones de inspección, vigilancia y control que el Presidente de la República le delegue al Superintendente o las que de manera especial le atribuya la ley. Según el interviniente las funciones de la SIC son por regla general administrativas y de manera excepcional

jurisdiccionales cuando se trata de la competencia desleal y de la protección del consumidor. Por ende, según la entidad, resulta claro que las funciones que ejerce la SIC en materia de libre competencia y prácticas restrictivas de competencia, son eminentemente administrativas y no jurisdiccionales, y son de aquellas que la doctrina y la jurisprudencia denomina de “Policía Administrativa” que surgen del “Poder de Policía”³² y que dan lugar a la potestad administrativa sancionadora de la administración³³.

2.6 Teniendo en cuenta la naturaleza administrativa de esta potestad, considera la Superintendencia de Industria y Comercio, que en materia de protección de la libre competencia de la Ley 1340 de 2009 se profieren actos administrativos de carácter sancionatorio y no sentencias, y por ende el artículo 24 demandado, que se refiere a decisiones administrativas y no jurisdiccionales, es constitucional.

2.7 En este sentido dice que “...la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce funciones como policía administrativa en lo atinente a la protección de la libre competencia, a las infracciones de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y de competencia desleal en su acepción administrativa y no ejercita funciones jurisdiccionales en estas materias como erradamente señala el actor, lo que implica que la ‘doctrina probable’ prevista en el artículo 24 de la ley 1340 de 2009 no surte efectos de manera vertical respecto de los jueces Civiles de la República, pues estos no son funcionarios jerárquicamente inferiores lo que implica que los actos administrativos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, en materia de protección de la competencia no los vincula”³⁴.

2.8 Teniendo en cuenta este presupuesto dice la entidad interveniente que la doctrina probable que cree la Superintendencia de Industria y Comercio a partir del artículo 24 demandado, solo producirá efectos para la misma entidad y por tanto no está adicionando o sustituyendo el precepto de la doctrina probable del artículo 10 de la Ley 153 de 1887³⁵.

2.9 Por otra parte, la entidad interveniente subraya en su escrito que la Ley 1340 de 2009 en sus artículos 1, 2 y 6 especifican que las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio son eminentemente administrativas y que esta última tiene como objeto vigilar, investigar e imponer multas por infracciones sobre la protección de la competencia que impidan el abuso de la posición dominante, las integraciones empresariales que limiten la

competencia y la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal³⁶.

2.10 Así mismo, señala que de manera excepcional y en materias precisas, la SIC puede ejercer funciones jurisdiccionales con fundamento en el párrafo tercero del artículo 116 de la C.P³⁷. En este sentido cita los artículos 14338, 14439, 14540 de la Ley 446 de 1998⁴¹ sobre competencia desleal que establecen que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las mismas facultades en esta materia que en las de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Para complementar el argumento de la potestad jurisdiccional, la entidad interviniente cita el artículo 147 de la ley 446 de 1998, que establece que la Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención de los asuntos sobre competencia desleal⁴².

2.11 En esta sentido, subraya que la SIC ejerce facultades jurisdiccionales excepcionales en los casos de competencia desleal en los términos de la Ley 256 de 1996 y en protección del consumidor de acuerdo a las atribuciones previstas en el artículo 145 de la Ley 446 de 1998⁴³. Según la entidad interviniente, estas facultades jurisdiccionales excepcionales no se extienden a los eventos previstos en la Ley 1340 de 2009, en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992, relativos a las prácticas restrictivas de la competencia, el control de operaciones de integración económica y la competencia desleal administrativa, que son funciones de carácter administrativo de contenido sancionatorio⁴⁴.

2.12 Finalmente subraya la SIC, que siguiendo una interpretación sistemática de la Ley 1340 de 2009, las facultades en materia de protección de la competencia que da lugar a la constitución de la doctrina probable del artículo 24, son funciones eminentemente administrativas y no jurisdiccionales y por tanto concluye que la norma demandada es constitucional.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1.1 En su concepto Nº 4911 de 23 de febrero de 2010, el Jefe del Ministerio Público le solicitó a la Corte Constitucional declararse inhibida para fallar porque los demandantes no señalaron razones suficientes por las cuales la expresión “Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”, consagrada en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, vulnere la Constitución.

1.2 Después de señalar “las apreciaciones de los demandantes” sobre la posible vulneración de la Constitución por parte del apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, la Procuraduría en su concepto dispone que, “no analizará los supuestos cargos de violación que según los accionantes recaen sobre las disposiciones acusadas en relación con el preámbulo y los artículos 113, 116, 228, 230, 234 y 235 de la Constitución Política, toda vez que se limitan a hacer mención de la inconstitucionalidad de la creación de la doctrina probable contenida en las decisiones ejecutoriadas de la Superintendencia de Industria y Comercio, que en sus pareceres alteran el diseño constitucional en una forma que rompe el equilibrio institucional al vincular a los jueces ordinarios con las decisiones de una autoridad administrativa”⁴⁵.

1.3 El Ministerio Público considera que, “Los accionantes en sus señalamientos no mencionan motivos que puedan constituir una argumentación lógica entre las expresiones acusadas como inconstitucionales y las normas constitucionales que se consideran infringidas que amerite un pronunciamiento de fondo: tampoco mencionan porqué las decisiones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio no pueden constituir precedentes superintendenciales, mucho menos las razones por las cuales tales precedentes son inconstitucionales...”.

1.4 Dice la Procuraduría en su concepto que en la demanda los accionantes no cumplen con los requisitos consagrados en el articulo 2 del Decreto 2067 de 2001, “...pues se limitan a efectuar unos señalamientos de manera desorganizada, sin acusar específicamente la expresión con la que se pueda desarrollar el juicio de constitucionalidad (...) Sobre este particular, la jurisprudencia ha precisado que la sustentación específica del concepto de violación, debe contener una carga mínima en cabeza del ciudadano que ejercita la acción de inconstitucionalidad, en la medida en que permite situar la controversia en el plano constitucional”. El Ministerio Público cita las Sentencias C-1052 de 2001, C-1256 de 2001, C-374 de 2002, C-370 de 2008, sobre la posibilidad de declararse inhibida por no establecerse claramente en la demanda el concepto de violación.

1.5 No obstante la recomendación de inhibición, la Procuraduría considera que el precepto demandado desarrolla el principio y la garantía de la confianza legítima que posibilita la seguridad jurídica de los coasociados en las decisiones de la administración. Posteriormente cita dos sentencias de la Corte Constitucional en donde se especifica cuándo y de qué

manera puede la Superintendencia de Industria y Comercio ejercer potestades jurisdiccionales⁴⁶.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra las Leyes de la República.

1. Problema jurídico

1.1 El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 que establece que “Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”, vulnera el Preámbulo y los artículos 113, 116, 228, 230, 234 y 235 de la Constitución Política (C.P.) porque, a juicio de los demandantes, la jurisdicción ordinaria podría quedar sometida a los criterios dados por una entidad administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando ésta cumpla funciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal y protección al consumidor.

1.2 Para solucionar el problema jurídico planteado la Corte desarrollará tres puntos: (i) En primer lugar, teniendo en cuenta los cargos de inconstitucionalidad planteados por los actores, determinará qué tipo de competencias son las que se delegan en la Ley 1340 de 2009 a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), para verificar el ámbito de aplicación de la Ley y determinar si se trata de competencias meramente administrativas o si puede dar lugar a competencias jurisdiccionales. En segundo lugar, (ii) verificará si el apartado del artículo 24 demandado se puede extender a las competencias jurisdiccionales sobre competencia desleal y protección del consumidor de la Ley 446 de 1998 y el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, respectivamente. (iii) Por último se realizarán una serie de consideraciones en torno a la doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 y se resolverá el caso concreto.

2. Análisis de los cargos planteados en la demanda. Competencias delegadas a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en la Ley 1340 de 2009

En este apartado la Corte estudiará, a partir de los cargos planteados por la demanda, el

ámbito de aplicación de la Ley 1340 de 2009, para establecer si las competencias que se delegan a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) son competencias meramente administrativas o también implica competencias jurisdiccionales. El análisis de este punto se va a desarrollar en dos partes. En primer lugar (2.1), la síntesis de los cargos planteados por los demandantes con relación a la inconstitucionalidad del apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 sobre doctrina probable; en segundo término (2.2), la Corte estudiará las competencias que la Ley 1340 establece para la SIC y así determinar el ámbito de aplicación de la Ley y si se trata de competencias meramente administrativas o si también implican competencias jurisdiccionales, como indican los demandantes. En desarrollo de este punto, la Corte analizará las motivaciones de la ley y el trámite legislativo de ésta. Así mismo, a través de una interpretación sistemática, se estudiará el ámbito de aplicación de la Ley y se determinará si las competencias otorgadas a la SIC corresponden únicamente a facultades administrativas o si se extiende a las facultades jurisdiccionales, para así establecer si los cargos planteados por los demandantes están fundamentados.

2.1 Análisis de los cargos planteados por los demandantes con relación a la inconstitucionalidad del apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 sobre doctrina probable. Antecedentes legislativos e interpretación sistemática

2.1.1 En este apartado la Corte sintetizará los cargos planteados por los demandantes para verificar cuáles son las razones de inconstitucionalidad que se señalan con relación al apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009. Como observa la Procuraduría en su concepto, la demanda y la corrección de ésta carecen de elementos de claridad, certeza, especificidad y congruencia. Sin embargo, con base en el principio pro actione⁴⁷, pasa la Corte a determinar cuáles son los cargos de inconstitucionalidad que mínimamente establecen los demandantes en sus escritos.

2.1.2 En primer lugar, los demandantes consideran que el apartado del artículo 24 titulado “Doctrina Probable y Legítima Confianza” de la Ley 1340 de 2009 que establece que, “(...) Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”, es inconstitucional porque vulnera el derecho de la paz contenido en el Preámbulo, y los artículos 113, 116, 228, 230, 234 y 235 de la Constitución Política de Colombia.

2.1.3 De las distintas referencias a los artículos constitucionales se pueden desprender dos razones sobre la inconstitucionalidad del apartado de la norma demandada:

i) En primer lugar, lo que tiene que ver con la independencia y autonomía de los poderes públicos en consonancia con su colaboración armónica, contemplada en el artículo 113 de la C.P. Este cargo lo relacionan los demandantes con la supuesta vulneración del artículo 228 de la C.P que establece que las “decisiones de la administración de justicia son independientes”, y el artículo 230 de la C.P que dispone que “los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. Aunque los actores son conscientes que el artículo 116 de la Constitución establece la posibilidad de que se otorguen facultades jurisdiccionales a la administración, y especialmente a las Superintendencias, en temas puntuales⁴⁸, insisten en que con la posibilidad de otorgar competencias jurisdiccionales a la administración se vulneraría dicho artículo ya que, “no se puede pretender que las funciones jurisdiccionales se transformen en una usurpación de funciones en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria”. En este sentido los demandantes indican que como la Ley 1340 de 2009 no distinguió si se trata de funciones administrativas o jurisdiccionales, “en principio debe entenderse que el legislador se refirió a ambas”. De otra parte, subrayan con ejemplos que según los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 en materia de competencia desleal y protección del consumo, respectivamente, la SIC tiene facultades jurisdiccionales a prevención con la Jurisdicción Ordinaria. Por este hecho, la vinculación a la Doctrina Probable del artículo 24 daría lugar a que las decisiones de la SIC vincularán en “grado leve” a la Jurisdicción ordinaria, convirtiéndose en un “Caballo de Troya” ya que la rama ejecutiva terminaría incidiendo en la jurisdiccional.

ii) Por otra parte, los demandantes estiman que el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 vulneraría los artículos 234 y 235 de la C.P, que disponen que “La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” y las funciones de ésta. Según los actores, y teniendo en cuenta la Sentencia C-836 de 2001, la posibilidad de crear doctrina probable debe darse por vía constitucional y no legal y en el caso concreto consideran que el artículo demandado da lugar a un despropósito de la “Doctrina Probable”, ya que se establecerían dos instituciones que tendrían la posibilidad de crear dicha doctrina en temas sobre la competencia y el consumo, circunstancia que crearía inseguridad jurídica y violación del principio de igualdad. Este hecho, vulneraría principio constitucional de la paz que se encuentra inserto en el Preámbulo, ya que a juicio de los demandantes no habría estabilidad

jurídica ni se respetaría la confianza legítima de los administrados.

