

# LA MAL LLAMADA “DOCTRINA PROBABLE” EN LA LEY 1340 DE 2009

SEBASTIÁN MANTILLA BLANCO<sup>1</sup>

## RESUMEN

La *doctrina probable* es una regla relativa al uso de la jurisprudencia, establecida por primera vez a través de la Ley 169 de 1896, que goza de una larga tradición en el ordenamiento jurídico colombiano. El artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 introdujo recientemente la antedicha institución al derecho de la competencia. Este artículo pretende demostrar que el contenido de la disposición en cuestión admite críticas, tanto desde un punto de vista teórico como práctico.

*Palabras clave:* doctrina probable, jurisprudencia, ordenamiento jurídico colombiano, derecho de la competencia, acto administrativo.

## ABSTRACT

*The so-called doctrina probable is a rule on the use of case law which was first established through Law 169 of 1896 and thus enjoys a long tradition in the Colombian domestic legal system. Article 24 of Law 1340 of 2009 recently introduced the aforementioned institution in Colombian antitrust law. This article's aim is to show why the content of the provision in question admits criticism both from a practical and a theoretical standpoint.*

*Key words:* doctrina probable, case law, Colombian legal system, antitrust law, administrative act.

Fecha de recepción: junio 6 de 2011  
Fecha de aceptación: octubre 12 de 2011

<sup>1</sup> Estudiante de décimo semestre de Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente labora en la firma Gómez-Pinzón Zuleta Abogados S.A.”.

## INTRODUCCIÓN

Al leer desprevenidamente la Ley 1340 de 2009, por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, el lector acucioso de seguro se detendrá unos minutos para examinar con cuidado el artículo 24 del estatuto, que reza:

“Artículo 24. 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”<sup>2</sup>.

En efecto, al revisar normas relativas a las funciones en materia de competencia de una autoridad administrativa, como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio, ningún operador jurídico espera encontrarse con una disposición redactada al mejor estilo decimonónico y que además consagra, bajo el imponente título “*Doctrina probable*”, una regla *similar* a la que en tiempos pretéritos introdujere el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, al subrogar el artículo 10 de la Ley 153 de 1887<sup>3</sup>.

Sin embargo, superada la sorpresa inicial, el operador se verá inmerso en una profunda desilusión, ya que, como se demostrará en el presente ensayo, la curiosa disposición realmente no expresa la *doctrina probable* (I) y, más aún, resulta inconveniente e innecesaria para el adecuado ejercicio de las funciones asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio (II).

### I. EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY 1340/09 NO EXPRESA LA DOCTRINA PROBABLE:

En el presente acápite se mostrará que, a pesar de que las palabras utilizadas en la redacción del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 parecen indicar que la disposición en comento es expresión de la doctrina probable, realmente está muy lejos de serlo. La comparación del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, cuyo contenido corresponde a lo que en el ordenamiento jurídico colombiano se ha conocido desde antaño como *doctrina probable*, y el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, revela la existencia de notorias diferencias de redacción, a las cuales subyacen divergencias de la mayor trascendencia. En efecto, mientras que la Ley de 2009 se limita a disponer que “... *tres decisiones ejecutoriadas* [de la Superintendencia de Industria y Comercio] *uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable*”, la Ley 169 expresa:

2 Ley 1340, 2009, art. 24.

3 Ley 153, 1887, art. 10; Ley 169, 1896, art. 4.

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”<sup>4</sup>.

Es posible identificar al menos tres diferencias entre ambas disposiciones, a saber: el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 se refiere a reglas sentadas a través de actos administrativos y no de decisiones jurisdiccionales (1), no está dirigido a la aplicación de una regla por autoridades diferentes a aquella que la ha elevado a ‘doctrina probable’ (2) y, finalmente, tampoco indica que la autoridad pueda variar su doctrina (3).

### **1. El artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 se refiere a reglas sentadas a través de actos administrativos y no de decisiones jurisdiccionales**

La doctrina probable es una institución que aparece en el ordenamiento jurídico colombiano para facilitar a la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, ejercer su función de unificar la jurisprudencia nacional<sup>5</sup>. En contraposición, el campo de aplicación del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 se restringe a las actuaciones *administrativas* de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Así lo determinó la Corte Constitucional al analizar si la disposición en cuestión “...vulnera el preámbulo y los artículos 113, 116, 228, 230, 234 y 235 de la Constitución Política (C.P.) porque, a juicio de los demandantes, la jurisdicción ordinaria podría quedar sometida a los criterios dados por una entidad administrativa...”<sup>6</sup>. En su estudio de la norma en comento, la Corte encontró al menos dos razones para no extender la ‘doctrina probable’ al ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio por los artículos 143<sup>7</sup>, 144<sup>8</sup>, 145<sup>9</sup> y 147<sup>10</sup> de la Ley 446 de 1998, el artículo 48 del decreto 2153 de 1992<sup>11</sup> y el artículo 14 del decreto 3523 de 2009<sup>12</sup>.

4 Ley 169, 1896, art. 4.

5 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar), 9 de agosto de 2001; Diego López, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, 2ª edición, págs. 3-28.

6 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537/10 (M.P. Juan Carlos Henao), 30 de junio de 2010.

7 El artículo 143 de la Ley 446 de 1998 dispone: “[l]a Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”. Ley 446, 1998, art. 143.

8 El artículo 144 de la Ley 446 de 1998 dispone: “[l]os procesos jurisdiccionales que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal, se seguirán conforme a las disposiciones del proceso abreviado previstas en el Capítulo I, Título XXII, Libro Tercero del Código de

Primero, los artículos 3<sup>13</sup>, 6<sup>14</sup>, 10<sup>15</sup>, 17<sup>16</sup>, 19<sup>17</sup>, 20<sup>18</sup>, 21<sup>19</sup> y 23<sup>20</sup> de la Ley 1340 de 2009 indican que esta regula exclusivamente las competencias *administrativas* de la Superintendencia<sup>21</sup>. En línea con lo anterior, el artículo 24 se ubica en el Título IV de la Ley 1340 de 2009, que –a su turno– contiene disposiciones dirigidas a regular procedimientos *administrativos*.

Segundo, la historia legislativa de la Ley 1340 evidencia que el legislador excluyó conscientemente las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia del campo de aplicación de la misma. En efecto, los artículos 4, 5 y 13 del proyecto original regulaban las funciones jurisdiccionales de la entidad; por ejemplo, el

---

*Procedimiento Civil. En caso de existir pretensiones indemnizatorias, estas se tramitarán dentro del mismo proceso. Parágrafo Transitorio. En los procesos por competencia desleal que conozca la Superintendencia de Industria y Comercio que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, en caso que se solicite indemnización de perjuicios, una vez en firme la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las conductas de competencia desleal, el afectado contará con quince (15) días hábiles para solicitar la liquidación de los perjuicios correspondientes, lo cual se resolverá como un trámite incidental según lo previsto en el Código de Procedimiento Civil”. Ley 446, 1998, art. 144.*

- 9 El artículo 145 de la Ley 446 de 1998 dispone: “[l]a Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá, a prevención, las siguientes atribuciones en materia de protección del consumidor, sin perjuicio de otras facultades que por disposición legal le correspondan: a) Ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciante, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se adecue a las exigencias previstas en las normas de protección del consumidor; b) Ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales si ellas resultan más amplias; c) Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción, la comercialización de bienes y/o el servicio por un término de treinta (30) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte la investigación correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto y/o servicio atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores; d) Asumir, cuando las necesidades públicas así lo aconsejen, las investigaciones a los proveedores u organizaciones de consumidores por violación de cualquiera de las disposiciones legales sobre protección del consumidor e imponer las sanciones que corresponda”. Ley 446, 1998, art. 145.
- 10 El artículo 147 de la Ley 446 de 1998 dispone: “[l]a Superintendencia o el juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte. El superintendente o el juez competente declarará de plano la nulidad de lo actuado inmediatamente como tenga conocimiento de la existencia del proceso inicial y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo. El incumplimiento de este deber hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa. Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva, una vez ejecutoriada, hará tránsito a cosa juzgada”. Ley 446, 1998, art. 147.
- 11 El artículo 48 del decreto 2153 de 1992 dispone: “[p]ara el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: 1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor...”. Decreto 2153, 1992, art. 48.
- 12 El numeral 2 del artículo 14 del decreto 3523 de 2009 indica que el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales es competente para: “[a]delantar de acuerdo con el procedimiento legalmente aplicable, en única o primera instancia según corresponda de acuerdo con la cuantía, el trámite de los procesos que deban iniciarse en ejercicio de las funciones jurisdiccionales de protección al consumidor”. Decreto 3523, 2009, art. 14, num. 2. Sobre el carácter jurisdiccional de estas funciones, véase: Corte Suprema de Justicia, sentencia, Exp. No. 11026, 15 de junio de 2000; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-649/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), 20 de junio de 2001; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1071/02 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), 3 de diciembre de 2002; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537/10 (M.P. Juan Carlos Henao), 30 de junio de 2010.

artículo 5 permitía intentar las acciones por infracción o inminente infracción de las normas de competencia desleal, a prevención, ante la Superintendencia o los jueces civiles del circuito. Por su parte, el artículo 13 del Proyecto listaba como funciones de la División de Asuntos Jurisdiccionales de Competencia de la Superintendencia:

“...1. Instruir las demandas por violación de las disposiciones sobre competencia desleal, prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia. 2. Decretar y practicar las pruebas en desarrollo de los procesos jurisdiccionales de competencia desleal, prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia. 3. Proyectar, para la firma del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, las

- 
- 13 El artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 se titula “*Propósitos de las actuaciones administrativas*”. Ley 1340, 2009, art. 3.
- 14 El artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, al que la Corte Constitucional prestó especial atención en la sentencia C-537/10, dispone: “*La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal...*”. Subraya fuera del texto original. Ley 1340, 2009, art. 6.
- 15 El artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 se titula “*Procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales*”. Ley 1340, 2009, art. 10.
- 16 El artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 se titula “*Publicación de las actuaciones administrativas*”. Ley 1340, 2009, art. 17.
- 17 El artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 dispone: “...[l]a Superintendencia de Industria y Comercio dará traslado a los investigados, de lo aportado por los terceros mediante acto administrativo en el que también fijará un término para que los investigados se pronuncien sobre ellos...”. Subraya fuera de texto original. Ley 1340, 2009, art. 19.
- 18 El artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 dispone: “[p]ara efectos de lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo todos los actos que se expidan en el curso de las actuaciones administrativas de protección de la competencia son de trámite, con excepción del acto que niegue pruebas”. Ley 1340/09, art. 20.
- 19 El artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 dispone: “... se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3o. del artículo 52 del decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa... “Cuando se aleguen vicios u otras irregularidades del proceso, la autoridad podrá resolver sobre ellas en cualquier etapa del mismo, o en el mismo acto que ponga fin a la actuación administrativa”. Subraya fuera de texto original. Ley 1340, 2009, art. 21.
- 20 El artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 dispone: “Las resoluciones de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación y la que decide los recursos de la vía gubernativa, deberán notificarse personalmente conforme al Código Contencioso Administrativo. De no ser posible la notificación personal, el correspondiente edicto se fijará por un plazo de tres (3) días. Los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la competencia, se comunicarán a la dirección que para estos propósitos suministre el investigado o apoderado y, en ausencia de ella, a la dirección física o de correo electrónico que aparezca en el registro mercantil del investigado”. Ley 1340, 2009, art. 23.
- 21 Ley 1340, 2009, art. 6; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537/10 (M.P. Juan Carlos Henao), 30 de junio de 2010.

siguientes providencias: las que ordenen medidas cautelares; las de fallos definitivos y las que resuelven el recurso de reposición contra el fallo definitivo”<sup>22</sup>.

Estas referencias fueron eliminadas desde el primer debate del Proyecto en el Senado de la República, que tuvo lugar el 23 de abril de 2008; la ponencia presentada por el H. Senador Antonio Guerra de la Espriella en dicha ocasión expresaba:

“...El artículo 5° del proyecto que nos ocupa propone la creación de una división dedicada a los procedimientos jurisdiccionales relativos a prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal, tal y como lo indica el artículo propuesto, se pretende establecer un procedimiento jurisdiccional frente a la violación o inminente violación de los artículos 47, 48 y 50 del decreto 2153 de 1992. Sobre este particular, debo señalar que comparto los argumentos expuestos por la SIC en relación con la inconveniencia de atribuir funciones jurisdiccionales a la misma entidad, en materia de prácticas comerciales restrictivas...”<sup>23</sup>.

Posteriormente, la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes incluía una propuesta para otorgar a la Superintendencia facultades jurisdiccionales en materia de prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia. La propuesta no fue aprobada<sup>24</sup>. Así pues, todo indica que el Congreso decidió excluir las actuaciones jurisdiccionales de la agencia de competencia del campo de aplicación de la ley.

Volviendo a la sentencia C-537 de 2010, a pesar de que la interpretación del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 claramente indicaba que la ‘doctrina probable’ no se extendía a las decisiones jurisdiccionales de la Superintendencia, “...*debido a que se pueden presentar problemas de interpretación en la aplicación de la norma demandada por la doble función jurisdiccional y administrativa que cumple la SIC en materia de competencia desleal y protección al consumo...*”<sup>25</sup>, la Corte decidió

22 Senado de la República, Proyecto de Ley No. 195 de 2007 (Presentado por el H. Senador Álvaro Ashton Giraldo), en *Gaceta del Congreso*, No. 583, 16 de noviembre de 2007, art. 13.

23 Subraya fuera de texto original. Senado de la República, Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley No. 195 de 2007 (Presentada por el H. Senador Antonio Guerra de la Espriella), en *Gaceta del Congreso*, No. 169, 23 de abril de 2008, pág. 5.

24 En efecto, se propuso incluir un nuevo artículo titulado “Facultades Jurisdiccionales en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”, que decía: “[I]a Superintendencia de Industria y Comercio tendrá funciones y facultades jurisdiccionales para resolver las controversias originadas en la infracción a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Para tal efecto, se seguirá el mismo procedimiento previsto para la resolución jurisdiccional de los casos de competencia desleal. En caso que se trate de acciones de grupo o de acciones populares, se seguirá el procedimiento previsto en la ley para este tipo de acciones. Parágrafo. Todas las decisiones que la Superintendencia de Industria y Comercio adopte serán apelables, cuando en la legislación que regule el procedimiento que se siga, se haya previsto ese recurso”. Cámara de Representantes, Ponencia para Segundo Debate del Proyecto de Ley No. 333 de 2008, en *Gaceta del Congreso*, No. 159, 25 de marzo de 2009, pág. 11.

25 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537/10 (M.P. Juan Carlos Henao), 30 de junio de 2010.

condicionar la exequibilidad de la disposición en cuestión, “...en el entendido que este solo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal”<sup>26</sup>.

En vista de lo anterior, parece forzado asimilar la regla prevista en el artículo 24 de la Ley 1340 al artículo 4 de la Ley 169 de 1896, que se refiere a la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia, a través de decisiones jurisdiccionales de casación, con la “...primordial finalidad de propender a la recta aplicación de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia...”<sup>27</sup>. Como puede observarse, la esencia de la doctrina probable está en el ejercicio de funciones jurisdiccionales; no podría entonces hablarse con propiedad de una *doctrina probable administrativa*<sup>28</sup>.

## **2. El artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 no está dirigido a la aplicación de una regla por autoridades diferentes de aquella que la ha elevado a ‘doctrina probable’**

El artículo 4 de la Ley 169 de 1896 se refiere a dos tipos de precedentes: (i) el *precedente horizontal*; y (ii) el *precedente vertical*. El primero consiste en que el precedente sentado por una autoridad (en este caso, la Corte Suprema de Justicia), es vinculante para ella misma; el segundo hace relación a la vinculación de los jueces inferiores al precedente establecido por su superior jerárquico<sup>29</sup>.

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 hace alusión únicamente al *precedente horizontal*: no está dirigido a que otras autoridades apliquen la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino a que esta última continúe aplicando su propia regla en el futuro. Ninguna otra conclusión podría desprenderse del estatuto en comento, ya que “...la Ley 1340 de 2009 unifica en la Superintendencia de Industria y Comercio, la vigilancia, control y sanción de las prácticas que atenten contra la libre competencia...”<sup>30</sup>.

Esta diferencia impide asimilar el contenido de la disposición objeto de estudio a la *doctrina probable*, en cuanto el respeto por el *precedente vertical* es de la esencia de esta última. De hecho, un examen cuidadoso del origen histórico de la institución indica que su fin era unificar la jurisprudencia nacional bajo la batuta del tribunal

26 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537/10 (M.P. Juan Carlos Henao), 30 de junio de 2010.

27 MURCIA BALLÉN, HUMBERTO. *Recurso de Casación*, Temis, 1978, pág. 9.

28 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la expresión *doctrina probable administrativa*, que a juicio del autor resulta imprecisa y antitécnica, fue utilizada por la propia Corte Constitucional. Véase: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537/10 (M.P. Juan Carlos Henao), 30 de junio de 2010.

29 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar), 9 de agosto de 2001.

30 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537/10 (M.P. Juan Carlos Henao), 30 de junio de 2010.

de casación. En efecto, la doctrina probable es la última de tres aproximaciones frente papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes, que aparecieron en Colombia en el siguiente orden: (i) doctrina legal más probable; (ii) doctrina legal; y (iii) doctrina probable<sup>31</sup>. A su turno, estos institutos fueron parte fundamental del proyecto político decimonónico de centralización, liderado por el movimiento de la Regeneración<sup>32</sup>. Sobre el particular, el profesor Jorge González explica que:

“...[L]as herramientas jurídicas para lograr esta centralización y producción de fuentes desde el gobierno fueron de dos clases: i) normativas y (ii) institucionales. Por normativas se hace referencia a la expedición de una legislación que unificara las dispersas fuentes que se habían constituido en el “país federal”. Ellas fueron las leyes 57 y 153 de 1887, en las cuales se adoptaban unas codificaciones nacionales y se reglaba la interpretación jurídica... Las institucionales se refieren a la creación de mecanismos para cuidar la correcta aplicación de las normas ordenadoras nacionales. La institución que se introduce en la Constitución de 1886, y se confirma en la Ley 61 de 1886, es la casación, cuya resolución iba a estar a cargo de la Corte Suprema de Justicia...”<sup>33</sup>.

Este fin político no era secreto, sino ampliamente conocido. Por ejemplo, el 12 de febrero de 1887, la propia Corte Suprema de Justicia afirmó:

“...El régimen federal absoluto que imperó en la República desde 1863, había creado diferencias más o menos profundas y sustanciales en la legislación de los nueve Estados que al presente son Departamentos nacionales, produciendo discordancias en la vida social, en la familia, en la constitución de la propiedad y en los procedimientos judiciales de los colombianos... al mal de la diversidad de nueve cuerpos de legislación se añadía toda la legislación propiamente nacional, y nada era más difícil que hacer imperar en Colombia la unidad del Derecho y la uniformidad de la Justicia. Procediendo con la

31 Para un recuento histórico de la evolución de estas instituciones en el derecho colombiano, véase: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar), 9 de agosto de 2001; Diego López, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, 2ª edición, págs. 3-28.

32 Es preciso recordar que “[e]n la historia política nacional se ha planteado que en 1886 ocurrió un acontecimiento político de singular naturaleza: se expidió una Constitución Política verdaderamente nacionalista que intentaba apaciguar los ánimos de los partidos que se habían enfrentado a lo largo del siglo XIX. La Constitución de 1886 reaccionaba contra el texto de la Constitución de Rionegro, de 1863, que había dado nacimiento a los Estados Unidos de Colombia...” Jorge González, *Entre la ley y la constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pág. 55. Sobre este punto resulta indicativo el discurso pronunciado por Rafael Núñez ante el Consejo de Delegatarios, encargado de redactar la Constitución de 1886, en que –refiriéndose a la Constitución de 1863– afirmó: “...[e]n el funesto anhelo de desorganización que se apoderó de nuestros espíritus, avanzamos hasta dividir lo que es necesariamente indivisible; y además de la frontera exterior, creamos nueve fronteras internas, con nueve Códigos especiales, nueve costosas jerarquías burocráticas, nueve ejércitos, nueve agitaciones de todo género casi remitentes... la necesidad de una completa reconstrucción política se ha impuesto en todas las conciencias honradas...”. Gonzalo España (Comp.), *Rafael Núñez: escritos políticos*, El Áncora, 1986, págs. 77-78.

33 GONZÁLEZ, JORGE. *Entre la ley y la constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pág. 60.

necesaria consecuencia [la Constitución de 1886] dio nuevas formas al Poder Judicial, y admitió los recursos de casación, entre los nuevos procedimientos judiciales, con el fin muy loable de asegurar la justicia en todas partes y abrir campo a la fijación, por medio del más alto Tribunal, de principios y reglas que, estableciendo una Jurisprudencia nacional, sirviesen de sólida garantía a todos los intereses que tienen en la ley su vigencia...”<sup>34</sup>.

Pues bien, es justamente en ese punto del devenir histórico que surgió en Colombia la llamada *doctrina legal más probable*, consagrada en el texto original del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, estatuto que, a su vez, reformó las leyes 61 de 1886 y 57 de 1887. La disposición en comento establecía que “[e]n casos dudosos, los jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”<sup>35</sup>. Más adelante, el artículo 371 de la Ley 105 de 1890 (por la cual se reformaban los procedimientos judiciales) introdujo la *doctrina legal*, en los siguientes términos:

“Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”<sup>36</sup>.

Bajo la Ley 105, además, la violación de la doctrina legal pasó a ser causal autónoma de casación<sup>37</sup>. Finalmente, en vista de la rigidez que suponía la doctrina legal, la Ley 169 de 1896 introdujo la *doctrina probable*, actualmente vigente<sup>38</sup>. La reforma, si bien morigeró la rigidez de la doctrina legal, permitiendo a los jueces y a la propia Corte Suprema de Justicia separarse justificadamente de las reglas elevadas a doctrina probable, no dejó de lado el objetivo regeneracionista de unificar la jurisprudencia nacional, determinando como causal de casación la violación directa de la ley sustantiva, que podía surgir por efecto de una *interpretación errónea* o por la *indebida aplicación* de la misma<sup>39</sup>. En ese orden de ideas, como tuvo oportunidad de explicar la Corte Constitucional en el año 2001:

“[S]i bien la contradicción de la doctrina legal fue excluida como causal de casación, y se permitió a los jueces inferiores y a la Corte Suprema apartarse de las decisiones de esta

34 *Gaceta Judicial*, No. 1, 12 de febrero de 1887, pág. 1.

35 Ley 153 (Redacción original), 1887, art. 10.

36 Ley 105, 1890, art. 371.

37 Ley 105, 1890, art. 369, num. 1. Sobre la aplicación de esa causal de casación, véase: Corte Suprema de Justicia, sentencia, 23 de agosto de 1891; Corte Suprema de Justicia, sentencia, 18 de septiembre de 1891.

38 Ley 169, 1896, art. 4.

39 Ley 169, 1896, art. 2.

última, las causales de casación por “interpretación errónea” y por “aplicación indebida de la ley” debían entenderse como contradicciones con la interpretación y aplicación hechas por la Corte Suprema de Justicia como juez de casación. Esto resulta evidente si tiene en cuenta que, en su artículo 1º, dicha ley dispone que los fines principales de la casación son “uniformar la jurisprudencia” y “[e]nmendar los agravios inferidos a las partes”<sup>40</sup>.

Es decir, que la doctrina probable aparece en el ordenamiento jurídico colombiano en el marco del movimiento político de la Regeneración, como la última de tres aproximaciones dirigidas a la unificación de la jurisprudencia nacional en un país que allende se encontraba organizado como Estado federal. Por lo tanto, su esencia es, realmente, el *precedente vertical* antes que el horizontal. El hecho de que la extraña figura prevista en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 se refiera únicamente a la vinculación de una entidad a las reglas que ella misma ha establecido en el pasado, es decir, al *precedente horizontal*, debería entonces excluir de suyo su asimilación a la doctrina probable.

### **3. El artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 no indica que la autoridad pueda variar la regla sentada como ‘doctrina probable’**

Como bien ha observado la Corte Constitucional, el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 “...contiene dos normas que otorgan la facultad de los distintos jueces para apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Una de tales normas que faculta a los jueces (inferiores) para apartarse de la doctrina probable –tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia como juez de casación sobre un mismo punto de derecho–, y otra que permite que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia cuando la considere errónea...”<sup>41</sup>. Teniendo en cuenta que, como se tuvo oportunidad de explicar anteriormente, la ‘doctrina probable’ de la Superintendencia de Industria y Comercio bajo la Ley 1340 de 2009 solo es vinculante para dicha entidad, resulta obvio que no se haga alusión a la posibilidad de que otras autoridades se aparten de la doctrina de la Superintendencia. Lo curioso es que la ley tampoco indique cómo puede la autoridad de competencia apartarse de la regla que ella misma ha elevado a ‘doctrina probable’.

Si bien la Corte Constitucional ha entendido que “...se debe aplicar la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada, pero especialmente de que la vinculación a esta, no debe ser óbice para que teniendo en cuenta el caso concreto, la entidad administrativa se pueda apartar de dicha doctrina motivando con razones suficientes el acto para evitar las

40 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar), 9 de agosto de 2001.

41 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar), 9 de agosto de 2001.

*modificaciones intempestivas y descontextualizada... ”*<sup>42</sup>, tal interpretación implica sostener que la expresión *doctrina probable* debe entenderse de conformidad con el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, ya que no existe ninguna otra norma que provea los elementos indicados por la Corporación. Tal aproximación no parece apropiada, teniendo en cuenta que la Ley 1340 de 2009 no se refiere a las funciones *jurisdiccionales* de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, que es el asunto al que concretamente se refiere la norma decimonónica, sino a las actuaciones *administrativas* de la autoridad de competencia. La Ley 169 de 1896 no puede ser entonces la norma llamada a llenar los vacíos de la Ley 1340 de 2009.

Así pues, por oposición a la Ley 169, la Ley 1340 no contempla –al menos expresamente– la posibilidad de que la autoridad varíe la regla sentada como *doctrina probable*. El contraste no es baladí, teniendo en cuenta que la *doctrina probable* fue introducida al ordenamiento jurídico colombiano precisamente para permitir tales variaciones.

En efecto, con ella se buscaba superar los problemas que suponía la aplicación de la *doctrina legal*. Siguiendo el estudio histórico que de estas figuras realizó el profesor Diego López<sup>43</sup>, se tiene que la subrogación del artículo 10 de la Ley 153 de 1887 a través del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 obedeció a las críticas que la propia Corte Suprema de Justicia formuló a la entonces vigente *doctrina legal*. En ese sentido, el 16 de agosto de 1892, los magistrados de la Corte afirmaron ante el Congreso de la República:

“La Corte ha procurado llenar hasta donde le ha sido posible esta grave y difícil atribución: pero ha observado que ella aminora en gran parte el fin primordial del recurso [de casación], que consiste en la discusión y aplicación de las leyes y doctrinas de derecho a los casos particulares, para que del estudio de sus sentencias pueda deducirse la verdadera *doctrina legal* y lograrse poco a poco la uniformidad de la jurisprudencia... Pero reducida la *doctrina legal* a los estrechos límites de una declaración general y abstracta sobre un punto de derecho, formulada como un verdadero artículo de ley, la Corte viene a asumir las funciones del legislador, sin la libertad de este: porque el Cuerpo Legislativo puede reformar las leyes y debe hacerlo cuando de su aplicación resultan inconvenientes, y la Corte, según la estrechez de nuestra ley de casación, quizá no puede variar una *doctrina legal*, aunque mejores estudios y el progreso constante de la ciencia jurídica demuestren el error en que se había incurrido...”<sup>44</sup>.

42 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537/10 (M.P. Juan Carlos Henao), 30 de junio de 2010.

43 LÓPEZ, DIEGO. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, 2ª edición, págs. 3-28.

44 *Gaceta Judicial*, No. 348, 16 de agosto de 1892, pág. 291. Debe observarse que las quejas de la Corte se deben sobre todo a que, de conformidad con lo previsto en el artículo 383 de la Ley 105 de 1890, “...la *doctrina legal* debía ser disecada en forma definitiva como artículo de ley en “*términos claros, precisos y generales*”. La *jurisprudencia* se convertía así en productora de normas positivas que clarificaban problemas interpretativos o llenaban vacíos...”. Diego López, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, 2ª edición, pág. 23.

Este informe, sumado a otro presentado el 7 de septiembre de 1894<sup>45</sup>, surtió el efecto esperado. En palabras de Diego López, “[l]as observaciones de la Corte tuvieron rápida acogida en el Congreso. La Ley 169 de 1896 reformó el recurso de casación... el artículo 4º de la citada ley introdujo la regla sobre el valor de la jurisprudencia que ha continuado vigente hasta nuestros días y que subrogaba el artículo 10 de la Ley 153 de 1887...”<sup>46</sup>. Es ahí cuando nace la que conocemos como *doctrina probable*, que se distingue de la *doctrina legal* por ser más flexible, previendo cómo puede la autoridad separarse del precedente cuando lo considere apropiado.

Por tal motivo, no resulta extraño que el precitado artículo 4 de la Ley 169 de 1896 diga expresamente: “...lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”<sup>47</sup>. De hecho, la norma de 1896 “...[b]usca, primero, aclarar que la doctrina es tan sólo “probable” y por tanto puede ser variada por la propia Corte, salvando así la excesiva rigidez cuasi-legislativa del sistema de la “doctrina legal”. Obsérvese que en puridad ello significa que la Corte no tenga que respetar su jurisprudencia constante, sino que la puede cambiar cuando ésta sea errónea...”<sup>48</sup>.

De esta manera, la ausencia de la frase citada arriba –o de una expresión similar a ella– en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 es de la mayor importancia y marca una diferencia tal entre las dos disposiciones, que la segunda difícilmente puede considerarse similar a la primera.

En cualquier caso, lo anterior no es óbice para que los operadores jurídicos interpreten el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 de una manera que permita a la Superintendencia variar su doctrina cuando ello resulte apropiado. Sin embargo, al hacerlo, deberán evitar asimilar la figura a la que desde antaño contempla el artículo 4 de la Ley 169 de 1869 porque –como se ha tenido oportunidad de explicar– se trata de dos institutos completamente diferentes.

45 *Gaceta Judicial*, año X, No. 473, 7 de septiembre de 1894, pág. 34.

46 López, Diego. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, 2ª edición, págs. 24-25. Véase también: Diego López, *El valor del precedente constitucional*, en Manuel José Cepeda (ed.), *Derecho Constitucional - Perspectivas Críticas*, Universidad de los Andes, 1999, pág. 124.

47 Ley 169, 1896, art. 4.

48 LÓPEZ, DIEGO. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, 2ª edición, pág. 25.

## II. EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY 1340 DE 2009 RESULTA INCONVENIENTE E INNECESARIA PARA EL ADECUADO EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

Habiendo demostrado que el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 no expresa la *doctrina legal*, en este punto se mostrará cómo el establecimiento de una suerte de precedente horizontal para las actuaciones administrativas de la autoridad de competencia, resulta tanto inconveniente (1) como innecesario (2).

### 1. El artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 es inconveniente

La disposición objeto de estudio parece altamente inconveniente desde una perspectiva teleológica: de un lado, da un efecto general a actos administrativos de carácter particular (1.1); por otra parte, podría acabar menoscabando el dinamismo que debe caracterizar la aplicación de las normas de competencia (1.2).

#### 1.1 El artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 da un efecto general a actos administrativos de carácter particular

De conformidad con el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, “[l]a Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”<sup>49</sup>. Los actos administrativos proferidos por la entidad en ejercicio de estas funciones generalmente son de carácter *particular*. Como tales, no están sujetos a la regla especial de publicidad que, como garantía para la seguridad jurídica de los ciudadanos, prevé el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, que dispone:

“Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”<sup>50</sup>.

El problema que surge a raíz del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 está en que un acto administrativo *particular* podría ser la tercera decisión de la Superintendencia en un mismo sentido y, de esa manera, tener el efecto de elevar una regla a ‘doctrina probable’. Nótese que tal acto, a pesar de tener un *efecto general*,

49 Ley 1340, 2009, art. 6.

50 Código Contencioso Administrativo, art. 43.

seguirá siendo *particular*. De hecho, si el acto que sienta la doctrina fuere asimilado a uno *general*, éste sería esencialmente revocable y la regla por él establecido no podría vincular a la autoridad de competencia hacia el futuro. Sobre este punto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que:

“[L]a mutabilidad o inmutabilidad de los actos administrativos, ha sido aceptada por la doctrina, teniendo en cuenta, el sujeto a quien están dirigidos. Es así, que en los actos administrativos de carácter general, tendientes a producir efectos a todo el conglomerado social, o a una parte de él, son esencialmente revocables por parte de la administración, una vez se realice la valoración de las circunstancias precisas, para que la administración proceda a revocar sus propios actos. No sucede lo mismo con los actos de contenido particular y concreto, que crean situaciones y producen efectos individualmente considerados, los cuales no pueden ser revocados por la administración, sin el consentimiento expreso del destinatario de esa decisión, según lo dispone el artículo 73 del C.C.A., el cual preceptúa que para que tal revocación proceda, se debe contar con la autorización expresa y escrita de su titular”<sup>51</sup>.

En consecuencia, salvo que se establezca un mecanismo de publicidad especial para dar a conocer los actos administrativos particulares a través de los cuales una regla es elevada a ‘doctrina probable’, el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 abre las puertas a la expedición de actos administrativos con la potencialidad de afectar a la comunidad, pero que no están sujetos a los requisitos de publicidad previstos en el ordenamiento para los actos administrativos generales.

Ante la situación existente, mientras esté vigente la desafortunada norma que nos ocupa, una posible salida a esta situación podría partir de la interpretación de la primera parte del artículo 24 de la Ley 1340, que dice “[l]a Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia”<sup>52</sup>. De hecho, si se entiende que la compilación debe ser pública y que, para constituir doctrina probable, las decisiones de la entidad deben haber sido publicadas, podría salvaguardarse el derecho de la comunidad a conocer las normas que le serán aplicadas. Sin embargo, lo cierto es que del tenor literal de la ley no se desprende que la publicidad de la doctrina sea requisito para su oponibilidad.

### **1.2 El artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 podría acabar menoscabando el dinamismo en la aplicación de las normas de competencia**

El artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, como se ha dicho insistentemente, crea una

51 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-315/96 (M.P. Jorge Arango Mejía), 17 de junio de 1996; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-672/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), 28 de junio de 2001.

52 Ley 1340, 2009, art. 24.

suerte de precedente horizontal para la Superintendencia de Industria y Comercio. En este punto se pretende mostrar que tal aproximación resulta nociva para el ejercicio adecuado de las funciones de la entidad como autoridad de competencia, en cuanto podría menoscabar el dinamismo en la aplicación de las normas de competencia.

En ese orden de ideas, es de notar que a la mal llamada ‘doctrina probable administrativa’ subyace la concepción de un derecho sin dimensión fáctica, dirigido a establecer reglas abstractas y de aplicación general. Así, la Ley 1340 expresa la intención de que las soluciones encontradas para un caso concreto, sean aplicadas en otros escenarios, desconociendo que los hechos de cada uno serán siempre diferentes. Tal visión del derecho fue criticada acertadamente por Alf Ross, uno de los más importantes expositores del realismo jurídico escandinavo, con las siguientes palabras:

“Esta concepción realista [que defiende Ross] está decididamente en oposición al punto de vista tradicional en el continente, donde desde los días del derecho natural y la filosofía idealista kantiana, se ha tratado de interpretar el derecho básicamente como un sistema de normas obligatorias que derivan su validez de ciertos principios *a priori* de justicia. Al mismo tiempo, resultó imposible negar la obvia dependencia que el derecho vigente tiene con el mundo de los hechos, y su resultado fue un típico dualismo: el derecho pertenece al mismo tiempo al mundo de los hechos empíricos...”<sup>53</sup>.

Más concretamente, siguiendo la distinción entre el *derecho promulgado* (del legislador), el *derecho consuetudinario* (costumbre observada regularmente por la comunidad) y el *derecho jurisprudencial* (creado por los adjudicadores), propuesta por Karl Olivecrona, también inscrito en el realismo jurídico escandinavo<sup>54</sup>, parece que la norma objeto de estudio pretende asimilar el *derecho jurisprudencial* al *derecho promulgado*.

En efecto, como punto de partida debe reconocerse que “...*los tribunales necesariamente deben adoptar decisiones en muchos casos en que no hay derecho escrito preexistente... Y puesto que, una vez adoptado un principio, lo más probable es que siga en el futuro, los tribunales, después de todo, crean derecho...*”<sup>55</sup>. El derecho creado jurisprudencialmente posiblemente será aplicado por otros adjudicadores, quienes lo tendrán en cuenta porque les resulta *convinciente*. Así, cuando la Ley 1340 de 2009 impone la obligación de aplicar reglas que hayan sido manifestadas en tres decisiones uniformes sobre un mismo asunto, trata de alguna

53 ALF ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, Editorial Fontamara, 1993, págs. 10-12.

54 OLIVECRONA, KARL. *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Editorial Labor Universitaria, pág. 95.

55 OLIVECRONA, KARL. *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Editorial Labor Universitaria, pág. 95.

manera de crear un sistema de precedentes horizontales en que el precedente vincula no por *convencimiento* sino por *imposición*. Si bien la autoridad posiblemente hallará fórmulas para inaplicar una regla inconveniente a determinado caso, lo cierto es que se está opacando la virtud principal del derecho jurisprudencial: el dinamismo.

A su turno, el dinamismo es particularmente importante en la aplicación del derecho de la competencia, dado que, si “[e]l derecho de la competencia representa la positivización de conceptos económicos...”<sup>56</sup> y la realidad económica es cambiante, quien está encargado de la aplicación de las normas de competencia requiere de un espacio suficientemente amplio para proveer soluciones adecuadas a la realidad.

## 2. El artículo 24 de la Ley 1340 es innecesario

Tras haber explicado por qué la disposición analizada no expresa la doctrina probable y resulta inconveniente, es el momento de entrar a considerar si es realmente necesaria. El lector acucioso ya sabrá por el título de este acápite cuál es la posición del autor: la norma resulta innecesaria. Dos razones sustentan esta opinión.

Primero, si lo que se pretende es evitar que la autoridad de competencia se aparte abruptamente de las reglas que ha venido aplicando en el pasado, en detrimento de la seguridad jurídica, el resultado deseado habría podido obtenerse aplicando el conocido principio de la *confianza legítima*, cuya función en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido explicada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política...”<sup>57</sup>.

56 MIRANDA, ALFONSO & GUTIÉRREZ, JUAN DAVID. Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia, en *Revista de Derecho de la Competencia*, vol. 2, 2006, pág. 276.

57 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-478/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 9 de septiembre

Como puede observarse, este principio está íntimamente ligado con el propósito del legislador al aprobar el artículo 24 de la Ley 1340; así lo confirma la historia legislativa de dicha disposición. En efecto, en la ponencia presentada para segundo debate en la Cámara de Representantes, el artículo 24 del Proyecto estaba redactado de la manera como quedó finalmente plasmado en la ley, pero se titulaba “*Doctrina Probable y Legítima Confianza*”<sup>58</sup>. Asimismo, el Informe de Conciliación del Proyecto de Ley del 19 de junio de 2009 indicaba que “...[s]e incluye un artículo relativo a la doctrina probable y a la legítima confianza que genera esta entre los usuarios del sistema...”<sup>59</sup>.

Si la norma objeto de estudio pretendía ser expresión del principio de la confianza legítima, parece que sus fines se confunden con los de este último. Al informar la confianza legítima las actuaciones de la administración<sup>60</sup>, resultaba innecesario incluir una paráfrasis de una parte del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 para alcanzar los objetivos que ya persigue el antedicho principio.

Segundo, si *par impossible* se pretendía brindar a los administrados un grado de seguridad jurídica superior al que podría alcanzarse a través del principio de la confianza legítima, logrando asegurar la aplicación consistente de las mismas soluciones a todos los casos similares, lo cierto es que el objetivo no se logró. De hecho, un sistema de precedentes nunca permite reducir hasta ese punto la discrecionalidad del adjudicador. En ese sentido, el profesor Lief H. Carter explica que, al aplicar un precedente:

“El juez debe *escoger* los hechos del caso puesto a su consideración que se asemejan o difieren de los hechos del caso, o conjunto de casos, en los que decisiones judiciales anteriores anunciaron inicialmente la regla. El juez sin duda aceptará su obligación, que se hace fuerte gracias a la tradición jurídica, de “seguir el precedente”, pero no está bajo

---

de 1998. Asimismo, en una sentencia posterior, la Corporación explicó: “[e]ste principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse...”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-084/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 1 de febrero de 2000. Véase también: Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-360/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 19 de mayo de 1999; Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-398/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 25 de agosto de 1997.

58 Cámara de Representantes, Ponencia para segundo debate de la Cámara al Proyecto de Ley No 333 de 2008, en *Gaceta del Congreso*, No. 335, 19 de mayo de 2009, pág. 19.

59 Congreso de la República, Informe de Conciliación del Proyecto de Ley No. 165 de 2009 (Senado) - 333 de 2008 (Cámara), en *Gaceta del Congreso*, No. 502, 16 de junio de 2009, pág. 11.

60 Véase: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-478/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 9 de septiembre de 1998; Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-084/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 1 de febrero de 2000; Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-360/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 19 de mayo de 1999; Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-398/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 25 de agosto de 1997.

obligación alguna de seguir ningún precedente en particular... Ninguna providencia judicial en un caso anterior puede exigir al juez entender los hechos de su caso actual de una manera u otra. Siempre será libre de hacerlo por sí mismo... Así, el juez actual, el usuario del precedente, conserva la libertad de seguir el ejemplo del que se sigue la conclusión jurídica. Llamo a esta libertad judicial de escoger el precedente aplicable escudriñando los hechos *libertad de hechos*...”<sup>61</sup>.

De esta manera, con independencia de que se haya previsto una mal llamada *doctrina probable administrativa* para la agencia de competencia colombiana, esta conservará un amplísimo margen de discrecionalidad al aplicar las reglas sentadas en casos anteriores. En vista de lo anterior, es posible afirmar que la disposición en comento no tendrá un efecto práctico como el que seguramente esperaban obtener sus redactores: no habrá mayor seguridad jurídica. El artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 era, en fin, innecesario.

## CONCLUSIÓN

El artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 es una disposición llamativa, aparentemente innovadora y posiblemente bienintencionada. Empero, cuando se lee detenidamente, se observa que es imprecisa y antitécnica, al llamar *doctrina probable* a lo que no lo es; incompleta, en cuanto no indica cómo puede la agencia de competencia apartarse de su propia doctrina; inconveniente, ya que, de un lado, abre las puertas para que un acto administrativo de carácter particular tenga un efecto general y, del otro, resta dinamismo a la aplicación de una de las más dinámicas áreas del derecho; y, finalmente, innecesaria, en cuanto sus objetivos bien podrían lograrse aplicando un principio de vieja data en el ordenamiento jurídico colombiano: la confianza legítima. Más aún, a pesar de la mal llamada *doctrina probable administrativa*, la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá gozando de amplia discreción al tomar sus decisiones. Así pues, solo resta esperar que en el futuro el legislador enmiende su error y derogue esta desafortunada disposición.

61 Traducción libre. El texto original dice: “[t]he judge must choose the facts in the case before him that resemble or differ from the facts in the case, or line of cases, in which prior judicial decisions first announced the rule. The judge no doubt accepts his obligation, made powerful by legal tradition, to “follow precedent”, but he is under no obligation to follow any particular precedent... No judicial opinion in a prior case can require that a judge sifts the facts of his present case one way or another. He is always free to do so himself... Thus the present judge, the precedent user, retains the freedom to choose the example from which the legal conclusion follows. I call this judicial freedom to choose the governing precedent by selectively sifting the facts “fact freedom”...”. Lief H. Carter, *Reason in Law*, Little - Brown & Company, 1984, pág. 35.

## BIBLIOGRAFÍA

- ROSS, A. (1993). *El concepto de validez y otros ensayos*, Editorial Fontamara.
- MIRANDA, A. & GUTIÉRREZ J.D. (2006). Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia, en *Revista de Derecho de la Competencia*. 2.
- Cámara de Representantes, Ponencia para Segundo Debate de la Cámara al Proyecto de Ley No. 333 de 2008, en *Gaceta del Congreso*, No. 335, 19 de mayo de 2009.
- Cámara de Representantes, Ponencia para Segundo Debate del Proyecto de Ley No. 333 de 2008, en *Gaceta del Congreso*, No. 159, 25 de marzo de 2009.
- Código Contencioso Administrativo.
- Congreso de la República, Informe de Conciliación del Proyecto de Ley No. 165 de 2009 (Senado) - 333 de 2008 (Cámara), en *Gaceta del Congreso*, No. 502, 16 de junio de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1071/02 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), 3 de diciembre de 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-478/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 9 de septiembre de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-537/10 (M.P. Juan Carlos Henao), 30 de junio de 2010.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-649/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), 20 de junio de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-672/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), 28 de junio de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar), 9 de agosto de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-360/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 19 de mayo de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-084/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 1 de febrero de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-315/96 (M.P. Jorge Arango Mejía), 17 de junio de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-398/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), 25 de agosto de 1997.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia, 18 de septiembre de 1891.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia, 23 de agosto de 1891.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia, Exp. No. 11026, 15 de junio de 2000.
- Decreto 2153, 1992.
- Decreto 3523, 2009.

- LÓPEZ, D. *El derecho de los jueces. Obligación del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2ª edición. Legis.
- LÓPEZ, D. (1999). El valor del precedente constitucional, en Manuel José Cepeda (ed.), *Derecho Constitucional - Perspectivas Críticas*, Universidad de los Andes. 124.
- Gaceta Judicial*, año X, No. 473, 7 de septiembre de 1894, p. 34.
- Gaceta Judicial*, No. 1, 12 de febrero de 1887.
- Gaceta Judicial*, No. 348, 16 de agosto de 1892.
- ESPAÑA, G. (comp.) (1986). *Rafael Núñez: escritos políticos*, El Áncora. 77-78.
- MURCIA BALLÉN, H. (1978). *Recurso de Casación*, Temis.
- GONZÁLEZ, J. (2007). *Entre la ley y la Constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Pontificia Universidad Javeriana.
- OLIVECRONA, K. *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Editorial Labor Universitaria.
- Ley 105, 1890.
- Ley 1340, 2009.
- Ley 153 (redacción original), 1887.
- Ley 153, 1887.
- Ley 169, 1896.
- Ley 446, 1998.
- CARTER, LIEF H. (1984). *Reason in Law*, Little - Brown & Company.
- Senado de la República, Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley No. 195 de 2007 (presentada por el H. Senador Antonio Guerra de la Espriella), en *Gaceta del Congreso*, No. 169, 23 de abril de 2008.
- Senado de la República, Proyecto de Ley No. 195 de 2007 (presentado por el H. Senador Álvaro Ashton Giraldo), en *Gaceta del Congreso*, No. 583, 16 de noviembre de 2007.