

# Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia<sup>1</sup>

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA<sup>2</sup>

## RESUMEN

¿Quién debería tener las funciones administrativas para el Régimen de Protección de la Competencia? ¿Qué normatividad y procedimiento administrativo les será aplicable a las investigaciones por violación del Régimen de Protección de la Competencia?

La Ley 1340 de 2009 se presenta como una solución a la confusión significativa que en el pasado generó conflictos para determinar si la autoridad administrativa que debía conocer de asuntos de Protección de la Competencia era la Superintendencia de Industria y Comercio o la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, o según el caso la Superintendencia Financiera, o la Comisión Nacional de Televisión, entre otros.

Eventualmente, esa 'confusión' llevó a que variaran las normas sustanciales aplicables al caso concreto<sup>3</sup>, así como también las normas procedimentales respectivas. De esta afirmación se desprenden tres puntos centrales de la discusión que se analizan en el presente escrito: i. *Autoridad administrativa competente*; ii. *Normatividad sustancial aplicable*; y iii. *Procedimiento que debe seguirse para aplicar esa normatividad sustancial*.

La precitada aproximación permite alejarse de otras formas superficiales e inadecuadas de ver el problema, como hacerlo bajo consideraciones como "*¿qué funcionario le produce más confianza?*", o "*¿qué normatividad resulta más o menos favorable, más o menos estricta?*". Estas últimas consideraciones fueron recurrentes en momentos en los que se planteaban conflictos de competencia entre la Superintendencia de Industria y Comercio y las demás autoridades administrativas especializadas por sector.

De esta manera, cada uno de los tres aspectos mencionados amerita ser estudiado conforme a la normatividad que vaya apareciendo en el escenario. Para el caso de la Ley 1340 de 2009, la intención manifiesta sólo era modificar lo relativo a la autoridad competente y al procedimiento aplicable; no obstante, aunque no se hizo de forma explícita, sí terminó por modificar normas sustanciales.

**Palabras clave:** Régimen de Protección de la Competencia, autoridad competente, funciones administrativas, procedimiento administrativo/

## 1. AUTORIDAD COMPETENTE

### 1.1 Atribución de Competencias

La regulación sobre cuál es la autoridad administrativa competente para conocer sobre asuntos de prácticas comerciales restrictivas de la competencia y de integraciones empresariales fue uno de los temas que fueron modificados de manera expresa por la nueva Ley. Originalmente, el texto del Decreto 2153 de 1992 le asignaba a la Superintendencia de Industria y Comercio una función de carácter general, pero residual, al prever que debía 'aplicar administrativamente las disposiciones de Promoción de la Competencia y Prácticas Comerciales Restrictivas respecto de todos aquellos sectores para los cuales no hubiera una autoridad con competencias especiales'<sup>4</sup>.

La redacción del mencionado artículo fue producto de la mala reputación que para ese momento ostentaba la Superintendencia de Industria y Comercio, en contraste con otras autoridades como la Superintendencia Bancaria<sup>5</sup>. Así, la puja entre el entonces Superintendente JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR y el Dr. JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA<sup>6</sup> terminó con una disposición normativa que dejaba a la Superintendencia de Industria con un sinnúmero de problemas, pues no solamente la Superintendencia Bancaria tenía asignadas funciones en el respectivo tema, sino que vinieron apareciendo una variedad de entidades que argumentaban o reclamaban también tener esa competencia especial frente a la residualidad de la función asignada a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por tales motivos, fue bastante complicado acatar las recomendaciones internacionales y las aclamaciones nacionales<sup>7</sup> de

crear una sola autoridad competente para éste tema con la normatividad de comienzos de la década de los noventa. En contraste, lo que hizo el Legislador del 2009 fue eliminar la expresión en la que se preveía la frase "*sin perjuicio de las competencias señaladas en normas vigentes a otras autoridades*", y en ese sentido se encargó de consolidar de manera expresa a la Superintendencia de Industria y Comercio como "Autoridad Única de la Competencia"<sup>8</sup>.

La decisión del Congreso no fue fácil, pues el debate político y jurídico fue tan arduo como en su momento lo fue para la redacción del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, el Legislador encontró respaldo constitucional en una sentencia de la Honorable Corte Constitucional que permitió superar la discusión sobre la autoridad competente para el tema de Antimonopolios<sup>9</sup>:

"Las normas vigentes sobre libre y leal competencia económica –Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Ley 256 de 1996–, se aplican por regla general a todos los empresarios y empresas que concurren al mercado a ofrecer sus bienes y servicios. Los límites a la actividad económica –sociados al régimen de las prácticas comerciales restrictivas o de las normas que garantizan la libre y leal competencia económica–, pueden referirse a todos los sectores o complementarse con regulaciones especiales que consulten las condiciones de un determinado género de empresas. [...] No cabe entonces censurar al legislador que dispone la aplicación del régimen general de libre y leal competencia a la actividad económica que se propone regular de manera integral. [...] Dentro del marco de la Carta el legislador es libre de establecer la autoridad pública encargada de velar por el estricto cumplimiento de las

normas legales en punto de la libre y leal competencia económica. La atribución de competencias, judiciales o administrativas, en esta materia, no está predeterminada por la Constitución. Puede, por tanto, el legislador concentrar un cúmulo de competencias en un organismo público –v.gr. Superintendencia de Industria y Comercio–, o según su afinidad y objeto, distribuir las entre varias autoridades. [...] En todo caso, la competencia económica libre y leal, como principio constitucional y legal, como objeto del derecho, tiene autonomía y admite ser tratado con independencia del régimen de los diferentes servicios o actividades económicas. Desde este punto de vista, el hecho de que corresponda a la Comisión Nacional de Televisión trazar y dirigir la política de la televisión, según lo determine la ley, en modo alguno significa que todo lo que ataña a los operadores de este servicio necesariamente comprometa el ejercicio de sus funciones. Estos sujetos son además destinatarios del resto del ordenamiento jurídico y, por serlo, se relacionan de manera distinta con múltiples procedimientos y autoridades. Como operadores económicos, actores del mercado de un servicio, no escapan a las reglas de la competencia leal y libre y, por consiguiente, a las autoridades instituidas por la ley para hacer efectivas las obligaciones y deberes de este régimen”.

Esta decisión de la H. Corte Constitucional en el año 2000 avalaría la posterior voluntad del Congreso de la República. En todo caso, el pronunciamiento expuesto en esa sentencia de constitucionalidad no ha estado exento de reinterpretaciones y controversias por otras autoridades, como la Sala Plena de la máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo,

quien en su entendimiento del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, así como de los artículos 76 y 77 de la Constitución Política y de la Ley 182 de 1995, interpretó que la Comisión Nacional de Televisión no sólo regula y administra, sino que también vigila y controla para el tema de protección de la competencia:

“[...] Debe advertirse que esa facultad sancionatoria, originada en las funciones asignadas a la CNTV por mandato constitucional, establecida en la ley y desarrollada por los reglamentos, parece desconocida en el párrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000 [...] Pero observa la Sala en relación con el criterio de la sentencia aludida de la Corte (C-1344 de 2000), que conforme a los preceptos constitucionales en que se fundamenta la creación, naturaleza y facultades de la Comisión Nacional de Televisión, no se deduce que a dicha entidad le corresponda únicamente “trazar y dirigir la política de la televisión”, como allí se afirma, pues según el artículo 76 de la Carta le corresponde “la intervención estatal en la utilización del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión”, para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, evitando las prácticas monopolísticas en su uso (Art. 75 C.P.) y el alcance de su objeto se halla consignado en el artículo 4º de la Ley 182 de 1995 y desarrollado en la función sancionatoria de que trata el artículo 5º numeral d) de la misma ley, a la que ya se hizo referencia anteriormente. [...] De manera que la disposición del párrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000 de que la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comu-

nicaciones, debe entenderse con exclusión del servicio público de televisión, para cuya intervención, administración, vigilancia y control fue creada la Comisión Nacional de Televisión, por mandato de los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, como un ente autónomo, sujeto a un régimen legal propio<sup>10</sup>.

De tal forma que tuvo que ser el Congreso de la República<sup>11</sup> –como intérprete auténtico de la Ley<sup>12</sup> y con el aval de la H. Corte Constitucional, como guardián de la Carta Política<sup>13</sup>– quien finalmente permitiera sobrepasar las interpretaciones planteadas por todos los interesados en atribuir competencia a alguna autoridad administrativa sobre su respectivo tema, bien fuera a la Comisión Nacional de Televisión, a la Superintendencia Financiera o a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>14</sup>.

En concordancia con lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio quedó como ‘Autoridad Única de la Competencia’, en lo referente a las facultades administrativas (aunque con algunas excepciones) y en lo referente a las facultades jurisdiccionales concurre con la competencia de los Jueces Civiles de la República (para temas indemnizatorios, acciones de grupo y acciones populares).

#### 1.1.1. Facultades de Investigación, Sanción e Instrucción

Haciendo énfasis en el objeto de la Ley 1340 de 2009, vale la pena observar que se hace referencia a la materia denominada *protección de la competencia*<sup>15</sup>. El Decreto 2153 de 1992 trataba como un mismo asunto a la *promoción* y la *protección* de la competencia; de hecho, hay un cántico común que repite “*normas de*

*promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas*”. Solamente bajo la Superintendencia de la Dra. MÓNICA MURCIA PÁEZ se hizo un intento de distinción entre normas de promoción de la competencia y normas sobre prácticas comerciales restrictivas, aplicando las primeras sólo para el tema de integraciones empresariales. A pesar de este esfuerzo de la Oficina Jurídica, no se encontró mucho eco porque tal distinción carecía de un sustento legal claro e indiscutible.

Ahora bien, la Ley 1340 de 2009 sí es clara al restringir las facultades que se otorgan a la Superintendencia de Industria y Comercio al ámbito de ‘protección de la competencia’<sup>16</sup>, entendidas como aquellas relativas a las prácticas comerciales restrictivas y al régimen de integraciones empresariales<sup>17</sup>.

Esto último cobra más sentido al examinar la Ley 1341 de 2009, en la que se otorgan funciones en particular a la nueva Comisión de Regulación (CRC) para ‘hacer regulación *ex ante*’, intervenir en los mercados y mediante la regulación PROMOVER LA COMPETENCIA (i.e. fomentarla y generarla)<sup>18</sup>. Por consiguiente, el Legislador quiso explícitamente diferenciar la *promoción* de la *protección* de la competencia, dejando ésta última categoría para las funciones de policía administrativa.

Por otra parte, centrándose en las funciones de instrucción, vale la pena anotar algunas particularidades que se han observado en el ejercicio de éstas atribuciones por las Superintendencias: De entrada hay una diferenciación conceptual entre lo que hacen los Ministerios, lo que hace el Congreso y lo que hacen las Superintendencias. Dicho de otra manera, las superintendencias son órganos de Policía Administrativa, sin las funciones ni las facultades para afectar

el *statu quo* jurídico; por el contrario, sus funciones son investigar y sancionar las contravenciones que se presenten a las disposiciones vigentes.

A pesar de lo anterior, en la práctica existen algunas 'zonas grises', pues si bien la legislación ha restringido en algunos casos la facultad de dar instrucciones sólo para efectos contables, en otros casos ha facultado para que se den instrucciones sobre la forma en la que se debe aplicar la misma Ley<sup>19</sup>. En ese sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio ha extendido esa facultad para efectos de dar instrucciones de carácter general<sup>20</sup>, así como para dar instrucciones de carácter particular<sup>21</sup>.

La declarada "zona gris" implica para algunos que habrá una facultad llena de arbitrariedades—que eventualmente se configuran como vías de hecho—, mientras que para otros la extensión implícita en la facultad de instrucción es tal que admite una amplia gama de decisiones por parte de la Superintendencia. Hay que hacer notar que las Altas Cortes han reseñado que la amplitud con la que se entiende dicha facultad se reduce a valorar si la instrucción cumple con ser: 1) una interpretación jurídicamente admisible de la Ley; y 2) deriva específicamente del poder de policía asignado a la Superintendencia:

"La solución de la controversia planteada depende de la interpretación de normas de rango legal, por lo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuenta con entera idoneidad para definirla. [...] No obstante, la Sala estima que la instrucción reprochada constituye "corolario lógico de la medida tomada en defensa de los consumidores" y bien podría derivar del ejercicio del poder de policía asignado a la autoridad y, siendo

esta interpretación admisible jurídicamente, será el juez administrativo quien defina la controversia<sup>22</sup>".

En definitiva, esto implica que bajo la Ley 1340 de 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá la posibilidad de expedir circulares y resoluciones de aplicación general y particular, dándole instrucciones a los vigilados por otras entidades (incluida la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios) en la medida en que esas instrucciones se refieran al tema de Competencia—y no sólo respecto del tema de antimonopolios, sino también para el de competencia desleal—.