2.1.4 Para resolver estos dos cargos de inconstitucionalidad en el siguiente acápite, la Corte analizará las competencias delegadas a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) por la Ley 1340 de 2009. Dicho análisis se realizará teniendo en cuenta los antecedentes legislativos y la interpretación sistemática de la ley, para establecer si ésta podría dar lugar a que se confieran competencias jurisdiccionales o si por el contrario las facultades que se establecen atañen únicamente a competencias administrativas.

2.2 Competencias delegadas a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) por la Ley 1340 de 2009. Antecedentes legislativos e interpretación sistemática de la Ley.

Este acápite se dividirá en dos partes. En primer lugar, (2.2.1) la Corte realizará la exposición de los antecedentes legislativos y los objetivos de la Ley 1340 de 2009, para determinar cuáles fueron las motivaciones del legislador en relación con las competencias que establece la ley para la Superintendencia de Industria y Comercio; en segundo término (2.2.2), la Corte por intermedio de una interpretación sistemática establecerá si se pueden deducir competencias jurisdiccionales en la Ley 1340 de 2009 o si éstas son meramente administrativas.

2.2.1 Exposición de los antecedentes de la Ley 1340 de 2009 y la intención de establecer competencias eminentemente administrativas en materia de regulación y protección de la libre competencia

2.2.1.1 En la Exposición de Motivos de la Ley 1340 de 2009⁴⁹ se dice que ésta se expide en desarrollo del artículo 333 de la C.P., en donde se establece que “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común (...) El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

2.2.1.2 Igualmente, se establece que la Ley tiene como objetivo garantizar la libre competencia, la protección contra el abuso de la posición dominante, así como el control previo de las integraciones empresariales⁵⁰. Por otra parte, se dice que sobre esta materia

ya se habían expedido la Ley 155 de 1959⁵¹ como instrumento antimonopolios, para evitar el abuso de la posición de mercado o las prácticas colusorias tendientes a adquirir posición dominante en el mercado en detrimento de potenciales competidores y en últimas de los consumidores, y el Decreto 2153 de 1992⁵² que creó la Superintendencia de Industria y Comercio y posibilitó que la Ley 155 se pusiera en práctica y se estableciera “una cultura de la libre competencia en Colombia”⁵³.

2.2.1.3 Con el proyecto de ley que dio lugar a la aprobación de la Ley 1340 de 2009, se pretende dotar de competencias a la Superintendencia de Industria y Comercio para que conozca de forma privativa de las prácticas comerciales restrictivas⁵⁴, de la promoción de la competencia y de la integraciones empresariales y así se pueda establecer en Colombia una entidad única y especializada que conozca de los asuntos sobre la libre competencia⁵⁵.

2.2.1.4 Con la aprobación definitiva de la Ley 1340 el 24 de julio de 2009 se concreta esta aspiración y en el artículo 6º titulado “Autoridad Nacional de protección de la competencia” se dispone que, “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” (Negrillas fuera del texto). Con esta Ley se logra centralizar en la SIC las funciones para garantizar la libre competencia que ejercían otras Superintendencias⁵⁶ y entidades como las Comisiones de Regulación de Energía y Gas, CREG; de Telecomunicaciones, de Agua y Saneamiento Básico, que daban lugar a que se presentaran múltiples regulaciones y que se diera una falta de consistencia en la normatividad sobre la materia⁵⁷.

2.2.1.5 Si bien es cierto, el proyecto original de la Ley 1340 contemplaba en el artículo 4º aspectos relacionados con las facultades jurisdiccionales de la SIC en materia de protección de la libre competencia, en donde se establecía que se le asignaban funciones jurisdiccionales, “para resolver conflictos surgidos con ocasión de la violación de las disposiciones sobre actos, acuerdos y abusos de posición dominante descritos en las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia de que trata la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992...”, y que en el artículo 5º del mismo proyecto se establecía que se podrían intentar “a prevención” ante la SIC o ante los Jueces Civiles del

Circuito las mismas acciones previstas para la infracción o inminencia de infracción de las normas sobre competencia desleal⁵⁸, lo cierto es que desde el primer debate en el Senado se eliminó dicha posibilidad, siguiendo las recomendaciones de la misma Superintendencia que encontraba inconveniente establecer funciones jurisdiccionales en materia de protección de la libre competencia a esta entidad⁵⁹.

2.2.1.6 No obstante lo anterior, en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se quiso incorporar nuevamente Facultades Jurisdiccionales en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas⁶⁰. En este artículo se proponía seguir el mismo procedimiento previsto para la resolución jurisdiccional en los casos de competencia desleal, y se dijo que “Podría contemplarse la posibilidad de otorgar a la SIC funciones jurisdiccionales en materia de prácticas comerciales restrictivas, como ya las tiene con respecto a las prácticas de competencia desleal” ⁶¹. Esta proposición finalmente no fue aprobada.

2.2.1.7 Por otra parte, se debe tener en cuenta que durante el trámite del proyecto de ley que dio lugar a la aprobación de la Ley 1340, se subrayó constantemente la necesidad de dotar de consistencia y seguridad jurídica al sistema unificado de protección de la competencia mediante la interpretación uniforme de las decisiones⁶². En este sentido en el primer debate de la Cámara de Representantes fue incluido el artículo 24, sobre la Doctrina Probable y la legítima confianza con la siguiente redacción: “La Superintendencia de Industria y Comercio deberá expedir y actualizar periódicamente un compendio de la doctrina con respecto a la protección de la competencia. Obrar de acuerdo con la doctrina vigente de la Superintendencia será entendido como causal eximiendo [sic] de responsabilidad administrativa”⁶³. Las motivaciones de la incorporación de dicho artículo se dieron con base en la idea de que la Superintendencia de Industria y Comercio debería mantener la doctrina actualizada, “como actualmente se hace en la Superintendencia Financiera con mucho éxito y se consagra como una causal eximiente [sic] de responsabilidad, haber actuado de conformidad con la doctrina publicada por la autoridad de supervisión”⁶⁴.

2.2.1.8 Siguiendo esta primera iniciativa, constata la Corte que en la ponencia para segundo debate que se dio en la Cámara de Representantes, se estableció en el Título IV del Proyecto de Ley el artículo 24 titulado “Doctrina Probable y Legítima confianza”, con la redacción finalmente aprobada, en donde se dice que, “La Superintendencia de Industria y Comercio

deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”⁶⁵. En el proyecto de inclusión del artículo se dice que el propósito de dicho artículo es, “... evitar los abusos en que podía incurrir la autoridad al concebirse muy general la redacción de la norma y antes de perseguir la seguridad jurídica para los actores en el mercado conseguir una inestabilidad normativa”⁶⁶.

2.2.1.9 Finalmente se subraya en el numeral 1º del Informe de Conciliación de la Ley que en esta se “1. Definió más claramente el ámbito de aplicación de la ley y aclaró que los propósitos de la aplicación del régimen de protección de la competencia se refieren a aquellos que determinan la apertura de un procedimiento administrativo y no a un juicio de ilicitud o no de la conducta”⁶⁷. Del mismo modo, se especifica en el numeral 7º del Informe que, “7. Se incluye un artículo relativo a la doctrina probable y a la legítima confianza que genera esta entre los usuarios del sistema”⁶⁸.

2.2.1.10 En suma, la Corte constata, que teniendo en cuenta el trámite legislativo la inclusión del artículo 24 sobre doctrina probable y legítima confianza en la Ley 1340 de 2009, se dio para fortalecer la seguridad jurídica del sistema de protección a la libre competencia en lo que se refiere únicamente a la competencia administrativa de la SIC. Si bien es cierto, en el proyecto de Ley presentado en una primera instancia en el Senado y luego en el primer debate de la Cámara se quiso dotar de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio, en materia de protección de la libre competencia y prohibición del abuso de la posición dominante, finalmente el legislador optó por acatar la recomendación de la SIC en que solo se dotara a ésta entidad de competencias administrativas y no jurisdiccionales en materia de protección de la libre competencia. Así mismo, se constató, que la incorporación del artículo 24 sobre doctrina probable se estableció con miras a dar consistencia y seguridad jurídica al sistema unificado de la protección de la competencia en sede administrativa, para evitar abusos en la interpretación de las normas debido a su generalidad. En el siguiente apartado la Corte, a través del análisis sistemático de la Ley 1340 de 2009, analizará si en la redacción definitiva de la ley se establecieron competencias eminentemente administrativas como se infiere del análisis del trámite legislativo.

2.2.2 Interpretación sistemática de la Ley 1340 de 2009 para verificar el ámbito de aplicación

de la Ley y determinar si las competencias atribuidas a la SIC son eminentemente administrativas

Una vez comprobado que en el trámite legislativo se quiso establecer competencias eminentemente administrativas a la SIC, la Corte estudiará, a través de una interpretación sistemática el ámbito de aplicación de la Ley y determinará si las competencias atribuidas finalmente a la Superintendencia de Industria y Comercio en la Ley 1340 de 2009 son meramente administrativas o si se pueden deducir de alguno de sus artículos competencias jurisdiccionales. Este análisis será determinante para verificar el cargo de si el apartado del artículo 24 demandado puede dar lugar a la violación del principio de separación de poderes, y del presupuesto de que la Corte Suprema de Justicia es la instancia de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, como afirman los actores en su demanda.

2.2.2.1 La Ley 1340 de 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia” se dividió en seis (6) Títulos: el primero titulado “Disposiciones Generales”, el segundo “Integraciones Empresariales”, el tercero “Prácticas restrictivas de la competencia”, el cuarto “Disposiciones Procedimentales”, el quinto “Régimen sancionatorio” y el sexto “Disposiciones complementarias”. Esta organización de la Ley responde a las motivaciones del proyecto que se refieren a modificar las competencias de la SIC, estableciendo una autoridad única que regule la libre de competencia.

2.2.2.2 Como ya se había dicho, la Ley 1340 de 2009 unifica en la Superintendencia de Industria y Comercio, la vigilancia, control y sanción de las prácticas que atenten contra la libre competencia⁶⁹. Dichas atribuciones se refieren a la apertura de investigaciones, a las sanciones mediante multas⁷⁰, a la aprobación u objeción de integraciones empresariales⁷¹, y a los beneficios por colaboración con la autoridad⁷² que dan lugar a la expedición de resoluciones y órdenes y en general de actos administrativos.

2.2.2.3 Por otra parte, y en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 1340, hay que tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 2º se adiciona el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso que establece 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...” (Negrillas fuera del texto). Sin embargo, se tiene que complementar esta norma con el artículo 6º de la

misma Ley que establece que 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” (Negrillas fuera del texto).

2.2.2.4 Como se explica en las Sentencias C- 624 de 1998, C- 815 de 2001 y C- 228 de 2010 la libre competencia consiste en “la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes”⁷³, y en garantizar la “ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”⁷⁴. Teniendo en cuenta lo anterior la Corte considera que el ámbito de aplicación de la Ley 1340 no solamente se extiende a las prácticas comerciales restrictivas (acuerdos, actos y abusos de posición de dominio), y a la vigilancia del régimen de integraciones empresariales lesivas de la libre competencia, sino también a aquellas prácticas de competencia desleal en donde la SIC ejerce vigilancia administrativa. En este sentido se acogería una definición de la competencia entendida como la “libre y leal competencia”⁷⁵ que consiste en regular todas aquellas prácticas que pueden ser lesivas a la libre concurrencia, entre ellas la competencia desleal.

