

EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA:

Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2010 *

Ingrid Ortiz Baquero¹

Contenido

INTRODUCCIÓN	1
I. EL CASO	2
1. LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD	2
2. LAS INTERVENCIONES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO	3
II. ANÁLISIS DEL FALLO	4
1. LAS FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA	4
1.1 Planteamiento General	4
1.2 Consideraciones de la Corte Constitucional.....	4
1.3 Comentario:	7
2. LA DOCTRINA PROBABLE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	16
2.1 Planteamiento General	16
2.2 Consideraciones de la Corte Constitucional.....	16
2.3 Comentarios	17
CONCLUSIÓN	27

INTRODUCCIÓN

La regulación de la denominada “doctrina probable” en el ámbito del Derecho de la libre competencia es uno de los aspectos más llamativos de la Ley 1340 de 2009, *por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia* (en adelante Ley 1340/2009).

La Corte Constitucional en su sentencia del pasado 30 de junio, C-537/2010, exp. D-7942, con ponencia del magistrado JUAN CARLOS HENAO, declaró la constitucionalidad del apartado del artículo 24 de la Ley 1340/2009 que dispone: “Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”. En su fallo, la Corte condicionó la constitucionalidad de la norma al indicar que el apartado demandado debe entenderse aplicable únicamente a “las decisiones de la

* Este artículo fue presentado a la revista el día 26 de septiembre de 2010 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 30 de noviembre de 2010, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho comercial y Magister en Responsabilidad contractual y extracontractual, civil y del Estado de la misma Universidad. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Doctorada del programa de Doctorado en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal”.

En este comentario se analizan los argumentos desarrollados por la Corte para declarar la constitucionalidad de la disposición demandada. Este análisis se realiza a partir del estudio de los que a nuestro juicio son los temas principales que aborda la sentencia: en primer lugar, el sistema o modelo de aplicación de las normas de libre competencia vigente en Colombia y, en segundo lugar, el valor del precedente administrativo y su regulación a través de la figura de la “doctrina probable”.

I. EL CASO

1. La demanda de inconstitucionalidad

El origen del fallo se sitúa en la interposición de una acción pública a través de la cual dos ciudadanos demandaron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 24 (parcial) de la Ley 1340/2009, que literalmente 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.

Para los demandantes la norma se refiere a las decisiones que adopta la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) en el desempeño de sus funciones tanto administrativas como judiciales. Bajo esta premisa consideran que la aplicación de la “doctrina probable” hace posible que una decisión adoptada por la SIC (entidad del orden administrativo) en ejercicio de sus funciones judiciales termine siendo vinculante para los jueces, lo que en su juicio constituye una injerencia indebida del poder ejecutivo en la administración de justicia².

A partir de este análisis, afirman los demandantes, el artículo 24 de la Ley 1340/2009 vulnera el artículo 230 C. P. que establece que los jueces en el ejercicio de sus funciones sólo están sometidos al imperio de la ley; asimismo, el artículo 113 de la C. P. que regula la separación de poderes y, por último, el artículo 228 C. P. que instituye el principio de independencia judicial.

De otra parte, estiman que la potestad para crear “doctrina probable” sólo puede ser establecida constitucionalmente, por lo que solo le corresponde a la Corte Suprema de Justicia el desarrollo de esta potestad. En consecuencia, sostienen que el artículo 24 de la Ley 1340/2009, al reconocer competencias a la SIC en este ámbito, vulnera las normas constitucionales que regulan los poderes y las funciones de aquélla (arts. 234 y 235 C. P.). En esta misma línea, sostiene que en la norma demandada también se viola el artículo 116 C. P. en la medida en que la concesión de facultades

² La sentencia aborda los argumentos de la primera y segunda demanda de inconstitucionalidad en los apdos 1.1. a 1.19 del capítulo III del fallo. Adicionalmente, la Corte realiza una exposición y una síntesis de los cargos para precisar los motivos de inconstitucionalidad en el apdo. 2.1 del capítulo VI de las consideraciones de la Corte.

jurisdiccionales a una entidad administrativa no puede ser la regla general ni una vía de usurpación de las funciones de la jurisdicción ordinaria.

Para los demandantes los argumentos empleados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-836/2001, para sustentar la constitucionalidad del artículo 4.º de la Ley 169 de 1896 (referente a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia), no son aplicables a la SIC. En su opinión, constituye un despropósito y un atentado contra el principio constitucional de la paz, reconocer que dos entidades pueden establecer “doctrina probable” en los mismos asuntos, para el caso, en materia de protección de la competencia.

2. Las Intervenciones dentro del Procedimiento

En el curso del procedimiento intervinieron en defensa de la constitucionalidad de la norma el Instituto Colombiano de Derecho Procesal (en adelante el Instituto) y la SIC.

Para el Instituto las competencias de la SIC a las que se refiere la Ley 1340/2009 son exclusivamente de carácter administrativo. Sobre esta base y atendiendo los argumentos expuestos por la Corte en la Sentencia C-836/2001 concluye que la variante de la “doctrina probable” en los procedimientos de carácter administrativo que adelanta la SIC no vulnera la Constitución y, en cambio, cumple un “efecto disciplinador institucional” que materializa los principios de igualdad, seguridad, buena fe y confianza legítima.

Adicionalmente, el Instituto defiende la pertinencia y la utilidad de la aplicación del precedente administrativo y la importancia de que las autoridades de este orden sustenten los cambios de orientación en sus decisiones. Por esta razón, recomienda la declaración de constitucionalidad condicionada de la norma, que a su juicio debe entenderse referida únicamente a las decisiones que adopta la SIC en el ejercicio de las funciones administrativas que le corresponden.

Por su parte, la SIC, tras hacer un recuento sobre la regulación constitucional del derecho a la libre competencia, sus formas y perspectivas de protección, recalca su condición de autoridad única en el ámbito de la protección de la competencia (art. 6.º Ley 1340/2009), en el cual admite y destaca que sólo cumple funciones y tiene facultades de carácter administrativo.

La SIC sostiene que las decisiones a las que alude el artículo 24 de la Ley 1340/2009 son decisiones de carácter administrativo y no jurisdiccional, por lo que la “doctrina probable” no tendría el efecto de precedente vertical que le imputan los demandantes, más aún si se tiene en cuenta que la SIC no es superior jerárquico de los jueces civiles ni sus decisiones les resultan vinculantes.

De otro parte, en su concepto 4911 de 23 de febrero de 2010, el procurador general de la Nación señala que la demanda carece de fundamentos por no indicar con suficiente claridad las razones por las que la figura de la “doctrina probable” viola la Constitución, ni precisar tampoco los motivos que impiden hablar de precedentes superintendenciales.

Para el Ministerio Público la demanda incumple los requisitos establecidos por el artículo 2.º del Decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional para que sea precedente una acción pública de inconstitucionalidad. Por estas razones se

recomienda a la Corte Constitucional inhibirse de proferir un fallo de fondo sobre el caso.

A pesar de estas consideraciones, el procurador deja señalada la importancia de los precedentes administrativos como un medio de protección de la confianza legítima de los administrados y como un instrumento que confiere seguridad jurídica a los procedimientos que se adelantan ante la SIC .

II. ANÁLISIS DEL FALLO

1. LAS FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

1.1 Planteamiento General

Para la Corte resulta esencial definir si la norma demandada (apdo. final del art. 24 1340/2009) se refiere sólo a las funciones administrativas que desempeña la SIC, o también incluye las funciones de carácter judicial a su cargo.

Al no indicar la norma qué tipo de decisiones abarca, los demandantes consideran que las decisiones que adopta la SIC en el ejercicio de sus funciones judiciales podrían terminar por vincular a los jueces civiles. Este efecto vinculante de carácter vertical es el que a su juicio resultaría contrario a las normas constitucionales que establecen la separación de poderes, que regulan la independencia judicial y que señalan el imperio de la ley como fuente principal de la actividad judicial.

1.2. Consideraciones de la Corte Constitucional

Para definir el alcance del artículo 24 de la Ley 1340/2009, la Corte se plantea diversos interrogantes, a saber: ¿Qué clase de competencias atribuye la Ley 1340/2009 a la SIC ? ¿Qué funciones desarrolla la SIC en el ámbito de la protección de la libre competencia?, y si ¿puede aplicarse el artículo 24 de la Ley 1340/2009 a las decisiones que adopta la SIC en el ejercicio de sus funciones judiciales y administrativas en materia de competencia desleal y protección al consumidor?

A través de estas preguntas la Corte busca establecer el ámbito concreto dentro del cual tiene aplicación la figura de la “doctrina probable” y la medida en la que su desarrollo interviene con las funciones a cargo de los jueces. Con este fin, lo primero que hace es analizar los antecedentes legislativos y el texto de la Ley 1340/2009.

Después de valorar la exposición de motivos, lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley 1340/2009, y las continuas referencias hechas en el procedimiento legislativo a la necesidad e importancia de dotar de consistencia y uniformidad la aplicación administrativa de las normas de libre competencia, la Corte concluye que en este ámbito las facultades que ejerce la SIC son exclusivamente de carácter administrativo.

Ratifica su conclusión al verificar que la propuesta relativa a la atribución de funciones jurisdiccionales a la SIC en materia de libre competencia, incluida en el texto original

del proyecto (denominado Proyecto Ashton)³, se eliminó en el curso del primer debate adelantado ante el Senado de la República.

Refuerza su análisis al interpretar sistemáticamente el texto de la Ley 1340/2009 e identificar las principales atribuciones que corresponden a la SIC en cuanto a la vigilancia, control y sanción de las prácticas anticompetitivas (arts. 3.º, 6.º, 18, 25, 26). Analiza además la ubicación del artículo 24 en el título IV de la Ley 1340/2009, para concluir de nuevo que las competencias que se asignan a la SIC en esta ley son exclusivamente de naturaleza administrativa y que no se observa norma alguna que establezca competencias jurisdiccionales en este ámbito.

Interpretando conjuntamente lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 1340/2009 –que adiciona el artículo 46 del Decreto 2153/1992– con lo dispuesto en el artículo 6.º –que le confiere a la SIC la condición de autoridad única–, concluye que la Ley 1340/2009 acoge una interpretación amplia de la protección de la competencia, que comprende la investigación y sanción de las prácticas restrictivas (actos, acuerdos y abusos de la posición de dominio), la vigilancia de las integraciones empresariales y las prácticas de competencia desleal respecto de las que la SIC ejerce vigilancia administrativa.

Todos estos argumentos llevan a la Corte a concluir que el apartado demandado del artículo 24 de la Ley 1340/2009 no vulnera el principio de separación de poderes, en la medida en que los actos que emite la SIC en su labor de aplicación de las normas de libre competencia son de carácter administrativo y no –como lo imputaban los demandantes– de naturaleza jurisdiccional. Tampoco se vulneran los preceptos que establecen que el máximo órgano en el ámbito de la jurisdicción ordinaria es la Corte Suprema de Justicia ni aquellos que regulan sus funciones, en la medida en que la SIC no ejerce competencias jurisdiccionales (en el ámbito de la protección de la competencia) que puedan chocar con los fallos o con la doctrina probable sentada por aquélla de conformidad con el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896.