#### 1.1.2. Excepciones a la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

Ahora bien, luego de haber establecido que la Ley 1340 de 2009 invirtió la regla de competencia para la Superintendencia de Industria y Comercio—i.e. la Ley ya no hace una atribución general pero residual, sino una atribución general y privativa para el tema de Protección de la Competencia—, debe hacerse referencia a las dos excepciones a la regla general que consagró la misma Ley (sin perjuicio que posteriormente se adicionen más excepciones):

La primera excepción es la relativa a la Autoridad Aeronáutica, que como tal no es novedosa en la medida en que el Código de Comercio ya consagraba una norma especial para las integraciones empresariales entre aerolíneas<sup>23</sup>. De hecho, en el caso de la integración entre Avianca S.A., Sam S.A. y Aces S.A.<sup>24</sup> se consideró que en aplicación de la precitada norma mercantil la Superintendencia de Industria y Comercio no era

la competente para conocer del proceso, sino lo era la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil de Colombia. No obstante, lo que sí resulta novedoso es que la nueva Ley funge como una modificación al Código de Comercio, puesto que la competencia de la Aeronáutica Civil ya no será respecto de 'todos los convenios que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo', sino que se vio específicamente restringida a unos casos muy particulares por la nueva norma<sup>25</sup>. Dicho de otra manera, aparte de las operaciones que taxativamente aparecen descritas por la nueva disposición, todo el tema de la aeronáutica pasa a estar en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Con respecto al anterior razonamiento, vale anotar que tiene un antecedente inmediato en la forma en la que el Superintendente JAIRO RUBIO ESCOBAR entendía el Decreto 633 de 1993<sup>26</sup> en lo relativo a las operaciones de integración que eran de competencia de la Superintendencia Bancaria. En la precitada normatividad se enlistaban una serie de operaciones (v.gr. fusiones, adquisiciones de control, cesión de activos y otros), interpretándose entonces que si el caso concreto no correspondía específicamente a una de esas modalidades no sería competencia de la Superintendente Financiera, sino que sería competencia del Superintendente de Industria y Comercio.

Es precisamente esta interpretación la que tiene que hacerse para entender el límite entre las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio y las de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil de Colombia, pues el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 sólo quedó exceptuado cuando la integración se dé en la manera de una de

las formas mencionadas por el artículo 8° de la Ley 1340 de 2009<sup>27</sup>.

La segunda excepción a la competencia general y privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio se refiere al sector financiero, bursátil, asegurador y previsional. Este tema generó discusión en dos niveles:

El primer nivel, sobre si deberían estar o no exceptuadas las integraciones que se dieran por parte de las vigiladas por la Superintendencia Financiera. La posición de la gran mayoría era que no, puesto que debería estar en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio en la medida en que se refiriera al tema de antimonopolios.

El segundo nivel de la discusión era sobre qué sucedía cuando la integración no era una operación originada en las empresas involucradas, sino cuando se producía como consecuencia de una medida de salvamento ordenada por el mismo Superintendente Financiero. A este respecto, lo coherente y razonable es que si el Superintendente Financiero tiene que velar por la estabilidad del sector y como consecuencia de ese mandato se ordena una integración, carecería de lógica que se viera obstruido por su colega en la Superintendencia de Industria y Comercio. En suma, es únicamente en este 'segundo nivel' respecto del cual debió haberse consagrado la excepción a la norma general.

A pesar del anterior análisis, el Congreso optó por proceder de una forma muy conciliadora y pragmática, al decidir incluir simultáneamente esos dos 'niveles' como excepción, de forma que para el sector financiero y bursátil está previsto que el Superintendente Financiero será competente para analizar las integraciones, pero específicamente señala que eso será así solamente cuando todos los partícipes de la operación

sean vigilados por la misma Superintendencia Financiera de Colombia<sup>28</sup>.

Vale la pena hacer notar que aunque la excepción parece ser sólo para los vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, está expuesta la posibilidad de que los sectores que refieren en su normatividad a la del sector financiero y a la de la Superintendencia Financiera (v.gr. salud, servicios públicos domiciliarios, entre otros), *mutatis mutandi* queden cobijados por la excepción del artículo 9° de la Ley 1340 de 2009<sup>29</sup>.

## 1.2. Abogacía de la Competencia

Partiendo de la premisa que en todos los países –pero particularmente en los países en desarrollo como los nuestros–, la injerencia del Estado sobre la forma como funciona la competencia entre los agentes económicos es supremamente alta, tanto en sectores fuertemente regulados, así como en sectores con robusta presencia de empresas estatales, como también en sectores imbuidos en procesos de privatización, tal que la intervención –directa o indirecta– del Estado en la economía resulta determinante para el buen funcionamiento del mercado.

En Colombia, no son pocos los casos en los que autoridades de los distintos niveles territoriales han intervenido en el mercado de alguna manera (lícita o no<sup>30</sup>), eventualmente sin respetar en debida forma la institucionalidad ideada para efectos de la Protección de la Competencia<sup>31</sup>.

Es precisamente con el ánimo de evitar esa desarticulación institucional con la cual, tanto en el ámbito internacional<sup>32</sup> como en el ámbito local, se ha procurado que progresivamente las autoridades públicas reafirmen la labor de ‘Promoción de la Competencia’ –atendiendo a la acotación que previamente

se hizo sobre esta categoría– y den cumplimiento al Principio Constitucional de Colaboración Armónica<sup>33</sup>.

Así entonces, no hay duda que una de las consecuencias directas de concebir a la Superintendencia de Industria y Comercio como ‘Autoridad Única de la Competencia’ fue asignarle la función de *Abogacía de la Competencia*, respondiendo a la necesidad de que exista interacción entre la autoridad que tiene una función de regulación sobre los mercados y la autoridad que ejerce funciones de policía administrativa –quien sí tiene una preocupación clara y unos conceptos precisos sobre cómo deberían funcionar los mercados y las implicaciones que tiene una decisión para la estructura de los mismos en el mediano y largo plazo–.

En términos concretos, lo que se hizo con el artículo 7.º de la Ley 1340 de 2009<sup>34</sup> fue materializar la “visión antimonopolio de todos”, estableciendo vasos comunicantes entre las distintas autoridades públicas, tal que todas las entidades con atribuciones de regulación estén compelidas a informarle a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre sus proyectos de regulación, y darle a ésta la oportunidad de que se pronuncie sobre los mismos.

El Superintendente no tendrá la obligación de pronunciarse, pero en aquellos eventos en los cuales sí lo haga su concepto debe ser juiciosamente oído. La forma concebida para forzar a que su concepto sea tenido en cuenta fue estableciendo que, si bien éste no es de carácter vinculante, en los casos en los cuales la autoridad respectiva decida apartarse de lo dicho por el Superintendente de Industria y Comercio tendrá que explicitar los motivos por los cuales se separó de lo dispuesto por la Autoridad Nacional de la Competencia.

Evidentemente, mal hubiera hecho el Legislador en haber concebido la *abogacía de la competencia* bajo el supuesto de que el concepto del Superintendente sí fuese vinculante, pues esto resultaría simplemente en el desplazamiento de la capacidad regulatoria de la respectiva autoridad pública. Por consiguiente, lo que se muestra trascendental es que la tensión entre los intereses sectoriales y los temas de competencia se procurarán resolver en un escenario de interacción y deliberación, antes que en un escenario en el que se resuelve el caso concreto según quién tenga más peso político al interior del Gobierno. La nueva Ley fortalece la autonomía e importancia que el Superintendente de Industria y Comercio ha venido adquiriendo con el paso de los años, permitiendo que se haga público el razonamiento detrás de la decisión de la respectiva autoridad de regulación con un especial énfasis en el asunto de libre competencia.

Para ilustrar el fondo de éste asunto, vale destacar el prolijo trabajo jurisprudencial sobre el eventual conflicto que pueda existir entre la libre competencia y otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos, a efectos de lo cual la hermenéutica constitucional aporta técnicas como el 'proceso de ponderación', el 'núcleo esencial', el 'test de razonabilidad', entre otros<sup>35</sup>, que responsabilizará a la entidad reguladora de manifestar un adecuado razonamiento, que de manera fundamentada permita entender por qué razón adopta o se aparta del concepto del Superintendente de Industria y Comercio.

No sobra hacer una aclaración sobre el alcance de la llamada *abogacía de la competencia*: Debe entenderse que la norma cobija actos regulatorios tanto de carácter general, como de carácter particular. Sin embargo, a

pesar de que algunos quieran entender que inclusive el Congreso de la República estaría compelido a consultar a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando alguno de sus proyectos de Ley tuviese incidencia en la libre competencia, el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 es claro al señalar que sólo se extiende sobre aquellas autoridades de regulación que expidan actos administrativos (i.e. por contradicción, no se incorpora al Legislador en los efectos de la norma).

En otras palabras, la nueva Ley quiere hacer público un debate que inicia desde el momento previo a expedir normas regulatorias, incluyendo como actor imprescindible a la Autoridad Nacional de la Competencia, sin perjuicio de la controversia que posteriormente sea planteada en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. El llamado es claro en el sentido que este nuevo requisito para expedir regulación debe ser visto más como una oportunidad de fortalecer la institucionalidad, antes que como una amenaza para las facultades de las entidades regulatorias.

Para concluir lo relativo al tema de la Autoridad Única, debe observarse que el efecto práctico de esa disposición es la unificación y especialización de los métodos de investigación utilizados por el respectivo personal de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuya lógica reside en el hecho de que a pesar de las variaciones teóricas que haya entre uno y otro sector, lo cierto es que la transversalidad del tema de protección de la competencia se manifiesta en una misma dinámica de investigación para determinar si hay o no prácticas conscientemente paralelas, si hay o no acuerdos bajo la modalidad de concertación, o cualquier conducta en general, sin importar a qué sector específico pertenezcan las empresas involucradas.

### 1.3. Doctrina Probable

De entrada tiene que definirse esta figura jurídica para evitar confundirla con otras semejantes existentes en varios ordenamientos jurídicos<sup>36</sup>. La idea detrás del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009<sup>37</sup> nunca ha sido la de generar una doctrina perpetua, estática e inamovible. Por el contrario, se reconoce la posibilidad para la Superintendencia de Industria y Comercio de cambiar de posturas jurídicas según el caso, sus circunstancias específicas, el paso de los años, entre otros<sup>38</sup>.

La similitud con la figura consagrada desde el siglo XIX<sup>39</sup> para la H. Corte Suprema de Justicia pareciera ser absoluta, pero en la práctica no necesariamente lo es. Para efectos de evidenciar algunos problemas sobre este aspecto, se propone un paralelo entre lo que implica consagrarla para un órgano de cierre de naturaleza judicial y lo que implica configurarla para una entidad administrativa que no es órgano de cierre respecto del tema del cual conoce.

1. Por una parte, la H. Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, tiene como finalidades principales "*uniformar la jurisprudencia*" y "*enmendar los agravios inferidos a las partes* (por los jueces de inferior jerarquía)<sup>40</sup>". Lo anterior implica que se estructura como un mecanismo para unificar la interpretación de las normas y la aplicación misma del ordenamiento jurídico —centralizando dicha función en la Corte Suprema de Justicia—.

En contraste con lo anterior, la presunta finalidad del artículo 24 para la Superintendencia de Industria y Comercio sería brindar seguridad jurídica unificando criterios en la aplicación de las normas

del Régimen de Protección de la Competencia.

2. De lo descrito en el numeral anterior se avizora un problema inminente: La H. Corte Suprema de Justicia es el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, y no hay nadie que pueda revisar sus decisiones por ser la máxima autoridad judicial respecto del tema civil, penal y laboral<sup>41</sup>.

Muy por el contrario, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio se erige con la nueva Ley como 'Autoridad Nacional de la Competencia', lo cierto es que al final del día sus decisiones sólo son actos administrativos, y en ese sentido el juez de lo contencioso-administrativo podrá conocer las decisiones de la Superintendencia, y sin más ataduras que la Ley (i.e. no la doctrina de la Superintendencia) podrá modificar dichas decisiones. Este punto no quedó muy claro para efectos de determinar cómo va a funcionar la 'doctrina probable' cuando los actos administrativos sean atacados por la vía judicial. Tanto es así que la misma Superintendencia de Industria y Comercio ha reconocido de tiempo atrás que el juez de lo contencioso-administrativo termina convirtiéndose en un 'verdadero juez de la Competencia' cuando conoce de los actos expedidos por la Superintendencia. A modo de ejemplo, obsérvese que la ésta Entidad ha entendido que para que el juez civil declare la nulidad de un acuerdo anticompetitivo podrá valerse de la decisión de la Superintendencia o del Juez Administrativo, según sea el caso:

"Ejercicio de la acción de nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia: Al

tenor del artículo 1742 del código civil, las acciones de nulidad de los actos restrictivos de la competencia se deben tramitar ante la jurisdicción ordinaria. El juez civil debe declarar la nulidad absoluta de los acuerdos restrictivos de la competencia cuando previamente se haya acreditado dentro del expediente por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y/o del juez administrativo según sea el caso [...]<sup>42</sup>".

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina especializada en el tema:

"[...] en las decisiones de los jueces administrativos que resuelven acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio el juez administrativo ha sido dotado por la ley de importantes facultades, y entre otras señala: "cuando el juez administrativo encuentre por ejemplo que una decisión de la SIC es nula, podrá proceder a sustituirla por una diferente. En este caso, el juez entra por ministerio de la ley a ejercer funciones de autoridad de la competencia y podrá clasificar nuevamente una conducta anticompetitiva, modificar las multas y las ordenes que se hayan impartido al cerrar la investigación, etc."<sup>43</sup>.

3. Siguiendo la misma línea argumentativa, debe comprenderse que la figura de la 'doctrina probable' produce un efecto sobre las decisiones de la respectiva autoridad. Sin duda, se trata de "un mayor valor", "un plus", que tendrán estas decisiones dado que de manera empírica se ha decantado un conocimiento sobre un tema en concreto<sup>44</sup>, y por ende todos los funcionarios que hayan de conocer de dichos asuntos habrán de seguir esa

misma línea doctrinaria —o en su defecto, tendrán una carga argumentativa mayor que lo normal, que deberá ser lo suficientemente fuerte como para poder apartarse de la doctrina probable<sup>45</sup>—. La finalidad de tener un solo órgano de cierre que pueda generar ese plus en sus decisiones es la de evitar las fluctuaciones y la continua reinterpretación normativa, que pudiere derivar en desconfianza y en inseguridad jurídica.