2.2.2.5 Por otro lado, en lo que tiene que ver con las competencias atribuidas a la SIC ya se había concluido en el análisis del trámite legislativo, que no se incluyeron potestades jurisdiccionales a ésta entidad para garantizar la libre competencia. Esta primera conclusión se complementa con los artículos de la Ley que se refieren a las competencias administrativas de la SIC, especialmente los artículos 3, 6, 10 en donde específicamente se establece que las actuaciones de la SIC en materia de protección y garantía de la libre competencia es eminentemente administrativa y no jurisdiccional. En un análisis pormenorizado de los artículos señalados verifica la Corte lo siguiente:

- Que el artículo 3 establece que los “Propósitos de las actuaciones administrativas” son “Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas...”(Negrillas fuera del texto).

- Que el artículo 6 dispone que 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..." (Negrillas fuera del texto).

- Que con relación a la competencia desleal, el artículo 6º de la Ley 1340 específicamente subraya que la SIC conocerá de forma privativa lo que tiene que ver con la "vigilancia administrativa"⁷⁶ (Negrillas fuera del texto).
- Que el artículo 10 que regula el procedimiento para obtener el pronunciamiento previo de la SIC en relación con una operación de integración se titula "Procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales" (Negrillas fuera del texto).

2.2.2.6 Por otra parte, y en particular con relación al artículo 24 demandado, constata la Corte que se encuentra inserto en el Título IV de la Ley sobre "Disposiciones procedimentales" que se refieren a la Publicación de las actuaciones administrativas (art. 17), Medidas cautelares (art. 18), Intervenciones de terceros (art. 19), Actos de trámite (art. 20), Vicios y otras irregularidades del proceso (art. 21), Contribución al seguimiento (art. 22), Notificaciones y comunicaciones (art. 23). En todos los artículos del Titulo IV de la Ley 1340 se hace referencia a procedimientos eminentemente administrativos en donde la SIC emite actos administrativos. En el análisis de dichos artículos verifica la Corte puntualmente:

- Que el artículo 17 que establece que en las investigaciones que realice en torno a la protección de la competencia podrá realizar la "Publicación de las actuaciones administrativas" ⁷⁷(Negrillas fuera del texto).
- Que el artículo 18 establece que se podrán adoptar "Medidas cautelares" para ordenar la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las normas sobre protección de la competencia, "siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria" ⁷⁸(Negrillas fuera del texto).
- Que el artículo 19 que establece la posibilidad de intervención de terceros interesados en el proceso de investigación por prácticas comerciales restrictivas, caso en el cual " (...) podrán, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación, intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer

valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido (...) La Superintendencia de Industria y Comercio dará traslado a los investigados, de lo aportado por los terceros mediante acto administrativo en el que también fijará un término para que los investigados se pronuncien sobre ellos..."⁷⁹(Negrillas fuera del texto).

- Que el artículo 20 establece que, "Para efectos de lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo⁸⁰ todos los actos que se expidan en el curso de las actuaciones administrativas de protección de la competencia son de trámite, con excepción del acto que niegue pruebas" ⁸¹(Negrillas fuera del texto).
- Que el artículo 21 establece que cuando se presenten vicios u otras irregularidades en el proceso, "... se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3o del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa". Del mismo modo se establece que, "Cuando se aleguen vicios u otras irregularidades del proceso, la autoridad podrá resolver sobre ellas en cualquier etapa del mismo, o en el mismo acto que ponga fin a la actuación administrativa" (Negrillas fuera del texto).
- Por último, que el artículo 23 sobre notificaciones y comunicaciones, establece que, "Las resoluciones de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación y la que decide los recursos de la vía gubernativa, deberán notificarse personalmente conforme al Código Contencioso Administrativo. De no ser posible la notificación personal, el correspondiente edicto se fijará por un plazo de tres (3) días. Los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la competencia, se comunicarán a la dirección que para estos propósitos suministre el investigado o apoderado y, en ausencia de ella, a la dirección física o de correo electrónico que aparezca en el registro mercantil del investigado" (Negrillas fuera del texto).

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.

2.2.2.8 Empero, y en aras de establecer si, como afirman los actores en la interpretación del apartado del artículo 24, se puede inferir que la obligación de seguir el precedente de la doctrina probable se extiende a las facultades jurisdiccionales de la SIC en materia de competencia desleal y a la protección del consumidor contemplada en los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998, así como al artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, respectivamente, pasa la Corte a analizar en el siguiente acápite si el apartado del artículo demandado se extiende a dichas actuaciones.

3. Análisis de si el apartado del artículo 24 demandado se puede extender a las competencias jurisdiccionales sobre competencia desleal y protección del consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio

Aunque existe una primera conclusión acerca de que el precepto demandado no vulnera el principio de separación de poderes, ni el que indica que la Corte Suprema de Justicia sea el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, debido a que la doctrina probable del artículo 24 se establece solo para las competencias administrativas que se consagran en la Ley 1340 de 2009, la Corte pasa a analizar si dicha norma se puede hacer extensiva, como arguyen los demandantes, a las facultades jurisdiccionales de la SIC, en lo que ataña a la competencia desleal de los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998 y a la protección del consumidor del numeral 1º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

En la demanda se establece que como el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 sobre doctrina probable no distingue “si trata de decisiones adoptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en ejercicio de sus funciones administrativas

o de sus funciones jurisdiccionales, en principio debe entenderse que el legislador se refirió a ambas”⁸³. En los siguientes numerales la Corte analizará la posible relación entre las normas sobre libre competencia, de carácter administrativo de la Ley 1340, y las atribuciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal y protección al consumidor, para verificar si el apartado del artículo 24 sobre doctrina probable se extiende o no a dichas actuaciones.

Para desarrollar esta temática el apartado se dividirá en dos. Por una parte, el análisis de la posible extensión de la doctrina probable del artículo 24 cuando la SIC cumple facultades jurisdiccionales y administrativas en materia de competencia desleal (3.1), y el análisis de la extensión del precepto demandado cuando la SIC cumple facultades jurisdiccionales y administrativas de protección al consumidor (3.2).

3.1 Competencias jurisdiccionales y administrativas que cumple la SIC en materia de competencia desleal según los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998 y posible extensión del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 sobre doctrina probable a dichas atribuciones

3.1.1 Como se señala en la Intervención del Instituto de Derecho Procesal⁸⁴, la Superintendencia de Industria y Comercio cumple funciones administrativas y jurisdiccionales en el tema de la competencia desleal⁸⁵. Esta doble atribución es compleja y genera problemas de interpretación y aplicación normativa, como ya lo expuso la Corte en la Sentencia C- 649 de 2001 que estableció la constitucionalidad condicionada de los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998.

3.1.2 En dicha Sentencia, siguiendo una interpretación conforme a la Constitución, se dijo que “...en las normas se atribuyen funciones de tipo administrativo y de tipo jurisdiccional; y que éstas últimas, serán forzosamente las mismas que desarrollan los jueces de la República en virtud de lo dispuesto en la Ley 256 de 1996”. Del mismo modo, se estableció que, “... no es incompatible el ejercicio simultáneo de funciones administrativas y judiciales por parte de las Superintendencias, siempre y cuando no se lesionen los derechos de los sujetos procesales ni se comprometa la imparcialidad del funcionario que está administrando justicia” (Negrillas fuera del texto).

3.1.3 En la misma Sentencia se dispuso que para garantizar la imparcialidad de los

funcionarios en el cumplimiento de las facultades jurisdiccionales, “No podrá el mismo funcionario o despacho de la Superintendencia de Industria y Comercio, ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos de competencia desleal, en los cuales ya se hubiera pronunciado con anterioridad, con motivo del ejercicio de sus funciones administrativas de inspección, vigilancia y control en la materia. Tales funciones deben ser desarrolladas por funcionarios distintos, entre los cuales no medie relación alguna de sujeción jerárquica o funcional en lo que atañe al asunto que se somete a su conocimiento”⁸⁶

3.1.4 Por otra parte, en la Sentencia C-649 de 2001 se establece el deber de información de la SIC, sobre la naturaleza de las facultades que se está ejerciendo. Es decir que la entidad debe informar cuándo se inicien las investigaciones, si está cumpliendo atribuciones jurisdiccionales o administrativas, para que de esta manera las partes tengan conocimiento del proceso a que están siendo sometidos. Dice la Corte en esta Sentencia, que es “indispensable, que el ciudadano objeto de la investigación adelantada por la Superintendencia, se le haga saber claramente cuál función ejerce la entidad en cada caso: la jurisdiccional o la administrativa”⁸⁷.

3.1.5 Siguiendo con la doble función en materia de competencia desleal que tiene la SIC, se tiene que diferenciar cuándo cumple dicha entidad funciones jurisdiccionales y cuándo cumple funciones administrativas. En cuanto a las funciones jurisdiccionales que se le atribuyen a la SIC en materia de competencia desleal, se debe tener en cuenta que éstas se otorgan con base en el inciso tercero del artículo 116 de la C.P que establece que, “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas...”⁸⁸.

3.1.6 Con base en esta disposición en los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998 se otorgan facultades “a prevención”⁸⁹ en materia de competencia desleal. Es decir que las acciones declarativa y de condena, y la acción preventiva o de prohibición consagrada en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996⁹⁰ se pueden tramitar, o bien ante la Superintendencia de Industria y Comercio⁹¹, o bien ante los Jueces Especializados en Derecho Comercial o los Jueces Civiles del Circuito, en ambos casos mediante el procedimiento abreviado⁹².

3.1.7 En cuanto a las funciones administrativas, el artículo 143 de la Ley 446 de 1998 establece que, “la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las

conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas". Esta remisión expresa que se hace a las normas relativas a la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, da lugar a que en el desarrollo de dichas facultades se tenga en cuenta por parte de la entidad supervisora la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, en donde se inserta el apartado del artículo 24 sobre doctrina probable objeto de la presente demanda.

3.1.8 Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la interpretación de la extensión de la aplicación de la doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 a la materia de competencia desleal, se debe relacionar con el artículo 6º de la misma ley que establece que, "La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas (...) en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal". En efecto, se recuerda que, teniendo en cuenta la interpretación sistemática del apartado del artículo 24 sobre doctrina probable, conlleva a que ésta solo podría ser aplicada en materia de competencia desleal en lo que ataña a la facultad de vigilancia administrativa que tiene la SIC y no a las facultades jurisdiccionales, por la expresa identificación de las funciones que hace el artículo 6º de la Ley 1340.

3.1.9 En suma, la Corte encuentra que en materia de competencia desleal el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 que establece que, "Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable", solo puede ser aplicado a las competencias administrativas de la SIC y no se extiende a las atribuciones jurisdiccionales, por expresa identificación de las funciones que hace el artículo 6º de la Ley 1340.

3.2 Competencias jurisdiccionales y administrativas que cumple la SIC en materia de protección al consumidor por publicidad contraria a la libre competencia del numeral 1º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 y la posible extensión del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 sobre doctrina probable a dichas atribuciones

Como se analizó anteriormente, los demandantes alegan que teniendo en cuenta el numeral 1º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 que establece que, "...se considera contrarios a la libre competencia (...) 1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto

de protección al consumidor”⁹⁴, se puede dar una extensión de la doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 a las facultades jurisdiccionales de la SIC en esta materia. Esta circunstancia, según los demandantes, vulneraría el principio de separación de poderes contenido en el artículo 113 de la C.P., la independencia de las decisiones judiciales del artículo 228 de la C.P y el artículo 234 de la C.P en donde se establece que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Para determinar la posible extensión del artículo 24 sobre doctrina probable pasa la Corte a analizar las competencias jurisdiccionales y administrativas que cumple la SIC en materia de protección al consumidor⁹⁵.

3.2.1 En protección al consumidor, al igual que en competencia desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene facultades administrativas y jurisdiccionales. Este hecho puede dar lugar a que se presenten problemas de interpretación y se confundan los aspectos sustanciales y procesales de cada una de las áreas. Con relación al marco normativo que tiene la SIC en materia de protección al consumidor se destaca el Decreto 3466 de 1982, Estatuto de Protección al Consumidor, y el artículo 145 de la Ley 446 de 1998 específicamente en materia de atribuciones jurisdiccionales.