En este orden de ideas, se concluye –dando así respuesta a los dos primeros interrogantes señalados *up supra*– que la “doctrina probable” a la que alude el apartado del artículo 24 de la Ley 1340/2009 se refiere únicamente a las decisiones

³ El proyecto original “por medio de la cual se dictan normas en materia de integraciones y prácticas restrictivas de la competencia”, establecía en sus artículos 4.º y 5.º la asignación de funciones jurisdiccionales a la SIC en cuanto a la aplicación de las normas antitrust. A través de esta medida se pretendía trasladar al ámbito de la libre competencia la experiencia ya ganada en los asuntos de competencia desleal. Estas normas disponían: “*Artículo 4.º. Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.* Asígnensele funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio 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 las normas que las complementen o modifiquen, o los regímenes especiales para ciertos sectores y actividades. *Artículo 5.º. Procedimiento jurisdiccional ante la infracción o la inminencia de infracción de las disposiciones sobre acuerdos.* Actos y abusos de posición dominante descritos en las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, que afecten intereses particulares, se podrán intentar ante la Superintendencia de Industria y Comercio o los jueces civiles del circuito, a prevención, las mismas acciones previstas para la infracción o inminencia de infracción de las normas sobre competencia desleal, en la Ley 256 de 1996. Para el efecto, la Superintendencia y los jueces, según corresponda, seguirán el procedimiento previsto para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que les corresponden en relación con comportamientos de competencia desleal y podrán liquidar los perjuicios correspondientes en los mismos términos previstos para los casos de competencia desleal. Antes o durante el procedimiento se podrán pedir y decretar las medidas cautelares previstas para los procesos declarativos”.

que adopta la SIC en desarrollo de las funciones de carácter administrativo que cumple en el ámbito de la protección de la competencia.

Definida la naturaleza de las funciones y competencias que atribuye la Ley 1340/2009 a la SIC, la Corte entra a establecer si lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley podría extenderse al ámbito de las funciones administrativas y jurisdiccionales que desarrolla esta entidad, materia de competencia desleal y protección a los consumidores.

En el terreno de la competencia desleal tanto el legislador como la jurisprudencia han reconocido –no sin dificultades y debates– que la SIC cumple funciones de orden administrativo (art. 143 Ley 446/1998) y además funciones judiciales (arts. 143, 144 y 147 Ley 446/1998)⁴. En este punto, la Corte de nuevo recurre a la interpretación sistemática del artículo 24 de la Ley 1340/2009 y a la interpretación armónica de su texto junto con lo dispuesto en el artículo 6.º de la misma ley, para concluir que también en materia de competencia desleal la figura de la “doctrina probable” únicamente tendría aplicación en lo referente a las decisiones que se adoptan en desarrollo de las competencias de carácter administrativo.

En el contexto de la protección al consumidor en el que la SIC dispone igualmente de facultades jurisdiccionales (art. 145 Ley 446/1998) y administrativas (num. 1 art. 48 Decreto 2153/1992, y num. 1 art. 10 Decreto 3523 de 2009), la Corte reitera una vez más la interpretación sistemática del artículo 24 de la Ley 1340/2009, de sus antecedentes legislativos y de lo dispuesto en el artículo 6.º, para concluir de nuevo que la figura de la “doctrina probable” no se puede aplicar a las decisiones que se toman en ejercicio de las facultades jurisdiccionales sino únicamente respecto de aquellas que se adoptan en desarrollo de las facultades administrativas.

Por lo demás, considerando que no toda infracción a las normas de protección al consumidor constituye a su vez un ilícito contra la libre competencia, se precisa que sólo en caso de los actos de publicidad que atentan contra el adecuado funcionamiento del mercado (num. 1 art. 48 Decreto 2153/1992) habrá lugar al desarrollo de competencias administrativas por parte de la SIC y sólo dentro de este contexto a la aplicación de la figura de la “doctrina probable”.

Del análisis hecho por la Corte puede concluirse lo siguiente:

- a) La SIC cumple en el ámbito de la aplicación de las normas de libre competencia únicamente funciones de carácter administrativo que se rigen por lo dispuesto en la Ley 155/1959, en el Decreto 2153/1992 y en la Ley 1340/2009.
- b) La figura de la “doctrina probable” a la que se refiere el apartado demandado del artículo 24 de la Ley 1340/2009, se aplica únicamente a las decisiones que adopta la SIC en el ejercicio de las funciones administrativas que le competen en materia de protección de la competencia, competencia desleal y protección al consumidor.
- c) La “doctrina probable” de la SIC no vulnera las normas constitucionales que regulan la independencia del poder judicial, la separación de poderes, ni la norma que dispone que la ley es la fuente principal de las decisiones judiciales. Las decisiones administrativas de la SIC pueden coexistir y

⁴ Cfr. sentencias de la Corte Constitucional C-384/2000 y C-649 de 2001.

compatibilizarse con las funciones que en materia de protección de la competencia corresponden a los jueces, quienes en ningún caso ven limitada su autonomía o independencia por la intervención administrativa.

1.3. Comentario:

La Corte Constitucional, a través de una interpretación sistemática de la Ley 1340/2009 y de sus antecedentes legislativos, concluye que las funciones que desarrolla la SIC en materia de protección de la competencia son exclusivamente de carácter administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la competencia desleal y de la protección de los consumidores, en los que además dispone de funciones jurisdiccionales.

Las conclusiones de la Corte confirman que el legislador colombiano se ha decantado (desde la aprobación de la Ley 155/1959) por un modelo público de aplicación del derecho de la libre competencia (también denominado en estos comentarios como derecho antitrust). Bajo este sistema se ha encomendado a la SIC como autoridad del orden administrativo, la vigilancia y el control de los mercados, la sanción de las conductas anticompetitivas y el restablecimiento de la libre competencia cuando ésta ha sido reducida, eliminada o falseada.

Nuestro comentario pone en evidencia que junto a la aplicación “pública” de las normas de libre competencia a cargo de la SIC también los jueces civiles aplican estas disposiciones (Ley 155/1959, Decreto 2153/1992 y Ley 1340/2009), cuando tienen que establecer los efectos civiles derivados de los comportamientos anticompetitivos, esto es, cuando declaran la nulidad absoluta de los acuerdos restrictivos o la responsabilidad civil de los infractores.

1.3.1. Los sistemas de aplicación de las normas de libre competencia

Históricamente la aplicación de las normas de libre competencia ha seguido dos sistemas: un modelo de carácter público o administrativo (*public enforcement*) que en su mayoría han empleado los países de tradición continental-europea⁵; y un modelo privado o judicial (*private enforcement*) que ha sido y es el predominante en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, en el cual las acciones judiciales – fundamentalmente de daños– son la principal vía de aplicación de la normativa antitrust⁶.

⁵ La mayoría de los países europeos antes de la aprobación del Reglamento (CE) 1/2003 (excepto Austria y Finlandia) seguían el modelo público de aplicación de las normas de libre competencia, en el que se confería a las autoridades de carácter administrativo el deber legal de salvaguardar el orden público económico y garantizar la estabilidad y el funcionamiento adecuado del sistema de economía de mercado. También han seguido este modelo los países de Centro y Suramérica, en los que la aplicación de las normas de competencia se encuentra asignada a entidades de carácter público-administrativo que desarrollan funciones y procesos de esta naturaleza, y que tienen a su cargo la sanción de las infracciones a través de la imposición de deberes de comportamiento y de sanciones pecuniarias.

⁶ El sistema de *private enforcement* en EE. UU. se rige por la sección 7.^a de la *Sherman Act* de 1890 y la sección 4.^a de la *Clayton Act* de 1914. En estas normas se dispone el derecho de las víctimas a entablar las *treble damage actions*, es decir, a obtener una indemnización por el triple de los daños sufridos a consecuencia de una infracción de la normativa antitrust.

Sobre la forma en que funciona el sistema norteamericano y su comparación con el sistema europeo, véase DAVID J. GERBER. “Private enforcement of competition law US experience and European plans”, en GIAN ANTONIO BENACCHIO y MICHELE CARPAGNANO (a cura di). *Il private*

Las diferencias establecidas entre estos modelos responden a diversos criterios, a saber: la naturaleza jurídica de la autoridad que tiene competencia para aplicar las normas antitrust, los intereses que con carácter prioritario atienden estas autoridades, las finalidades con las que desarrollan sus funciones y, desde luego, los procedimientos y las potestades de los que disponen⁷.

Así, en efecto, en un *sistema de carácter público* la aplicación de las normas de libre competencia corresponde por regla general a entidades de carácter administrativo (del orden nacional, local o sectorial). Se busca a través de la aplicación pública proteger el interés general (entendido como el orden público económico) que recae sobre el adecuado funcionamiento del mercado, y restablecer las condiciones de competencia a favor de los distintos operadores del mismo y, en especial, de los consumidores. Para el cumplimiento de estos propósitos las autoridades de competencia pueden dar órdenes, prohibir conductas e imponer sanciones de carácter administrativo, e incluso sanciones de orden penal, si en el ordenamiento jurídico aplicable el ilícito antitrust es a su vez un delito.

En un *sistema de private enforcement* o de *aplicación privada* la competencia para la aplicación de las normas antitrust corresponde a los jueces, que intervienen y desarrollan sus funciones motivados por las acciones de los particulares para quienes la infracción de estas normas es el fundamento de sus acciones o excepciones judiciales.

La finalidad esencial del sistema de *private enforcement* –pero no la única– es la protección de los derechos de los particulares que han resultado afectados por las conductas anticompetitivas. Por esta razón, las declaraciones de los jueces se desenvuelven en el ámbito privado y, concretamente, en la declaración de nulidad absoluta de los acuerdos anticompetitivos o la responsabilidad civil de los infractores⁸.

*enforcement del diritto comunitario della concorrenza: Ruolo e competenze dei giudice nazionali, Atti del II Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio, Italia, Cedam, 2009, pp. 33-54; R. PRESTON MCAFEE, HUGO M. MAILON and SUE H. MAILON. "Private v Public: A Strategic Analysis", Journal of Public Economics and Emory Public Law [en línea], Research Paper No. 06-4. [ref. 12 de noviembre de 2009], disponible en web: <http://ssrn.com/abstract=775245>, p. 1; HANNAH L. BUXBAUM. "Private enforcement of competition law in the United States –the optimal deterrence and social cost", en JÜRGEN BASEDOW (ed.). *Private enforcement of EC competition law*, Holanda: Kluwer, 2007, pp. 43-46; LANDE, Robert H y DAVIS Joshua P., "Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases", *University of San Francisco Law Review*, n.º 82, 2008, disponible también en la web: <http://ssrn.com/abstract=1090661>, pp. 881-883; WOUTER P. J. WILS. "Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?", *World Competition*, vol. 26, n.º 3, 2003, pp. 476-477 y FERNANDO GARCÍA CACHAFEIRO. "El Giro Norteamericano del Derecho Antitrust comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1.º de la Sherman Act", *RDM*, n.º 256, 2005, p. 632.*

⁷ Cfr. ASSIMAKIS KOMNINOS. *EC Private Antitrust Enforcement, EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford, Hart, 2008, p. 6.