Dicho en otras palabras, al unificar criterios, el órgano de cierre crea doctrina probable, que conforme a lo anteriormente expuesto implicará un "grado de vinculación leve" para las autoridades frente a quienes se extiendan los efectos de dicha doctrina. Hay que destacar que la doctrina probable genera unos *efectos verticales* y unos *efectos horizontales*<sup>46</sup>:

Por lo que se refiere a la doctrina probable creada por la H. Corte Suprema de Justicia, los *efectos verticales* se manifiestan en la extensión del alcance de dicha doctrina sobre todos los jueces de inferior jerarquía pertenecientes a la jurisdicción ordinaria; los *efectos horizontales* se manifestarán sobre sus mismas decisiones futuras, obligándose a exponer y argumentar por qué motivo se separa de su propia línea doctrinaria.

Por el contrario, en lo que concierne a la Superintendencia de Industria y Comercio, hay que hacer notar que su doctrina probable, no tiene sobre quién extender sus *efectos verticales* —dado que no hay otra autoridad de inferior jerarquía que conozca del tema de la competencia—, a menos que los ejerciera sobre el Juez de lo Contencioso-Administrativo. Así entonces, entendiendo que no tiene mayor sentido que la doctrina de la Su-

perintendencia pudiera imponer alguna carga para las decisiones del juez administrativo, parece ser que la figura del artículo 24 sólo está destinada a producir *efectos horizontales*, imponiendo esa mayor carga argumentativa a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando en el futuro quiera apartarse de su propia doctrina dominante.

4. Finalmente, no sobra aclarar que en concordancia con el ámbito de aplicación de la Ley, mal haría en entenderse o interpretarse que el artículo de doctrina probable se pudiera aplicar para casos de competencia desleal, como tampoco para casos en los que haya uso de la función jurisdiccional. Esto por cuanto la Ley sólo se refiere a temas en los que la Superintendencia tiene funciones administrativas, y en concreto al tema de Protección de la Competencia.

## II. NORMAS SUSTANCIALES

Tal como se advirtió al inicio del presente escrito, el propósito manifiesto de la Ley 1340 de 2009 nunca fue modificar las normas de contenido sustancial. No obstante, las acepciones y aclaraciones que surgen de la misma Ley –así como las que surjan de futuras reglamentaciones de la misma–, afectan normas sustanciales, así como la forma en la que éstas tradicionalmente eran entendidas e interpretadas.

### 2.1. Ámbito de Aplicación de la Ley

Ante todo, delimitar el ámbito de aplicación de la Ley permitirá conocer diferencias prácticas para el régimen de protección de la competencia, pues dicho ámbito ha sido sustancialmente modificado en su aspecto

objetivo<sup>47</sup>, su aspecto subjetivo<sup>48</sup>, su aspecto territorial o espacial<sup>49</sup> y su aspecto temporal<sup>50</sup>.

#### Artículo 2.º. Ámbito de la ley.

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

#### 2.1.1. Ámbito Objetivo de Aplicación de la Ley

Lo primero que resulta necesario señalar es que la Ley 155 de 1959 era la acequia de todo el tema antimonopolios: en ésta se regulaban cuestiones de prácticas comerciales restrictivas, de competencia desleal, integraciones empresariales, inhabilidades, incompatibilidades, normas de protección al consumidor y disposiciones sobre intervención en calidad y precios. Por esa misma razón, ni esa Ley ni el Decreto 2153 de 1992 manifestaron ser “normas de antimonopolio”, pues sin duda se encontraban incluidas bajo esa regulación normas que pertenecían por su naturaleza a otro régimen diferente.

A causa de lo anterior, en el momento en que la Ley 1340 de 2009 asigna a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de conocer sobre los temas que la

propia Ley intitula "protección de la competencia", limita el contenido de esa categoría. El artículo 2.º (que adicionó un segundo inciso al artículo 46 del Decreto 2153 de 1992<sup>51</sup>) precisó que sólo son 'los actos, los acuerdos y los abusos de posición dominante y los temas de integración'<sup>52</sup>. De esta forma, el efecto trascendental es que se removió de la órbita de competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio todo lo relativo a inhabilidades e incompatibilidades, radicándolas en cabeza de la Superintendencias sectoriales, bajo el entendimiento de que estos últimos temas no son de carácter transversal, sino por el contrario requieren un entendimiento específico del respectivo sector y la actividad en concreto.

A modo de ejemplo, estará mucho más capacitado el Superintendente Financiero para entender cuáles son las inhabilidades e incompatibilidades que tiene un miembro de una junta directiva de un banco, para ser miembro de una junta directiva de una compañía de financiamiento comercial, o para ser miembro en una compañía de seguros, que el Superintendente de Industria y Comercio, cuyo conocimiento específico de cada sector es menor que el de la autoridad sectorial. Como consecuencia, ni la autoridad, ni las sanciones, ni los procedimientos consagrados en la Ley 1340 de 2009 les serán aplicables a las investigaciones adelantadas por infracción al régimen de incompatibilidades e inhabilidades, como tampoco a cualquier régimen que no se considere contenido por la categoría de 'protección de la competencia'.

#### 2.1.2. *Ámbito Subjetivo de Aplicación de la Ley*

El segundo tema destacado sobre el ámbito de aplicación de la Ley, es aquel que

determina quiénes son los destinatarios de las disposiciones antimonopolios. Así, la norma prescribe que lo serán: 1) cualquiera que desarrolle una actividad económica; y 2) cualquiera que afecte o pueda afectar el desarrollo de una actividad económica<sup>53</sup>.

La composición de ese 'segundo grupo' de sujetos incluidos por la Ley tiene dos antecedentes valiosos: De un lado, la anterior redacción prevista por el Decreto 2153 de 1992; de otro lado, la presión de asociaciones gremiales para desligar su responsabilidad de la de sus afiliados.

Respecto de la redacción del Decreto 2153 de 1992 para el tema de colaboraciones empresariales, debe observarse que era supremamente inadecuada porque sólo se refería a los partícipes directos de las conductas, y estos tenían que desarrollar esa 'actividad económica'. *A contrario sensu*, si no desarrollaban esta actividad económica no había realmente una forma explícita con la cual la Superintendencia de Industria y Comercio pudiera iniciar la investigación.

En lo concerniente al apremio de las asociaciones gremiales para definir el alcance de la Ley 1340 de 2009, el problema se originó en interpretaciones conforme a las cuales éstas últimas podrían llegar a asumir una posición de garante frente a la conducta de sus afiliados. Dicho de otra manera, si bien nunca se quiso excluir a los gremios del ámbito de aplicación de la norma, tampoco se quería que estos quedaran respondiendo por el comportamiento anticompetitivo de alguno de sus afiliados.

Otro punto es el que hace relación a la eventual intervención de autoridades públicas en conductas potencialmente anticompetitivas—lo cual debe entenderse que no es extraño en absoluto—. Sin duda serán sujetos cobijados por la Ley 1340 de 2009, en el en-

tendido en que tienen la capacidad de influir en el funcionamiento del mercado (independientemente de que sean competentes para esos efectos o no). En nada obstará que tengan la calidad de Alcaldes o Ministros para que su conducta sea calificada por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando resulten involucrados en conductas contrarias a la libre competencia<sup>54</sup>.

Al final del día, el Superintendente de Industria y Comercio ha quedado con un poder enorme, si se considera que sigue siendo un "funcionario de tercer nivel en la escala administrativa". En ese sentido, el problema estructural debería resolverse de tal forma que eventualmente el Superintendente pudiera desprenderse o desligarse de cualquier tipo de órdenes directas o indirectas de un Ministro, o inclusive del mismo Presidente de la República, para remover cualquier velo de duda sobre la imparcialidad del Superintendente<sup>55</sup>. Por esta razón, también se ha propuesto por la doctrina nacional que se cree un Tribunal de la Competencia, pero por ahora la estructura administrativa seguirá igual.

Por otra parte, la disposición del Decreto 2153 de 1992 está redactada en la forma del Estatuto Orgánico de una entidad de supervisión, en donde se le indicaba al Superintendente de Industria y Comercio que ejecutaría sus funciones respecto de todo aquel que desarrollara una actividad económica, sin atender a su naturaleza o su forma jurídica. Esa atribución para la Superintendencia tenía el problema que no todas las violaciones terminan bajo el conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino de otra autoridad administrativa o incluso de un Juez de la República<sup>56</sup>. Por el contrario, la Ley 1340 de 2009 consagra una norma sustancial que determina

a quién le es aplicable la normatividad de protección de la competencia, sin ser una norma procedimental que asigna funciones a la Superintendencia. En ese sentido, la nueva norma no da lugar a equívocos sobre los destinatarios de la misma.

### 2.1.3. *Ámbito Territorial o Espacial de Aplicación de la Ley*

En el entendimiento del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio sería competente para iniciar una investigación administrativa siempre que los efectos de las conductas se produjeran en Colombia. Por el contrario, la nueva Ley contempla una amplia competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues con prescindencia de cuál sea la relación entre los investigados y de dónde se lleve a cabo el comportamiento, si los efectos se dan en los *mercados nacionales* le serán aplicables las disposiciones de anti-monopolios colombianas.

En ese sentido, lo que aparece como novedoso en el concierto internacional se reduce a dos elementos: 1) La norma no distingue entre efectos principales y efectos secundarios o incidentales, sino que habla de todo efecto; 2) Al indicar que el ámbito de aplicación se define según sea delimitado la respectiva noción de "mercado nacional", no se limita a Colombia, pues eventualmente hay mercados nacionales que bien pueden no cubrir todo el territorio colombiano, o pueden cubrirlo y adicionalmente parte del territorio foráneo (v.gr. el comportamiento del mercado de gasolina en la zona limítrofe con Venezuela), o inclusive pueden haber mercados nacionales que en absoluto coincidan con el territorio físico colombiano (v.gr. con el ciberespacio puede no localizarse física-

mente dentro de las fronteras políticas, pero sí estar afectando un mercado nacional).

Desde una óptica muy ortodoxa, esto puede implicar una aplicación extraterritorial de la Ley, puesto que podría ocurrir que ese 'mercado nacional' no corresponda con las fronteras político-geográficas del país; de hecho, este tipo de eventos no son tan ajenos a la práctica jurídica, pues a modo de ejemplo, la autoridad estadounidense ha aplicado el tema antimonopolios muy agresivamente cuando los efectos de las conductas afectan sus 'mercados nacionales'.

Para ilustrar mejor el tema se pueden plantear los siguientes escenarios:

1. Para el tema de prácticas comerciales restrictivas, surgen el ejemplo de los carteles en los mercados de exportación: Si la hipótesis es la de un cartel de exportación cuyos efectos se proyecten sólo en mercados foráneos, en principio la Superintendencia de Industria y Comercio no sería competente para analizar la conducta, dado que no habría efectos ni totales ni parciales en los mercados nacionales<sup>57</sup>. Por otra parte, si en la misma hipótesis del cartel de exportación se persigue como objeto que en el país exportador se quede sólo una cuota de producción y por ende restringe la oferta en este país, habrá que concluir que sí hay efectos –por lo menos parciales– en los mercados nacionales, ergo el Superintendente de Industria y Comercio podrá avocar conocimiento por esas conductas<sup>58</sup>.
2. Para el tema de integraciones empresariales, si hay dos grandes multinacionales que deciden aliarse –realizando la operación en el exterior– y como

consecuencia de dicha decisión se ve afectado incidentalmente el comportamiento del mercado nacional, sin duda la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la capacidad y la competencia para conocer de esa operación. Ahora bien, respecto de las consecuencias que habría para esas multinacionales que no dieron aviso en debida forma a la Superintendencia, pues por un lado podrían declararle la caducidad de los contratos estatales en los que sean parte, como también podrían ordenarle la desinversión, imponerles multas a las sociedades y a los representantes legales de las mismas y eventualmente pueden darse otras órdenes administrativas<sup>59</sup>, según el caso.

Lo anterior no propone en lo absoluto que los capítulos de competencia en los acuerdos de libre comercio sean inocuos; por el contrario, si bien el tema de protección de la competencia funciona bajo una similar dinámica en todos los países, lo relevante es la negociación para efectos de fortalecer la institucionalidad en mercados ampliados. A modo de ejemplo, el tratado versaría sobre el tema probatorio –con el propósito de lograr la debida colaboración en las investigaciones–, o para conceder jurisdicción sólo a una autoridad para que investigue a los ciudadanos de ambas naciones cuando haya efectos transfronterizos, o para establecer la posibilidad de una investigación conjunta, entre otros.

Al final del día, lo que resulta palpable es que el Superintendente de Industria y Comercio quedó como un hombre poderoso, y progresivamente seguirá siéndolo aún más, mientras sea más claro que será la autori-

dad competente siempre que se produzca cualquier tipo de efecto sobre un 'mercado nacional'<sup>60</sup>.

#### 2.1.4. *Ámbito Temporal de Aplicación de la Ley*

El último aspecto que define la aplicación de la nueva Ley se presenta en lo relativo a sus efectos en el tiempo. El artículo 34 de la Ley 1340 de 2009 prevé que tendrá vigencia a partir de su publicación<sup>61</sup>; no obstante, establece un régimen de transición según el cual aparecen tres supuestos de hecho para que la Autoridad Nacional de competencia sepa sobre cuáles procesos avocará el conocimiento<sup>62</sup>.