3.2.2 El artículo 145 de la Ley 446 de 1998 establece que, “La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá, a prevención, las siguientes atribuciones en materia de protección del consumidor (...)

- a) Ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciantre, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se aadecue a las exigencias previstas en las normas de protección del consumidor;
- b) Ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales si ellas resultan más amplias;
- c) Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción, la comercialización de bienes y/o el servicio por un término de treinta (30) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte la investigación correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto y/o servicio atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores;

d) Asumir, cuando las necesidades públicas así lo aconsejen, las investigaciones a los proveedores u organizaciones de consumidores por violación de cualquiera de las disposiciones legales sobre protección del consumidor e imponer las sanciones que corresponda" (Negrillas fuera del texto).

3.2.3 Sobre esta normatividad se subraya que en la Sentencia C-1071 de 200296, la Corte Constitucional dispuso que las facultades del artículo 145 de la Ley 446 de 1998 son jurisdiccionales porque en el encabezado del artículo se establece que la Superintendencia de Industria y Comercio "ejercerá a prevención" dichas atribuciones⁹⁷. Esta interpretación de la Corte, que se conjuga con los artículos 147 y 148 de la Ley 44698, ha dado lugar a que en materia de protección al consumidor se pueda acudir a la jurisdicción ordinaria o ante la SIC en el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

3.2.4 El numeral 2º del artículo 14 del Decreto 3523 de 2009 establece que al Superintendente delegado para asuntos jurisdiccionales le corresponde, "Adelantar de acuerdo con el procedimiento legalmente aplicable, en única o primera instancia según corresponda de acuerdo con la cuantía, el trámite de los procesos que deban iniciarse en ejercicio de las funciones jurisdiccionales de protección al consumidor"⁹⁹.

3.2.5 De conformidad con el artículo 148 de la Ley 446 de 1998¹⁰⁰ en el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales en este campo, le corresponderá a la Superintendencia aplicar el procedimiento verbal sumario previsto en el Título XXIII del Libro 8o. del Código de Procedimiento Civil¹⁰¹, y de acuerdo con la Sentencia C - 415 de 2002 corresponde el recurso de apelación de la decisión definitiva al "superior jerárquico del juez al cual desplazó la Superintendencia"¹⁰².

3.2.6 En cuanto a las funciones administrativas, hay que tener en cuenta el numeral 1º del artículo 10º del Decreto 3523 de 2009¹⁰³ en donde se otorga facultades administrativas a la Dirección de la Protección del Consumidor, para realizar investigaciones de oficio o a petición de parte por la presunta violación de las disposiciones vigentes sobre la protección al consumidor. En este caso la SIC puede imponer medidas, órdenes, instrucciones y sanciones a través de resoluciones administrativas para la protección del consumidor.

3.2.7 En lo que concierne a la extensión de la doctrina probable del artículo 24 a las funciones jurisdiccionales de protección del consumidor, subraya la Corte que si bien es

cierto no se hace una remisión expresa en la Ley 1340 de 2009 al tema de la protección al consumidor, la indicación del numeral 1º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 de que se entenderá contrario a la libre competencia, “infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor”¹⁰⁴, puede dar lugar a que se interprete que en la aplicación del artículo 145 de la Ley 446 de 1998 se debe acoger dicha disposición.

3.2.8 Sin embargo, como se analizaba en el punto 2 de esta providencia, la Ley 1340 de 2009, específicamente dispone que en ésta se otorgan especiales facultades en el tema de las investigaciones administrativas “por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia” (art. 6) para garantizar la libre concurrencia, evitar abusos de la posición dominante, la competencia desleal y prevenir integraciones empresariales que puedan ser lesivas para el mercado. Teniendo en cuenta este artículo, encuentra la Corte que no se puede interpretar que los términos procesales del Título IV de la Ley 1340, en donde se encuentra contenido el artículo 24 sobre doctrina probable, se pueden hacer extensivos a las facultades jurisdiccionales que tiene la SIC en materia de protección al consumidor del artículo 145 de la Ley 446 de 1998.

3.2.9 Igualmente, se debe tener en cuenta que la extensión del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992¹⁰⁵ que establece que se entenderá contrario a la libre competencia la “infracción de las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de protección al Consumidor”, no da lugar a la interpretación de que todas las normas sobre protección al consumidor del Decreto 3466 de 1982 (Estatuto de Protección al Consumidor), se entienden como lesivas a la libre competencia, sino solamente aquellas referidas a las normas sobre publicidad que afecten la libre competencia¹⁰⁶. En este sentido la entidad supervisora debe tener en cuenta si la violación de las normas sobre publicidad tiene un impacto significativo sobre el mercado que determinen que la libre concurrencia se vea afectada. Es decir que se debe verificar por parte de la Entidad supervisora si con dicha práctica se está afectando la posibilidad de acceso al mercado de los oferentes y las garantías del derecho colectivo del consumidor que se beneficia con la competencia¹⁰⁷.

3.2.10 En suma, siguiendo la interpretación sistemática desarrollada en el punto 2 de esta providencia, en materia de protección al consumidor por publicidad contraria a la libre competencia y especialmente en lo que se refiere a la aplicación del numeral 1º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 contenidas en el Estatuto del Consumidor, se puede entender

que el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 se aplica únicamente en lo que tiene que ver con las competencias administrativas de la SIC y no a las competencias jurisdiccionales. Es decir que en este campo, como establece el artículo 6º de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá conocer de las investigaciones administrativas, imponer las multas y adoptar las demás decisiones administrativas por infracción de estas disposiciones. A contrario sensu, en lo que tiene que ver con las investigaciones jurisdiccionales que tiene la SIC en materia de protección al consumidor del artículo 145 de la Ley 446 de 1998, no se aplicará dicho precepto.

3.2.11 Partiendo entonces de que en materia de competencia desleal y protección al consumidor por publicidad contraria a la libre competencia no se puede dar la extensión del artículo 24 de la Ley 1340 sobre doctrina probable a las facultades jurisdiccionales de la SIC, pasa la Corte a decidir el caso concreto.

4. Consideraciones en torno a la doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009

4.1 Una vez resuelto el problema jurídico relacionado con que la doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 no se extiende a las facultades jurisdiccionales que tiene la SIC, y que por ende no se está vulnerando, como indican los actores, el Preámbulo, ni los artículos 113, 116, 228, 230, 234 y 235 de la C.P., pasa la Corte a realizar una serie de reflexiones en torno a la doctrina probable de carácter administrativo que se establece en dicho artículo. En primer lugar se analizará, si el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, podría ir en contra el precedente que la Corte estableció en la Sentencia C - 836 de 2001 en la interpretación de los demandantes de que ésta sólo puede ser creada por vía constitucional. Resuelto este punto, la Corte realizará una serie de reflexiones en torno a la doctrina probable en sede administrativa.

4.2 Los actores en la demanda hacen referencias constantes al precedente de la Sentencia C-836 de 2001 que declaró constitucional el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 que consagra que, “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. Dicen los demandantes que la “fuerza normativa de la doctrina probable proviene de la autoridad constitucional” y que la potestad

de crear doctrina probable se debe crear “por vía constitucional y no por vía legal”¹⁰⁸.

4.3 En su intervención el Instituto de Derecho Procesal controvierte la opinión de los demandantes sobre este punto y consideran que “No existe norma constitucional que prohíba la observancia de los precedentes administrativos por parte de la administración. Estos por el contrario materializan los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima”. Por otra parte, considera que el apartado del artículo 24 sobre doctrina probable, lo que establece es la posibilidad que en sede administrativa se aplique la técnica del precedente en desarrollo de los principios de igualdad y seguridad jurídica. Del mismo modo, citando la Sentencia T- 545 de 2004, explica que hay que tener en cuenta que cuando se tenga que variar el precedente la entidad supervisora debe fundamentar su variación en razones y motivaciones suficientes que sustenten el cambio para evitar las modificaciones súbitas y descontextualizadas.

4.4 Sobre estas consideraciones, la Corte estima que se debe precisar la correcta interpretación de la Sentencia C - 836 de 2001. Dicha Sentencia en el numeral 6º establece que la fuerza normativa de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia proviene, “(1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”.

4.5 Observa la Corte que esta serie de características que se especifican en el estudio de constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896 pueden ser tenidos en cuenta en la interpretación del apartado del artículo 24 de la Ley 1340. En este caso la autoridad creada constitucionalmente por la vía del artículo transitorio 20 de la Constitución fue la Superintendencia de Industria y Comercio, que tiene el deber de vigilancia y control de la libre competencia en Colombia.

4.6 En este caso no es cierto, como afirman los demandantes, que la vinculación a la doctrina probable solo pueda ser creada por una norma constitucional. El artículo 4º de la Ley

169 de 1896, que vincula a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, tiene jerarquía legal y no constitucional, y se relaciona con principios constitucionales como el derecho a la igualdad (art. 13)¹⁰⁹, confianza legítima¹¹⁰, buena fe (art. 83) y seguridad jurídica. Por esta razón estima la Corte que la interpretación de los demandantes de que en la Sentencia C - 836 de 2001 se estableció que dicha doctrina solo puede ser establecida por la Constitución, es errada.

4.7 La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto¹¹¹. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la *perpetuo similiter judicatarum*¹¹². En Colombia, como se indica en la Sentencia C - 836 de 2001, la figura tuvo origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887¹¹³. Posteriormente en la Ley 105 de 1890 se especificó aun más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal. Finalmente en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia.

4.8 Considera la Corte, que con el apartado sobre doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, se establece la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la SIC en materia de protección a la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo¹¹⁴ que se desarrolla en consonancia con los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. En ese caso se debe aplicar la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada, pero especialmente de que la vinculación a ésta, no debe ser óbice para que teniendo en cuenta el caso concreto, la entidad administrativa se pueda apartar de dicha doctrina motivando con razones suficientes el acto para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas¹¹⁵.

4.9 En suma, la Corte estima que no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la

posibilidad de que se pueda cambiar ésta por parte de la entidad supervisora en situaciones específicas, caso en el cual debe motivar el acto con razones suficientes para evitar la vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

5. Decisión del caso concreto

5.1. Como ha comprobado la Corte, siguiendo una interpretación sistemática de la Ley 1340 de 2009, no se puede hacer extensiva la doctrina probable contenida en su artículo 24 - donde se inserta la frase normativa acusada - a las actuaciones jurisdiccionales que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal y protección al consumidor por publicidad contraria a la libre competencia, y solo puede hacerse extensiva a las actuaciones administrativas que cumpla la SIC en ejercicio de éstas facultades.

5.2 En consecuencia, la Corte no encuentra fundados los cargos expuestos por los demandantes con relación a que con esta norma se pueda dar lugar a la vulneración del principio de separación de poderes contenido en el artículo 113 de la C.P., la excepcionalidad de atribuir funciones jurisdiccionales en materias específicas a las autoridades administrativas del art. 116 de la C.P., la independencia de las decisiones judiciales del artículo 228 de la C.P y los artículos 234 y 235 de la C.P. en donde se establece que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, ya que la doctrina probable del artículo demandado se aplica únicamente a las actuaciones administrativas de la SIC y no a las actuaciones jurisdiccionales. Por esta razón tampoco se podrá sustentar que dicho precepto vulnera el Preámbulo de la Constitución en lo que tiene que ver con el derecho de la paz y el artículo 230 de la C.P., ya que la aplicación del artículo 24 sobre doctrina probable se remitirá únicamente a las actuaciones administrativas y no a las potestades jurisdiccionales de la SIC.

5.3 No obstante lo anterior, y debido a que se pueden presentar problemas de interpretación en la aplicación de la norma demandada por la doble función jurisdiccional y administrativa que cumple la SIC en materia de competencia desleal y protección al consumo, considera la Corte que resulta conveniente condicionar la interpretación del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que la doctrina probable producida por la SIC "solo se aplicará a las actuaciones administrativas relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal".