⁸ Ha de precisarse que el modelo de *private enforcement* no excluye la protección ni la valoración del interés público por parte de los jueces. En otros términos, lo "privado" es el régimen en general y no el alcance de la función que desempeñan los jueces cuando aplican las normas comunitarias o las normas nacionales de competencia. En este sentido, véase IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ. "La tutela judicial de la defensa de la competencia", en LUCIANO PAREJO ALFONSO y ALBERTO PALOMAR OLMEDA (dirs.). *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, Madrid, La Ley, 2008, p. 474 nota 369, que al respecto señala: "... Por tanto la aplicación del derecho de la competencia por parte del juez es tan pública como la de las autoridades de defensa de la competencia,

Establecer cuál de los modelos de aplicación es mejor, más eficiente o simplemente más conveniente es una compleja y teórica, ya que en la mayoría de los casos ambos sistemas concurren⁹. De antaño el tema ha sido objeto de debate sin que hasta el momento se haya logrado una posición unánime de la doctrina¹⁰.

En Europa por ejemplo, el tema adquirió especial actualidad y relevancia con ocasión de la modernización del derecho de la competencia. Se suscitó entonces un serio debate sobre las ventajas de cada modelo y la pertinencia de implementar un sistema de *private enforcement* tanto comunitario como nacional. Como consecuencia, la doctrina se dividió entre los que consideraban necesario priorizar la actividad pública y, aquellos otros, para quienes las acciones privadas eran la vía más idónea para una aplicación eficiente de las normas de libre competencia.

Un ejemplo de las posiciones enfrentadas que ha originado el tema es el debate suscitado entre WOUTER P. J. WILS con ocasión de su artículo "Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?", replicado por CLIFFORD A. JONES a través de su artículo "Private enforcement in Europe: A policy analysis and reality check".

tanto cuando tutela prioritariamente un interés privado, como cuando defiende un interés público de declaración de nulidad de una conducta...". En esta misma línea de argumentación RICARDO ALONSO SOTO. "El interés público en la defensa de la competencia", en SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE y, AMADEO PETITBÒ JUAN (dirs.). *La modernización del Derecho de la Competencia en España y la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 41, que indica: "... el interés público ha de obrar como límite de la actuación judicial al dictar sentencia, de modo que no podrá resolver en contra o prescindiendo de las normas que regulan la competencia y deberá actuar en beneficio del mercado, favoreciendo la eficiencia económica. Asimismo el juez deberá resolver sobre la transacción acordada por las partes en función del interés público de preservar la competencia en el mercado". Más sobre la protección del interés público por parte de los jueces en ROBERTO PARDOLESI. "Private enforcement: Da Com'eravamo alle prospettive di un futuro incisivo", en GIAN ANTONIO BENACCHIO y MICHELE CARPAGNANO (a cura di). *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: Ruolo e competenze dei giudice nazionali, Atti del II Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio*, Italia, Cedam, 2009, p. 22 que señala: "... Ma no è corretto affermare, come sovente avviene, che la mano pubblica persegue l'interesse sovraindividuale al corretto dispiegarsi della concorrenza nel mercato, mentre l'azione privata mira a proteggere gli interessi individuali di consumatori e concorrenti. Una siffatta impostazione non fa giustizia al ruolo svolto dalle Corti impegnate ad applicare la disciplina antitrust nel contesto di un contezioso privatistico: pur dovento decidere liti inter partes, esse devonno aver riguardo all'impatto complessivo sul mercato (si che all'interesse va comunque riconosciuto un ruolo strumentale", y en ASSIMAKIS KOMNINOS. *EC Private Antitrust Enforcement*, op. cit., pp. 12-13: "... of course it is true that courts will basically adjudicate inter parts based on facts and law as pleaded and proven in the adversial process. It is also true that courts, unlike public authorities, do not enjoy an authority's broad investigatory powers and, in any event, lack the power to investigate non- parties to the litigation or the industry as a whole. On the other hand, courts do in fact have to consider economic public policy in their judgments when the dispute in question has a wider impact on the market. In this sense, private interests play a complementary role to the public interest".

⁹ ROBERTO PARDOLESI. "Private enforcement", op. cit., p. 18, precisa: "... Ma quale sia il mix ottimale, como cioè i due parametri vadano rapportati, é questione decisamente controversa".

¹⁰ La confrontación de los modelos de aplicación de las normas de competencia y el debate sobre cuál de ellos es el mejor es un tema ampliamente debatido por la academia. Un ejemplo de ello es la controversia suscitada entre WILLIAM LANDES y RICHARD POSNER, por una parte (con ocasión de su artículo "The private enforcement of law", *Journal of Legal Studies*, n.º 4 de 1975, pp. 1-46) y DAVID FRIEDMAN, de otra ("Efficient institutions for the private enforcement of law", *Journal of Legal Studies*, n.º 13, 1984, pp. 379-397). Cfr. además el conflicto entre WOUTER P. J. WILS y CLIFFORD JONES (cfr. notas al pie 10 y 11).

WILS planteaba en su estudio que el *public enforcement* es un sistema claramente superior al modelo de aplicación privada y que no existían razones para promover o conferir un rol complementario a éste en el ámbito europeo¹¹. JONES, por su parte, destacaba la importancia de la aplicación privada, su pertinencia, su adecuación al ordenamiento comunitario y los beneficios derivados de este sistema como complemento del *enforcement* público¹².

El debate entre estos autores y el de la doctrina en general se zanjó –aunque no definitivamente–¹³ con la aprobación del Reglamento (CE) 1/2003¹⁴ (en adelante Reg. 1/2003), en cuyo artículo 6.º se dispuso que los jueces nacionales de los Estados miembros de la UE son competentes para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos arts. 81 y 82 del TCE)¹⁵.

Así las cosas, tras la “modernización” el debate sobre la aplicación de las normas antitrust ha adquirido un enfoque distinto en Europa. Por un lado, las instancias comunitarias buscan promover la consolidación del sistema de aplicación judicial, para

¹¹ Cfr. WOUTER P. J. WILS. “Should private antitrust”, op. cit., pp. 473-488.

¹² Cfr. CLIFFORD A. JONES. “Private enforcement in Europe: A policy analysis and reality check”, *World Competition*, vol. 27, n.º 1, 2004, pp. 13-24.

¹³ En su reciente artículo “The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages” WILS reitera la superioridad del *public enforcement* en relación con la efectividad del contenido de las normas antitrust, la función de *deterrence* y la sanción de las conductas anticompetitivas. Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en el año 2003, en esta oportunidad WILS reconoce que a efectos de obtener fines “compensatorios” y cumplir objetivos de justicia correctiva, las acciones de daños (*private enforcement*) constituyen un mecanismo superior respecto a la aplicación pública. En esta línea de argumentación concluye que los sistemas de aplicación pública y privada cumplen objetivos distintos, interactúan entre sí y surten efectos el uno sobre el otro; en otros términos, que ambos pueden coexistir y que las ventajas de cada uno de ellos se desarrolla en ámbitos diferentes. Cfr. WILS. “The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages”, *World Competition*, vol. 32, n.º 1, 2009, pp. 15-19. Siguen esta opinión PAOLO CASSINIS. “Rapporti tra public e private enforcement”, en: ENRICO ADRIANO RAFAELLI (a cura di). *VII Convegno. Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 374, y la doctrina por él citada en la nota al pie 24; MARK-OLIVER MACKENRODT. “Private incentive”, op. cit., pp. 170-171, y FRANCISCO MARCOS y ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS. “Damages for breach of the EC antitrust rules: harmonising Tort Law through the back door?”, *Indret* [en línea], n.º 1/2008, [ref. 10 de febrero de 2010], disponible en web: www.indret.es, pp. 9-10.

¹⁴ Reglamento (CE) n.º 1 del 2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2003, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE 2003 L 1/1, de 4 de enero) (en adelante Reg. 1/2003).

¹⁵ Antes de la aprobación del Reg. 1/2003, el TJCE ya había aceptado la aplicación privada en diversos de sus fallos; los primeros, relativos a las acciones de nulidad (total y parcial) de contratos celebrados en contra de las normas comunitarias de competencia y los más recientes referidos a las acciones de daños. Cfr., entre otros, las sentencias de 20 de enero de 1974, asunto 127/1973, BRT-SABAM, de 2 de abril de 1974, Sacchi; de 3 de febrero de 1976, asunto 73/1975, Fonderies Roubaix; de 9 de marzo de 1978, asunto 10/77, Simmenthal, apdo. 6; de 10 de julio de 1980, asunto 37/1979, Estée Lauder, apdos. 13 y 14; de 28 de febrero de 1991, asunto C-234 de 1989, Stergios Delimitis; de 18 de marzo de 1997, asunto C-282/95P, Guérin Automobiles, apdo. 39, así como, las observaciones contenidas en las sentencias del TPI de 10 de julio de 1990, asunto T-51/1989, Tetra Pak, apdo. 42, y de 18 de septiembre de 1992, Automec, apdos. 90 y 93. También pueden verse la sentencia del TPI de 27 de octubre de 1994, asunto T-34/1992, Fiatagri UK y New Holland Ford, y las sentencias del TJCE de 14 diciembre de 1995, asuntos acumulados C-430/1993 y C-431/1993, Van Schijndel y de 1 de junio de 1999, asunto C-126 de 1997, Eco Swiss y, más recientemente, las sentencias del TJCE de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, Masterfoods; de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, Courage, y de 13 julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi.

garantizar la efectiva protección de los derechos de los particulares; y, por otro, pretenden que este modelo funcione armónicamente con la aplicación de carácter público, que continúa teniendo un lugar preeminente a nivel europeo y nacional.

La experiencia europea y la realidad práctica demuestran que el debate entre los modelos de aplicación de las normas antitrust, debe plantearse a día de hoy en términos distintos. De hecho, ya nadie niega que la intervención de las autoridades públicas y de los jueces permite una aplicación más efectiva de las disposiciones de libre competencia. El reto que ahora debe superarse es el de conseguir que las autoridades competentes actúen de forma coordinada para lograr una aplicación coherente de los artículos 101 y 102 del TFUE.

1.3.2. *La aplicación pública de las normas de libre competencia en Colombia*

El legislador colombiano optó, desde la aprobación de las primeras normas de competencia, por la implementación de un modelo de carácter público, bajo el cual se encomendó la promoción y la defensa de la competencia a la SIC. Posteriormente, esta entidad compartiría sus funciones de vigilancia de los mercados y de sanción de las conductas anticompetitivas, con otras autoridades del orden administrativo, así por ejemplo, con la Superintendencia de Servicios Públicos, la Superintendencia de Puertos y Transporte y la Superintendencia Financiera, entre otras muchas.