A pesar de lo anterior, ha sobrevenido legislación que ha modificado la competencia de algunas Superintendencias y las sustrae de la posibilidad de aplicarles el Régimen de Transición previsto por la Ley 1340 de 2009. El caso paradigmático es el tema de las comunicaciones:

La ley 1341 de 2009<sup>63</sup> 'des-domicilió' servicios de comunicaciones que anteriormente eran catalogados como servicios públicos domiciliarios. En ese sentido, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios perdió competencia sobre el asunto de comunicaciones, pero en razón de la entrada en vigencia de la ley 1341 de 2009, que es una norma posterior y especial para el sector –ergo, de aplicación preferente–, y ello implica que el régimen de transición previsto para todos los sectores en general no le será aplicable para los servicios públicos de comunicaciones no-domiciliarios regulados bajo la "Ley de TICs".

## 2.2. Configuración General del Régimen de Protección de la Competencia y la Normatividad Sectorial

La Ley 1340 de 2009 es clara al definir la configuración del Régimen General de la Competencia, pero asimismo es precisa al reconocer la existencia de normas especiales de cada sector específico<sup>64</sup>. De esta manera, se entiende que el Régimen General se compone de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992<sup>65</sup>, a lo cual habría que adicionar lo previsto por la Ley 590 de 2000<sup>66</sup> y la misma Ley 1340 de 2009. En otras palabras, lo principal será analizar si la disposición particular y especial para un sector prevé una situación fáctica *idéntica* a la del régimen general, para efectos de aplicar la regulación especial únicamente para ese evento. En todo lo demás, el régimen general de competencia es aplicable a todos los sectores sin distinción<sup>67</sup>.

Vale la pena anotar que no se trata de la repetición de la regla de interpretación *lex specialis derogat legi generali*, pues la norma del régimen general en ningún momento pierde vigencia o se ve derogada, sino simplemente se dispuso una regla hermenéutica para efectos de preferir la aplicación de la norma especial de un sector, sin afectar la vigencia ni validez de la normatividad general.

Una vez más, se reitera que ésta es la oportunidad que tiene el Superintendente de Industria y Comercio para volver a la Entidad relevante en el escenario nacional.

## 2.3. Exenciones y Excepciones

Para comenzar, se hace necesario distinguir a qué se refieren las *exenciones* y a qué se refieren las *excepciones*. La primera de las figuras

se presenta cuando se reconoce que una práctica es ilegal, pero que por motivos de orden superior es temporalmente permitida<sup>68</sup>. Por el contrario, la segunda forma responde a medidas adoptadas legítimamente por autoridades públicas, como los mecanismos de salvamento que puede utilizar el Superintendente Financiero<sup>69</sup>, en los cuales la conducta no se origina en los agentes del mercado sino en una orden estatal.

En lo que concierne a las *exenciones*, se ha dejado vigente el desatino y dislate que representa la aplicación del párrafo del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 para el sector agricultura. En verdad, bajo el espíritu de la nueva Ley, no debería aceptarse ningún escenario en el cual el Superintendente de Industria y Comercio tenga que actuar como un autómatas porque lo que manifieste el Ministerio de Agricultura sea vinculante; por el contrario, cualquier legítima preocupación de un Ministro, o un Alcalde, o en general de cualquier autoridad, deberá seguir el conducto regular, solicitando al Superintendente que les declare como permitida una práctica, en vez de expedir un acto administrativo sin consultárselo antes (para dar aplicación a la *abogacía de la competencia*).

Con mayor razón serán meritorios de reproche todos aquellos eventos en los que ni siquiera aparezca expedido un acto administrativo, sino que la respectiva autoridad pública se reúna, o impulse, o avale de alguna manera no-formal conductas entre los empresarios que eventualmente puedan ser calificadas de anticompetitivas<sup>70</sup>. Por el contrario, si el Ministerio expide el acto administrativo, dando previo cumplimiento al artículo de *abogacía de la competencia* al escuchar al Superintendente, esa conducta no será objeto de investigaciones posteriores por violar el régimen de libre competencia.

## 2.4. Integraciones Empresariales

La nueva Ley trajo consigo una serie de modificaciones sustanciales para la materia de integraciones empresariales. Adicionalmente, la H. Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la exequibilidad de la mayoría de normas que regulan este tema en la Ley 1340 de 2009, mediante sentencia C-228 de 2010 M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, en la cual se reconoció la necesidad y la proporcionalidad del control administrativo en razón de los objetivos perseguidos por éste, como no permitir que la estructura del mercado se torne incompatible con la libertad de empresa<sup>71</sup>.

### 2.4.1. Obligación de Información Previa

Dentro de la Ley 155 de 1959 se enlistaban un conjunto de operaciones respecto de las cuales se predicaba el deber de informar previamente al Gobierno Nacional sobre la proyectada operación<sup>72</sup>. Por otro lado, el Decreto 2153 de 1992 de manera indirecta —vía normas procedimentales que indicaban para el Superintendente que no podría objetar la operación si había mejoras en los niveles de eficiencia— intentó adicionar la adquisición de control a lo regulado por la Ley de 1959<sup>73</sup>.

Pero realmente la enumeración de los tipos de operación jurídica sigue siendo —como siempre lo ha sido— irrelevante, porque está incluida la categoría genérica que es "*integraciones*". La interpretación que se le ha dado sistemáticamente por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio a esta "*integración*" es que se presenta cuando quiera que dos agentes que podrían ser —o eran— competidores dejen de serlo como consecuencia de la operación. Dicho en

otras palabras, la amplitud con la cual la Superintendencia maneja la definición de "integración" es la que permite entender que las operaciones que aparecen mencionadas en las normas son sólo una enunciación, no una lista taxativa<sup>74</sup>.

En ese sentido, discutir los tipos de operación que deben informarse es inocuo e irrelevante, dado que siempre que se hable de *integración* y se cumplan los parámetros objetivos descritos por la Ley<sup>75</sup>, deberá darse aviso a la Superintendencia de Industria y Comercio. De esta forma se zanjó una discusión que se dio al inicio de aplicación del Decreto 2153 de 1992 sobre si cubriría operaciones horizontales o verticales, puesto que ahora quedó claro que se trata tanto de las operaciones horizontales como de las verticales.

Resulta necesario precisar una serie de eventos que podrían dar lugar a equívocos:

1. Para las operaciones de agentes que acrediten ser parte de un mismo Grupo Empresarial<sup>76</sup>, la Ley 1340 de 2009 prevé una exención al deber de información previa<sup>77</sup>. Recuérdese que el registro del grupo empresarial no es constitutivo, sino meramente declarativo.
2. Para los casos de *subordinación empresarial*<sup>78</sup>, partiendo de que las excepciones que trae la Ley deben ser interpretadas de forma restrictiva –no extensiva ni analógica–, no estarían cobijadas por el Artículo 9.º de la nueva Ley.
3. Para las denominadas *operaciones tipo conglomerado*<sup>79</sup>, en la medida en que las empresas involucradas no estén en ni en la misma cadena de valor ni en la misma actividad, no deberán ser notificadas a la Superintendencia.

4. Respecto de las escisiones, habrá de aclararse que sólo en el supuesto en el cual la escisión implique una integración empresarial habrá de darse aviso a la Superintendencia –tal como se ha venido manejando hasta hoy–<sup>80</sup>.

Finalmente, para efectos de la determinación de los parámetros objetivos según los cuales debe o no informarse una operación de integración empresarial<sup>81</sup>, hay un elemento que no estuvo libre de discusión, que fue la potestad que la Ley confiere al Superintendente de Industria y Comercio para señalar el monto de activos totales y de ingresos operacionales que establezcan el umbral para determinar si existe la obligación de informar a la Superintendencia y aguardar su aprobación de la operación, o no.

Para intentar evitar que esos umbrales o topes sean manipulados por intereses particulares, o surjan presiones por operaciones en curso, el Superintendente deberá fijarlos un año antes a la respectiva operación y tendrán aplicación durante todo el año siguiente a la fecha de fijación –i.e. no admitirá modificaciones o alteraciones–<sup>82</sup>.

#### 2.4.2. Objeción a Operaciones de Integración

Ahora bien, una vez se han determinado cuáles operaciones deben informarse a la Superintendencia y aguardar a su autorización, la segunda 'etapa' se refiere a cuáles entre aquéllas deberán ser objetadas por el Superintendente de Industria y Comercio. A ese respecto, la nueva Ley no modificó la norma sustancial: Deberá ser objetada aquella operación cuyo resultado tienda a restringir indebidamente la competencia, que

implica que las dos hipótesis de presunción de anti-competitividad del Decreto 1302 de 1964 se mantienen vigentes, puesto que no hay ninguna razón para que se produjere su decaimiento<sup>83</sup>.

La parte que sí muestra una nueva redacción más clara y específica es en lo relativo a la *excepción de eficiencia*. Sobre ésta deben aclararse los siguientes aspectos:

1. Lo primero que es necesario precisar es que no se trata de uno de los criterios para decidir objetar la operación o no. Se trata de una excepción. Lo anterior implica que ya se sabe que se generará una indebida restricción a la competencia, y sólo en ese escenario será posible oponer la excepción a la objeción del Superintendente<sup>84</sup>. Por el contrario, si dentro del proceso lo que se demuestra es hay competidores fuertes que permitirán mantener los niveles de competencia, nunca se entrará a discutir como tal el tema de la excepción.
2. En segundo lugar, la norma exige que el Superintendente deberá convencerse de la propuesta excepción de eficiencia, sólo cuando existan documentos de reconocido valor científico que así lo establezcan. Al final del día, habrá que esperar para saber qué entenderán por lo que la Ley consigna, dado que aquéllos pueden llegar a ser "documentos económicos de reconocido valor científico"<sup>85</sup>. Hasta hoy, ha sido realmente extraño encontrar probada la excepción de eficiencia en procesos nacionales, así como en países extranjeros<sup>86</sup>.
3. Dado el caso en que se hallara probada la excepción de eficiencia, la Ley no previó un mecanismo de seguimiento automático de su decisión para efectos de comprobar los resultados sobre la supuesta eficiencia. No obstante, lo que sí puede ocurrir es que si el Superintendente advierte que no se cumplió con el objetivo propuesto, podría ordenarse la desinversión o reversión de la operación, de considerarlo necesario.
4. Ahora bien, respecto de la orden de desinversión de operaciones no-informadas, el artículo quedó redactado<sup>87</sup> de una forma según la cual esa orden solamente procederá cuando el Superintendente hubiese objetado la operación (si se hubiera informado)<sup>88</sup>. Lo problemático de lo anterior es que la Superintendencia a lo sumo impondrá multas por incumplir con la obligación de avisar el proyecto de operación, pero para poder ordenar que se desinvierta tendrá que demostrársele a los involucrados que han generado una indebida restricción a la competencia –con las dificultades que ello implique–.
5. Finalmente, a modo de crítica no se considera conveniente que de nuevo se reviva la discusión sobre qué es y cómo se define un mercado relevante, para efectos de determinar si la operación debe aguardar la autorización de la Superintendencia, o si automáticamente se considera autorizada por contar conjuntamente con menos del 20% del mercado relevante<sup>89</sup>.

En definitiva, para ser una Ley que no pretendía expresamente modificar temas sustanciales, terminó siendo bastante significativa para la configuración del régimen de protección de la competencia.

### III. PROCEDIMIENTOS

El último de los temas corresponde a las modificaciones introducidas a las normas de carácter procedimental para investigaciones de prácticas comerciales restrictivas y para el asunto de integraciones empresariales.

#### 3.1. Investigaciones de Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia

##### 3.1.1. Análisis de Significatividad

En el Decreto 2153 de 1992, el artículo 2.º n.º 1<sup>90</sup> le indicaba a la Superintendencia que sólo debía iniciar y dar trámite a las investigaciones que se consideren significativas para afectar las finalidades o propósitos que le corresponde vigilar a esta Entidad. La modificación introducida por la Ley 1340 de 2009 corresponde al acotamiento y la precisión hecha sobre las finalidades perseguidas dentro de las actuaciones administrativas, reduciéndolas a la *libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar del los consumidores y la eficiencia económica*<sup>91</sup>. La decisión adoptada por el Legislador de acortarlos al final termina en la misma irresolución y vacilación en la que se encontraba redactado por la norma anterior. Esos tres propósitos –según aparece en la literatura especializada– nunca son acumulativos, sino que son alternativos y excluyentes. Las discusiones de levante son si las disposiciones de antimonopolio deberían específicamente proteger a los consumidores, o si deberían privilegiar la eficiencia económica, o si sobre todo deberían privilegiar el acceso de las empresas al mercado. En la medida en que se resuelva ir por uno u otro, en casos particulares se puede obtener un resultado muy diferente.

De manera que realmente no se hizo nada, porque quedaron los tres propósitos simultáneamente consignados en la Ley, y entonces el Superintendente va a tener la posibilidad de acudir a cualquiera de aquellas finalidades –dependiendo lo que quiera privilegiar en cada momento–. No es común en el mundo una posición tan ecléctica, dado que puede traer problemas en la medida en que será discrecional del Superintendente privilegiar uno u otro propósito y llevar a resultados distintos.

Por otra parte, en lo que sí se logró un avance fue en el punto de la *significatividad*, puesto que se hizo claridad que se trata simplemente de un tema de administración de recursos de la Superintendencia, pero no tiene nada que ver con la legalidad o ilegalidad de la conducta<sup>92</sup>. En ausencia de esa claridad, hubo mucha discusión sobre si las conductas son *per se* o se le puede aplicar algún tipo de *regla de la razón*, y un argumento fuerte para aplicar alguna forma de la regla de la razón era la existencia de ese artículo de la *significatividad* en el Decreto 2153 de 1992.