5.4 Por otra parte, la Corte encuentra pertinente reiterar que teniendo en cuenta la Sentencia C-649 de 2001, existe un deber de información por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, para que en el momento de iniciar una investigación informe al ciudadano o la entidad investigada cuál función se está ejerciendo y a qué procedimiento se encuentra sometido.

6. Conclusiones del fallo

6.1 La Corte estima que el apartado del artículo 24 sobre doctrina probable y legítima confianza de la Ley 1340 de 2009 que establece que “Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”, es constitucional.

6.2 La Corte resolvió el problema jurídico de si dicha norma puede vulnerar el Preámbulo y los artículos 113, 116, 228, 230, 234 y 235 de la Constitución Política (C.P.) ya que a juicio de los demandantes, la jurisdicción ordinaria podría quedar sometida a los criterios dados por una entidad administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), cuando ésta cumpla funciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal y protección al consumidor en los casos de publicidad.

6.3 Después de realizar el estudio de los antecedentes legislativos y el análisis sistemático de la Ley 1340 no encuentra la Corte que se estén vulnerando los artículos constitucionales que reseñan los demandantes, ya que los actos que emite la SIC en su labor de vigilancia, control y protección de la libre y leal competencia son meramente administrativos y no se puede hacer extensivo el apartado de dicho artículo a las competencias jurisdiccionales que cumple la entidad.

6.4 En cuanto a las atribuciones en materia de competencia desleal, encuentra la Corporación que el ámbito de aplicación de la Ley 1340 se extiende no solo a aquellas prácticas relacionadas con la libre competencia propiamente dicha, es decir con la prohibición de prácticas restrictivas e integraciones empresariales lesivas a la libre concurrencia, sino también, por vía del artículo 6º de la misma Ley que se refiere a la regulación de la vigilancia administrativa de la competencia desleal (“Libre y leal competencia”). Igualmente verifica que en materia de protección al consumidor, la remisión del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 que establece que se entenderá contrario a la libre competencia la “infracción de las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de

protección al Consumidor”, no da lugar a la interpretación de que todas las normas sobre protección al consumidor del Decreto 3466 de 1982, se entiendan como lesivas a la libre competencia, sino solamente aquellas referidas a las normas sobre publicidad que afecten de manera significativa la libre concurrencia.

6.5 En este orden de ideas, concluye la Corte que siguiendo una interpretación sistemática relacionada con el concepto de libre competencia que ha dado en su jurisprudencia - Sentencias C- 624 de 1998, C- 815 de 2001 y C-228 de 2010 - como “aquella posibilidad de libre acceso al mercado por parte de los oferentes” que garantizan “la ausencia de barreras o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”, que la doctrina probable del artículo 24 solo se hace extensiva a las atribuciones administrativas de la SIC relacionadas con la regulación y vigilancia de la competencia desleal y la publicidad contraria a la libre competencia.

6.6 No obstante lo anterior, y debido a que se pueden presentar problemas de interpretación en la aplicación de la norma demandada por la doble función jurisdiccional y administrativa que cumple la SIC en materia de competencia desleal y protección al consumo, considera la Corte que resulta conveniente condicionar la interpretación del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que la doctrina probable producida por la SIC “solo se aplicará a las actuaciones administrativas relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal”.

6.7 Además, la Corte encuentra pertinente reiterar que teniendo en cuenta la Sentencia C-649 de 2001, existe un deber de información por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, para que en el momento de iniciar una investigación informe al ciudadano o a la entidad investigada si esta ejerciendo facultades administrativas o jurisdiccionales y a qué procedimiento se encuentra sometido.

6.8 Por último, considera la Corte que no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo, la cual se establece en desarrollo de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta en situaciones específicas, en este caso se debe motivar el acto con razones suficientes por parte de la entidad

supervisora.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar constitucional el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 que establece que, “Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”, en el entendido que este solo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

Presidente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETTEL T CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 En este sentido los demandantes solicitan a la Corte Constitucional que, “... proteja la separación de poderes y no permita que el Legislador convierta una facultad jurisdiccional excepcional de una autoridad administrativa en una forma de romper el equilibrio institucional y vincular los jueces con decisiones de una autoridad de naturaleza administrativa” (Página 4 de la demanda original).

2 Ibíd.

3 Los demandantes citan la Sentencia C-836 de 2001 en donde se estableció por parte de la Corte que, “la fuerza normativa de la doctrina probable proviene de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional [...] esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un ‘plus’ a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria” (Negrilla fuera del texto)

4 Dicen los demandantes que, “En esa medida, el aparte subrayado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 propone o bien que se le quiten las funciones de unificar jurisprudencia y de crear doctrina probable a la Corte Suprema de Justicia en los temas correspondientes a ‘Protección de la Competencia’, o bien propone que haya dos autoridades que crean ‘Doctrina Probable’ para la Jurisdicción Ordinaria en este mismo tema (por definición contrario al propósito de unificar criterios en un solo órgano de cierre)” (Página 6 de la demanda original).

5 Subrayan que esto es así “...porque en lo referente a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia se encuentra prevista la causal de incurrir en actos anticompetitivos por violar las normas del Estatuto de Protección del Consumidor”.

6 El artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 establece: Actos Contrarios a la Libre Competencia. “Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: 1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor; 2. Influenciar a una

empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios; 3. 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". El artículo 44 dispone lo siguiente: "AMBITOS FUNCIONAL. 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".

7 En este sentido, dicen que con la norma demandada "se va a comenzar a crear 'Doctrina Probable', en lo referente a las normas de publicidad contenidas en el Régimen de Protección del Consumidor. Es decir, que vía pronunciamientos sobre 'defensa de la libre competencia', la Superintendencia de Industria y Comercio termina creando 'Doctrina Probable' en el derecho de Consumo (respecto de las normas de publicidad)".

8 Página 8 de la demanda original.

9 Porque dicen los demandantes, "que no hay fundamento constitucional claro para determinar que una entidad conserva intacta su naturaleza administrativa (aunque tenga funciones jurisdiccionales) pueda derivar un 'plus' en la fuerza de sus decisiones con la perversa consecuencia de 'Vincular levemente' a los Jueces Civiles, exigiéndoles una mayor carga argumentativa para poder apartarse de la doctrina sentada por esa entidad".

10 Dicen los actores que en estos casos, "...un mismo Juez puede enfrentarse a dos Doctrinas Probables vigentes y fundamentadas, siendo un despropósito para la unificación de criterios".

12 [Nota No 7 de la demanda] "Dichas acciones y medidas son de carácter judicial y pueden ser adelantadas, por los jueces civiles del circuito o la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades excepcionales de carácter jurisdiccional o al Juez Civil del Circuito del domicilio de la demandada, a prevención y por petición de la parte interesada". Cfr. CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA, Bogotá, veintisiete (27) de julio de dos mil

cuatro (2004). Radicación número: 11001-03-15-000-2000-0659-00(C).

13 Página 26.

14 Ibíd.

15 Ibíd.

16 Página 29

17 Dicen puntualmente, “El fundamento constitucional para que haya solamente un máximo tribunal, que sea órgano de cierre, que sea quien pueda unificar criterios en los temas que le competen y generar una mayor fuerza con sus decisiones para efectos de irradiar con estas el resto de jueces de la Jurisdicción Ordinaria es precisamente lo que quiso el Constituyente al instituir la H. Corte Suprema de Justicia como cabeza de la mencionada jurisdicción. Dentro de los temas que le competen a esta Jurisdicción está la referente al Régimen de Protección de la Competencia”. Especifican los demandantes además que el aparte subrayado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 “propone o bien que se le quiten las funciones de unificar jurisprudencia y de crear doctrina probable a la Corte Suprema de Justicia en los temas correspondientes a ‘Protección de la Competencia’, o bien propone que haya dos autoridades que creen ‘Doctrina Probable’ para la Jurisdicción Ordinaria en este mismo tema...” (Página 38).

18 Especialmente las relacionadas con la infracción de las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor (art. 48 del Decreto 2153 de 1992)

19 Dice el Instituto que, “nuestro concepto no habrá de referirse al tema de si la norma vulnera o no el régimen de separación de las ramas del poder público, ni a las diversas fuentes de la doctrina probable”. (Página 74).

20 Página 76

21 Así se desprende de la interpretación del artículo 1º de la Ley 1340 de 2009 que establece que el objeto de la ley es actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia en las actuaciones administrativas. Del mismo el artículo 3 de la ley dice que “Establece el propósito de las actuaciones administrativas...”, y el artículo 6 que dice que se

establece como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, quien "... 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" (Todas las subrayadas agregadas).

22 El Instituto considera que en este sentido se crea una "doctrina burocrática", es decir que se adopta "una cierta orientación uniforme de la decisión en los casos concretos, respetando en cada nuevo caso el precedente establecido por los anteriores" (ORTIZ DIAZ, José, El precedente administrativo, Documento electrónico: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1957_024_075.PDF).

23 Sobre el principio de seguridad jurídica dice que se trata de la "cognoscibilidad del significado de las normas" y "la previsibilidad de que los poderes públicos, en un caso concreto, actuarán o dejarán de hacerlo y de que, si actúan, lo harán de una manera determinada y no de otra" (Luis María, Díez Picazo, La doctrina del precedente administrativo, Documento electrónico: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1982_098_007.PDF).

24 Cita la Sentencia C-131 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas) en donde se establece que, "El artículo 83 de la Carta Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse al principio de buena fe, el cual, según la jurisprudencia constitucional, se entiende como un imperativo de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida, se presume en todas las actuaciones y se erige en pilar fundamental del sistema jurídico". También dice el Instituto que, "Este principio busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o reclamar ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades (...) el principio de confianza legítima es un mecanismo para conciliar los posibles conflictos que surjan entre los intereses públicos y los intereses privados, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y súbitamente elimina dichas condiciones. Así pues la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe

respetarse" (Página 82).

25 Dice, citando la Sentencia C-836 de 2001, que, "El primer antecedente lo encontramos en el artículo 10 de la ley 153 de 1887, ley que reformó los Códigos Nacionales y las leyes 51 de 1886 y 57 de 1887, que estableció la institución de la doctrina legal más probable en los siguientes términos 'En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable. Posteriormente, la Ley 105 de 1890 sobre reformas a los procedimientos judiciales, en su artículo 371 especificó aun más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal, estableciendo que, 'Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. El artículo 4 de la Ley 169 de 1896, evolucionó la institución de la doctrina probable en los siguientes términos: 'Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores" (Páginas 74 y 75).

26 Página 84.

27 M.P. Alejandro Martínez Caballero

28 M.P. Rodrigo Escobar Gil

29 En este sentido el interveniente cita la Resolución 51694 de 2008 de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se impusieron unas sanciones a las empresas ARGOS, CEMEX y HOLCIM.

30 Dice la Superintendencia que, "Esta política involucra las iniciativas estatales encaminadas a proporcionar una mayor 'rivalidad empresarial efectiva' para promover la eficiencia y asegurar el desarrollo de los mercados en condiciones de libertad e igualdad"

(Página 94).

31 Página 95.

32 El interviniente cita la Sentencia C-557 de 1992 que establece que, “El poder de policía es el conjunto de acciones concretas, de orden material, de que disponen las autoridades para mantener el orden público y controlar los comportamientos que en la sociedad se dirigen a alterarlo...” (Subrayado fuera del texto). Al mismo tiempo, citando a Jorge Enrique Ibáñez, señala que el poder de policía es de origen francés y se refiere a los actos administrativos de regulación orientados a disponer, por razones de ejecución, las funciones de inspección y vigilancia y control de determinados servicios públicos o actividades de interés público (IBAÑEZ, Jorge Enrique, Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Legis, 2007).