Esta multiplicidad de autoridades con funciones en materia de protección de la competencia suscitó graves problemas de dispersión normativa y de seguridad jurídica. Por esta razón la doctrina planteó en diversas oportunidades la necesidad de reconocer a la SIC como autoridad única, sin perjuicio de aceptar la cooperación de las entidades sectoriales. La Ley 1340/2009 ha acogido esta doctrina en su artículo 6.º.

En el ámbito de la protección de la libre competencia la SIC actúa revestida de facultades administrativas y sigue procedimientos de esta naturaleza (art. 54 Decreto 2153/1992 y art. 6.º de la Ley 1340/2009). Con su acción protege el orden público económico, elimina las conductas que impiden, restringen o eliminan la competencia y reestablece el funcionamiento competitivo de los mercados a favor de los operadores económicos en general, y de los consumidores en particular. Con estos fines adelanta la investigación y la sanción de las conductas anticompetitivas (acuerdos, actos y abuso de la posición de dominio), ejerce el control previo de las integraciones empresariales y desarrolla la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones de competencia desleal.

En el contexto específico de las conductas anticompetitivas la SIC puede, entre otras muchas decisiones, declarar la infracción de las normas de libre competencia, ordenar el cese o la modificación de la conducta restrictiva, imponer las multas que estime necesarias a la empresa así como a su director, administrador o representante legal y ordenar la práctica de medidas cautelares, si ello resulta necesario para garantizar la efectividad de su decisión¹⁶. También puede pronunciarse sobre las garantías presentadas por los presuntos infractores y dar trámite a las solicitudes de clemencia¹⁷.

¹⁶ Cfr., entre otros, el apdo. 2 del art. 2.º y arts. 4.º, 11, 12, del Decreto 2153/1992 y arts. 3.º, 18, 25 y 26 de la Ley 1340/1009.

¹⁷ Cfr. art. 52 del Decreto 2153/1992 y arts. 16 y 22 de la Ley 1340/2009 relativos al ofrecimiento de garantías y su seguimiento y art. 14 de la Ley 1340/2009 relativo al programa de delación.

La Corte Constitucional –en la sentencia que ahora comentamos–, siguiendo una interpretación histórica, legislativa y sistemática de la Ley 1340/2009, llega a la conclusión que en materia de protección de la competencia la SIC desarrolla únicamente funciones de carácter administrativo. Confirma así la preeminencia e importancia de la aplicación pública de las normas de competencia en el ordenamiento colombiano.

Ahora bien, significa lo anterior que ¿sólo la SIC puede aplicar las normas de libre competencia? La respuesta es, a nuestro juicio, claramente negativa. Además de la aplicación pública o administrativa que corresponde a la SIC, en el ordenamiento colombiano los jueces civiles también pueden aplicar las normas de libre competencia, *stricto sensu*, las normas que prohíben las conductas restrictivas.

Un análisis de las experiencias de Derecho comparado indica que los regímenes de libre competencia modernos siguen modelos mixtos de aplicación, bajo los cuales se acepta tanto la intervención de las autoridades administrativas como la de los jueces. En nuestra opinión, el ordenamiento colombiano no es una excepción a esta corriente. Así pues, aunque legalmente aún no se ha regulado un sistema de aplicación judicial de las normas de libre competencia¹⁸, existen distintos casos que permiten concluir que este modelo no es extraño a nuestra experiencia jurídica. Valga señalar como prueba de nuestra afirmación la aplicación de las normas de competencia que corre a cargo de los jueces que deben decidir una acción popular o de grupo por la supuesta infracción del derecho colectivo a la libre competencia, o la aplicación judicial que se logra a través de las acciones de competencia desleal por violación de normas o aquella que adelantan los tribunales arbitrales cuando aplican la Ley 155/1959 y el Decreto 2153/1992¹⁹.

1.3.3. *Los efectos civiles o jurídico-privados derivados de las infracciones a las normas de libre competencia.*

Es un hecho ya reconocido en el Derecho comparado que las infracciones a la libre competencia y, particularmente, las conductas restrictivas no sólo impactan en el funcionamiento competitivo de los mercados sino que además lesionan bienes jurídicos de carácter particular²⁰. Por ello, junto a las medidas y sanciones de carácter público-administrativo (prohibiciones y multas) se admite que los ilícitos anticompetenciales también deben sancionarse desde la perspectiva privada.

Estos efectos civiles o jurídico-privados corresponden en el Derecho comparado y también en el Derecho colombiano a la nulidad absoluta de los acuerdos anticompetitivos y a la responsabilidad civil de los infractores por los daños derivados

¹⁸ El primer intento en este sentido, tal como se indica en la sentencia, corresponde a la propuesta de regulación contenida en el proyecto Ashton que se eliminó en el primer debate adelantado ante el Senado de la República. Cfr. nota al pie 2 up supra.

¹⁹ Cfr. INGRID S. ORTIZ BAQUERO. “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”, *Revista E-Mercatoria*, vol. 7, n.º 1, 2008, pp. 37 y ss.

²⁰ Esto significa que las normas de defensa de la competencia tienen un carácter dual en la medida en que protegen el interés colectivo y además los intereses de los particulares. Sobre la doble protección que ofrecen las normas de libre competencia, véase MARIO BARCELLONA. “Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust”, *Contratto e Impresa*, 2008, p. 122; , Mario LIBERTINI. “Ancora sui remedi civili conseguenti a violazione di norma antitrust”, *Danno e resp.*, n.º 10, 2004, pp. 933-941; íd. “Ancora sui remedi civili conseguenti a violazione di norma antitrust (II)”, *Danno e resp.*, n.º 3, 2005, pp. 237-251.

de la conducta anticompetitiva, cuya declaración corresponde en ambos casos a los jueces civiles:

- A la *nulidad* se refiere indirectamente el artículo 46 del Decreto 2153/1992, al señalar que: “En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, **se consideran de objeto ilícito**” (la negrita es nuestra). De la norma se deduce que los acuerdos restrictivos de la competencia son nulos con carácter absoluto, pues esta es la medida a través de la cual se sanciona la ilicitud del objeto según lo disponen los artículos 1741 y 1742 del C. C.
- Respecto a la *responsabilidad civil* no existe referencia en la Ley 155/1959 ni en el Decreto 2153/1992, tampoco en la Ley 1340/2009. Sin embargo, con base en lo previsto en el artículo 2341 del C. C. tanto la SIC como la doctrina han defendido el derecho de las víctimas de los comportamientos anticompetitivos a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios padecidos²¹.

Ahora bien, ¿Pueden los jueces aplicar las normas de competencia en forma directa? O, ¿se requiere de una decisión administrativa previa de la SIC para que los jueces definan los efectos civiles? Aunque el tema está abierto a la discusión, la doctrina nacional coincide en admitir que los jueces pueden aplicar las normas de competencia tanto en caso de que exista una decisión administrativa previa (que desde luego facilitaría la labor judicial), como de forma directa, esto es, cuando la víctima acude ante juez y solicita que se declare la nulidad o la responsabilidad civil sin que previamente la SIC se haya pronunciado sobre la licitud o ilicitud de la conducta²².

²¹ Inicialmente la SIC había admitido, aunque escuetamente, la procedencia de este efecto de orden jurídico-privado, remitiendo el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria. Cfr. Concepto de la SIC 03034267 del 13 de mayo de 2003: “1.2 *Prácticas comerciales restrictivas*. En materia de prácticas comerciales restrictivas, el fundamento de tal indemnización también lo constituye el artículo 2341 del código civil, y los mismos deben ser solicitados ante la justicia ordinaria”. Recientemente lo ha hecho de forma expresa y contundente en el Peer Review realizado para la OCDE, disponible en web <http://www.oecd.org/dataoecd/33/12/44111213.pdf> [ref. 15 marzo 2010] y en el que se establece: “2.3 [...] La vía judicial es la pertinente para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la conducta anticompetitiva, mediante un proceso de carácter ordinario de responsabilidad civil. Estos procesos pueden ser acciones individuales o acciones de grupo (*class actions*). Los aspectos sustantivos y procesales de las demandas por daños y perjuicios por conducta antimonopolio están regulados por las reglas generales de la responsabilidad civil. Las acciones colectivas por medio de las cuales se puede obtener la protección de la libre competencia se encuentran consagradas en la Ley 446/98 de 1998, que cataloga la libre competencia como un derecho y un interés de carácter colectivo”.

²² En efecto, el profesor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO admite la aplicación judicial directa de las normas de libre competencia y se decanta por un sistema de prejudicialidad cuando el asunto se encuentra sometido a un procedimiento previo ante la SIC o la jurisdicción contencioso-administrativa. Cfr. MIRANDA LONDOÑO. “El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”, *Revista CEDEC*, n.º III, 2002, p. 145. También se pronuncia sobre el tema CARLOS ANDRÉS PERILLA CASTRO. “Propuestas para la protección de la libre competencia ante los jueces civiles”, *BLC* [en línea], n.º 21, febrero, 2006 [ref. de 15 de julio de 2008], disponible en web: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/index.html>, p. 24, quien afirma la procedencia de la aplicación judicial directa de las normas de libre competencia tratándose de la declaración de nulidad absoluta de los acuerdos restrictivos, en los siguientes términos: “Cualquiera de las partes puede solicitar al juez declarar la nulidad del acuerdo anticompetitivo

En este orden de ideas, es claro que tal y como ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos, el sistema de aplicación de las normas de libre competencia vigente en Colombia es de carácter mixto, en la medida en que combina la intervención, las acciones y los procedimientos ante la SIC con la declaración de los efectos civiles a cargo de los jueces.

En conclusión, el hecho de que las competencias de la SIC sean en el ámbito de la protección de la competencia exclusivamente de carácter administrativo, tal como lo confirma y sustenta adecuadamente la Corte Constitucional en el fallo que comentamos, no significa que estas disposiciones no puedan ser aplicadas por los jueces, ni tampoco que las decisiones “de carácter administrativo” de la SIC –sobre todo aquellas que se califican como doctrina probable– carezcan de incidencia e importancia respecto de las funciones que cumplen los jueces cuando definen los efectos civiles de las infracciones a las normas de competencia.

1.3.4. Los efectos de las decisiones de la SIC sobre los jueces

Las conclusiones de la Corte sobre el sistema de aplicación pública de las normas de libre competencia y, concretamente, sobre las facultades administrativas que cumple la SIC en este ámbito, tienen una gran transcendencia a efectos de los cargos de inconstitucionalidad formulados en contra del apartado final del artículo 24 de la Ley 1340/2009.

En efecto, según concluye la Corte, las decisiones que adopta la SIC surten efectos frente a los particulares (destinatarios del acto administrativo) y frente a ella misma, en la medida en que se encuentra obligada a mantener la línea de decisión salvo que las circunstancias del caso justifiquen un cambio de orientación. Bajo esta argumentación la Corte Constitucional señala que incluso si las decisiones de la SIC pueden calificarse como “doctrina probable”, su efecto estará restringido al ámbito administrativo y no podrá extenderse a los jueces, razón por la cual los cargos que se imputan a la norma no pueden prosperar.

A nuestro juicio, a pesar del acierto de estas consideraciones, no se debe excluir de forma absoluta el que las decisiones administrativas de la SIC puedan llegar a tener una incidencia (directa o indirecta) en la labor que corresponde a los jueces en la protección de la competencia, es decir, en su tarea de definir los efectos jurídico-privados derivados de los ilícitos anticoncurrenciales.

que haya a fin de evitar que el mismo produzca efectos jurídicos. En la medida en que se trata de nulidad por objeto ilícito, el Ministerio Público también estaría legitimado para solicitar su declaratoria. A su turno, el juez de oficio puede declarar la nulidad del acuerdo, así la misma no haya sido solicitada por las partes, si la naturaleza anticompetitiva del mismo resulta evidente en un proceso en el cual se debate la validez del contrato”; Y. también es de la misma opinión tratándose de las pretensiones relativas a la reclamación de los daños y perjuicios derivados de las conductas anticompetitivas, al respecto señala: “... En el sistema legal colombiano, cualquier juez puede comprobar y declarar la ocurrencia de una práctica anticompetitiva, ya que la SIC no goza de exclusividad para investigarlas ni para declarar su ocurrencia [...] Lo dicho significa que para iniciar un proceso de responsabilidad civil por conductas anticompetitivas no se hace necesario contar con una previa decisión de la SIC en la cual se declare su existencia sino que el mismo juez encargado del proceso puede investigar su ocurrencia, y en caso de comprobarla, proceder a condenar a los responsables al pago de la indemnización”.

Si la SIC ya ha declarado la ilicitud de una conducta, el juez ante quien se demanda la declaración de los efectos civiles podría valorar la decisión administrativa (resolución sancionadora) como prueba o al menos como un indicio de la ilegalidad del comportamiento. Asimismo, es posible que las consideraciones y calificaciones hechas por la SIC en la parte motiva de su resolución, relativas por ejemplo a la estructura del mercado, a la posición de dominio de la empresa, o a sus conductas abusivas, etc., tengan incidencia en la labor de los jueces, especialmente cuando ellos tienen que definir el daño, la relación causal o el factor de imputación (culpa probada o presunta) para definir la responsabilidad de los infractores.

Este tema de los efectos de las decisiones de las autoridades de competencia sobre los jueces ha suscitado un candente debate en el Derecho europeo²³. Aunque no podemos referirnos en detalle a este punto, en la medida en que excede el objetivo del comentario, es importante llamar la atención sobre su relevancia para posteriores investigaciones.

Baste por ahora con señalar que en un sistema mixto de aplicación de las normas de libre competencia –como el que afirmamos existe en Colombia– la cooperación entre autoridades administrativas y judiciales resulta esencial para garantizar una efectiva y coherente aplicación de las normas antitrust. Baste con precisar además que una de las facetas de la cooperación es precisamente la de admitir que en determinadas circunstancias las decisiones administrativas de la autoridad de competencia pueden llegar vincular o cuando menos orientar la labor de los jueces; en otros términos, en reconocer valor probatorio a las decisiones administrativas (tanto en su parte motiva como resolutoria) cuando estas se incorporan a los procedimientos judiciales en los que se definen los efectos civiles de la conducta anticompetitiva.

Estas observaciones (que ciertamente exceden de la demanda y la sentencia aunque están en conexión con ellas) no afectan el análisis de constitucionalidad ni las conclusiones a las que llega la Corte para considerar exequible la disposición demandada.

²³ En Europa el art. 16.1 del Reg. 1/2003 (art. 16.1) y los puntos 11 a 14 de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 (DOUE 2004 C 101/4, de 27 de abril) establecen –aunque no literalmente– que las decisiones de la Comisión poseen carácter prevalente y vinculante para los jueces nacionales. Por su parte, en el Reino Unido, la sección 58 A de la *Competition Act*. de 1998, insertada por la sección 20 de la *Enterprise Act*. de 2002, establece que las decisiones en firme de la *Office of Fair Trading* como del *Competition Appeal Tribunal* (CAT), relativas a la infracción de los arts. 101 y 102 del TFUE o de los capítulos I y II de la *Competition Act*, son vinculantes para los jueces que conocen del asunto en un procedimiento judicial posterior. El carácter vinculante de las decisiones se refiere a la infracción y a los hechos objeto de controversia, se aplica incluso frente a terceros, pero está limitado a los casos en que las acciones promovidas ante el juez nacional son acciones de daños o demandas de tipo monetario. En Alemania la sección §33.4 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB* (Ley contra las restricciones de la competencia), en la versión que ha resultado de su séptima enmienda (*7 GWB-Novelle*), confiere efecto vinculante a las decisiones de la Comisión, del *Bundeskartellamt* (autoridad administrativa con competencias en la materia), a las sentencias judiciales que revisan la validez de las decisiones administrativas siempre que tengan efectos de cosa juzgada y, por último, a las decisiones de las autoridades de competencia de otros Estados miembros (sean jurisdiccionales o administrativas). El carácter vinculante de las decisiones sólo se reconoce a efectos de las acciones de responsabilidad civil derivadas y únicamente en cuanto se refiere al reconocimiento de la infracción.

En efecto, mientras nuestro comentario se refiere a la posibilidad de que las *decisiones administrativas* de la SIC puedan eventualmente tener incidencia sobre los jueces civiles cuando estos están llamados a pronunciarse sobre los efectos jurídico-privados (nulidad y responsabilidad civil) de las conductas anticompetitivas, la imputación hecha por los demandantes era que la aplicación de la figura de la “doctrina probable” podía acarrear que las *decisiones jurisdiccionales de la SIC* se impusieran –como las sentencias y la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia– a los jueces civiles con competencias en materia de protección de la libre y leal concurrencia.

Al identificar que las competencias de la SIC en este contexto son exclusivamente administrativas, la Corte concluye acertadamente que no cabe alegar su aplicación a manera de precedente vertical sobre los jueces, ni mucho menos su carácter vinculante sobre la base de una posición jerárquicamente superior de la SIC. De nuevo valga reiterar que esta reflexión no excluye según lo indicado *up supra* la posible cooperación entre la SIC y los jueces.

2. LA DOCTRINA PROBABLE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

2.1. Planteamiento General

Resuelto el tema de las facultades que desarrolla la SIC conforme a la Ley 1340/2009, la Corte entra a valorar si la regulación de la figura de la doctrina probable en el ámbito de las actuaciones administrativas se ajusta a la Constitución y al precedente jurisprudencial establecido en la Sentencia C-836/2001.

Los demandantes afirman sobre este punto que el artículo 24 de la Ley 1340/2009 contraviene las disposiciones constitucionales que regulan las funciones de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación y como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria. A su juicio, resulta completamente incoherente que los jueces, además de estar vinculados a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia (art. 4.º Ley 169/1896), lo estén también a la doctrina de la SIC. También afirman los demandantes que el artículo 24 de la Ley 1340/2009 contradice lo dispuesto en la Sentencia C-836/2001, en la medida en que reconoce valor normativo a la “doctrina probable” de la SIC, cuando en este fallo había sostenido que el valor de esta doctrina sólo se podía establecer a nivel constitucional.

2.2. Consideraciones de la Corte Constitucional

El planteamiento de la Corte sobre este punto es bastante claro y sencillo. Para la Corte los argumentos que sustentan la aplicación del precedente judicial también sirven para dar fundamento al precedente administrativo.

La Corte destaca que los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima, así como la necesidad de ejercer un control efectivo de la actividad administrativa, imponen a la SIC –al igual que a los jueces– el deber de atender los criterios, los fundamentos y las argumentaciones que hubiese empleado en la resolución de casos idénticos o análogos.

Adicionalmente y tras mencionar los antecedentes legales de la doctrina probable, la Corte se pronuncia a favor de su aplicación en el ámbito administrativo. Considerando

la jurisprudencia constitucional sobre el precedente judicial, reconoce que la SIC tiene la posibilidad de separarse de sus propias decisiones, debiendo en estos casos exponer y justificar las razones de una nueva orientación, o bien los motivos por los cuales en el caso concreto no resulta adecuado resolver conforme a lo decidido en casos previos análogos o idénticos.

Para la Corte no es correcta la interpretación que hacen los demandantes de la sentencia C-836/2001. A su juicio, el carácter vinculante de la doctrina probable no necesariamente debe ser fijado por una norma constitucional como en efecto lo demuestra el hecho de que se regule en el artículo 4.º de la Ley 169/1896, esto es, en una disposición de rango legal.

2.3. Comentarios

La Corte aborda en la sentencia un tema de la mayor relevancia: el precedente administrativo. Haciendo acopio de los argumentos a partir de los cuales ha defendido la fuerza normativa del precedente judicial, establece que las entidades administrativas –entre ellas la SIC – se encuentran obligadas, al igual que los jueces, a respetar sus propias decisiones y sólo en circunstancias precisas y justificadas pueden cambiar su línea de orientación o bien exponer los motivos para inaplicarla en un caso concreto.

A pesar de la importancia y la novedad del tema, la Corte no profundiza en la figura del precedente administrativo ni en sus características; en cambio, realiza un análisis sucinto sobre la figura de la doctrina probable a la que califica como “una técnica de vinculación al precedente” admisible tanto en el ámbito jurisdiccional como administrativo.

Nuestro comentario destaca los avances de la jurisprudencia constitucional en relación con el valor normativo del precedente y las diferencias entre la “doctrina probable” de las altas Cortes y la “doctrina probable” de la SIC.

2.3.1. Consideraciones generales en torno al precedente judicial

El precedente judicial y el reconocimiento de su valor normativo a través de la figura de la “doctrina probable” tienen origen en lo dispuesto en el artículo 10.º de la Ley 153/1887, el artículo 371 de la Ley 105/1890 y, finalmente, en el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896²⁴.

El artículo 4.º de la Ley 169/1896 (declarado exequible a través de la sentencia C-836/2001) dispone que tres decisiones sobre un mismo punto tienen valor de precedente para los jueces de menor jerarquía (que por ende pueden aplicar la doctrina probable en casos análogos) e igualmente carácter vinculante para la propia Corte Suprema de Justicia que, por ende, está obligada a respetar la línea decisoria que ha definido, salvo que las circunstancias del caso exijan su inaplicación o modificación.

Esta temprana regulación legal del precedente judicial no se vio acompañada de un desarrollo doctrinal y jurisprudencial del tema. De hecho, sólo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 han tenido lugar los grandes

²⁴ Cfr. NELSON HERNÁNDEZ MEZA. “Los principios de igualdad y seguridad jurídica como presupuestos de la doctrina probable”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 18, 2002, pp. 87 y ss.

debates y progresos en torno a este tema. Ha sido la Corte Constitucional la que se ha encargado de reconocer la importancia del precedente como mecanismo de concreción de principios y derechos constitucionales de carácter fundamental²⁵; y ha sido esta también la que ha establecido los requisitos para su aplicación, sus límites y los casos en los que resulta posible a la autoridad –judicial o administrativa– sustraerse de sus decisiones anteriores y establecer una nueva línea decisoria.

Pese a lo anterior, hay que destacar que durante una fase inicial la Corte Constitucional también fue bastante reticente a reconocer valor normativo al precedente judicial²⁶. Una interpretación estricta de lo dispuesto en el artículo 230 de la C. P. y un análisis sobre la tradición jurídica en la que está enmarcado el ordenamiento colombiano (tradición de Derecho continental), conducía inexorablemente a la conclusión de que sólo la ley como fuente principal se imponía a los jueces, mientras la que la jurisprudencia únicamente servía de criterio auxiliar de su actividad.

Sería a partir de 1995, según lo señala BERNAL PULIDO, que la tesis favorable respecto al precedente judicial ganaría terreno en la jurisprudencia constitucional y por esta vía en el ordenamiento jurídico colombiano²⁷. Dicha apertura y cambio de visión exigiría a la Corte, por un lado, recurrir a los principios y derechos fundamentales y, por otro, desarrollar una interpretación más amplia y más flexible del mandato contenido en el artículo 230 de la C. P.

En el desarrollo de esta nueva visión la Corte destacó que el respeto a los precedentes también resulta esencial en los sistemas de tradición continental (derecho escrito) en cuanto garantiza la seguridad y la coherencia jurídica, protege la libertad ciudadana y el desarrollo económico, materializa el derecho a la igualdad y permite controlar la actividad judicial²⁸.

²⁵ Sobre el precedente judicial y los avances de la Corte Constitucional en cuanto al reconocimiento de su valor normativo puede verse BERNAL PULIDO. "El precedente en Colombia", *Revista de Derecho del Estado*, n.º 21, diciembre, 2008, pp. 81-94. También sobre el tema y en particular sobre la Sentencia C-836/2001 puede verse HERNÁNDEZ MEZA. Op. cit., pp. 85-105.

²⁶ Cfr. BERNAL PULIDO. Op. cit., p. 85. En el Derecho comparado también ha existido una fuerte reticencia por parte de la doctrina y de la jurisprudencia a reconocer valor normativo al precedente judicial en los sistemas de derecho de tradición continental. Al respecto puede verse SILVIA DíEZ SASTRE. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 118-121, y ANDRÉS OLLERO TASARA. Op. cit., pp. 89 y ss., que además aborda los argumentos de crítica que se formulan contra al precedente y en seguida rebate cada uno de ellos demostrando su importancia y su adecuación a principios y derechos fundamentales.

²⁷ Sobre los argumentos que sirvieron para imponer la tesis optimistas y favorables al precedente, véase BERNAL PULIDO. Op. cit., p. 86. Comentando la visión favorable del precedente, contenida en la Sentencia T-123/1995 y la línea de argumentación seguida por la Corte, también puede verse HERNÁNDEZ MEZA. Op. cit., pp. 91-92,

²⁸ Sentencia SU-047/1999, apdo. 43. "43. El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas²⁸, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la

En esta misma vía la Corte estableció que cuando el artículo 230 C. P. señala que los jueces están sometidos en sus decisiones al imperio de la ley, se debe entender que hace referencia al “ordenamiento jurídico” en su conjunto y, por lo tanto, también a la jurisprudencia como parte de éste²⁹. En estos términos se afirma que el precedente antes que contravenir la norma constitucional permite garantizar su efectividad.

Tras agotar la fase “dubitativa” la Corte Constitucional, a través de sus sentencias, ha venido dotando de fundamento la figura del precedente judicial, ha señalado además los supuestos de su aplicación, su ámbito concreto de desarrollo y sus límites:

- a. La Corte ha establecido que el precedente judicial realiza el principio de igualdad ante la ley (art. 13 C. P.), conforme al cual situaciones idénticas o análogas deben ser tratadas en principio de la misma forma³⁰. También ha insistido la Corte en que el precedente reviste de seguridad jurídica la función jurisdiccional, de manera que los ciudadanos pueden prever con cierto grado de certeza cómo serán resueltas sus peticiones. Ha reconocido asimismo que el precedente evita la arbitrariedad y que dota de estabilidad la

estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas”.

²⁹ Son significativas en este sentido las consideraciones de OLLERO TASARA. Op. cit., p. 87, que al respecto señala: “... el reconocimiento de la función creativa de la jurisprudencia levanta acta de que la legalidad es en realidad un producto poroso abierto a todo género de sustancias que son las que hacen fértil su contenido. No se trata de liberar al juez de la sumisión a la ley, ni tampoco de restringir su independencia sometiéndolo a algo metajurídico. Se trata de reconocer que la legalidad deja inevitablemente al juez tales ámbitos de libertad que puede dar paso a situaciones en que respetándose aparentemente de modo escrupuloso la ley, llegue a infringirse la Constitución”. Más adelante cuestiona una interpretación cerrada del artículo 117.1 de la Constitución española –que equivale al mandato establecido en el art. 230 de la C. P. de Colombia– así: “¿En defensa de qué valores cabría hoy esgrimir una interpretación descontextualizada del artículo 117.1? Si su texto es tajante no lo es menos el del artículo 9.1, que recuerda el sometimiento de todos ‘los ciudadanos y los poderes públicos’ no sólo a la ley sino ‘a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico’ convirtiendo en inconstitucional cualquier restricción ‘legalista’”.

³⁰ Una evolución semejante ha seguido el precedente judicial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que también le ha reconocido valor normativo sobre la base del principio de igualdad. Cfr. al respecto OLLERO TASARA. “Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial”, *Cuadernos y Debates*, n.º 19, 1989, pp. 75-80, que al respecto señala: “la conexión entre la igualdad ‘en la aplicación de la ley’ y respeto al precedente llega así a convertirse en obvia y resalta a contraria cuando se señala para descartar la infracción de dicho principio, que el órgano aplicador ‘no omitió, sino que tuvo en cuenta sus propios precedentes’ o cuando se afirma, con finalidad similar, que la sentencia impugnada ‘se ajusta escrupulosamente a una doctrina seguida en reiteradísimas decisiones’ por el mismo órgano”. Sobre la construcción del precedente administrativo a partir de la protección de la igualdad en la aplicación de la ley puede verse, además, JOSÉ ORTIZ DÍAZ. “El precedente administrativo”, *RAP*, n.º 24, 1957, pp. 95-99, y DÍEZ SASTRE. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 304-372

administración de justicia y, más recientemente, que también protege los principios de buena fe y confianza legítima³¹.

- b. La Corte Constitucional ha reconocido en sus fallos diversos tipos de precedentes:

En primer lugar, el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia al que se refiere el artículo 4.º de la Ley 169/1896. En este caso, según lo dispone la norma, se requiere que la Corte Suprema haya seguido una misma línea de decisión en al menos tres decisiones para que la “doctrina probable” tenga efectos vinculantes para ella misma y para los jueces de menor jerarquía.

En segundo lugar, ha conferido valor de precedente a las sentencias a través de las que deciden las demandas de tutela, cuya *ratio decidendi* estima obligatoria para los jueces³². A diferencia del supuesto anterior, en este caso no es necesario que haya reiteración, basta una sola decisión para que los jueces estén obligados a acatar la jurisprudencia de tutela.

Y, en tercer lugar, concede valor de precedente a la parte resolutive y a los fundamentos jurídicos de sus sentencias de constitucionalidad y de unificación³³.

En todos estos supuestos el valor del precedente se halla ligado a la especial posición de superioridad que se reconoce a la Corte Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y a la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación y máximo órgano de la jurisdicción ordinaria.

- a. Junto a los casos mencionados, la Corte Constitucional señala que los jueces también se encuentran vinculados por sus propias decisiones. Se trata de un supuesto de auto-precedente que impide que los jueces puedan decidir una nueva situación, idéntica o semejante a otra ya resuelta, de una forma distinta, salvo que entre unas y otras medien diferencias importantes o se hayan producido cambios sociales o normativos que justifiquen la modificación del precedente³⁴.
- b. La Corte ha precisado que el valor de precedente y por lo tanto su carácter vinculante se refiere únicamente a la *ratio decidendi* de las sentencias, esto es, a los argumentos o fundamentos centrales que justifican la decisión adoptada. Se exceptúan de esta regla las sentencias de constitucionalidad y de unificación que se consideran vinculantes además en su parte resolutive³⁵.
- c. De la jurisprudencia de la Corte se desprende que el valor normativo que se reconoce al precedente judicial no sustituye ni reemplaza al de la ley; en

³¹ Cfr. HERNÁNDEZ MEZA. Op. cit., pp. 92-98, que hace un recuento importante de la jurisprudencia constitucional que sostiene la importancia del precedente judicial a partir de la interpretación y aplicación de los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima. Sobre estos puntos son especialmente relevantes las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en sus sentencias SU-047/1999, C-836/2001 y el apartado 4.6 de las consideraciones hechas por la Corte en la sentencia que comentamos.

³² Sentencia SU-047/1999, apdos. 48-53.

³³ Sentencia 1625/2000, M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA Y BERNAL.

³⁴ Cfr. sentencias T-256/1993 y T-321/1998.

³⁵ Cfr. SU-047/1999; SU-1300/2001; T-1022/2002.

realidad se encuentra ligado al de la jurisprudencia en la medida en que a través de ella se concretan los mandatos de la ley. Queda claro también que el precedente no anula la independencia del juez, que en cada caso está obligado a valorar cuál es la norma aplicable y cuál es la consecuencia jurídica que debe imponerse³⁶. Precisamente por este motivo se reconoce que los jueces pueden separarse en determinadas circunstancias de los precedentes establecidos por la Corte Suprema de Justicia e incluso de sus propios fallos (auto-precedente)³⁷. En estas situaciones están obligados a indicar las razones por las que el caso sometido a su decisión no puede ser resuelto conforme a lo dictado en asuntos análogos o idénticos previos, o bien a explicar razonadamente los motivos que hacen necesario modificar la línea de decisión mantenida hasta entonces³⁸.

La posibilidad de desvincularse de sus propias decisiones es incluso aplicable a la Corte Suprema de Justicia y a la Corte Constitucional, que al igual que los jueces de jerarquía inferior, tienen que explicar en su fallo los motivos que inducen el cambio de argumentación respecto de la expuesta en asuntos análogos previos³⁹.

2.3.2. *Los fundamentos del precedente administrativo y de la doctrina probable*

Retomando el análisis hecho en la Sentencia C-836/2001, la Corte precisa que los fundamentos sobre los que se reconoce valor a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia son los mismos que resultan aplicables a la doctrina probable que establece la SIC⁴⁰.

Así, en efecto, retoma los argumentos expuestos en el numeral 6 del apdo 3.2. de la Sentencia C-836/2001 y los traslada al ámbito de las decisiones administrativas que adopta la SIC.

En el citado apartado de la sentencia de 2001 la Corte Constitución había dispuesto:

6. 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

³⁶ Cfr. OLLERO TASARA. Op. cit., pp. 77-78. "La vinculación al precedente no impedirá que el órgano judicial cambie la interpretación de una norma, y con ello dé entrada a un nuevo proceso de normalización jurisprudencial. La sucesión de paradigmas interpretativos en aplicación de idéntico texto legal viene exigida por la historicidad de la realidad social y jurídica, constituyendo una exigencia de justicia".

³⁷ Sentencias C-447/1997; C-400/1998, apdo. 57; SU-047/1999, apdos. 44 y 45 y T-1625/2000, apdo. 3 de las consideraciones de la Corte.

³⁸ Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO. Op. cit., pp. 91-93. Ver, entre otras, las sentencias T-123/1995; T-334/1998; T-545 de 2004, C-037/1996, C-400/1998, SU-047/1999, T-1625/2000, T-569/2001, y la sentencia C-836/2001 así como toda la jurisprudencia que en ella cita.

³⁹ Sobre los requisitos que se debe cumplir para que opere un cambio de precedente se pronuncia la Corte Constitucional en su sentencia SU-047/1999, apdo. 46 y la Sentencia C-1625/2000, apdo. 3. Respecto a la modificación de la doctrina probable, la Sentencia C-836/2001, señala que entre los motivos que pueden motivar a la Corte Suprema de Justicia a cambiar su propia jurisprudencia se encuentran los siguientes: a) Los cambios sociales; b) Que la doctrina probable sea contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, y c) Los cambios legislativos.

⁴⁰ Cfr. apdos. 4.4. y 4.5 del capítulo VI de las consideraciones de la Corte en la Sentencia C-537/2010.

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.

Atendiendo estos argumentos la Corte recalca que se cumple la condición (1) ya que la SIC es una autoridad creada constitucionalmente por la vía del artículo 20 transitorio de la Constitución. En cuanto a las condiciones (2) y (3) precisa que la doctrina probable de la SIC es simplemente una técnica de vinculación al precedente de carácter administrativo que debe desarrollarse de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, seguridad, buena fe y confianza legítima. Y, aunque nada dice del requisito (4), a nuestro juicio también éste sería aplicable, en la medida en que la SIC dispone de un amplio bagaje en temas de libre competencia, que ha venido construyendo y decantando a través de la resolución de los distintos asuntos de los que ha conocido desde el momento de su creación.

A nuestro juicio, los argumentos que emplea la Corte para defender la constitucionalidad del precedente administrativo son correctos. El problema en realidad deriva de la técnica de vinculación escogida por el legislador como canal para reconocer valor normativo al precedente administrativo, esto es, la figura de la “doctrina probable”.

Es claro –como lo asevera la Corte– que el precedente judicial y el administrativo comparten unos principios y valores comunes que les sirven de fundamento⁴¹. En efecto, las entidades administrativas están sometidas al igual que los jueces a los principios constitucionales. Les corresponde por ende en el desarrollo de sus funciones materializar el principio de igualdad (igualdad ante la ley e igualdad de trato) y acatar los principios de buena fe y de confianza legítima⁴² y como consecuencia de ello están obligadas a atender en la resolución de los casos sometidos a su juicio los argumentos y fundamentos adoptados en la resolución de casos previos idénticos o análogos, salvo que existan razones que justifiquen un cambio de orientación⁴³.

⁴¹ DíEZ SASTRE. Op. cit., pp. 266-268.

⁴² Sobre la vinculación de la administración a los principios generales del derecho, cfr. LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO. “La doctrina del precedente administrativo”, *RAP*, n.º 98, 1982, pp. 9-15.

⁴³ Sobre la vinculación del precedente administrativo al principio de igualdad ante la ley, cfr. ORTIZ DíAZ. Op. cit., pp.75-115; DíEZ-PICAZO. “La doctrina del precedente administrativo”, *RAP*, n.º 98, 1982, pp. 10-12 (p. 11): “... para que exista la igualdad jurídica no basta con que la ley sea igual para todos, sino que es inexcusable que a todos les sea aplicada del mismo modo. El principio de igualdad ante la ley tiene que operar tanto en la fase de creación de la norma como en la de su aplicación. Este principio, que en virtud de los artículos 9.º y 53 de la Constitución, vincula a todos los poderes públicos, en la fase de aplicación del Derecho vincula muy especialmente a la Administración pública. Esta es una organización subalterna inserta en el poder ejecutivo y no puede aplicar de modo desigual en dos supuestos similares las potestades, exorbitantes del Derecho común, que le confiere el ordenamiento jurídico”. MAXIMINO FERNÁNDEZ GARCÍA. “El precedente administrativo” [en línea], *Diario La Ley*, n.º 7028, Sección Tribuna, 7 oct. 2008, año XXIX, Ref. D-283 [ref. 20 de agosto de 2010]. “... El derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad [art. 9.3 CE (*La Ley* 2500/1978)] obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que

Asimismo, el precedente administrativo, como el de carácter judicial, reviste de seguridad jurídica y de coherencia la actividad de la administración. El precedente administrativo no anula la discrecionalidad de las autoridades respecto a la resolución de un asunto concreto⁴⁴ sino que simplemente constituye una guía orientativa, de manera que la entidad puede separarse del mismo inaplicándolo o modificándolo siempre y cuando justifique adecuadamente su decisión⁴⁵.

El precedente administrativo es además un factor de mayor seguridad y de confianza para los administrados que, conociendo las decisiones previas de la entidad sobre un asunto determinado, pueden prever con cierto margen de certeza el resultado de un procedimiento⁴⁶. Se trata además de un medio de control de la discrecionalidad administrativa en la medida en que sirve de parámetro para valorar su ejercicio y su alcance⁴⁷.

justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam* singularizada”. Según lo comenta este autor la importancia y fundamento del derecho a la igualdad queda patente en la sentencia del Tribunal Constitucional español 201/2007, de 24 de septiembre; sin embargo reconoce que, dado que el precedente judicial no es vinculante, su fundamento recae más en el principio de seguridad jurídica que en el principio de igualdad.

⁴⁴ Cfr. Díez SASTRE. Op. cit., pp. 274, 292-298 (p. 274): “... La exigencia general de motivación del cambio de criterio pone de manifiesto la función de control de la discrecionalidad que cumple el precedente. La Administración debe justificar su decisión cuando se parte de sus soluciones previas. Ahora bien, ese control se traduce en una mera reducción de la discrecionalidad. El precedente no tiene como efecto el agotamiento del margen de discrecionalidad de que goza la Administración”. Cfr., además, FERNÁNDEZ GARCÍA. Op. cit., “El Precedente Administrativo tiene, pues, aptitud para condicionar las actuaciones presentes de la Administración, exigiéndoles un contenido similar para casos similares, si bien nadie tiene, en principio, un derecho adquirido al mantenimiento de un tratamiento similar a actos anteriores, por lo que no resulta razonable su invocación frente a un cambio de criterio del actuar administrativo, en especial cuando las circunstancias exigen la evaluación de cada caso en concreto. Y más cuando tal actuación administrativa cuenta con la suficiente motivación”. En apoyo de su afirmación el autor cita las sentencias del Tribunal constitucional español 339/2006, de 11 de diciembre y 184/2007, de 10 de septiembre que se refieren al cambio del precedente y los requisitos que condicionan su validez.

⁴⁵ Cfr. ORTIZ DÍAZ. “El precedente administrativo”, op. cit., pp. 100-101; Díez-PICAZO. Op. cit., pp. 23 y ss (p. 23): “La Administración, dentro del marco de la legalidad, goza de un cierto margen de discrecionalidad (procedente de la función de dirección política propia del poder ejecutivo) para fijar el interés público; pero, una vez fijado, dicha discrecionalidad desaparece. Se podría decir que, al hacer esta fijación, la Administración se autovincula y renuncia a los demás posibles criterios sobre el interés público. Sin embargo, parece que en determinados casos debe permitirse a la Administración que cambie su criterio acerca del interés público. Se trata de una elemental exigencia política: lo contrario impediría la más mínima innovación. En cualquier caso, el cambio de criterio no debe admitirse para un caso concreto, sino que debe ser firme y duradero”.

⁴⁶ Cfr. Díez SASTRE. Op. cit., p. 175, y BERNAL PULIDO. Op. cit., p. 86 y nota al pie 12 cuyos argumentos se refieren al precedente judicial, pero a nuestro juicio son perfectamente válidos y aplicables cuando nos referimos al precedente administrativo.

⁴⁷ Cfr. Díez SASTRE. Op. cit., pp. 295-298, que afirma que: “el precedente administrativo no agota la discrecionalidad porque la existencia de un precedente no es una circunstancia de hecho que pueda combinarse con la norma para estrechar el margen decisorio de la Administración en un supuesto posterior”. En este mismo sentido ORTIZ DÍAZ. Op. cit., pp. 95-99; Díez-PICAZO. Op. cit., pp. 43-44 (p. 43): “La doctrina del precedente es, por ello, un instrumento técnico al servicio de los mencionados principios generales del Derecho. Es un medio para detectar si la Administración ha violado estos principios, así como para determinar cuándo puede apartarse de ellos legítimamente”.

Estos argumentos favorables al reconocimiento del valor normativo del precedente administrativo adquieren especial relevancia en un momento en el que se confían a las autoridades de este orden un número cada vez mayor de funciones, en algunos casos, con carácter exclusivo, como sucede respecto a la aplicación pública de las normas de libre competencia⁴⁸. Además tienen especial relevancia, en la medida en que las normas prohibitivas están formuladas en términos generales y admiten un margen bastante extenso de discrecionalidad por parte de la SIC, de forma tal que el precedente se convierte en un instrumento para controlar el respeto al principio de legalidad y para garantizar la estabilidad en la aplicación de estas disposiciones⁴⁹.

2.3.3. *La denominada “doctrina probable” como técnica de vinculación al precedente*

Venimos señalando que el precedente administrativo tiene cabida y encuentra fundamento en los mismos principios y derechos de raigambre constitucional que el precedente judicial. Ahora bien, ¿es correcto hablar de doctrina probable administrativa? Para la Corte Constitucional sí lo es. De hecho manifiesta en este sentido que: “La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto” y más adelante retomando la idea señala: “se trata de una vinculación más formal al precedente administrativo”.

A nuestro juicio, es justamente la expresión “doctrina probable” la que ha dado lugar a los cargos de inconstitucionalidad y a varias de las confusiones en la que se

Es importante llamar la atención respecto al debate que suscita la relación del principio de legalidad y el precedente administrativo. Algunos consideran que cada una de estas figuras se mueve en ámbitos distintos y responden a reglas distintas; otros, en cambio, estiman que el precedente está incluido dentro del principio de legalidad y, en esta medida, que sirve para controlar el ejercicio de las funciones a cargo de las entidades administrativas. Cfr. Díez SASTRE. Op. cit. pp. 276 y ss. (p. 277): “La concepción del precedente administrativo como un instrumento de cumplimiento del principio de legalidad y no del principio de igualdad en la aplicación de la Ley –como habitualmente aparece en la jurisprudencia y la doctrina– es algo excepcional en un sistema jurídico continental como el español. Esta visión acerca al precedente administrativo (en alguna medida) a las concepciones anglosajonas que conectan estrechamente la técnica del precedente con las exigencias de la seguridad jurídica y con la realización de la *rule of law*”.

⁴⁸ De hecho, en este ámbito en concreto, se reconoce que la intervención de la administración resulta ventajosa para los particulares que pueden disfrutar de los beneficios de la especialidad y de la celeridad en la resolución de sus conflictos y la protección efectiva de sus derechos.

⁴⁹ Para ORTIZ DÍAZ. Op. cit., pp. 91, 94-99, el precedente en el ámbito administrativo sólo puede tener aplicación en el ámbito de las competencias discrecionales, toda vez que en el ámbito de las competencias regladas las decisiones de la administración se construyen exclusivamente con apoyo en la ley. Destaca su siguiente reflexión (p. 91) “... Ante dos supuestos objetivamente idénticos no regulados por la ley, bien por imperfección de la misma o por voluntad del legislador, pero ambos integrados o interpretados en el sentido de concesión de potestad discrecional, la resolución por la Administración adoptada para el primero puede vincularle para el segundo o los ulteriores, en virtud del principio de igualdad en la forma que veremos más adelante, ya que la norma jurídica discrecional abarca los dos supuestos de hechos. Obsérvese, que en estos casos estamos en el campo de lo discrecional (*sic*) el precedente obraría en su caso, más que por sí mismo, como instrumento del principio de igualdad”. En contraste con esta opinión, Díez-PICAZO. Op. cit., pp.28-30, considera que el precedente administrativo puede tener aplicación tanto en el ámbito de competencias discrecionales como regladas. En esta misma línea se sitúa Díez SASTRE. Op. cit., 257-259 y 279-283, que también admite la aplicación del precedente en ambos ámbitos de competencia, aunque precisa que en el de las competencias regladas la incidencia es mucho menor.

sustentaron las demandas, en particular, aquellas bajo las cuales los demandantes afirmaban que la “doctrina probable” constituía un mandato a los jueces de acatar las decisiones de la SIC a manera de precedente vertical.

En este sentido es importante recordar que la figura de la “doctrina probable” surgió ligada a la jurisprudencia y a su valor como criterio auxiliar de la función judicial. Que su carácter vinculante se justificó –al menos inicialmente– en la jerarquía y en las funciones asignadas por la Constitución a la Corte Suprema de Justicia⁵⁰ y a la Corte Constitucional como interprete supremo de la C. P. Y que el valor normativo de la “doctrina probable” se reforzó a través del control ejercido sobre los jueces mediante los recursos de casación y de súplica así como de las acciones de tutela contra las sentencias judiciales⁵¹.

En la sentencia que comentamos, la Corte Constitucional traslada los argumentos empleados para defender la “doctrina probable” de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia C-836/2001) al ámbito de las funciones administrativas que desempeña la SIC. A nuestro juicio, si bien es cierto que ambos supuestos tienen una base común, resulta fundamental precisar que existen importantes diferencias entre la forma en que opera la doctrina probable judicial y la doctrina probable de carácter administrativo.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que la SIC no tiene el poder de unificar la interpretación de las normas de competencia, como sí lo tiene la Corte Suprema de Justicia respecto al ordenamiento jurídico en general. Como lo indicamos en el apdo. 1.3 *up supra*, además de la SIC también disponen de competencias para aplicar las normas antitrust los jueces civiles (con algunos límites también los árbitros) cuando definen los efectos jurídicos-privados derivados de los ilícitos anticoncurrenciales, cuando resuelven las acciones populares o de grupo, o cuando revisan las decisiones administrativas. Toda vez que la SIC no es superior jerárquico ni de los jueces ni de los árbitros, estas autoridades gozan de plena autonomía e independencia en la aplicación de las normas antitrust⁵².

De otro lado, es preciso tener en cuenta que cuando se habla de “doctrina probable” tradicionalmente se entiende que existe una línea de decisión que se impone a otros aunque no de forma absoluta. Luego, debemos preguntarnos ¿a quién se impone la doctrina probable de la SIC? La respuesta sólo puede ser, a ella misma. Así las cosas, más que ante un supuesto de “doctrina probable” estamos frente a un caso de auto-precedente administrativo.

⁵⁰ Cfr. Sentencias T-123/1995 y C-037/1996. Cfr. HERNÁNDEZ MEZA. Op. cit., p. 100, quien respecto de la Sentencia C-836/2001 señala: “Otro argumento que sustenta la fuerza vinculante de la doctrina probable de la Corte Suprema, como juez de casación, es que en virtud de que Colombia es un ‘Estado Social de Derecho organizado en forma de república unitaria’, como reza en el artículo 1° constitucional, esto implica que aunque nuestra justicia sea desconcentrada, ésta tiene una jerarquía funcional que funciona bajo el entendido que los jueces inferiores deben atender a las interpretaciones que la Corte Suprema hace del ordenamiento jurídico, por ser el órgano situado en el vértice de la jerarquía dentro de la jurisdicción ordinaria”.

⁵¹ BERNAL PULIDO. Op. cit., pp. 88-89.

⁵² Como lo indicamos *up supra*, un desarrollo más profundo del sistema de aplicación judicial podría conducir a que los jueces civiles reconozcan determinado valor probatorio a las decisiones administrativas de sanción. En este caso nos situamos ante una manifestación de la cooperación entre autoridades administrativas y judiciales y no ante un caso de imposición vertical del precedente administrativo.

A diferencia del precedente judicial –cuyo valor está ligado a la jurisprudencia– el precedente administrativo no está ligado a ninguna fuente del derecho y, en consecuencia, carece por sí mismo de valor vinculante⁵³. Esto significa que el precedente administrativo sólo se hace efectivo a través de la obligatoriedad de los principios constitucionales igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima⁵⁴.

De otro lado, la doctrina en el Derecho comparado coincide en señalar que el precedente administrativo para que pueda operar no requiere de la reiteración, esto es, que basta una sólo decisión para que pueda hablarse de precedente y para que la entidad administrativa tenga que argumentar las razones para decidir un nuevo asunto de forma distinta⁵⁵. En consecuencia, si la exigencia de tres decisiones uniformes en el ámbito judicial tiene sentido como forma de verificar la consolidación de una línea jurisprudencial, en el contexto administrativo dicho requisito carece por completo de justificación.

Por último, cabe destacar que el desconocimiento del precedente administrativo, a diferencia de lo que ocurre respecto a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, únicamente puede dar lugar a la anulación de la decisión en la que no se justificaron adecuadamente las razones de la inaplicación del precedente o su modificación.

La Corte concluye su análisis sobre la constitucionalidad señalando que el motivo de la regulación de la doctrina probable ha sido el de “fortalecer la seguridad jurídica del sistema de protección de la libre competencia en lo que se refiere únicamente a la competencia administrativa de la sic”. Cabría entonces preguntarse si no hubiese sido suficiente para cumplir este fin con hacer referencia al precedente administrativo y a la posibilidad de sustraerse al mismo, en lugar de hacer referencia a la figura de la “doctrina probable” que, como hemos visto, resulta más comprensible en el contexto del precedente judicial.

⁵³ DÍEZ SASTRE. Op. cit., pp. 229 y 273.

⁵⁴ Cuando se habla de doctrina probable en el ámbito judicial se habla de una verdadera fuente del derecho, mientras que en el contexto administrativo en realidad nos encontramos ante “ejemplos de aplicación de las normas, que tienen trascendencia jurídica en cuanto canalizan determinados principios constitucionales”. Cfr. DÍEZ SASTRE. Op. cit., p. 274).

⁵⁵ ORTIZ DÍAZ. Op. cit., pp. 78, 102-103 en contra FERNÁNDEZ GARCÍA, MAXIMINO. Op. cit., quien al respecto señala: “Puede confundirse el concepto del *precedente administrativo* con el concepto de ‘costumbre’, pero doctrinalmente la diferencia ha sido aclarada en el sentido de que aquél puede existir simplemente con un solo acto previo (nosotros consideramos que un solo acto no establece un ‘Precedente’, siendo necesario actos reiterados) que interpreta una norma en un determinado sentido, mientras que la costumbre exige una repetición en el tiempo de numerosos actos de idéntica significación interpretativa. (SANTAMARÍA PASTOR y PAREJO ALFONSO. *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces” (la bastardilla es del texto).

CONCLUSIÓN

La Ley 1340/2009 confiere a la SIC competencias exclusivamente de carácter administrativo. La aprobación de esta ley y en particular lo dispuesto en su artículo 6.º ratifica la preferencia del legislador colombiano por el modelo público de aplicación de las normas de libre competencia.

El carácter prevalente de la protección de la libre competencia a través de la intervención y vigilancia administrativa que corre a cargo de la SIC no excluye en ningún caso la intervención de los jueces en la aplicación de las normas antitrust. Corresponde a éstos establecer y declarar los efectos civiles derivados de los comportamientos anticompetitivos (nulidad absoluta y responsabilidad civil de los infractores), para lo cual pueden actuar o bien con base en una decisión administrativa previa de la SIC o bien en forma directa si no se ha adelantado un proceso sancionador previo.

Atendiendo los antecedentes legislativos de la Ley 1340/2009 y haciendo una interpretación sistemática de su texto, la Corte Constitucional concluye que la figura de la “doctrina probable” únicamente encuentra aplicación en relación con las decisiones que adopta la SIC en el desarrollo de sus competencias administrativas, tanto en el ámbito de la protección y defensa de la competencia, como en el de la competencia desleal y de la protección a los consumidores. Según la Corte, las decisiones administrativas aun siendo doctrina probable sólo se imponen a la SIC y no a los jueces, por lo que el apartado final del artículo 24 de la Ley 1340/2009 no vulnera la independencia judicial, ni la división de poderes, ni el mandato que establece que los jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley.

En este orden de ideas, se puede afirmar, como lo hace la Corte Constitucional, que el fin del artículo 24 de la Ley 1340/2009 es el de brindar una mayor seguridad a los administrados que actúan ante la SIC y dotar de certeza la aplicación de las normas de libre competencia, beneficios éstos a los que habría que añadir que a través del precedente administrativo también se hacen efectivos los principios de igualdad, de buena fe y de confianza legítima.

Por último consideramos que el valor normativo que la sentencia reconoce al precedente administrativo sentado por la SIC no necesariamente ha debido efectuarse a través de la figura de la “doctrina probable”, que en razón de sus orígenes se comprende mejor en el contexto de los precedentes judiciales.