Para ilustrar lo anteriormente mencionado, éste argumento fue utilizado en el Tribunal Superior de Cundinamarca<sup>93</sup>, en el cual se decidió ‘inaplicar el régimen objetivo de responsabilidad’ en un proceso iniciado por un acuerdo de precios. Al respecto se manifestó lo siguiente:

*“Se advierte por la Sala que el núcleo esencial o materia del conflicto suscitado entre las partes radica en el régimen sancionatorio de que goza la Superintendencia de Industria y Comercio relacionado con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la ley 155 de 1.959 que le otorga la facultad de imponer medidas cuando se produzcan actos o acuerdos*

contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante. [...] El régimen sancionatorio de manera excepcional se hace efectivo bajo un régimen objetivo de responsabilidad. Es decir se prescinde totalmente del elemento de la culpabilidad para efectos de la aplicación de la sanción, razón por la cual ante la ocurrencia del hecho que puede constituir infracción, procede la aplicación de la sanción. [...] La Sala no comparte la tesis expuesta por la Superintendencia toda vez que cada conducta o resultado del mercado debe ser analizado de manera particular, pues se presentan circunstancias que permiten desvirtuar la ilegalidad de los acuerdos. [...] Los acuerdos y los actos contrarios a la libre competencia previstos en los artículos 47 y 48 del decreto 2153 de 1992, no pueden considerarse como una responsabilidad objetiva, los eventos allí consignados se asemejan tal como lo precisa el Director del Centro de Estudios de Derecho de los mercados<sup>94</sup> "a una presunción de ilegalidad, la cual puede desvirtuarse demostrando que en el mercado existe libertad de entrada, libertad de escogencia, variedad de precios y servicios, así como una eficiencia en el aparato productivo." (negrilla y citas dentro del texto; subrayas fuera del texto).

Afortunadamente, en enero de 2010, el H. Consejo de Estado<sup>95</sup> revocó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegando las pretensiones del demandante, así como las tesis del Tribunal y del Dr. MAURICIO VELANDIA C., entre otros:

"... además de la existencia del pacto de precios —sea cual sea su naturaleza— es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios. Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio [...], puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del

acuerdo, como ya se dijo, que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios. [...] Lo dicho además descarta de plano la teoría del actor según el cual el tipo de responsabilidad en el que la demandada sustentó la imposición de la multa es objetiva, como quiera que se aparecía un claro componente subjetivo en el tenor literal numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan por 'objeto o efecto, la fijación directa o indirecta de precios'. [...] (El Tribunal erró) al considerar que por demostrarse que el número de empresas prestadoras de servicios de vigilancia es superior a novecientas (900) personas jurídicas y las sancionadas son sólo quince (15), mal podría afirmarse que el acuerdo entre ellas celebrado era violatorio de la libre competencia, pues la normativa relativa a prácticas comerciales restrictivas, no señala como excepción a los acuerdos censurados el que la oferta de un bien o servicio determinado sea, en manera alguna amplia o restricta". (subrayas fuera del texto)

En suma, la nueva Ley aclara que esos propósitos no son criterios de interpretación de las normas, sino que se refieren a la significatividad de las conductas, a efectos de determinar si se inicia una investigación administrativa o no.

### 3.1.2. Participación de Otras Entidades Públicas

Como contrapartida a lo que la Ley 1340 de 2009 consagró en el artículo 7.º —respecto de la Abogacía de la Competencia—, se prevé en el artículo 8.º que la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados, sobre el inicio de la respectiva investigación administrativa<sup>96</sup>. En ese sentido, se fortalece la

institucionalidad y los 'vasos comunicantes' entre entidades públicas, al darle la oportunidad a las autoridades administrativas que por su objeto tengan algún interés en la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, para que participen dentro de la misma emitiendo concepto al respecto. Obsérvese que les resulta facultativo emitir su concepto o no, pero se les delimita a esas autoridades cuál es el ámbito dentro del cual deben hacer su participación, estableciendo que su concepto debe darse estrictamente en relación con el asunto puesto bajo su conocimiento y sobre el contexto en el cual se deba resolver el caso específico. Este punto es de suma relevancia, porque si no se entiende eso, la entidad emisora del concepto podría intentar introducirle al Superintendente elementos de juicio o consideraciones que no pertenezcan al tema de Protección de la Competencia<sup>97</sup>. Esas otras consideraciones no son, ni pueden ser, preocupaciones del Superintendente y por ende tampoco podrían ser argüidas por otras autoridades para que el Superintendente las deba examinar.

### 3. 1. 3. Terceros Interesados

Sobre este tema en particular, la modificación consistió en ampliar la noción de 'tercero interesado', y por ende también la posibilidad de participar en los procesos acreditando un interés directo e individual en el asunto. Ciertamente, el efecto práctico será la mayor dificultad para la Superintendencia para rechazar la participación de diversos sujetos alegando que esta Entidad funge como vocero del interés general, y por ende desplazando a otras personas que quisieran participar.

La sintaxis del artículo 19<sup>98</sup> permitió entender que en los procesos siempre serán terceros interesados los competidores y los consumidores; adicionalmente, se logró rescatar dentro del Congreso la 'o' que se antepone a la frase 'en general, aquel que acredite un interés directo e individual'. Esa 'o' será un argumento gramatical para efectos para entender que no se trata de una enumeración estricta de terceros interesados, además de que los competidores y consumidores siempre deberán ser admitidos como tal<sup>99</sup>.

Acto seguido, la norma no deja duda que los que sí tienen ese carácter de terceros interesados son las 'Ligas de Consumidores' o 'Asociaciones de Consumidores', por lo cual no sería extraño comenzar a ver la creación de ligas y asociaciones de consumidores con el propósito de intervenir siempre en las investigaciones de prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

Ahora bien, las facultades de estos terceros se extienden a la posibilidad de participar en las etapas *críticas* del proceso: i.e. cuando haya ofrecimiento de garantías, pueden pedir y aportar pruebas, deberían poder participar en la práctica de esas pruebas<sup>100</sup>, pueden interponer recursos en contra de la decisión final, pueden acudir ante el juez de lo contencioso-administrativo y cuando se realice el informe motivado por el Superintendente Delegado deberá correrse traslado tanto a los investigados como a los terceros interesados.

No obstante, habrá que aguardar a que la Superintendencia exponga la forma en la que se va a efectuar la admisión de los terceros al proceso, pues en principio no parece que la Entidad lo vaya a entender como una 'admisión automática'.

### 3.1.4. Medidas Cautelares

Ante todo, debe observarse que es un tema tan trascendental para efectos prácticos que la imposibilidad de concretar medidas cautelares—tratándose de temas empresariales— derivará en una decisión inocua al final del proceso, especialmente para temas como abusos de posición dominante. En cierto modo, se puede observar la concurrencia de un factor extralegal y otro factor de carácter legal sobre esta figura:

El componente extralegal surge de una realidad para la Superintendencia de Industria y Comercio, quien está demandada por varios miles de millones de pesos por no haber actuado con debida prontitud para adoptar las medidas cautelares pertinentes, generando la imposibilidad sobreviniente de hacer cumplir su propia decisión<sup>101</sup>. Este asunto de responsabilidad patrimonial del Estado es crítico, pues un proceso que se demore tres, cuatro o seis años puede terminar con una decisión que no se pueda cumplir porque no se adoptaron oportunamente las medidas cautelares suficientes para esos efectos. Sin duda alguna, ese estado de cosas para la Superintendencia exigió al Legislador para que modificara esta materia tan urgente.

De otra parte, el componente de carácter legal se observa en la lectura del artículo 18 de la nueva Ley, según el cual se le advierte al Superintendente que habrá de adoptar las respectivas medidas cautelares cuando advierta que de no adoptarlas se pondrá en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria—léase decisión condenatoria—<sup>102</sup>.

De conformidad con lo anterior, lo esperable es que el Superintendente atienda al llamado que se le hizo y tenga una mayor

propensión a tomar el riesgo que significa aprobar esas medidas cautelares.

Como contrapartida a lo anterior, a pesar de esa notable modificación, el Legislador no dejó espacio para estructurar un esquema de inmunidad o protección al Superintendente, mayor del que tiene o necesita un funcionario común y corriente. El Superintendente Financiero lo ha puesto en la mesa de discusión un par de veces, y para el caso del Superintendente de Industria y Comercio, habiéndole dado el mandato de adoptar medidas cautelares con mayor vigor, es alta la probabilidad de que en un corto plazo se atiborren la procuraduría y la contraloría de demandas y denuncias en contra del Superintendente—más de las que habitualmente se radican—, lo cual sin duda podría terminar afectando su criterio, o aminorando el vigor exigido.

Lo ideal es que, partiendo de que las medidas cautelares son rogadas, quien las solicite deba prestar una caución por eventuales perjuicios que se puedan causar a los investigados con la práctica de las mismas. De esta forma se suprime el escenario en el cual sea la Superintendencia la que deba reparar perjuicios por haber practicado medidas cautelares sin haber condenado al final, pues de ser así se generaría un incentivo perverso, bien para prejujgar—i.e. porque si practicó medidas cautelares tendría que condenar—, o bien para no practicar medidas cautelares en absoluto—i.e. para evitar causar perjuicios en caso de no condenar—.

### 3.1.5. Recursos, Vicios e Irregularidades del Proceso

En primer lugar, se observa que el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 estableció que durante la actuación administrativa

todos los actos se considerarán como *actos de trámite*, con excepción del acto que niega pruebas. A esos efectos, de conformidad con el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo<sup>103</sup>, el único acto administrativo que será recurrible durante la actuación será ese que niegue pruebas<sup>104</sup>.

En segundo lugar, para lo que concierne al tema de vicios e irregularidades, se previó que serían resueltos al final del procedimiento. Esta disposición, además de atípica entre las normas procedimentales, es altamente nociva. Lo que terminó consagrando el Legislador fue un escenario en el cual todo se discute al final –incluidas las nulidades propuestas desde el comienzo del proceso–, y una vez arribe ese momento de clausura, si llegase a haber una sola nulidad que prosperara dentro de todas las que posiblemente se hubieren propuesto, el proceso vuelve a su fase inicial por haber sido nulo todo lo actuado en el proceso. No cabe duda que lo anterior va en contra de los Principios de celeridad, eficiencia y economía de la función administrativa<sup>105</sup>.

### 3.1.6. Notificaciones y Comunicaciones

En la regulación que trae el artículo 23 de la nueva Ley<sup>106</sup> concurren tres elementos importantes:

1. La Ley prevé que sólo tres tipos de actos administrativos durante en proceso deberá ser “*notificados*”, a saber: Resolución de apertura, el que ponga fin a la actuación y el que decide recursos de vía gubernativa. Cualquier otro acto administrativo deberá ser “*comunicado*”. Si bien la finalidad de la ‘notificación’ y la ‘comunicación’ son dar publicidad a la decisión respectiva, esa distinción

que manifiesta el Legislador se traduce en la diferencia conceptual entre las dos precitadas nociones:

“La notificación es el acto material por medio del cual se pone en conocimiento de las partes o de terceros interesados los actos particulares o las decisiones proferidas por la autoridad pública. Tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y de su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, de contradicción y, en especial, de que se prevenga que alguien pueda ser condenado sin ser oído. Las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la autoridad, dentro del término que la ley disponga para su ejecutoria. Sólo a partir del conocimiento por las partes o terceros de las decisiones definitivas emanadas de la autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria”<sup>107</sup>.

“Comunicar es simplemente informar por cualquier medio sobre la existencia y objeto de la actuación administrativa, (sin necesidad de ordenar) la comparecencia de una persona a dicha actuación”<sup>108</sup>.

En ese sentido, sólo los tres tipos de actos administrativos que enlista el artículo 23 de la nueva Ley exigirán ser notificados con la formalidad que prevea el Código Contencioso Administrativo y la nueva Ley para los actos de carácter particular<sup>109</sup>.

2. El segundo asunto relevante sobre el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 versa sobre el asunto de las ‘notificaciones electrónicas’, respecto de lo cual hay que

decir que es concordante con los principios de celeridad, economía procesal y eficiencia, además de con lo previsto por el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo:

“Artículo 44. Deber y forma de notificación personal.

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado [...]”.

Lo que manifiesta la Ley 1340 de 2009 es que para efectos de hacer la notificación de los actos administrativos ya enunciados, debe utilizarse el medio más eficaz –i.e. en lugar de enviarle la citación por correo certificado, deberá usarse la notificación electrónica–.

3. Finalmente, vale la pena resaltar que este ‘medio más eficaz de notificación’ quedó sujeto a la reglamentación que se haga por parte del Gobierno Nacional. Respecto de este punto se advierte una posible inconstitucionalidad, de conformidad con lo manifestado por la H. Corte Constitucional en sentencia C-096 de 2001, relacionada en seguida. Para efectos prácticos, a continuación se hace una breve relación de la regulación más relevante existente hasta este momento en Colombia sobre éste asunto, y sobre cómo se ha entendido que deba surtir la notificación electrónica de actos administrativos o judiciales, para entender lo previsto por el artículo 23:

–Ley 270 de 1996<sup>110</sup>

Artículo 95. Tecnología al servicio de la administración de justicia. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la

incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

–Ley 527 de 1999<sup>111</sup>:

Artículo 5.º. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos<sup>112</sup>.

–Ley 788 de 2002<sup>113</sup>

Artículo 45. Formas de notificación de las actuaciones de la administración tributaria. Los requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, [...], deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente.

Artículo 46. Notificación electrónica. Es la forma de notificación que se surte de manera electrónica a través de la cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales pone en conocimiento de los administrados los actos administrativos producidos por ese mismo medio. La notificación aquí prevista se realizará a la dirección electrónica o sitio electrónico que asigne la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a los contribuyentes, responsables, agentes retenedores o declarantes, que opten de manera preferente por esta forma de notificación, con las condiciones técnicas que establezca el reglamento. Para todos los efectos legales, la notificación electrónica se entenderá surtida en el momento en que se produzca el acuse de recibo en la dirección o sitio electrónico asignado

por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Dicho acuse consiste en el registro electrónico de la fecha y hora en la que tenga lugar la recepción en la dirección o sitio electrónico. La hora de la notificación electrónica será la correspondiente a la hora oficial colombiana.

–Ley 794 de 2003<sup>114</sup>

–Ley 962 de 2005<sup>115</sup>

–H. Corte Constitucional. Sentencia C-096 de 2001

“La notificación de los actos administrativos por correo electrónico, dispuesta mediante el artículo 5.º de la Ley 788 de 2002, entró a hacer parte de ese régimen, es claro que aquella se entiende realizada no a la fecha de envío del correo electrónico sino al día siguiente del recibo de la información por parte del contribuyente. [...] La Corte advierte que la expresión “en los términos que señale el reglamento”, que hace parte del inciso segundo del artículo 5 de la Ley 788 de 2002, es contraria a la Carta Política pues desconoce la reserva legal que existe para la determinación del régimen de notificaciones como contenido del debido proceso. Corresponde al legislador establecer las formalidades con las cuales deben cumplirse los actos de comunicación procesal, incluida la notificación por correo electrónico, y tal facultad no puede asignarse al Presidente de la República para que la ejerza como potestad reglamentaria. Esa competencia privativa del legislador es tan clara que él, como se indicó, hizo ya una detenida regulación de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales en la Ley 527 de 1999. Por lo tanto, en ejercicio de sus facultades constitucionales, es él el indicado para determinar las formalidades de acuerdo con las cuales se debe cumplir la notificación por correo electrónico”.

–H. Corte Constitucional. Sentencia C-1114 de 2003

“Este ejercicio de función legislativa [...] bien puede diseñar el sistema de notificación de los actos administrativos de manera compatible con los progresos tecnológicos que se advierten en las telecomunicaciones y la informática y con la influencia que éstas han tenido en los medios de comunicación. Es más, existe la necesidad de actualizar los regímenes jurídicos para otorgar fundamento jurídico al intercambio electrónico de datos”.

–H. Corte Constitucional. Sentencia T-013 de 2008

“[...] frente a los medios tecnológicos como el Internet, éste no puede constituir una barrera informática para que las personas se acerquen a la administración, siempre que la puesta en práctica de dicha tecnología no excluya el ejercicio de cualquier derecho fundamental”.

–H. Consejo de Estado. Sección Tercera. 13 de agosto de 2008<sup>116</sup>

“En verdad, el ordenamiento jurídico pretende justamente, en el marco de la ‘sociedad de la información’, poner a tono el ordenamiento jurídico con los avances tecnológicos, por lo que también respecto de actos administrativos de carácter particular como el que hoy estudia la Sala, resulta predicable igual valor demostrativo que el de los documentos en papel! Los documentos en soporte de mensajes de datos, como son los actos administrativos almacenados por medios electrónicos como la Internet, para usar las palabras de la Corte Constitucional, también cumplen con los requisitos de fiabilidad, autenticidad, integralidad y rastreabilidad, propios del criterio flexible de ‘equivalente funcional’ adoptado por el legislador y que son aplicables a la documentación consig-

nada sobre papel. En consecuencia, estos documentos almacenados en medios electrónicos como la Internet están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel, siempre –claro está– que se garantice la fiabilidad de su origen lo mismo que su integridad, todo lo cual corresponde verificarlo al fallador en cada caso”.

–Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Acuerdo No. PSAA06-3334 de 2006

“Artículo 5º-Equivalencia Funcional. Los actos de comunicación procesal que se realicen por correo electrónico, así como los documentos que pueden ser presentados como mensajes de datos en los términos de la ley procesal, tendrán el mismo valor probatorio que la información que conste por escrito, siempre y cuando el firmante utilice una firma electrónica avalada por una entidad de certificación autorizada conforme a la ley y la información que contienen sea accesible para su posterior consulta”.

-Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Única. Título I numeral 5.7

“... (se) implementó un sistema que permite a los usuarios la notificación en línea de los actos administrativos a través de internet. Para ello, se requiere la aceptación del usuario de los ‘Términos y condiciones de uso de medios electrónicos para el servicio de notificación en línea a través de Internet de los actos proferidos por la Delegatura para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio’ que para el efecto se encuentran publicados en la página web de la Entidad”.

### 3.1.7. Beneficios por Colaboración

La implementación de los *Beneficios por Colaboración*<sup>117</sup>, responde a una tendencia global

en la cual –de conformidad con los principios de eficiencia y eficacia– se busca lograr óptimos resultados sin desgastar a la Administración Pública en el curso de la investigación. En ese sentido, el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 autoriza a que la Superintendencia de Industria y Comercio exonere total o parcialmente de la sanción a la persona que colabore bajo unos parámetros que la misma Ley delimita.

1. Podrán beneficiarse personas naturales o jurídicas, que hubieren participado en la conducta ilícita.
2. Se excluye como beneficiarios de este programa a los ‘Promotores’ e ‘Instigadores’ de la conducta –aunque la Ley no definió estos términos, dejándolo a la reglamentación del Gobierno–.
3. El colaborador debe informar sobre la existencia de la conducta, y/o entregar información y pruebas para identificar a los demás partícipes.
4. La Superintendencia de Industria y Comercio analizará la oportunidad en que recibió esa colaboración, así como la eficacia de la misma para determinar y probar los elementos de la conducta ilícita, para efectos de conceder el beneficio correspondiente.

Los problemas que se han evidenciado residen básicamente en la definición de *promotor e instigador*, así como en la reserva de la identidad del colaborador (por cuanto Colombia ya ha tenido varios pronunciamientos –internos y supranacionales– sobre la ‘justicia sin rostro’ en general<sup>118</sup>). Por otra parte, el Legislador no tomó la decisión de excluir de los beneficios a quienes reincidan o tengan ‘antecedentes’ por violación de normas del régimen de protección de la competencia.

En ese sentido, partiendo de que la reglamentación de la Ley no puede establecer más requisitos que los que ésta misma consagra, la 'oferta general de beneficios' se extiende a todos los agentes del mercado –salvo al promotor e instigador–, otorgando recompensas y aparentemente una confidencialidad al colaborador para que la labor de la Autoridad Nacional de la Competencia sea más fructífera y eficiente.

### 3.1.8. Terminación por Ofrecimiento de Garantías

La modificación de este asunto fue objeto de gran debate, por cuanto la práctica enseñó que la norma que consagraba el Decreto 2153 de 1992 permitía que en las actuaciones administrativas surgieran abusos por parte de los investigados; esto ocurría en la medida en que lo común era aguardar hasta el momento anterior a que se prohiriera el informe motivado del Superintendente Delegado, y si se observaba que las probabilidades de salir triunfante en el proceso eran bajas, entonces sí se optaba por ofrecer garantías.

Por el contrario, el artículo 16 de la nueva Ley<sup>119</sup> prevé la posibilidad de ofrecer garantías en una oportunidad reducida al término concebido para solicitar y aportar pruebas.

Ahora bien, dado que el Legislador no dispuso que fuera derogado el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, sino que se le adicionara un Parágrafo 1.º al mismo, el problema será que la lectura del artículo modificado quedará de la siguiente forma:

Decreto 2153 de 1992. Artículo 52. Procedimiento.

[...] Durante el curso de la investigación, el

Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. [...] Parágrafo 1º. [...] se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas.

Puesto en otras palabras, el artículo 52 quedó con dos oportunidades para poder ofrecer garantías –a saber: la 'original', que abarca toda la investigación y hasta antes del informe motivado; y la 'nueva', que está restringida al término para solicitar y aportar pruebas–. No hay duda que habrá quienes buscarán acomodar la interpretación del texto según más le convenga para el caso concreto.

### 3.1.9. Caducidad de la Facultad Sancionatoria

El fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio se ha visto ampliada por dos motivos:

1. El artículo 27 de la nueva Ley<sup>120</sup> estableció que la caducidad operará cuando se cuenten más de cinco (5) años entre la ejecución de la conducta violatoria –o del último hecho constitutivo para conductas de ejecución continuada–, y la notificación del acto administrativo sancionatorio. En esa medida, ya no serán dos (2) años de caducidad, como lo establecía la normativa anterior.
2. La segunda razón se encuentra en una tesis que no ha resonado mucho en el

ámbito de las actuaciones administrativas de la Superintendencia, por ahora. Se trata de un planteamiento que modifica la forma de realizar el conteo del término, conforme al cual el comienzo del mismo ocurre en el momento de ejecución del acto, o en el momento de ocurrencia del último hecho si es una conducta continuada, o con el último momento en el cual se produzcan los efectos de la conducta (!!!).

Sin duda, el peligro de que tenga eco esa última tesis es que el periodo de latencia para las empresas será cada vez mayor, sin que extender el plazo de caducidad sea equivalente a mayores o mejores resultados por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

### 3.2. Procedimiento en Integraciones Empresariales

#### 3.2.1. Etapas

Para comenzar, vale aclarar que el procedimiento en asuntos de integraciones empresariales se subdivide en dos fases principales: Una etapa de 'pre-evaluación' y una segunda etapa de 'evaluación'<sup>121</sup>.

1. En la fase de 'pre-evaluación', los interesados aportan a la Superintendencia un informe sucinto de la operación, acompañándolo de unos documentos básicos sobre las condiciones de la misma. Salvo que la Entidad cuente con elementos suficientes para establecer que no existe obligación de informar la operación, ordenará a que sobre este informe se realice una publicación para que las entidades reguladoras y demás

interesados alleguen elementos de juicio que la Superintendencia deba tener en cuenta para valorar la propuesta de los interesados<sup>122</sup>.

Tiene que enfatizarse que en el proceso para integraciones empresariales no aparece la figura de 'terceros interesados', pues no se ha dado esa calidad a los intervinientes —a diferencia de lo que ocurre para prácticas comerciales restrictivas—.

Finalmente, si se concluye que no existirá ninguna restricción a la competencia, termina el procedimiento en esta etapa.

2. En esta segunda fase, la Superintendencia de Industria y Comercio corre traslado a las autoridades de regulación y supervisión<sup>123</sup> y a los interesados, con la totalidad de la información, para que estos participen manifestando su posición al respecto, o proponiendo acciones a seguir para neutralizar los posibles efectos anticompetitivos de la operación. Los interesados/solicitantes podrán conocer y controvertir la información allegada por estos 'otros intervinientes' al proceso.

Incidentalmente, el numeral 5.º y el numeral 6.º del mismo artículo 10.º de la nueva Ley presentan una aparente inconsistencia: De conformidad con el numeral 5.º el silencio administrativo positivo aplica contando 3 meses entre el momento en que se allegó toda la información por parte de los interesados/solicitantes, sin que haya pronunciamiento por la Autoridad de la Competencia. Por otra parte, el numeral 6.º establece un término de 2 meses, en cualquier etapa del procedimiento, para que la inactividad de los interesados derive en un desistimiento

tácito. Puesto en otras palabras, difícilmente operará el silencio administrativo positivo antes de que haya desistimiento tácito<sup>124</sup>. Se tendrá que aguardar a que la Superintendencia de Industria y Comercio dé claridad sobre éste asunto.

### 3.2.2. *Condicionamientos a las Operaciones de Integración*

Tal como se había manifestado anteriormente, la figura de los *condicionamientos* en Colombia fue una creación doctrinaria, desarrollada bajo el amplio entendimiento que la Superintendencia le dio a la facultad de impartir órdenes administrativas.

Por el contrario, la Ley 1340 de 2009 sí prevé expresamente este concepto, estableciendo que procederán siempre que sean idóneos para preservar efectivamente la competencia<sup>125</sup>. La misma norma dispone que la Superintendencia tendrá que implementar algún mecanismo de seguimiento para verificar el cumplimiento de dichas condiciones, dado que el incumplimiento acarreará sanciones —con respeto al debido proceso, i.e. con la posibilidad de presentar descargos—, y la reincidencia en el incumplimiento de dichos condicionamientos provocará la orden de reversión de la operación.

¿Qué características deben tener los condicionamientos?

- a. Tienen que identificar y aislar o eliminar el elemento anticompetitivo, para efectos de preservar efectivamente las condiciones de competencia.
- b. Tienen que implementar remedios de carácter estructural. En esa medida se excluiría tanto para el asunto de con-

dicionamientos, como para efectos de las garantías, los problemas de carácter conductual. Sin embargo, ya se han presentado interpretaciones que afirman que además de referirse a problemas estructurales, también cobijaría problemas conductuales.

- c. Tendrán que sujetarse a verificación periódica por parte de la Superintendencia.

### 3.2.3. *Participación de Otras Entidades Públicas*

Como se anunció previamente, las autoridades de regulación y de supervisión serán avisadas del inicio del trámite de integración para que, si lo estiman pertinente, intervengan en la actuación administrativa<sup>126</sup>. La regulación para estos efectos es semejante a la que aparece en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas, en donde el propósito es establecer ‘vasos comunicantes’ entre las distintas entidades para crear un entendimiento en los temas de competencia.

La participación de las otras entidades no será obligatoria; no obstante, en caso de participar, sólo deben hacerlo bajo elementos del régimen de protección de la competencia, reiterando que la entidad emisora del concepto no podría intentar introducirle al Superintendente elementos de juicio o consideraciones que no sean del tema de Protección de la Competencia<sup>127</sup>.

En todo caso, ese concepto no es vinculante para el Superintendente, pero si éste último decide apartarse de lo conceptuado por la otra autoridad pública deberá manifestar las razones para hacerlo.

## CONCLUSIONES

El Legislador colombiano ha resuelto confiar en la especialización y fortaleza institucional de la Superintendencia de Industria y Comercio, otorgándole una enorme autoridad y poder para la supervisión transversal del mercado y los agentes que actúan dentro de éste. Adicionalmente, la Ley 1340 de 2009 ha enfrentado ya dos veces el análisis de la Honorable Corte Constitucional (sentencias C-228 de 2010 y C-537 de 2010) y en ambas ocasiones se ha mantenido la normatividad acusada dentro del ordenamiento colombiano.

De manera que hoy, el Superintendente de Industria y Comercio tendrá tres misiones principales bajo la perspectiva de la nueva Ley de Competencia: 1) Como Autoridad Nacional de la Competencia, deberá fomentar y robustecer la 'cultura de la libre competencia' al interior del país para acompasar la realidad nacional con el marco de internacionalización; 2) Fortalecer todos los mecanismos interinstitucionales para efectos de dar cumplimiento con lo dispuesto en los artículo 7.º y 8.º de la Ley 1340 de 2009; 3) Consolidar y apuntalar su doctrina en lo concerniente la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal (en palabras de la Corte Constitucional)<sup>128</sup>. De todo lo anterior dependerá –en buena medida– el buen funcionamiento y competitividad del mercado colombiano.

1 Agradezco la colaboración de CAMILO PABÓN ALMANZA en la elaboración del presente artículo.

2 Director del Departamento de Derecho Económico. Universidad Externado de Colombia.

3 Para determinar si se aplicaba el Decreto 2153 de 1992, o normatividad especial de un sector como

el E.O.S.F. En la Exposición de Motivos de la Ley 1340 se expresó lo siguiente, "... la ley también ha confiado a varias Superintendencias la función de reprimir prácticas que restringen indebidamente la competencia. Tal es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la Superintendencia Financiera y de la Servicios Públicos. Aunque la primera de esas entidades actúa sobre la base de una competencia residual, que lleva a actuar cuando la ley no ha asignado a cualquiera de las otras dos, ese reparto de funciones en materia de investigación y sanción presenta dificultades. Son varias esas dificultades (...). En primer lugar, abre espacio para la discusión sobre el alcance de las funciones de cada una de las autoridades encargadas. Ese tipo de discusión interinstitucional económicamente hablando es infructífero. Lo que produce es incertidumbre jurídica para las empresas sobre la autoridad ante la cual deben responder por sus conductas. En segundo lugar, cada una de esas autoridades puede tener criterios diferentes sobre la aplicación de las normas. En este caso la incertidumbre para las empresas se traslada al campo sustancial donde más efectos indeseables se producen. De hecho, una empresa tiene derecho a saber si lo que hace en el mercado es legal o no. Esa dispersión de funciones entre varias autoridades encargadas de la sancionar prácticas restrictivas de la competencia limita el desarrollo coherente de la libre competencia" (Senado de la República, Proyecto de Ley número 195 de 2007, Gaceta del Congreso, Año XVI, n.º 583, Bogotá, 16 de noviembre de 2007). (negrilla fuera de texto)

- 4 Decreto 2153 de 1992. Artículo 2. Funciones. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: 1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, los siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios que los empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exima variedad de precios y calidades de bienes y servicios.
- 5 Hoy Superintendencia Financiera de Colombia.
- 6 Quién en ese momento era asesor jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y pos-

- teriormente sería Superintendente Bancario.
- 7 Vid. Ámbito Jurídico. *Se necesita una autoridad única*. Año IX, n.º 203 del 10 al 23 de octubre de 2005 y, *Es conveniente una autoridad de competencia única, colegiada, especializada e independiente*. Año VIII, n.º 187 del 19 de junio del 2 de julio de 2006.
- 8 **Ley 1340 de 2009. Artículo 6. Autoridad nacional de protección de la competencia.** La Superintendencia de Industria y Comercio co-nocerá 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.
- 9 Vid. H. Corte Constitucional. Sentencia C-1344 del 4 de Octubre de 2000 M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. En esta sentencia, la Corte Constitucional analiza la constitucionalidad del artículo 10º de la Ley 555 del 2 de Febrero de 2000, que prevé lo siguiente:  
**Ley 555 de 2000. Artículo 10.- Condiciones en que se deberán prestar los servicios de comunicación personal, P.C.S.**  
**Parágrafo. Régimen de competencia.** La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, \*así como de todos los demás sectores económicos\*. En tal calidad, la Superintendencia aplicará y velará por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996, contando para ello con sus facultades ordinarias y siguiendo para el efecto el procedimiento general aplicable, sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión". La posición de la H. Corte Constitucional fue reiterada en sentencias posteriores, como las sentencias T-798 de 2001 y T-094 de 2002.
- 10 Vid. H. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo CP: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil cuatro (2004). Rad.: 11001-03-15-000-200-0678-00(C) Actor: Superintendencia de Industria y Comercio. Demandado: Comisión Nacional de Televisión.
- 11 Con un fuerte respaldo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
- 12 Cfr. Código Civil Colombiano. Art. 25
- 13 Cfr. Constitución Política de Colombia. Art. 241
- 14 Especialmente los esfuerzos realizados por la Superintendente EVA MARÍA URIBE TOBÓN y el Ex-Ministro HUGO PALACIOS MEJÍA para hacer ver las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los asuntos de servicios públicos domiciliarios como inconstitucionales, bajo una interpretación del artículo 370 de la Constitución Política.
- 15 **Artículo 1. Objeto.** La presente ley tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.
- 16 **Artículo 28. Protección de la competencia y promoción de la competencia.** Las competencias asignadas, mediante la presente ley, a la Superintendencia de Industria y Comercio se refieren exclusivamente a las funciones de protección o defensa de la competencia en todos los sectores de la economía.
- 17 **Artículo 2o. Ambito de la Ley.** Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.
- 18 **Ley 1341 de 2009**  
**Artículo 7.- Criterios de interpretación de la Ley.** Esta Ley se interpretará en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en la misma, con énfasis en la promoción y garantía de libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios.  
**Artículo 19.- Creación, naturaleza y objeto de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.** La Comisión de Regulación de Comunicaciones

- es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad. Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente Ley.
- 19 **Decreto 2153 de 1992. Artículo 2o. Funciones.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: 21. Instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse materias que hace referencias el numeral anterior, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para cabal aplicación.
- 20 v.gr. La Circular Única de la Superintendencia
- 21 v.gr. La posibilidad de aceptar integraciones de forma condicionada.
- Con respaldo en jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la H. Corte Constitucional, quienes han establecido algunos pocos límites claros y definidos para esta facultad, como por ejemplo la proscripción de la posibilidad de dar instrucciones para posteriormente juzgar casos en uso de sus funciones jurisdiccionales, por considerar que exorbita los límites de la facultad de instruir, puesto que la regulación de las funciones jurisdiccionales es exclusiva del Legislador; adicionalmente, se limitó la facultad de instrucción para esos mismos casos, dado que puede verse comprometida la imparcialidad que debe guardarse para el uso de las facultades jurisdiccionales excepcionales. *Cfr.* Sentencia C-1641 de 2000, C-649 de 2001, T-506 de 2004, entre otras.
- 22 En sede de tutela, la H. Corte Constitucional no se comprometió para decidir el caso concreto, sino que lo dejó para que lo conociera el H. Consejo de Estado; sin embargo, enunció los precitados parámetros para definir el alcance de las instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. *Cfr.* Sentencia T-145 de 2004 M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Distribuidora Los Coches La Sabana S.A, Continental Automotora Continautos S.A e Internacional de Vehículos Ltda. contra la Superintendencia de Industria y Comercio.
- 23 **Decreto 410 de 1971. Artículo 1886. Convenios entre explotadores sujetos a la aprobación previa de autoridad aeronáutica.** Quedan sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regulariza o limitar la competencia o el tráfico aéreo.
- 24 Vid. Aeronáutica Civil Resolución n.º 04888 del 12 de Diciembre de 2001 y Auto 01 de 2001. Superintendencia de Industria y Comercio Resolución 19354 del 8 de junio de 2001 y Resolución 29437 del 7 de septiembre de 2001.
- 25 **Ley 1340 de 2009. Artículo 8. Aviso a otras autoridades. Parágrafo.** La Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves.
- 26 Vid. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Artículo 325 y ss.
- 27 i.e. Contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves.
- 28 Ergo, con la simple inclusión a la operación de un sujeto ajeno a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, esta última perderá la competencia para conocer de la solicitud de integración.
- 29 **Artículo 9. Control de integraciones empresariales.** [...] En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participan exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones.
- 30 A modo de ejemplo *Cfr.* Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 7970 del 9 de marzo de 2001.
- 31 V.gr. Cumplir con el trámite formal para la autorización de acuerdos anticompetitivos en sectores básicos de producción, en vez de pretermitir éste conducto regular e intervenir *motu proprio* en el mercado.
- 32 El profesor venezolano, IGNACIO DE LEÓN (Ex-Director de Procompetencia), trabajó arduamente el tema relativo a Abogacía de la Competencia.
- 33 Consagrado en el artículo 113 y 209 de la Constitución Política. “[...] *la propia Carta Política en su artículo 113 deja entrever en forma, por demás clara, la*

- colaboración que debe existir entre los diferentes órganos del Estado, a pesar de las funciones separadas que ellos adelanten, y en el artículo 209, que en relación con las autoridades administrativas es aún más concreto, al señalar que éstas 'deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado'. Cfr. H. Corte Constitucional. Sentencia C-497 de 1995 y C-310 de 1996, entre otras.
- 34 **Ley 1340 de 2009. Artículo 7. Abogacía de la competencia.** Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2o del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta.
- 35 Propios de la recepción y el constante trabajo de las Altas Cortes sobre categorías neo-constitucionalistas.
- 36 V.gr. La 'Doctrina Legal' y el 'Precedente'. Vid. Ley 61 de 1886 y Ley 153 de 1887.
- 37 **Ley 1340 de 2009. Artículo 24. Doctrina probable y legítima confianza.** La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable.
- 38 Obsérvese que se muestra como una postura muy cercana al realismo jurídico.
- 39 Vid. Ley 169 de 1896. Artículo 4.º
- 40 *Ibidem*
- 41 Sin perjuicio del llamado 'choque de trenes' con la H. Corte Constitucional por tutelas en contra de providencias judiciales.
- 42 *Cfr.* Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 00016003 del 19 de abril de 2000.
- 43 *Cfr.* Miranda Londoño, Alfonso. *Compilación Documentos sobre Derecho de la Competencia*. Centro de estudios de derecho de la competencia. Publicación de la Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas. 1999.
- 44 *Cfr.* Corte Constitucional Sentencia C-836 de 2001
- 45 "Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas". *Cfr. Ibidem*
- 46 *Cfr.* H. Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.
- 47 i.e. Eventos y fenómenos sobre los cuales recae la normatividad de Competencia.
- 48 i.e. Los sujetos que quedan cobijados como destinatarios de las normas.
- 49 i.e. La delimitación –no necesariamente física– del área en donde será aplicable dicha normatividad.
- 50 i.e. Los efectos de la nueva Ley en el tiempo.
- 51 Aclarando que no se derogó el primer inciso, relativo a que las conductas anticompetitivas tienen objeto ilícito.
- 52 **Ley 1340 de 2009. Artículo 2. Ámbito de la Ley.** Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor:  
Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales.
- 53 **Ley 1340 de 2009. Artículo 2. Ámbito de la Ley.** [...] Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.
- 54 Entiéndase lo anterior sin perjuicio de aquellas hipótesis en las que esté de por medio una autorización de la respectiva conducta anticompetitiva.
- 55 Teniendo en cuenta el poder de la Superintendencia de Industria y Comercio, de rebote ese poder puede terminar en órdenes –directas o indirectas– del Gobierno Central al Superintendente.
- 56 Vía acción de grupo, acción popular o un proceso ordinario.
- 57 Esta hipótesis es lo que la doctrina comúnmente conoce como "carteles de exportación puros", en

- los cuales exclusivamente se ven afectados los mercados extranjeros.
- 58 Esta segunda hipótesis es conocida como “carteles de exportación mixtos”, en donde la libre competencia se ve limitada tanto en el mercado extranjero como en el mercado del país exportador.
- 59 Cuya falta de acatamiento también acarrearía las debidas sanciones.
- 60 Sin perjuicio de lo establecido por el artículo 32 de la Ley 1340 de 2009.
- 61 **Ley 1340 de 2009. Artículo 34. Vigencia.** Esta ley rige a partir de su publicación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.
- 62 **Ley 1340 de 2009. Artículo 33. Régimen de transición.** Las autoridades de vigilancia y control a las que excepcionalmente la ley haya atribuido facultades específicas en materia de prácticas restrictivas de la competencia y/o control previo de integraciones empresariales, continuarán ejerciendo tales facultades durante los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta ley, de conformidad con los incisos siguientes. Las investigaciones que al finalizar el término establecido en el inciso anterior se encuentren en curso en materia de prácticas restrictivas de la competencia continuarán siendo tramitadas por dichas autoridades. Las demás quejas e investigaciones preliminares en materia de prácticas restrictivas de la competencia deberán ser trasladadas a la Superintendencia de Industria y Comercio. Las informaciones sobre proyectos de integración empresarial presentadas ante otras autoridades antes de finalizar el mismo término, serán tramitadas por la autoridad ante la que se radicó la solicitud. Con todo, antes de proferir la decisión, la autoridad respectiva oirá el concepto del Superintendente de Industria y Comercio.
- 63 Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.
- 64 **Ley 1340 de 2009. Artículo 4. Normatividad aplicable.** La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico.
- 65 Expedido al amparo del art. 20 transitorio constitucional, con fuerza de Ley pero sin ser un Decreto-Ley como tal. Se le denominó un “Decreto Legislativo de Facultades Constitucionales”. Cfr. H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. CP: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993). Rad. 2335. Actor: JESÚS VALLEJO MEJÍA. Demandado: Gobierno Nacional.
- Constitución Política de Colombia. Artículo transitorio 20.** El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.
- 66 Que adiciona un numeral al rubro de Acuerdos y un numeral al rubro de Abusos de Posición Dominante.
- 67 Que de por sí mismo acaba la controversia sobre quienes piensan que para el sector financiero sólo rige el E.O.S.F., o que para el tema de servicios públicos domiciliarios sólo existe la Ley 142 de 1994.
- 68 i.e. Cuando se le da aplicación al Parágrafo del Artículo 1.º de la Ley 155 de 1959.
- Ley 155 de 1959 Artículo 1. [...] Parágrafo.** El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.
- 69 Sin perjuicio de que, tal como se advirtió anteriormente, todas las demás Superintendencias que refieran en su normatividad a la regulación del sector financiero y en particular a la de la Superintendencia Financiera de Colombia tengan

- la misma opción para generar excepciones al régimen de protección de la competencia.
- 70 Evidentemente, cualquier acción no-formal ni regular de la autoridad pública no "legaliza" ni legitima las conductas contrarias a la libre competencia de los partícipes de las mismas.
- 71 *"La naturaleza misma de las disposiciones demandadas reconoce la posibilidad de que se efectúen integraciones empresariales, incluso aquellas que por su extensión configuran posición de dominio, sólo que las somete al control administrativo a fin de impedir que se tornen incompatibles con la libertad de empresa". Cfr. H. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010 M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.*
- 72 **Ley 155 de 1959 artículo 4.** [...] estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.
- 73 **Decreto 2153 de 1992. Artículo 51. Integración de empresas.** El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, [...].
- 74 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 1955 de 30 de enero de 2008; Resolución 21819 de 1 de septiembre de 2004; Concepto 01061487 de 10 de septiembre de 2001; Resolución 8307 de 28 de marzo de 2003; Resolución 15917 de 6 de junio de 2003; Concepto 96048285 de 27 de septiembre de 1996; Concepto 96046922 de 25 de octubre de 1996; Concepto 00001365 de 02 de marzo de 2000; entre otras.
- 75 Vid. Ley 1340 de 2009 Artículo 9°. "Este control, según lo estipula los preceptos analizados y los demás que integran la normatividad sobre la materia, responden a parámetros objetivos, que consultan la forma en que está conformado el mercado y el grado de participación del conglomerado o nuevo tipo societario resultante de la integración empresarial". Cfr. H. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010. M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
- 76 **Ley 222 de 1995. Artículo 28. Grupo empresarial.** Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.
- 77 **Ley 1340 de 2009. Artículo 9. Control de integraciones empresariales. Parágrafo 3.** Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.
- 78 **Ley 222 de 1995. Artículo 26. Subordinación.** Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.
- 79 Es decir, aquellos eventos en los que la integración se produce entre empresas pertenecientes a dos mercados totalmente diferentes. V.gr. La hipótesis en la que el Grupo Empresarial Bavaria volviera a adquirir más del 50% de acciones de Sofasa.
- 80 *"De conformidad con el artículo 3° de la Ley 222 de 1995, es posible que a través de la escisión, las partes patrimoniales que se transfieren se incorporen a una o varias sociedades ya existentes, caso en el cual "esta operación representa en el ámbito de la sociedad beneficiaria receptora de las partes patrimoniales mencionadas una verdadera integración," y "su realización debe someterse a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas". Igualmente debe tenerse en cuenta que, a pesar de que, "en rigor jurídico la escisión es un fenómeno opuesto a la fusión...la conglomeración o concentración de sociedades a veces desemboca en la escisión, o sea en la creación de múltiples compañías que forman parte de una misma constelación societaria. La escisión facilita un mayor desarrollo de la gran empresa porque rompe su excesiva centralización administrativa," razón por la cual, puede ser también un instrumento de concentración empresarial a pesar de que de una sola compañía se pasa al grupo de sociedades". Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto n.º 02075830 del 08 de octubre de 2002. Concepto 02047899 del 19 de julio de 2002; Concepto 01091644 del 30 de octubre de 2001, entre otros.*

- 81 **Ley 1340 de 2009. Artículo 9. Control de integraciones empresariales.** Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones [...]: 1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o 2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.
- 82 **Ley 1340 de 2009. Artículo 9. Control de integraciones empresariales. Parágrafo 1.** La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.
- 83 **Decreto 1302 de 1964. Artículo 5.** Para los efectos del parágrafo 1.º. Del artículo 4º. De la ley 155 de 1959, se presume que una concentración jurídico-económica tiende a producir indebida restricción de la libre competencia: a) Cuando ha sido precedida de convenios ligados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre sí los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio; b) Cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores.
- 84 **Ley 1340 de 2009. Artículo 12. Excepción de eficiencia.** La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo [...] que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.
- 85 **Ley 1340 de 2009. Artículo 12. Excepción de eficiencia.** La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico [...]
- 86 V.gr. En EE.UU. la aplicación de la misma ha sido escasa.
- 87 Inicialmente no se había propuesto de la manera en como quedó finalmente promulgado, precisamente para evitar el mencionado problema.  
**Ley 1340 de 2009. Artículo 13. Orden de reversión de una operación de integración empresarial.** Sin perjuicio de la imposición de las sanciones procedentes por violación de las normas sobre protección de la competencia, la autoridad de protección de la competencia podrá, previa la correspondiente investigación, determinar la procedencia de ordenar la reversión de una operación de integración empresarial cuando esta no fue informada o se realizó antes de cumplido el término que tenía la Superintendencia de Industria y Comercio para pronunciarse, si se determina que la operación así realizada comportaba una indebida restricción a la libre competencia, o cuando la operación había sido objetada o cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se autorizó.
- 88 Además de lo consagrado por el artículo 11, según el cual esa orden procederá también cuando haya reincidencia en el incumplimiento de las condiciones a las que se sujetó la aprobación de la operación de integración.
- 89 **Ley 1340 de 2009. Artículo 9. Control de integraciones empresariales.** [...] En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.
- 90 **Decreto 2153 de 1992. Artículo 2. Funciones.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: 1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a

- aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, los siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios que los empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.
- 91 Ley 1340 de 2009. Artículo 3. Propósitos de las actuaciones administrativas. [...] Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta.
- 92 Ley 1340 de 2009. Artículo 3. Propósitos de las actuaciones administrativas. [...] Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta.
- 93 Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera-Sub Sección B. Bogotá D.C. Noviembre veintisiete (27) de del dos mil tres (2003). M. P.: LIGIA OLAYA DE DÍAZ. Rad. 2001-0364. Demandante: Asociación de Entidades de Seguridad Privadas –ANDEVIP– y otros. Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
- 94 Velandia C., Mauricio. 'En un vistazo jurídico a la fijación de precios'. Publicado en ámbito jurídico edición del 8 al 21 de julio de 2002. Bogotá D.C.
- 95 H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Enero veintiocho (28) de dos mil diez (2010). M. P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Rad. 2001-0364. Demandante: Asociación de Entidades de Seguridad Privadas –ANDEVIP– y otros. Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Recurso de Apelación.
- 96 Ley 1340 de 2009. Artículo 8. Aviso a otras autoridades. [...] tratándose de una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados. Estas últimas podrán, si así lo consideran, emitir su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, [...]. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión.
- 97 V.gr. Temas de cobertura, temas de protección al usuario, temas de inversión extranjera, temas de la más diversa índole.
- 98 Ley 1340 de 2009. Artículo 19. Intervención de terceros. Los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de terceros interesados y además, podrán [...] intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido. Las ligas y asociaciones de consumidores acreditadas se entenderán como terceros interesados.
- 99 Esta forma de entenderlo tiene además un respaldo en las manifestaciones hechas por el Congreso de la República mientras se hizo el tránsito legislativo: En la ponencia inmediatamente anterior al último debate, el artículo decía "los consumidores y competidores en todo caso", y luego sí comenzaba a enumerar cuáles eran otros terceros interesados.
- 100 Con respaldo en el Código Contencioso Administrativo, no en la Ley 1340 de 2009.
- 101 V.gr. En asuntos como el de las llamadas de teléfono fijo a celular.
- 102 Ley 1340 de 2009. Artículo 18. Medidas cautelares. La autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria.

- 103 **Decreto 01 de 1984. Artículo 49. Improcedencia de recursos.** No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.
- 104 **Ley 1340 de 2009. Artículo 20. Actos de trámite.** Para efectos de lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo todos los actos que se expidan en el curso de las actuaciones administrativas de protección de la competencia son de trámite, con excepción del acto que niegue pruebas.
- 105 Vid. Constitución Política de Colombia. Artículo 209 inc. 1.º. Decreto 01 de 1984 Artículo 3.º.
- 106 **Ley 1340 de 2009. Artículo 23. Notificaciones y comunicaciones.** 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.  
Las notificaciones electrónicas estarán sujetas a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.
- 107 Cfr. H. Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2003. M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
- 108 Cfr. H. Corte Constitucional. Sentencia T-215 de 2006. M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- 109 **Decreto 01 de 1984. Artículo 44. Deber y forma de notificación personal.** Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.  
**Artículo 45. Notificación por edicto.** Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia.
- 110 Ley estatutaria de la Administración de Justicia
- 111 Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.
- 112 Esto es, la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. Vid. Decreto Reglamentario 1747 de 2000, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.
- 113 Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial, y se dictan otras disposiciones.
- 114 Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones. El artículo 29 modificó el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, admitiendo la posibilidad de notificación electrónica.
- 115 Artículo 7.º Publicidad Electrónica de Normas y Actos Generales Emitidos por la Administración Pública.
- 116 Cfr. H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. CP: Ruth Stella Correa Palacio. Rad. AP2004-888. 13 de agosto de 2008. Bogotá D.C.
- 117 Conocido como programas de clemencia, leniency, delación, entre otros.
- 118 Partiendo de que se violaría el derecho al debido proceso y el derecho de defensa de los investigados, al no poder confrontar a quien los está acusando de conductas ilícitas.  
*"El Estado ha reconocido que el mecanismo de justicia especializada ha sido objeto de múltiples críticas por avasarlar los derechos del acusado. Sin embargo, considera que se trata de una figura excepcional a ser empleada exclusivamente por razones de seguridad de las personas que intervienen en el proceso, como garantía de sus propios derechos".* Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de seguimiento del cumplimiento con las recomendaciones de la CIDH en el *tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia* (1999).
- 119 **Ley 1340 de 2009. Artículo 16. Ofrecimiento de garantías suficientes para la terminación anticipada de una investigación.** Adiciónase el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 con un párrafo 10 del siguiente tenor: Para que una investigación por violación a las normas sobre

- prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas.
- 120 **Ley 1340 de 2009. Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria.** La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.
- 121 Vid. Ley 1340 de 2009. Artículo 10. Procedimiento Administrativo en Caso de Integraciones Empresariales
- 122 Sin perjuicio de que se solicite –y la Superintendencia conceda– una reserva sobre la operación proyectada.
- 123 Haciendo una remisión expresa a las autoridades que aparecen en el artículo 8° de la Ley 1340 de 2009.
- 124 **Ley 1340 de 2009. Artículo 10. Procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales.** 5. Si transcurridos tres (3) meses desde el momento en que los interesados han allegado la totalidad de la información la operación no se hubiere objetado o condicionado por la autoridad de competencia, se entenderá que esta ha sido autorizada.  
6. La inactividad de los interesados por más de (2) dos meses en cualquier etapa del procedimiento, será considerada como desistimiento de la solicitud de autorización.
- 125 **Ley 1340 de 2009. Artículo 11. Aprobación condicionada y objeción de integraciones.** El Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia. Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia. En el evento en que una operación de integración sea aprobada bajo condiciones la autoridad única de competencia deberá supervisar periódicamente el cumplimiento de las mismas. El incumplimiento de las condiciones a que se somete la operación dará lugar a las sanciones previstas en la presente ley, previa solicitud de los descargos correspondientes. La reincidencia en dicho comportamiento será causal para que el Superintendente ordene la reversión de la operación.
- 126 **Ley 1340 de 2009. Artículo 8. Aviso a otras autoridades.** En la oportunidad prevista en el numeral 4 del artículo 10 de esta ley [...] la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados. Estas últimas podrán, si así lo consideran, emitir su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, [...]. Los conceptos emitidos por las referidas autoridades deberán darse en el marco de las disposiciones legales aplicables a las situaciones que se ventilan y no serán vinculantes para la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión.
- 127 v.gr. Temas de cobertura, temas de protección al usuario, temas de inversión extranjera, temas de la más diversa índole.
- 128 Cfr. H. Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 2010 M. P.: JUAN CARLOS HENAO P.