33 La SIC cita en su intervención la Sentencia C-214 de 1994 en donde se dice que la naturaleza de la potestad administrativa sancionadora es meramente administrativa y naturalmente difiere de la que le asigna la ley al juez para imponer la pena.

34 Negrilla fuera del texto. Página 99

35 El artículo 10 de la Ley 153 de 1887 dice lo siguiente: “En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”.

36 Artículo 6 de la Ley 1340 de 2009

37 El parágrafo tercero del artículo 116 de la C.P. establece que, “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”.

38 “Artículo 143. Funciones sobre competencia desleal. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”.

39 “Artículo 144. Facultades sobre competencia desleal. En las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, y podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes” (Folio 101 a 103).

40 “Artículo 145. Atribuciones en materia de protección al consumidor. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá, a prevención, las siguientes atribuciones en materia de protección del consumidor, sin perjuicio de otras facultades que por disposición legal le correspondan: a) Ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciante, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se aadecue a las exigencias previstas en las normas de protección del consumidor; b) Ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales si ellas resultan más amplias; c) Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción, la comercialización de bienes y/o el servicio por un término de treinta (30) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte la investigación correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto y/o servicio atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores; d) Asumir, cuando las necesidades públicas así lo aconsejen, las investigaciones a los proveedores u organizaciones de consumidores por violación de cualquiera de las disposiciones legales sobre protección del consumidor e imponer las sanciones que corresponda”.

41 Folio 104

42 El artículo 147 dice lo siguiente: “COMPETENCIA A PREVENCION. <Artículo incorporado en el Artículo 326 numeral 8o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero> La Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte. El Superintendente o el Juez competente declarará de plano la nulidad de lo actuado inmediatamente como tenga conocimiento de la existencia del proceso inicial y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo. El incumplimiento de este deber hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa. Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva, una vez ejecutoriada, hará tránsito a cosa

juzgada". Se reseña también el artículo 148 de la Ley 446 de 1998 sobre el procedimiento que debe seguir la SIC en materia de competencia desleal: "Artículo 148. Procedimiento. El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que reciban la solicitud. Los actos que dicten las Superintendencias en uso de estas facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales" (Folio 101 a 103).

43 Página 104.

44 El interviniente cita la Sentencia C-649 de 2001 que establece que "No obstante, debe anotarse que todas las demás facultades que asigna la norma son administrativas, por lo cual se precisa que atribuciones tales como las de imponer las sanciones pecuniarias y las multas que contemplan los artículos 4.15 y 4.16 del D. 2153 de 1992, mantener un registro de las instrucciones adelantadas, abstenerse de dar curso a las quejas que no sean significativas o dar por terminada la investigación si se otorgan garantías de suspensión o modificación de la conducta investigada, no corresponden al ejercicio de las funciones jurisdiccionales, sino a manifestaciones de la función típicamente administrativa de inspección, vigilancia y control de la transparencia del mercado. Estas competencias administrativas, que también son asignadas por la Ley 446 de 1998, artículo 143, las podrá ejercer la Superintendencia, ya no a prevención con los jueces de la República, sino en cumplimiento de sus funciones" (Subrayado de la interviniente).

45 Página 112

46 Por ejemplo la Sentencia C-1641 de 2000 que establece "La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejerce una función judicial". Del mismo modo cita la Sentencia C-1143 de 2000.

47 Según el cual “el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte” (Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2008, MP. Mauricio González Cuervo. Ver también las Sentencias C-451 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández, C-480 de 2003, MP. Jaime Córdoba Triviño y C-1052 de 2001, MP. Manuel José Cepeda, entre otras).

48 El artículo 116 de la C.P establece: “...Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”. La Corte ha estudiado la posibilidad de otorgar facultades jurisdiccionales a las autoridades administrativas, entre otras en las sentencias: C-592 de 1992, C-212 de 1999, C-037 de 1996. C-672 de 1999, C- 142 de 2000, C-384 de 2000, C - 1143 de 2000, C-1641 de 2000, C- 501 de 2001, C-649 de 2001, SU- 1023 de 2001, C- 415 de 2002, C-1071 de 2002, C-274 de 2003. Para doctrina sobre el tema ver el artículo de Alexei Julio Estrada, “El ejercicio de las funciones judiciales por la administración”, en: II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 275 – 303

49 Senado de la República, Proyecto de Ley número 195 de 2007, Gaceta del Congreso, Año XVI, No 583, Bogotá, 16 de noviembre de 2007. Dicho proyecto fue presentado por el Senador Álvaro Ashton Giraldo.

50 En la Exposición de Motivos se dice que, “En una economía que confía en la iniciativa empresarial como medio para crear riqueza, ingreso y bienestar como la nuestra, la preservación de mercados competitivos está en la base de múltiples objetivos sociales y económicos. En efecto, como lo establece el artículo 1º del Decreto 2153 de 1992, velar por la observancia de las normas que reprimen esas prácticas hace posible lograr varias finalidades. Mejora la eficiencia del aparato productivo nacional; hace posible que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios. También es el instrumento para asegurar que las empresas puedan participar libremente en los mercados y busca hacer posible que en los mercados existan variedad de precios y calidades” (Ibíd, p. 3).

51 Hay que subrayar, que en la Exposición de Motivos se dice que dicha ley por muchas décadas solo representó una declaración de principios por falta de aplicación (*Ibíd*).

52 Dicho Decreto se expidió con base en el artículo transitorio 20 de la Constitución que disponía que, “El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”.

53 El Decreto 2153 de 1992 estableció una serie de medidas y sanciones para evitar el abuso de la posición dominante y prácticas restrictivas de la competencia como las multas o las órdenes de cesar conductas que reprimen indebidamente la competencia. A su vez, estableció el control previo de las integraciones empresariales, que muchas veces se condicionan para poder ser autorizadas y de esta manera garantizar la libre competencia (Senado de la República, Proyecto de Ley número 195 de 2007, *Op. cit.* p. 3).

54 En este sentido dice Jairo Rubio Escobar que, “Uno de los temas que más controversia ha generado en nuestro país, en materia de competencia, es el relativo a la naturaleza de la entidad que debe conocer de las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia y sobre el control ex ante de las integraciones empresariales. Y aunque esta controversia ha sido resuelta, por expertos internacionales que han analizado el tema, a favor de una autoridad única, como se planteó en documentos anteriores, acá se quiere llamar la atención sobre la necesidad de que esa autoridad única sea colegiada, especializada e independiente. La exigencia de que la autoridad sea única debería llevar a que las funciones actualmente asignadas a la Superintendencia – que tiene la cláusula general de competencia – y a las superintendencias Financiera y de Servicios Públicos Domiciliarios, a la Comisión Nacional de Televisión y al Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil sean transferidas a esa autoridad única. Son varias las ventajas que el país

podría llegar a obtener si contara con una autoridad administrativa única y especializada que en adelante cumpliera estas funciones de vital importancia para la competitividad de la economía nacional y para el bienestar general de los consumidores..." (ESCOBAR RUBIO, Jairo, Derecho de los Mercados, Bogotá, Legis, 2010, p. 17).

55 El artículo 2º del proyecto establecía lo siguiente: "Competencia privativa sobre prácticas restrictivas de la competencia y control de integraciones empresariales. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y de promoción de la competencia de que trata la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y las normas que las complementen o modifiquen, o los regímenes especiales para ciertos sectores y actividades, así como en relación con la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal, que tengan efectos principales en los mercados del país, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente de la forma o naturaleza jurídica de quien la desarrolle y cualquiera sea la actividad o el sector económico en que esta se ejecute o produzca efectos. Corresponde igualmente a la Superintendencia de Industria y Comercio ejercer en forma privativa la función a que se refiere el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 y demás normas sobre la materia, en relación con la integración de empresas que tengan efectos en los mercados del país, cualquiera sea el sector o actividad económica de las empresas interesadas en integrarse" (Negrilla fuera del texto).

56 Como la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Seguros y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

57 En la Exposición de Motivos de la Ley 1340 se decía lo siguiente sobre la falta de consistencia, "... la ley también ha confiado a varias Superintendencias la función de reprimir prácticas que restringen indebidamente la competencia. Tal es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la Superintendencia Financiera y de la Servicios Públicos. Aunque la primera de esas entidades actúa sobre la base de una competencia residual, que lleva a actuar cuando la ley no ha asignado a cualquiera de las otras dos, ese reparto de funciones en materia de investigación y sanción presenta dificultades. Son varias esas dificultades (...). En primer lugar, abre espacio para la discusión sobre el alcance de las funciones de cada una de las autoridades encargadas. Ese tipo de

discusión interinstitucional económicamente hablando es infructífero. Lo que produce es incertidumbre jurídica para las empresas sobre la autoridad ante la cual deben responder por sus conductas. En segundo lugar, cada una de esas autoridades puede tener criterios diferentes sobre la aplicación de las normas. En este caso la incertidumbre para las empresas se traslada al campo sustancial donde más efectos indeseables se producen. De hecho, una empresa tiene derecho a saber si lo que hace en el mercado es legal o no. Esa dispersión de funciones entre varias autoridades encargadas de la sancionar prácticas restrictivas de la competencia limita el desarrollo coherente de la libre competencia" (Senado de la República, Proyecto de Ley número 195 de 2007, Op. cit., p. 4).

58 Según lo dispone la Ley 256 de 1996 por "Los Actos y abusos de posición dominante descritos en las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, que afecten intereses particulares". Para la puesta en marcha de dicha función se había establecido en el artículo 13 del proyecto las "Funciones de la División de Asuntos Jurisdiccionales de Competencia", que tenían las siguientes funciones: "1. Instruir las demandas por violación de las disposiciones sobre competencia desleal, prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, 2. Decretar y practicar las pruebas en desarrollo de los procesos jurisdiccionales de competencia desleal, prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia; 3. Proyectar, para la firma de la Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, las siguientes providencias: las que ordenen medidas cautelares; las de fallos definitivos y las que resuelven el recurso de reposición contra el fallo definitivo". Del mismo modo, en el artículo 16 del proyecto remitía al gobierno nacional para que estableciera por decreto la planta de personal de dicha división.

59 Esta inconveniencia de atribuir funciones jurisdiccionales en materia de libre competencia, recoge las recomendaciones de la SIC. El Senador Antonio Guerra de la Espriella en la Ponencia para Primer Debate en el Senado, dice que, "El artículo 5º del proyecto que nos ocupa propone la creación de una división dedicada a los procedimientos jurisdiccionales relativos a prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal, tal y como lo indica el artículo propuesto, se pretende establecer un procedimiento jurisdiccional frente a la violación o inminente violación de los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992. Sobre este particular debo señalar que comparto los argumentos expuestos por la SIC en relación con la inconveniencia de atribuir funciones jurisdiccionales a la misma entidad, en materia de prácticas comerciales restrictivas..." (Antonio Guerra de la Espriella, Senado de la

República, Proyecto de Ley Número 195 de 2007, Ponencia para Primer Debate al proyecto de Ley Numero 195 de 2007, Senado, Gaceta del Congreso, No 169, Bogotá, 23 de abril de 2008, p. 5).

61 Ibíd.

62 Por ejemplo, en la Ponencia para primer debate de la Cámara se dijo que, "Es evidente que los criterios de interpretación unificada del régimen de competencia, la seguridad jurídica como resultado de dicha interpretación y la eliminación del control que en materia de antimonopolios ejercen actualmente distintas entidades de nivel ejecutivo, serán en beneficio y proyección del desarrollo de los mercados en los diferentes sectores económicos del país" (Cámara de Representantes, Proyecto de Ley No 333 de 2008, Ponencia para Primer Debate de la Cámara, Gaceta del Congreso, No 865, Bogotá, 26 de noviembre de 2008, p. 19).

63 Ibíd, p. 19

64 Ibíd, p. 21

65 Cámara de Representantes, Proyecto de Ley No 333 de 2008, 195 Senado, Ponencia para Segundo Debate de la Cámara, Gaceta del Congreso, No 335, Bogotá, 19 de mayo de 2009, p. 19.

66 Ibíd.

67 Informe de Conciliación del Proyecto de Ley No 195 de 2007, Senado, 333 de 2008 Cámara, Gaceta del Congreso No 502, Bogotá, 16 de junio de 2009, pp. 10 - 11.

68Negrilla fuera del texto. Ibíd., p. 11

69 Se da la excepción de la autorización previa de acuerdos y convenios en el sector agrícola en donde dará concepto previo el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, según el art. 5 de la Ley 1340. Igualmente la Superintendencia Financiera conocerá de las integraciones empresariales en donde participen exclusivamente empresas vigiladas por esta entidad (numeral 2º del artículo 9º de la Ley 1340).

70 El artículo 25 de la Ley amplió las multas por violación al régimen de libre competencia de

dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes (SMLV) a cien mil (100.000) SMLV. Este artículo reformó el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992. La Sentencia C-228 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), estableció que estas multas las puede establecer la SIC en ejercicio del derecho administrativo sancionador.

71 La Sentencia C-228 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) declaró constitucional el control administrativo de determinadas operaciones de integración que resulten especialmente relevantes para la estructura del mercado, ya que son una herramienta idónea y pertinente para cumplir con las finalidades estatales relativas al mantenimiento de mercados competitivos.

72 El artículo 14 de la Ley 1340 establece, “BENEFICIOS POR COLABORACIÓN CON LA AUTORIDAD. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas: 1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta. 2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores: a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal, b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración”.

73 Como se resalta en la intervención de la SIC, la Sentencia C-624 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), estableció que, “...la libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita”. Del mismo modo en la Sentencia C-815 de 2001 se dijo que, “La libre competencia se

presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita" (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Igualmente en el numeral 8º de la Sentencia C- 228 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas), en donde se dice que, "En criterio de la jurisprudencia analizada, existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. En ese orden de ideas, 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".

74 La mencionada Sentencia C- 815 de 2001 la Corte establece que, "Se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad. Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades".

75 Como se especifica en el artículo 1º de la Ley 256 de 1996 con relación a la competencia desleal, en donde se indica que, "... la presente ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral uno del artículo 10 bis del Convenio de París aprobado, mediante Ley 178 de

1994".

76 El ya citado artículo 6º de la Ley 1340 de 2009 establece que, "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".

77 "ARTÍCULO 17. PUBLICACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá atendiendo a las condiciones particulares del mercado de que se trate y el interés de los consumidores, ordenar la publicación de un aviso en un diario de circulación regional o nacional, dependiendo las circunstancias, y a costa de los investigados o de los interesados, según corresponda, en el que se informe acerca de:

2. El inicio de un procedimiento de autorización de una operación de integración, así como el condicionamiento impuesto a un proceso de integración empresarial. En el último caso, una vez en firme el acto administrativo correspondiente.

3. La apertura de una investigación por infracciones a las normas sobre protección de la competencia, así como la decisión de imponer una sanción, una vez en firme los actos administrativos correspondientes.

4. Las garantías aceptadas, cuando su publicación sea considerada por la autoridad como necesaria para respaldar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los interesados".

78 El artículo 18 sobre Medidas Cautelares establece que, "Modifíquese el número 11 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 que quedará del siguiente tenor: La autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria".

79 "ARTÍCULO 19. INTERVENCIÓN DE TERCEROS. Los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas

comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de terceros interesados y además, podrán, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación, intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido.

Las ligas y asociaciones de consumidores acreditadas se entenderán como terceros interesados.

La Superintendencia de Industria y Comercio dará traslado a los investigados, de lo aportado por los terceros mediante acto administrativo en el que también fijará un término para que los investigados se pronuncien sobre ellos. Ningún tercero tendrá acceso a los documentos del expediente que se encuentren bajo reserva.

De la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías se correrá traslado a los terceros reconocidos por el término que la Superintendencia considere adecuado

PARÁGRAFO. Adíquese el tercer inciso del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 que en adelante será del siguiente tenor: “Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado y a los terceros interesados, en caso de haberlos”.

80 El artículo 49 del C.C.A. dice que, “No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”.

81 “ARTÍCULO 20. ACTOS DE TRÁMITE. Para efectos de lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo todos los actos que se expidan en el curso de las actuaciones administrativas de protección de la competencia son de trámite, con excepción del acto que niegue pruebas”.

82 “ARTÍCULO 22. CONTRIBUCIÓN DE SEGUIMIENTO. Las actividades de seguimiento que realiza la autoridad de competencia con motivo de la aceptación de garantías para el cierre

de la investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia y de la autorización de una operación de integración empresarial condicionada al cumplimiento de obligaciones particulares por parte de los interesados serán objeto del pago de una contribución anual de seguimiento a favor de la entidad.

Anualmente, la Superintendencia de Industria y Comercio determinará, mediante resolución, las tarifas de las contribuciones, que podrán ser diferentes según se trate del seguimiento de compromisos derivados de la terminación de investigaciones por el ofrecimiento de garantías o del seguimiento de obligaciones por integraciones condicionadas. Las tarifas se determinarán mediante la ponderación de la sumatoria de los activos corrientes del año fiscal anterior de las empresas sometidas a seguimiento durante ese período frente a los gastos de funcionamiento de la entidad destinados al desarrollo de la labor de seguimiento durante el mismo período y no podrán superar el uno por mil de los activos corrientes de cada empresa sometida a seguimiento. Dicha contribución se liquidará de conformidad con las siguientes reglas:

1. Se utilizará el valor de los activos corrientes del año fiscal anterior de la empresa sometida a seguimiento.
2. La contribución se calculará multiplicando la tarifa por el total de los activos corrientes del año fiscal anterior.
3. Las contribuciones se liquidarán anualmente, o proporcionalmente si es del caso, para cada empresa sometida a seguimiento” (Este artículo fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 228 de 24 de marzo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva).

83 Ver el punto 1.3 de los antecedentes.

85 El tema de la competencia desleal en Colombia se encuentra regulado en la Ley 256 de 1996, que se promulgó en desarrollo del numeral 1º del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994. En el artículo 7º de dicha ley y en concordancia con lo establecido por el numeral 2º del artículo 10 bis del Convenio de Paris, se considera que constituye competencia desleal “...todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenceales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de

la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencias del mercado”.

86 Esta línea jurisprudencial conservó lo que se había dicho en la Sentencia C-1641 de 2000, en donde se cuestionaba la constitucionalidad de los artículos 133, 134, 135 y 147 de la Ley 446 de 1998 y 51 y 52 de la Ley 510 de 1999, en las cuales se establece que la ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas siempre y cuando los funcionarios que ejercen esas competencias gocen de independencia e imparcialidad propia de quien ejerce una función judicial.

87 Este presupuesto fue utilizado por ejemplo en la Sentencia T- 145 de 2004.

88 Ver la jurisprudencia desarrollada en el pie de página 48 de esta providencia.

89 El artículo 147 de la Ley 446 de 1998 establece que “La Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte. El Superintendente o el Juez competente declarará de plano la nulidad de lo actuado inmediatamente como tenga conocimiento de la existencia del proceso inicial y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo. El incumplimiento de este deber hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa. Con base en el artículo 116 la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva, una vez ejecutoriada, hará tránsito a cosa juzgada” (Negrillas fuera del texto).

90 El artículo 20 establece que contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones: “1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley. 2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno”.

91 El numeral 1º del artículo 14 del Decreto 3523 de 2009 establece que al Superintendente delegado para asuntos jurisdiccionales le corresponde, “1. Tramitar de acuerdo con el procedimiento legalmente aplicable los procesos en materia de competencia desleal”

92 El artículo 144 de la Ley 446 de 1998, fue modificado por el artículo 49 de la Ley 962 de 2005, que establece que, “Los procesos jurisdiccionales que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal, se seguirán conforme a las disposiciones del proceso abreviado previstas en el Capítulo I, Título XXII, Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. En caso de existir pretensiones indemnizatorias, estas se tramitarán dentro del mismo proceso”. Como indica la Sentencia C-415 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) contra la decisión que decide el proceso procede el recurso de apelación, para que sea conocido por del superior el juez al cual se está remplazando, con base en los criterios de competencia de la Ley 256 de 1996. Dicha jurisprudencia que estudiaba la constitucionalidad del artículo 148 de la Ley 446 de 1998 condiciona el entendimiento de la norma en el sentido “...que el recurso de apelación contra la decisión en la cual se declara incompetente, o el fallo definitivo que dicten las superintendencias en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, debe surtirse ante las autoridades judiciales en la forma como ha sido precisado en esta sentencia. Es decir, interponiendo dicho recurso de apelación ante el superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate”.

93 El artículo 19 del Decreto 3523 de 2009 “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias” establece que quedan vigentes los artículos 1º, 4º numeral 15 incisos 1º y 16, 11 numerales 5 y 6, 24 y 44 a 54 del Decreto 2153 de 1992 “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio”. Por ende, el artículo 48 de dicho Decreto continúa vigente.

94 El Estatuto del Consumidor esta regulado en el Decreto 3466 de 1982.

95 El tema de la protección al consumidor se regula constitucionalmente en el artículo 78 de la C.P que establece que, “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la

comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

96 M.P Eduardo Montealegre Lynett.

97 En esta misma jurisprudencia se dijo que para garantizar el principio de imparcialidad y siguiendo la línea jurisprudencial de la Sentencia C-649 de 2001, que como en materia de protección al consumidor las facultades jurisdiccionales se entremezclan con las labores administrativas, la estructura y funcionamiento de las superintendencias se ajustará, para asegurar que no podrá el mismo funcionario o despacho de la Superintendencia de Industria y Comercio ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos de protección al consumidor, en los cuales ya se hubiera pronunciado con anterioridad, con motivo del ejercicio de alguna de sus funciones administrativas, ya fuere inspección, vigilancia o control en la materia (Numeral 6 de dicha providencia).

98 Dijo la Corte en aquella oportunidad “En principio podría argumentarse que las funciones conferidas por el artículo acusado son administrativas pues la Ley 446 de 1998 no señala expresamente que dichas atribuciones sean judiciales. Además, este artículo hace parte del título IV de la Parte IV de la ley, y por ello no se encuentra en el título I de esa misma Parte IV, que es el que se refiere explícitamente al ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias. A pesar de lo anterior, la Corte coincide con el actor y los intervenientes, en que las funciones conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio por la norma acusada son judiciales, por una razón elemental y es la siguiente. El artículo demandado establece que la Superintendencia de Industria y Comercio “ejercerá, a prevención” varias atribuciones en materia de protección al consumidor. Si existe competencia a prevención para conocer de ciertos casos en esa materia, es claro que se trata de la misma función de índole jurisdiccional, que ejercen los jueces de la república. Además, el artículo 147 de la ley 446 de 1998 dispone, en su inciso 3, que los actos dictados por la Superintendencia en ejercicio de esas funciones a prevención harán tránsito a cosa juzgada. Por su parte, el artículo 148 tercer inciso, establece que los actos dictados por las Superintendencias en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales, pero que la decisión por la cual se declaran incompetentes y el fallo definitivo, serán apelables ante las mismas. Por todo lo anterior, la Corte concluye que las atribuciones conferidas en materia de protección al consumidor a la Superintendencia de

Industria y Comercio son de naturaleza jurisdiccional. Entra pues esta Corporación a examinar si dichas atribuciones judiciales respetan o no los principios constitucionales que rigen el ejercicio de funciones judiciales por autoridades administrativas". (Sentencia C- 1071 de 2002).

99 En el desarrollo de estas funciones según el Decreto puede adoptar cualquiera de las siguientes medidas: "2.1. Ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciente, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se adecue a las exigencias previstas en las normas de protección al consumidor, 2.2. Ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección al consumidor o las contractuales si ellas resultan más amplias, 2.3. Imponer las multas sucesivas que procedan de acuerdo con la ley, por incumplimiento de las órdenes de efectividad de garantías emitidas, 2.4. Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción, la comercialización de bienes y/o servicios por un término de treinta (30) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte la investigación correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto y/o servicio atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores, 2.5. Asumir cuando las necesidades públicas así lo aconsejen, las investigaciones a los proveedores u organizaciones de consumidores por violación de cualquiera de las disposiciones legales sobre protección del consumidor e imponer las sanciones que corresponda".

100 El artículo 148 de la Ley 446 de 1998 establece que, "(...) Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil. Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro del término de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la petición de manera completa. No obstante, en todo el trámite del proceso las notificaciones, la práctica de pruebas y los recursos interpuestos interrumpirán el término establecido para decidir en forma definitiva".

101 Se dispone este procedimiento específicamente en el art. 29 del Decreto 3466 de 1982 para ordenar la efectividad de las garantías mínimas de un bien o servicio. Dice dicho artículo que el consumidor tiene derecho "(...) a cambiar el bien por otro o si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio. En todo caso se podrá también solicitar la indemnización de los

daños y perjuicios a que hubiere lugar". Igualmente se establece dicho proceso para el ejercicio de las acciones indemnizatorias de acuerdo al artículo 36 del Decreto 3466 de 1982.

102 Dicha jurisprudencia condiciona el inciso tercero del artículo 148 de la Ley 446 de 1998 que establece que, "Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaran incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas". Dice la Jurisprudencia de la Corte Constitucional que, "En los casos en los cuales una superintendencia ejerce funciones jurisdiccionales, esa autoridad administrativa se convierte en un juez que debe interpretar la ley, darle aplicación, dirimir conflictos y aplicar el derecho en casos específicos. En virtud del principio de unidad jurisdiccional, dichas entidades comienzan a compartir la estructura jurisdiccional de quien tenía la competencia originalmente Si la Superintendencia suple excepcionalmente la competencia de un juez dentro de la estructura jurisdiccional ordinaria, la autoridad judicial llamada a tramitar la apelación será entonces el superior jerárquico del juez al cual desplazó la Superintendencia".

103 En el numeral 1º del art. 10 del Decreto 3523 de 2009 se establece que la Dirección de Protección al consumidor puede "Decidir y tramitar las investigaciones administrativas que se inicien de oficio o a solicitud de parte por presunta violación a las disposiciones vigentes sobre protección al consumidor cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, e imponer de acuerdo con el procedimiento aplicable las medidas y sanciones que correspondan de acuerdo con la ley, así como por inobservancia de órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia".

104 Decreto 3466 de 1982

105 "ARTICULO 48. ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios.

3. 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".

106 Especialmente el literal d. del artículo primero que define qué se entiende por publicidad comercial, el artículo 14 sobre la exigencia de información veraz y prohibición de inducción a error, el artículo 15 sobre la veracidad de la información en imágenes, el artículo 16 que regula la propaganda comercial con incentivos, los artículos 31 y 32 que fijan la responsabilidad de la producción de la publicidad y el literal f. que le da facultades a la SIC para imponer sanciones administrativas con motivo del incumplimiento de las condiciones de idoneidad o calidad de los productos o por la falta de correspondencia con la realidad o inducción a error de marcas, leyendas o propaganda comercial. (Sobre el particular el texto de Carlos Alberto Velásquez Restrepo, Instituciones de Derecho Comercial, Medellín, Seña Editores, 2008, pp. 297 - 334).

107 Ver la definición de competencia de las Sentencias C- 815 de 2001, reiterada en la Sentencia C- 228 de 2010. Infra pie de página 73.

108 La jurisprudencia y los criterios de la Sentencia C-816 de 2001 sobre vinculatoriedad de la doctrina probable han sido tenidos en cuenta en las Sentencias SU- 120 de 2003, T-663 de 2003, T - 635 de 2003 sobre la doctrina probable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de que la primera mesada pensional debía indexarse. Igualmente en la Sentencia T - 169 de 2005 se estableció que no hay vía de hecho si se acató la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia. En la Sentencia T - 726 de 2006 estableció la Sala que la "Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia a modo de doctrina probable de obligatorio acatamiento considera que el señalamiento en la demanda de una situación contractual fija la competencia en esa jurisdicción, para resolver el litigio con el fin de determinar la existencia de la relación laboral y sus efectos, entre los servidores públicos y la administración" (Negrillas fuera del texto). Del mismo modo en la Sentencia T - 688 de 2003 se estableció las condiciones para apartarse de la doctrina probable vertical y horizontal. Con relación a la posibilidad de apartarse de la doctrina probable de carácter vertical dijo la Sala que, "Dado que la Corte Suprema de Justicia se encuentra en el vértice de la justicia

ordinaria, imponen un precedente vertical del cual los jueces pueden apartarse, siempre y cuando se expongan razones poderosas. Tales razones no pueden apoyarse en meras reflexiones individuales del fallador, sino que tienen que ser el resultado de un análisis y reflexión sobre los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia. Ello demanda (i) que expresamente se considere el criterio de la Corte Suprema y (ii) que se ofrezcan razones para separarse del precedente, que pueden ser: (a) que se establezca que la ratio no se aplica al caso concreto, por existir elementos relevantes en el caso que obligan a distinguir; (b) que la Corte Suprema no haya considerado elementos normativos relevantes, que alteran la admisibilidad del precedente; (c) que desarrollos dogmáticos posteriores al pronunciamiento del tribunal de Casación, basados en la discusión con tal decisión, lleven a la convicción de que es posible adoptar una postura que mejor responde a la institución jurídica; (d) que tribunales superiores, como la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se hayan pronunciado de manera contraria a la postura de la Corte Suprema de Justicia; o (e) que sobrevengan cambios normativos que tornen incompatible con el ordenamiento jurídico, el precedente" (Negrilla fuera del texto). En cuanto a la posibilidad de apartarse del precedente horizontal, dijo la Sala que, "En materia de precedente horizontal deben tenerse en cuenta dos factores. De una parte, el órgano que realice el cambio de precedente y, por otra, las condiciones de realización del mismo. En cuanto al primero, cabe distinguir entre un precedente dictado por un juez unipersonal de aquellos precedentes dictados en corporaciones judiciales, integradas por distintas salas de decisión. En el primer evento no existe dificultad en aceptar la vinculación del precedente al propio juez. Lo mismo no ocurre respecto de corporaciones con diversas salas de decisión. ¿Está la sala de decisión de un Tribunal 2 sometida al precedente fijado en la sala de decisión 1 del mismo Tribunal? La Corte Constitucional considera que sí, por dos razones independientes entre si. La estructura judicial del país y el funcionamiento de los tribunales y la Doctrina probable en aquellas áreas en las cuales la Corte Suprema de Justicia, no ejerce, por razones legales, funciones de unificación de la jurisprudencia y la interpretación de los textos legales, tal tarea es encomendada a los tribunales superiores de distrito judicial, quienes habrán de replicar dicha función en su jurisdicción. Por lo mismo, les son aplicables las reglas sobre precedente y doctrina probable".

109 Dice la Corte en la Sentencia C - 836 de 2001, "El fundamento constitucional de la fuerza

normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley –entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico- y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad –como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces”.

110 Sobre la aplicación de dicho principio en sede administrativa ver el libro de María José Viana Cleves, El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. Igualmente el texto de Gabriel Valbuena Hernández, La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la Responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

111 En la Sentencia C - 836 de 2001 se establece que, “La palabra probable, que hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica respecto de la doctrina, no implica una anulación del sentido normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema”.

112 Sobre el particular ver el artículo de Eduardo Sodero, “Sobre el cambio de precedentes”, en: Isomomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No 21, octubre de 2004, pp. 217 - 255 , pie de página 13. Ver: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/57938329212471831976613/015131.pdf?incr=1>

113 Que según dicha jurisprudencia, “...adicionó y reformó los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la Ley 57 de 1887, establecía que '[e]n casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”

114 Sobre el tema del precedente administrativo ver los textos de ORTIZ DIAZ, José, “El precedente administrativo”, en: Revista de Administración Pública (RAP), No 24, 1957, pp. 75 - 115 (Ver: <http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=1&IDN=24&IDA=21996>); DIEZ - PICAZO, Luis María, “La doctrina del precedente administrativo”, en: RAP, No 98, 1982, pp. 7

- 46 (Ver: <http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=1&IDN=98&IDA=23242>). Del mismo modo, el libro de DÍEZ SASTRE, Silvia, El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante, Madrid, Marcial Pons, 2008.

115 Por ejemplo en la Sentencia T - 334 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) se dijo que, "La observancia del principio en manera alguna implica que todas las decisiones de la administración en la aplicación de una norma deban ser necesariamente iguales; pues el dinamismo de los hechos y variedad de situaciones que sirven de sustento a la subsunción de las hipótesis legales puede dar lugar a diversos puntos de vista en la definición de la situación concreta. Es mas, puede existir divergencia de interpretación en las normas por los distintos funcionarios encargados de ejecutarlas; inclusive el funcionario puede variar su criterio sobre la forma en que ha venido interpretando una determinada disposición. En consecuencia, lo que importa, con miras a asegurar la vigencia del principio, es que las interpretaciones que se apartan de un precedente administrativo se justifiquen en forma razonada y suficiente para que el trato diferente sea legítimo". En el mismo sentido en la Sentencia T - 545 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnet) que, "La Corte considera importante indicar que, así como se acepta en el ámbito jurisdiccional la posibilidad de que los jueces se aparten de sus interpretaciones anteriores o de las interpretaciones de sus superiores bajo ciertos requisitos, es también posible que la administración varíe sus posiciones jurídicas en determinados eventos. En efecto, esta situación es perfectamente plausible en el ordenamiento jurídico colombiano, sin que con ello necesariamente se presente un desconocimiento al derecho a la igualdad de trato o a la igualdad ante la ley. Sin embargo, ello no significa que exista una habilitación absoluta para que la administración decida en cada caso y según su parecer los asuntos sometidos a su competencia. Por el contrario, cuando los funcionarios administrativos se vean enfrentados a esta eventualidad, deberán (i) aplicar la misma línea conductora exigida por la jurisprudencia constitucional para el cambio de los precedentes judiciales, respetando obviamente las diferencias que existan entre ambas situaciones, (ii) ser concientes [sic] de que el cambio en la interpretación debe estar correctamente sustentado y motivado: el funcionario administrativo debe hacer explícitas las razones por las cuales se aparta de la hermenéutica anterior, (iii) omitir modificaciones súbitas o descontextualizadas: de una parte, el funcionario no puede cambiar la interpretación de repente, y de la otra, debe permanecer atento al cambio de las circunstancias históricas o de la situación socioeconómica del país, es decir, debe atender el contexto en que operará su determinada aplicación del derecho; y por

último, y obviamente (iv) consultar los cambios introducidos en las fuentes formales del derecho y en las interpretaciones de los tribunales encargados de la unificación". Por último en la Sentencia T - 688 de 2003 (M.P Eduardo Montealegre Lynnet) se dijo que, "Para efectos de separarse del precedente por revisión son necesarios dos elementos. De una parte referirse al precedente anterior y, por otra, ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio. El primer requisito es respuesta al principio de interdicción de la arbitrariedad, pues sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia. El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones *ex novo*, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido *rations decidendi*, que los ciudadanos legítimamente siguen. A partir de la referencia al precedente anterior, es posible entrar a ofrecer argumentos suficientes que justifiquen su abandono o revisión. No se trata, en este orden de ideas, simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta indispensable demostrar que los argumentos que soportan el precedente no son válidos, suficientes, correctos, etc. El juez tiene la obligación de motivar sus decisiones. Ello implica el justificar su postura frente a otras consideraciones que han sido base de decisiones anteriores. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho. Sin dichas razones, el cambio de jurisprudencia será simplemente la introducción de un acto discriminatorio, incompatible con la Constitución". La idea de que el precedente horizontal vincula a todas las salas de decisión se reiteró en la Sentencia T - 340 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnet).