

La doctrina probable en sede administrativa: los escollos del artículo 24 de la Ley 1340 del 2009*

CAMILO PABÓN ALMANZA
paboncamilo@hotmail.com
ANDRÉS PALACIOS LLERAS
andrespalacios11@hotmail.com

DERECHO
DE LA COMPETENCIA

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente el Congreso de la República promulgó la ley 1340 del 2009, que modifica en aspectos importantes el régimen del derecho de la competencia en Colombia. Una de las modificaciones que presenta esta ley versa sobre el alcance de las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio (de ahora en adelante, SIC). El artículo 24 de dicha norma señala que tres decisiones de dicha entidad en un mismo sentido constituyen doctrina probable. La cuestión, entonces, gira en torno a determinar cuál es el alcance de dicha disposición.

Hay (por lo menos) dos posturas con respecto al alcance que puede tener la doctrina probable para efectos de las decisiones de la SIC. Una primera postura, a la que denominaremos la postura fuerte, sugiere que la doctrina probable de dicha entidad tiene un carácter tanto vinculante como indicativo, y su justificación radica en una serie de ventajas que se producirían en el ordenamiento jurídico y en la práctica jurídica de adoptarse esta postura. Una segunda postura, a la que denominaremos la postura débil,

sugiere que la doctrina probable de dicha entidad sólo tiene un carácter indicativo, y la justificación para ello radica en mantener una serie de visiones e ideas con respecto a cómo debe funcionar la rama administrativa del poder público. De la tensión que existe entre estas dos posturas puede colegirse que la postura fuerte sugiere un cambio drástico en el ordenamiento colombiano, mientras que la postura débil sugiere un cambio poco significativo en éste. La apuesta por una u otra postura con respecto al alcance de esta disposición será eventualmente determinada en sede judicial, sin que en este momento, sea claro cuál será la postura prevalente.

El propósito de este artículo es presentar un grupo de argumentos independientes y complementarios entre sí que justifican la adopción de la postura fuerte con respecto a la doctrina probable que surge de las decisiones de la SIC. Si bien dicha adopción implica un cambio drástico en la manera en que se entiende el derecho administrativo colombiano, consideramos que dicha postura acerca éste campo del derecho a las expectativas y aspiraciones constitucionales

con respecto a cómo deberían ser las relaciones entre el Estado y los particulares.

Este texto está dividido en varias secciones y partes. En la siguiente sección, se presentará la postura fuerte y algunas de las principales implicaciones que puede tener, especialmente con respecto a la relación entre el carácter indicativo y vinculante que dicha postura sugiere. Luego, en la sección tercera se presentarán los cuatro argumentos que ofrecemos como justificación para adoptar una postura fuerte con respecto al alcance de las decisiones de la SIC. El primer argumento es de corte positivista, construido a partir de premisas clásicas con respecto a la interpretación de las disposiciones legales. El segundo argumento, en cambio, es de corte institucional, construido a partir de consideraciones con respecto al rol institucional que las normas jurídicas han delimitado para entidad arriba mencionada. El tercer argumento es de corte integracionista, ya que busca justificar la postura fuerte a partir de una visión del derecho como integridad. Finalmente, el cuarto argumento es un argumento causalista, construido a partir de unas premisas básicas del análisis económico del derecho. Esperamos con estos cuatro argumentos cubrir las distintas perspectivas que pueden determinar por qué resulta más deseable la postura fuerte frente a la débil. En la sección cuarta se presentarán una serie de consideraciones con respecto al control judicial de las decisiones de la SIC. La adopción de la postura fuerte supone un cambio también en la manera en la que se adelanta el control judicial de las decisiones de dicha entidad, por ello, esta sección está dedicada a presentar cómo debería concebirse el control judicial de las actuaciones de la SIC a la luz de la postura fuerte. Finalmente, la sección quinta presenta una serie de reflexiones

que nos han surgido en el desarrollo de este texto. En general, éstas reflexiones tratan sobre la eventual adopción de una postura o la otra, no ya desde una perspectiva como la que presenta este texto, sino desde la perspectiva de los actores involucrados en el campo del derecho de la competencia. En particular, se sugiere que la eventual adopción de una postura o la otra depende mucho más del respaldo práctico que recibía de actores como litigantes prestigiosos, funcionarios en la SIC y los mismos jueces, que con respecto a su *pedigree* teórico. Puede ser que la postura fuerte tenga una gran acogida porque los cambios que presupone en el ordenamiento colombiano le convengan a estos actores de diferentes maneras; estos factores determinarán, en últimas el alcance de la disposición comentada.

II. EL ALCANCE DE LA POSTURA FUERTE.

En temas de derecho de la competencia, la autoridad en esta materia es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Creada originalmente en 1958 como una entidad reguladora a nivel nacional, la SIC tiene hoy en día funciones de vigilancia y control, a partir de las cuales puede adelantar procesos tanto administrativos como jurisdiccionales¹, relacionados con el comportamiento competitivo que los actores de determinados mercados, la protección de los consumidores y los sistemas de metrología que se usan a nivel nacional. En particular, uno de los cambios notables introducidos por la nueva ley de competencia tiene que ver con que ahora la SIC es la autoridad única en temas de protección de la competencia². Por ello, de la manera como interprete esta entidad las normas jurídicas al respecto es de particular interés tanto para otras entida-

des del Estado como para las personas cuyas actividades comerciales están reguladas por normas sobre competencia.

De la mano de la constitución de la SIC como autoridad única de competencia viene también la discusión sobre el alcance de sus decisiones. En particular, nos interesa determinar el alcance del artículo 24 de la Ley 1340 del 2009, el cual introduce la figura de la doctrina probable con respecto a las decisiones de la SIC. El texto del artículo es el siguiente:

Doctrina probable y legítima confianza: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable³.

Las (por lo menos) dos posturas que pueden tomarse frente al sentido de la expresión "doctrina probable" aluden al alcance del artículo 4º de la Ley 169 de 1896, cuyo texto es el siguiente:

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

La relación entre estos dos textos legales sugiere, de alguna manera, que la suerte de la doctrina probable en sede administrativa está ligada a la suerte que ha tenido la doctrina probable en sede judicial. Recientemente, DIEGO EDUARDO LÓPEZ y JORGE GONZÁLEZ

JÁCOME han rescatado el valor de la doctrina probable en sede judicial antes de la Constitución de 1991, mostrando que ésta no se ha reducido exclusivamente al sentido indicativo que pueden tener las disposiciones jurídicas⁴. En sede constitucional, tanto la Corte Constitucional como autores como el mismo LÓPEZ MEDINA Y CARLOS BERNAL PULIDO⁵ han sostenido que las decisiones de la Corte Constitucional tienen un efecto vinculante y no solamente indicativo, lo cual ha constituido una transformación profunda e interesante con respecto al manejo de fuentes de nuestro derecho constitucional y, en particular, con respecto al rol de los jueces en nuestro ordenamiento. Bien puede ser que el desarrollo de la doctrina probable en sede administrativa constituya un desarrollo en una nueva dirección de estas consideraciones ya conocidas.

Un primer aspecto de la doctrina probable que vale la pena considerar es la relación que existe entre el carácter indicativo de las normas jurídicas y su fuerza jurídica o carácter vinculante. ¿Por qué es necesario indicar el sentido de las normas jurídicas? Básicamente, porque las normas pueden interpretarse de diferentes maneras, y cada una de las posibilidades, puede tener consecuencias diferentes para los actores cuyas actuaciones están regidas por dichas normas. En éste sentido, las consideraciones sobre la doctrina probable son útiles en la medida en la que toman las decisiones de entidades administrativas como la SIC, y las articulan de tal manera, que constituyan una guía para entender cuál es el derecho vigente en el momento.

Sin embargo, el aspecto indicativo de esta doctrina carecería de relevancia si dichas indicaciones no tuvieran una fuerza jurídica especial, en el sentido en el que no

servirían de mucho si una entidad como la SIC pueda cambiar sin mayor esfuerzo el sentido o la orientación de las decisiones. Ello implica, sin embargo, que la fuerza jurídica de las decisiones de una entidad como la SIC se extienden más allá de los hechos concretos a los que se refiere. Dicha fuerza jurídica puede entenderse de manera débil, como cuando se asume que dicha fuerza se traduce en una sugerencia no vinculante para dicha entidad con respecto a cómo interpreta normas en situaciones similares, y que se basa en seguir lo establecido y hecho hasta el momento. También puede entenderse de manera fuerte, como cuando se asume que dicha fuerza *obliga* a dicha entidad a que tome una decisión presente siguiendo las pautas o consideraciones que siguió en el pasado para situaciones análogas. La primera forma de entender la doctrina es típica de las posturas "débiles", mientras que la segunda es típica de la postura "fuerte".

Las discusiones con respecto al alcance de la doctrina probable han girado en torno a la rigidez y flexibilidad que resulta deseable a la luz de los postulados de dicha doctrina. La postura fuerte supone cierta rigidez, pero no una tal que lleve a resultados absurdos en aras de mantener la vigencia de la doctrina. Precisamente por ello, consideramos que es importante tener en cuenta que lo vinculante de una decisión de la SIC no debería ser la regla o subregla que se promulgue en una decisión particular, sino las razones y los argumentos que justifican la regla o subregla comentada. A diferencia de otros sistemas de derecho de la competencia, donde se parte de reglas vinculantes con respecto a la legalidad o ilegalidad *per se* de determinadas conductas, las decisiones de la SIC deben ser vinculantes en la medida

en que las razones que se utilizaron para tomar una decisión en un sentido particular vuelvan a utilizarse en casos análogos. Ello sugiere, a su vez, la flexibilidad que puede tener este sistema de doctrina probable; en la medida en la que existan buenas razones para apartarse de la doctrina probable establecida en algún campo particular, es absolutamente lícito y válido que la SIC se aparte de lo establecido y fundamente una decisión a partir de consideraciones diferentes. De esta manera, se busca que por medio de argumentos, y no de reglas o subreglas, se mantenga la consistencia del ordenamiento jurídico en los temas en los que la entidad mencionada tiene autoridad⁶.

La postura débil no ofrece una garantía de consistencia en el respeto de los derechos de las personas, ya que le permite a dicha entidad cambiar la orientación de sus decisiones sin asumir mayor esfuerzo. Ello no sólo es problemático en un plano abstracto ya que facilita la arbitrariedad sino que además es incoherente a la luz de los propósitos de la Ley 1340 del 2009 que introduce las disposiciones sobre doctrina probable. En efecto, el artículo 1° de dicha Ley dice que entre los propósitos de éste estatuto está, facilitar a los usuarios el seguimiento de la normatividad, y "optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica"⁷. Consideramos que una doctrina que es indicativa y vinculante genera mucha más confianza en las personas que acuden a dicha entidad, y por ende, les facilita el adecuado seguimiento de la normatividad aplicable. La razón de ello es que al ser vinculante, las personas entienden que para la SIC apartarse de su doctrina probable impli-

ca enfrentar una serie de riesgos que no va asumir ligeramente (no que apartarse de lo establecido sea imposible).

La postura débil sugiere, en cambio, que la fuerza jurídica de las decisiones de la SIC se agota en los hechos y circunstancias que dichas decisiones están llamadas a resolver. Ello se debe, a su vez, a una lectura formalista con respecto al alcance de las fuentes de derecho en nuestro sistema jurídico, y en particular, con respecto al alcance de los artículos 6º y 230 de la Constitución. Por ello, no sólo no representa un cambio en la situación actual de las decisiones que toma dicha entidad, sino que además tampoco facilita o clarifica el sentido de las normas aplicables. En otras palabras, cada caso se resuelve "de nuevo", independientemente (y aun en contra) de lo que haya señalado dicha institución en instancias anteriores. Su fuerza jurídica es indicativa en un sentido meramente anecdótico, ya que no se extiende a situaciones futuras análogas o similares en las que pueda ser de utilidad. Sin embargo, la postura débil no descarta el hecho de que las mismas normas jurídicas que decidieron un caso en el pasado puedan usarse de igual manera en un caso presente, pero ello depende de la discrecionalidad misma de esta entidad.

A pesar de que la postura débil hace parte de cómo entendemos nuestro sistema de derecho administrativo en la actualidad, presenta problemas que amenazan con la uniformidad que el sistema jurídico aspira lograr. En particular, dificulta que la SIC mantenga una postura coherente a lo largo del tiempo, y por ende, que tome decisiones en las que personas en situaciones similares reciban un trato diferente. Ello constituye una violación al derecho fundamental a la igualdad, tanpreciado por nuestra Consti-

tución de 1991, y por tanto, es un defecto que se aspira ser corregido. Si bien existe la posibilidad de anular aquellas decisiones que violen este derecho acudiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa, ello depende en buena medida de la capacidad de los diferentes actores de tener acceso a la justicia y del alcance de las doctrinas relacionadas con el control de las actuaciones de la administración. En este sentido, el litigio como mecanismo para asegurar la uniformidad del ordenamiento jurídico constituye una apuesta problemática que puede ser solucionada con un cambio en la manera en la que se entienden las decisiones de la SIC.

III. CUATRO ARGUMENTOS A FAVOR DE LA POSTURA FUERTE.

Como podrá apreciarse, la postura fuerte implica una serie de cambios drásticos con respecto a la manera en la que entendemos el derecho administrativo, y en particular, la manera en la que entendemos el rol de la SIC a partir de la Ley 1340 del 2009. Por ello, quisiéramos ofrecer cuatro argumentos diferentes a favor de la postura fuerte, en aras de justificar con ellos el cambio que supone la adopción de ésta en nuestro ordenamiento jurídico. Así mismo, estos argumentos buscan complementarse entre sí, de tal manera que las falencias que cada uno pueda presentar sean reforzadas o solucionadas con consideraciones de los demás.

a) El sentido de una norma que produce efectos debe preferirse al sentido de la misma que no los produce

Una visión de la postura débil sugiere que el artículo 24 de la Ley no le da a las deci-

siones de la SIC una fuerza jurídica más allá de su valor indicativo. En este sentido, tres decisiones de dicha entidad constituyen doctrina probable en el sentido en el que determinan la interpretación puntual que reiteradamente la SIC ha venido haciendo de una serie de normas jurídicas. Pero el hecho de que la SIC haya mantenido el sentido de dichas normas de manera uniforme no quiere decir que en situaciones posteriores no pueda cambiar de opinión, y por ello, no debería considerarse que no lo pueda hacer, así haya mantenido una interpretación a lo largo del tiempo.

Como podrá notarse, este sentido particular de la doctrina probable no cambia en mayor grado, la manera en la que antes de la Ley 1340 del 2009 se venía entendiendo la labor de dicha entidad. Antes de dicha Ley, todas las personas interesadas sabían que la SIC interpretaba las normas jurídicas aplicables a determinadas situaciones, que dichas interpretaciones se han mantenido a largo del tiempo, y que la SIC bien podría cambiarlas. El artículo 24, siguiendo la posición débil, debe entonces entenderse como una forma de validar o ratificar la práctica jurídica hasta entonces establecida sin modificarla de manera alguna.

En este contexto, la posición débil no parece adecuada porque supone que las normas jurídicas deben interpretarse como si no produjeran cambios en la práctica jurídica establecida, es decir, como si el Congreso se pronunciara sin buscar con ello producir alguna clase de efecto. Ello abre múltiples interrogantes sin una respuesta clara, como por ejemplo ¿En qué escenarios el Congreso se pronunció para cambiar la normatividad aplicable y en qué escenarios se pronunció sin querer producir dichos efectos? ¿Cuál es

el criterio para distinguir entre unos y otros escenarios? Dado que no resulta claro, ni muy democrático, que se pueda interpretar una norma como si ésta hubiera sido promulgada con la intención de no modificar el ordenamiento jurídico, la respuesta que resulta sin mayor esfuerzo es que siempre que el Congreso se pronuncia, busca modificar el ordenamiento jurídico, y que por lo tanto no promulga normas "inocuas".

Con respecto a este tipo de interpretaciones, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

"Tal interpretación implica desde luego que el legislador -excepcional- profirió una norma que nunca sería efectiva, esto es, que nunca tendría aplicación. Tal hipótesis debe ser descartada, porque en principio si al momento de aplicarse una norma hay una interpretación que la hace útil y otra que la hace inútil, indiscutiblemente debe preferirse la interpretación denominada con "efecto útil", porque tal interpretación es un principio general de derecho positivizado, que es criterio auxiliar de interpretación en virtud del artículo 230 de la Carta⁸."

Además, en nuestro ordenamiento encontramos un rechazo explícito a posturas de acuerdo con las cuales los actos intencionales (y que cumplen todos los requisitos de validez) pueden no producir efecto alguno. En el campo del derecho privado, por ejemplo, encontramos que los artículos 27 a 32 y 1620 del Código Civil, señalan que el sentido de una norma que produce efectos jurídicos debe preferirse al sentido de ésta que no los produce. Las razones para el rechazo de este tipo de fortunas sugieren precisamente que las personas no se pro-

nuncian con respecto a un tema particular si con ello no pretenden cambiar de alguna manera el ordenamiento jurídico.

Vemos entonces que la postura débil enfrenta un problema serio cuando considera que la norma promulgada no produce efectos que modifiquen la práctica jurídica más allá de lo establecido antes de su promulgación. Dado que, gracias a la nueva Ley de competencia también convierte a la SIC en la autoridad única en temas de competencia, el hecho de que sus decisiones no tengan mayor fuerza jurídica termina por limitar el alcance de lo que esta autoridad puede hacer. Este es, sin embargo, el argumento que será desarrollado a continuación.

b) "El derecho viviente"

Las consideraciones con respecto al alcance de la "doctrina probable" no son nuevas en nuestro sistema, aunque ha predominado una visión sustancialmente débil de ellas en sede judicial. Al aplicarse al campo administrativo, la versión débil vigente señala que la interpretación de las normas jurídicas que realiza un funcionario público sólo es vinculante para el caso particular que está llamado a decidir, y dicha interpretación será orientadora en el sentido en que, proviniendo de la autoridad encargada expresamente de tomar decisiones en un ámbito particular, determina cuál es el sentido "autorizado" del texto legal que se interpreta⁹.

La Corte Constitucional ha señalado en diversas sentencias que la interpretación legal prevalente de un texto legal no puede ser aquella que se haga desconociendo el contexto particular en el que se aplican las normas jurídicas. Es decir, la interpretación de las normas jurídicas que debe tenerse

en cuenta no es aquella que se pueda hacer sin considerar las condiciones en las que se aplica; por el contrario, la interpretación que debe aceptarse de una norma jurídica-denominada bajo el rótulo de "derecho viviente"-debe tener en cuenta aquellos elementos que hacen parte del contexto en el que debe aplicarse. A su vez, para que dicha interpretación constituya "el derecho viviente", debe ser consistente (es decir, no guardar contradicciones internas), consolidada (es decir, resultar de varias decisiones anteriores y no de una innovación doctrinal), y relevante (es decir, definir el sentido y alcance de las normas en cuestión)¹⁰. Más aun, estas consideraciones sugieren que la interpretación que haga una entidad administrativa como autoridad en un campo particular del derecho es de referencia obligatoria aun para otras autoridades públicas—incluyendo los jueces— como para los particulares, siempre y cuando no constituya una violación de los derechos fundamentales de las personas¹¹.

El fundamento de este argumento descansa en la capacidad de las diferentes entidades y órganos del Estado para procesar información y tomar decisiones sensatas al respecto. Hoy en día existe un buen campo de literatura que discute la necesidad de estructurar el Estado precisamente en términos de la capacidad para procesar información y tomar decisiones al respecto que debería tenerse en cuenta a la hora de considerar el alcance de las decisiones de una autoridad administrativa especializada. De manera general, el núcleo de dicha discusión sugiere que las entidades administrativas deben ser las encargadas de tomar decisiones técnicas, ya que otros órganos o entidades del Estado, como la rama judicial o el Congreso, tienden a manejar la información de

maneras que les impide, en muchos casos, tomar decisiones adecuadas frente a cómo regular actividades particulares¹².

De hecho, el nuevo rol de la SIC como autoridad única de competencia sugiere una especialización particular de sus funciones que presupone cierta pericia en el manejo de temas relacionados con la forma cómo funcionan los mercados. Sin embargo, este rol se vería truncado si una interpretación de la SIC puede ser derogada o modificada por la interpretación de otra entidad administrativa que, por diferentes razones, puede tener competencia para conocer de determinadas actividades económicas. Piénsese, por ejemplo, en qué sucedería si la Superintendencia de Puertos y Transporte toma una decisión que afecta de manera indirecta la competencia de una actividad particular, como el transporte terrestre, y que controvierte o reduce la efectividad de las decisiones que la SIC haya tomado en este campo. En caso de que se presente un conflicto de este estilo, serán los jueces (probablemente) quienes decidirán si prevalece la competencia de la Superintendencia de Puertos y Transporte o si prevalecen las decisiones de la SIC como autoridad única de competencia. Si prevalece la primera, entonces ello supone que la SIC no es la única autoridad en la materia; en cambio, si prevalecen las decisiones de la segunda, ello no solo ratifica su carácter de autoridad única en el campo, sino que además otras entidades que puedan tomar decisiones que afecten la competencia de una actividad económica *deben* tener en cuenta las decisiones de la SIC. Dicho de otra manera, si las decisiones de la autoridad única de competencia no son vinculantes para otras entidades administrativas, ello quiere decir que las otras entidades pueden tomar decisiones que, en materia de competencia,

se imponen de manera indirecta sobre lo que la SIC decida; por el contrario, si ésta es la autoridad única en materia de competencia, todas las demás entidades tienen que *respetar y acatar* lo que la autoridad única haya decidido. Dado que la nueva Ley de competencia es bastante explícita en lo que se refiere al establecimiento de la autoridad única, no es claro que ello pueda hacerse sin concebir una postura fuerte con respecto al carácter vinculante e indicativo de sus decisiones.

Esta postura encuentra dos contra-argumentos nada deleznable que justifican la resistencia hacia la postura fuerte, y por ende abogan por la postura débil. El primero de dichos argumentos sugiere que el alcance de la doctrina probable propuesto por la postura fuerte tiene sentido en la medida en la que hay un recurso de casación que le permita a los jueces determinar y precisar el alcance de las decisiones que otros han tomado. El segundo de ellos sugiere que la postura fuerte es inconstitucional en la medida que controvierte una doctrina constitucional de acuerdo con la cual el único intérprete que puede *imponer* su interpretación a otras entidades del Estado es el Congreso. Antes de pasar al siguiente argumento, quisiéramos referirnos brevemente a estos dos contra-argumentos.

El desarrollo de la doctrina probable en sede judicial depende, en efecto, de un mecanismo especial que le permita a los jueces unificar la jurisprudencia en lo que respecta al sentido específico de las disposiciones legales. Dicho mecanismo es el recurso de casación; entre sus propósitos está, de manera específica, el de unificar la jurisprudencia con respecto al sentido específico de la ley¹³. Dado que los procesos que la SIC adelanta no incluyen nada parecido a un recurso de casación, ésta no puede "unificar"

sus decisiones para así concretar el sentido preciso de las disposiciones jurídicas que ella interpreta.

Este argumento, consideramos nosotros, pierde mucha de su fuerza cuando se considera que nuestro ordenamiento integra otros mecanismos que buscan unificar el sentido de las normas jurídicas. En materia constitucional, por ejemplo, la revisión que la Corte Constitucional hace de las sentencias de tutela decididas por otros jueces no opera como un recurso de casación, y sin embargo tiene los mismos efectos¹⁴. Así mismo, la Ley 1285 del 2009 incluye, en su artículo 11, un mecanismo que le permite al Consejo de Estado revisar los fallos proferidos en procesos de acciones de grupo que también tiene como propósito unificar la jurisprudencia sin por ello, ser un recurso de casación¹⁵.

Si bien estas consideraciones no deben encontrar mayor resistencia, en principio no dicen mayor cosa respecto a las decisiones que toma una entidad administrativa como la SIC. Sin embargo, esta entidad tiene funciones jurisdiccionales con respecto a temas como el de competencia desleal¹⁶, y las decisiones que se toman en primera instancia en este campo pueden ser apeladas ante otro funcionario de la misma entidad¹⁷. Ello sugiere que algunas de las actuaciones que adelanta no son distinguibles de aquellas que adelanta la rama judicial, sólo que, en su caso, es la autoridad única en determinadas materias. Por ello, no es del todo descabellado sugerir que tenga la última palabra en lo que se refiere al sentido y alcance de las normas jurídicas directamente relacionadas con su competencia. Ahora bien, esto no sugiere que por tener la última palabra en lo que respecta a cómo entender determinadas normas jurídicas, sus decisiones no puedan

someterse a control judicial; sí sugiere, como se presentará en la sección siguiente, que la manera en la que se adelanta dicho control debe cambiarse.

El segundo contra-argumento a la postura fuerte, y en particular a considerar que la doctrina probable de la SIC sea vinculante bajo la doctrina del "derecho viviente", sugiere que ella es inconstitucional en la medida en la que controvierte una doctrina constitucional de acuerdo con la cual el interprete auténtico de las normas legales es el Congreso mismo¹⁸. Este es, de nuevo, un argumento con un trasfondo democrático y que presupone que, en la medida en la que el Congreso es un órgano mucho más representativo que una entidad administrativa como la SIC, debe ser éste quien tenga la capacidad de interpretar con autoridad las normas legales.

Hay diferentes argumentos que se pueden oponer a este contra-argumento, a nuestro juicio, de manera exitosa. Consideramos que los siguientes dos son satisfactorios. En primer lugar, podría argumentarse que en la medida en la que el Congreso está creando una autoridad única en determinados temas especializados y aparentemente técnicos, está en realidad delegando en ella su autoridad para interpretar con autoridad determinadas normas jurídicas. Como consecuencia de dicha delegación, las decisiones de la SIC serían *erga omnes* de la misma manera en la que lo son las leyes que el Congreso mismo promulga. A su vez, el Congreso puede reasumir esta autoridad cuando lo considere pertinente promulgando una ley de acuerdo con la cual se retoma para sí el carácter auténtico de sus interpretaciones, o transfiriéndole dicha autoridad a otra institución. De igual manera, el control judicial de las decisiones de la SIC le sirve al Congreso

para identificar si la autoridad interpretativa delegada se ha ejercido adecuadamente. En segundo lugar, también puede argumentarse que el hecho de que la SIC sea la autoridad única en materia de competencia no desplaza la autoridad interpretativa del Congreso, por el simple hecho de que las decisiones de dicha entidad tienen una jerarquía menor en el sistema de fuentes colombiano. En efecto, las decisiones de la SIC se encuentran por debajo de las leyes e inclusive de los decretos que esta entidad aplica. Ello no quiere decir que si el Congreso va a expedir una norma nueva en el tema de competencia no le resulte útil considerar lo que ha decidido esta entidad, pero ello no lo obliga (en el sentido de modificar su margen de apreciación) a la hora de promulgar leyes nuevas o interpretar las ya existentes¹⁹.

Como podrá apreciarse, el argumento del "derecho viviente" es un argumento que apela a las consideraciones contextuales y los procesos de toma de decisiones que pueden encontrarse en nuestro ordenamiento jurídico. Al igual que otros argumentos, propugna por la unidad del ordenamiento jurídico, aunque a partir de consideraciones institucionales, mas no sustantivas. Un argumento sustantivo, construido a partir del derecho a la igualdad, se ofrece en la siguiente parte.

c) La consistencia interna del derecho a la luz del derecho fundamental a la igualdad

Una consideración similar a la que ofrece la doctrina del "derecho viviente" la encontramos en una apuesta por la consistencia interna del sistema jurídico basada en criterios sustanciales como la igualdad. El derecho a la igualdad sugiere que las personas que se encuentran en una situación análoga deben

recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades públicas²⁰. Al combinar estas dos apreciaciones, resulta una dinámica estructuradora (y reestructuradora) de los diferentes mandatos normativos al interior del sistema jurídico, y que se traduce en que las decisiones de la SIC deben ser vinculantes para ella misma a lo largo del tiempo. En este sentido, las decisiones de la SIC no pueden ser incoherentes entre sí, ya que ello implica una violación al derecho a la igualdad de las personas afectadas. Por el contrario, aceptar la constitucionalidad de la incoherencia supone aceptar el ejercicio arbitrario del poder; si las razones que llevaron a una decisión particular en el pasado no se aplican a situaciones análogas en el presente y el futuro, entonces dichas razones son irrelevantes. Dado que ello es inaceptable en un Estado Social de Derecho, el derecho fundamental a la igualdad sugiere que la doctrina probable de la SIC debe tener efectos vinculantes horizontales, es decir, para ella misma a lo largo del tiempo.

Lo anterior sugiere que cuando una entidad administrativa como la SIC trate de manera desigual a dos personas cuya situación es análoga, deba justificar dicha diferencia de trato desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad. A su vez, ello se debe a que como entidad con funciones jurisdiccionales debe acatar los mandatos constitucionales sobre derechos fundamentales²¹. En este sentido, una persona puede buscar que se le trate de la manera como se trató a otras personas que se encuentran en una situación análoga pero que han recibido un tratamiento más favorable por parte de una entidad como la mencionada, tal como lo sugiere la jurisprudencia sobre derecho a la igualdad en materia de salud²². Estas consideraciones no representan nada nue-

vo, sino que por el contrario, representan la extensión del derecho a la igualdad a un ámbito administrativo poco común.

De cierta manera, pareciese como si este argumento a favor de la postura fuerte incluyera el germen de su propia debilidad. El hecho de que toda entidad del Estado se vea obligada a tratar a las personas de la misma manera cuando se encuentran en situaciones idénticas o muy similares –un presupuesto bien establecido y conocido de los Estados de Derecho– sugiere que el artículo 24 de la Ley en comento, es irrelevante, porque ya existen los mecanismos para garantizar un trato igual por parte de la mencionada entidad a lo largo del tiempo. Hay, sin embargo, tres razones sobre el valor del mencionado artículo y los efectos que con él se buscan producir.

La primera razón tiene que ver con el derecho a la igualdad bajo una concepción formalista de las fuentes del derecho. Si en un proceso judicial un actor argumenta que se le ha violado su derecho a la igualdad, un juez formalista puede acoger un argumento de acuerdo con el cual, bajo el artículo 230 de la Constitución Política, las entidades administrativas con funciones judiciales sólo tienen que tener en cuenta la ley a la hora de tomar decisiones²³, y de esta manera desestimar aquellas consideraciones que no estén expresadas en textos de rango legal. Al incluir el artículo 24 de la nueva ley de competencia una referencia expresa a decisiones pasadas, está conectando las razones que han llevado a determinadas decisiones pasadas con las decisiones presentes, estableciendo así, la necesidad de que dichas razones se apliquen de manera análoga en el tiempo. De esta manera, este artículo busca evitar que una lectura formalista de la Constitución impida extender la fuerza jurídica

de decisiones pasadas a casos presentes. A su vez, ello ratifica la confianza legítima que las personas depositan en la administración, haciendo evidente la necesidad de señalar la orientación de las normas jurídicas.

La segunda razón tiene que ver con la doctrina del "derecho viviente" ya mencionada en consideraciones anteriores. Al señalar que tres decisiones de dicha entidad tienen el carácter de doctrina probable, está ratificando la competencia de la SIC como autoridad única de competencia y de esta manera aumenta la seguridad jurídica sobre quien es la intérprete autorizada de las disposiciones sobre derecho de la competencia²⁴.

Un argumento similar puede ofrecerse desde una postura antiformalista con respecto al carácter vinculante de dichas decisiones, pero contemplado desde el punto de vista estrictamente administrativo. La SIC podría señalar que, en lo que respecta a sus funciones administrativas, ésta solo está vinculada (por el principio de legalidad) a las fuentes que señala el artículo 6° de la Constitución, es decir, a la Constitución y a las leyes²⁵. Ahora bien, hay dos razones, que se complementan entre sí, por las que ello no justifica *no* tener en cuenta el trato que le ha dado a personas en situaciones similares en el pasado. La primera de ellas ya fue mencionada; los funcionarios administrativos, al estar sometidos a la Constitución, están sometidos también a respetar los derechos fundamentales de las personas, entre los cuales está el derecho a la igualdad. La segunda de dichas razones apela precisamente a la ley como fuente de derecho; el artículo 24 de la nueva ley incorpora (de manera indirecta) las decisiones que esta entidad ha promulgado en el pasado como requisitos vinculantes que determinan sus actuaciones

presentes y futuras. A su vez, dicha incorporación no tendría mayor efecto si dichas decisiones no hicieran parte del margen de apreciación con el que cuenta dicha entidad para tomar sus decisiones

d) El valor económico del precedente²⁶

Los argumentos presentados hasta el momento sugieren, de diferentes maneras, porqué sería ajustado a derecho que las decisiones de la SIC tuvieran una fuerza jurídica indicativa y vinculante. En particular, el argumento presentado en la parte anterior es un argumento esencialmente deontológico, ya que considera que el carácter vinculante de las decisiones de la SIC garantiza que las personas reciban un tratamiento por parte de dicha entidad basado en la igualdad. Quisiéramos ahora ofrecer un argumento teleológico, basado en lo conveniente que resultaría la adopción de la postura fuerte frente a lo inconveniente que resultaría la adopción de la postura débil. Para ello, presentaremos una serie de argumentos basados en el análisis económico del derecho, la principal corriente teleológica de la actualidad jurídica.

Las decisiones que produce la SIC en temas de competencia tienen un valor obvio para las partes directamente afectadas por ellas. Sin embargo, cuando dichas decisiones tienen lugar, también son valiosas para aquellas personas que estén interesadas en conocer cómo ha interpretado la SIC determinadas disposiciones que regulan sus actividades. Dicho valor radica, precisamente, en el carácter indicativo de dichas decisiones. Estas son, desde esta perspectiva, un *by-product*, o resultado no previsto, de las relaciones entre la entidad administrativa y los particulares. Dado que no existe un mercado

de "interpretaciones auténticas" en materia administrativa, pero dichas interpretaciones resultan de las relaciones entre las entidades administrativas y los particulares, éstas hacen parte del capital informativo con el que cuenta nuestro sistema jurídico en este campo. Por ello, las decisiones administrativas pasadas tienen un valor económico para el sistema jurídico asimilable al de activos intangibles.

Al igual que otros activos, el valor indicativo de las decisiones administrativas tiende a depreciarse en la medida en que se tornan obsoletas. Ello sugiere que las decisiones pasadas tienen una vida útil limitada, que depende de factores como, por ejemplo, la derogación tácita o explícita de las normas jurídicas interpretadas, su eventual anulación, o su caída en desuso. Sin embargo, esto no quiere decir que el valor de *todo* el capital que se ve representado en estos activos disminuya con el tiempo; por el contrario, dicho valor depende de la rotación del inventario entre decisiones pasadas y depreciadas, y decisiones presentes y sin depreciar. A su vez, la tasa de depreciación del carácter indicativo de una decisión administrativa puede estimarse usando el número de referencias que recibe como una variable *proxy* de su valor indicativo; entre más veces sea referenciada una decisión, mayor valor tiene como "activo" social, mientras que entre menos veces sea referenciada, menor valor tendrá como tal. Como puede ser el caso del derecho administrativo, la depreciación del carácter indicativo de las decisiones administrativas se da en relativamente poco tiempo debido a la actividad de otras instituciones asociadas con la actividad administrativa, como la rama contencioso-administrativa. Ello, a su vez, no depende del valor jurídico de la decisión (una deci-

sión de una autoridad reconocida no es más valiosa sólo por venir de dicha entidad), sino debido al ritmo mismo de la actividad administrativa. En este sentido, al igual que los computadores se deprecian más rápidamente que los sacapuntas, la depreciación del valor indicativo de las decisiones administrativas depende de la rapidez con la que se mueva el sistema jurídico, y no de la autoridad que la profirió.

Un aspecto que guarda relación con estas consideraciones tiene que ver con las circunstancias en las que la actividad entre la administración y las personas particulares lleva a la producción de decisiones administrativas que pueden tener el valor indicativo aquí sugerido. De manera general, el arreglo extrajudicial (o el otorgamiento de garantías) suele ser más económico para las partes que un proceso que puede terminar en la imposición de cuantiosas sanciones. Por ello las partes acudirán a dicho proceso en la medida en que el valor esperado de sus actuaciones sea más alto que lo que podrían obtener por medio de los otros mecanismos para solucionar sus controversias. A su vez, dicho valor esperado depende de la certidumbre que se tenga o no con respecto a los resultados que las formas de actuación-litigio, solución del problema por medio de mecanismos extrajudiciales, y el otorgamiento de garantías-pueden producir. En la medida en la que haya mucha incertidumbre, habrá muchas actuaciones por parte de diferentes actores, mientras que cuando haya certidumbre, las actuaciones tenderán a reducirse. En la medida en que la depreciación de la información implícita en las decisiones administrativas tome lugar, aumentará de nuevo la incertidumbre y, a su vez, ello debería producir un aumento en los procesos que se adelantan. Lo anterior

sugiere un proceso cíclico en la producción de decisiones con valor indicativo, el cual, a su vez refleja que dichas decisiones se producirán más cuando su valor social aumente debido a la incertidumbre, y viceversa.

Estas consideraciones suponen que a la SIC le interesa mantener el valor indicativo de las decisiones administrativas que han tomado en el pasado, pero también sugiere una tensión entre dicho interés y construir un carácter indicativo nuevo que reemplace (o deprecie) las decisiones anteriores. Esta tensión se aprecia cuando consideramos las relaciones entre las actuaciones de los funcionarios presentes con respecto a las actuaciones de los funcionarios futuros. Por un lado, los funcionarios administrativos saben que las decisiones basadas en interpretaciones nuevas sobre las normas jurídicas aplicables representan una forma mucho más significativa en términos políticos de ejercer su influencia que ratificar interpretaciones pasadas. Por otro lado, también saben que si ellos no siguen las interpretaciones pasadas sobre las normas jurídicas, es probable que sus propias interpretaciones no sean seguidas en el futuro, y por ende el valor social del carácter indicativo de sus interpretaciones se ve fuertemente reducido.

Esta tensión también sugiere la existencia de un problema de *free-rider* o de acción colectiva. Como los costos sociales asociados con que los funcionarios (en un momento dado) se aparten de las interpretaciones pasadas pueden ser escasos si se evalúan a la luz de *todas* las decisiones proferidas, cada funcionario tiene incentivos para tomar decisiones nuevas basándose en interpretaciones diferentes, y así depreciar innecesariamente las decisiones pasadas. Como resultado, el valor indicativo de las decisiones administrativas sigue de cerca

la rotación de funcionarios que toman decisiones en una entidad administrativa, por lo cual, es de esperarse que cuando un grupo de funcionarios nuevos entra a reemplazar a otro, el valor indicativo de las decisiones se depreciará innecesariamente. A su vez, esta dinámica es indeseable en la medida en la que aumenta la incertidumbre sobre el sentido y alcance de las normas jurídicas aplicables.

Desde esta perspectiva, hay dos ventajas con respecto a lo deseable que resulta adoptar la postura fuerte con respecto al alcance de la doctrina probable. En primer lugar, el valor de las decisiones como activo social depende de su carácter vinculante o no; decisiones que no tienen dicho carácter tienen desde su promulgación un valor muy bajo, ya que al no ser vinculantes pueden ser fácilmente modificadas. En cambio, si dichas decisiones tienen un carácter vinculante, su valor como activo social es mayor, precisamente porque su carácter vinculante hace que su modificación sea más difícil. Ello puede contribuir a que el valor de dicho activo se mantenga en el tiempo, y por ende disminuir la incertidumbre asociada con la rápida depreciación del sentido indicativo de dichas decisiones. En este sentido, el carácter vinculante o no de dichas decisiones lleva a racionalizar la vocación de cambio que pueden tener las decisiones de esta entidad, y por ello, su carácter vinculante o no, es asimilable a la asignación de un precio. El carácter vinculante de las decisiones de la SIC debe, a su vez, generar un cambio en la demanda por determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas (que es la demanda por la protección de los derechos establecidos), así como un cambio en el nivel de cuidado que distintos actores deben tener en cuenta a la hora de realizar activi-

dades que inciden en la competencia de los mercados en los que se desenvuelven.

En segundo lugar, el carácter vinculante de las decisiones pasadas puede servir para aminorar el problema de acción colectiva sugerido anteriormente, ya que hace más costoso el cambio de las decisiones pasadas. Dicho costo se traduce en que si la SIC quisiera cambiar el valor indicativo que ha desarrollado a partir de la interpretación de determinadas normas jurídicas, debe ahora buscar convencer a otros actores (pero notablemente, a los jueces de la rama contencioso-administrativa) sobre la necesidad de dicho cambio. A su vez, la obligación de convencer a otros actores de la necesidad de dicho cambio implica un control más estricto porque las fuentes de derecho que determinan el margen de apreciación con el que cuenta la entidad se ve reducido *por sus mismas actuaciones*.

Desde la postura débil, cada decisión de la SIC presupone que los conflictos que resuelve se presentan "de nuevo", es decir, sin tener en cuenta de manera vinculante las decisiones tomadas en el pasado, sino sólo su carácter indicativo. Este estado de cosas es indeseable, en la medida en que el alcance y sentido de las normas jurídicas también se puede definir "de nuevo" en cada proceso que se adelanta sin necesidad de justificar el cambio con respecto a las interpretaciones pasadas. Como resultado, la incertidumbre que rodea la interpretación de ciertas normas jurídicas aumenta. A la vez, ello llevaría a que las personas destinen muchos recursos en diferentes actuaciones y que el valor indicativo de las decisiones que resulten de dichos procesos sea relativamente bajo. Ello no resulta deseable por razones como las aquí presentadas, y por ende, sugieren que se debe adoptar la postura fuerte, precisa-

mente por las ventajas que ofrece tanto para las personas directamente afectadas por las decisiones de la SIC, así como, para aquellas que de alguna manera buscan determinar el sentido de las normas jurídicas que dicha entidad interpreta y aplica con frecuencia.

* * *

El desarrollo de la doctrina probable en los términos sugeridos por los cuatro grupos de argumentos aquí presentados sugiere un cambio en la forma en la que entendemos las actuaciones de entidades administrativas dedicadas a la vigilancia y el control administrativo. De asumirse una postura fuerte, otros cambios que eventualmente tendrán lugar tienen que ver con el control judicial de las actuaciones de dicha entidad. Por ello, en la siguiente sección quisiéramos presentar algunos aspectos importantes sobre cómo las modificaciones aquí propuestas también producirían cambios en la manera en la que se concibe el control judicial de las actuaciones de dicha entidad.

IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DOCTRINA PROBABLE.

El establecimiento de una doctrina probable en lo que se refiere a las decisiones de la SIC sugiere un cambio en la forma en la que concebimos las actuaciones de dicha entidad, y por ello, sugiere también un cambio en cómo se concibe el control judicial de dichas decisiones. Actualmente, tanto la jurisprudencia como la doctrina señalan que dicho control gira tanto sobre aspectos formales como materiales de dichas decisiones²⁷, aunque en muchos casos la distinción tiende a borrarse. La idea general que quisiéramos presentar es que la postura

fuerte sugiere acentuar una tendencia que ya tiene algunas raíces en la jurisdicción contencioso-administrativa con respecto a cómo evaluar las decisiones de entidades como la SIC, y que prioriza un control sobre procedimientos, o formal, sobre un control sustancial, sobre resultados.

El control de los aspectos formales tiende a analizar si las actuaciones que realiza una entidad administrativa son razonables, más no si son las mejores. En este sentido, dicho control se centra en lo que autores como GARCÍA DE ENTERRÍA definen como el "núcleo" de las actuaciones de la administración-proporcionalidad de la decisión tomada, los intereses que persigue, etc.-pero no el "halo" de dichas decisiones, que alude a las diferentes formas legítimas en las que la administración puede adelantar dichos propósitos. Mientras el "núcleo" hace referencia a los elementos esenciales del acto administrativo, el "halo" hace referencia al ejercicio discrecional de la administración, de acuerdo con el cual, puede alcanzar sus fines de diferentes maneras, determinadas por el margen de apreciación que establecen las normas jurídicas. Como podrá apreciarse, este tipo de control tiene en cuenta las consideraciones sobre el carácter especializado de una entidad como la SIC y sigue de cerca las consideraciones ofrecidas con respecto a la doctrina del "derecho viviente".

El control sustancial, en cambio, se aprecia cuando un juez determina que la interpretación a la que llegó una persona o entidad del Estado es claramente inadecuada frente a una interpretación que él considera más adecuada. Este tipo de control se aprecia en diferentes instancias y entidades y es típica de aquellas decisiones judiciales en las que los jueces critican a una de las partes del proceso por no atenerse a lo que ellos

consideran como *la* interpretación adecuada de una norma jurídica. En particular, el control sustancial puede darse cuando, habiendo una doctrina probable establecida, la interpretación que un actor hace de las normas aplicables es diferente y menos satisfactoria que la interpretación establecida en la doctrina probable.

El problema del control sustancial en sede contencioso-administrativo es que puede llevar a que los jueces reemplacen la interpretación de las normas que maneja una entidad como la SIC por su propia interpretación de dichas normas. Ello supone que los jueces pueden ser mejores intérpretes de las normas aplicables que la entidad considerada como autoridad en la materia regulada por dichas normas. Esta suposición es particularmente problemática desde la perspectiva de la postura fuerte porque contraría el carácter especializado de las entidades administrativas; se supone que dichas entidades se crean para que puedan dar el mejor juicio posible sobre cómo interpretar un grupo particular de normas jurídicas.

En otros sistemas de derecho administrativo, notablemente, en el sistema norteamericano, la tendencia que se aprecia consiste en confiar en el juicio de las entidades administrativas en la medida en la que sus decisiones surjan de un proceso que cumpla una serie de requisitos formales. En particular, el control de la administración se concentra en determinar, primero, si las normas aplicables le confieren a dicha entidad una discrecionalidad especial, o si por el contrario se espera que sean aplicadas sin mayor elaboración por parte de dicha entidad. En segundo lugar, dicho control busca determinar si la interpretación que adelanta la entidad demandada es razonable o no; en el caso que lo sea, los jueces deben

ser deferentes frente a dicha interpretación, pero cuando no lo sea, prevalece el texto de la norma sobre la interpretación de la administración²⁸.

Como podrá apreciarse, esta forma de control de las actuaciones de la administración busca reconocer el valor de la especialización de la entidad administrativa demandada, mientras que busca al mismo tiempo determinar si dicha interpretación es coherente con otras disposiciones en el sistema jurídico. En el caso colombiano, una versión más o menos similar de esta doctrina se aplica con relación a la doctrina del "derecho viviente"²⁹. Dado el valor de la doctrina probable que se ha discutido hasta ahora, es de esperarse que esta tendencia se acentúe con respecto a las decisiones de la SIC.

Estas consideraciones son importantes para establecer cómo debería determinarse la juridicidad de las decisiones de SIC que hagan parte de su doctrina probable. Asumiendo que se adelante un control formal y no sustancial, el estudio judicial de dichas actuaciones debería determinar si son consistentes (es decir, no guardan contradicciones internas), consolidadas (es decir, resultan de varias decisiones anteriores y no de una innovación doctrinal), y relevantes (es decir, definen el sentido y alcance de las normas en cuestión). Si las decisiones estudiadas cumplen estos requisitos, no deberían objetarse. En cambio, si dichas decisiones no cumplen algunos de estos requisitos, su juridicidad puede quedar en entredicho; en particular, si dichas decisiones no son consolidadas, los jueces deberían adelantar un examen sobre su proporcionalidad a la luz de los distintos derechos y potestades que se pueden ver afectadas por la juridicidad de las decisiones estudiadas. De igual manera, en este escenario se estudiaría una eventual

violación del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, e indirectamente, una eventual violación al derecho a la igualdad, convirtiendo al juez de lo contencioso en garante de la Constitución en estos escenarios concretos.

Una inquietud importante tiene que ver con qué sucede si, al adelantar el control judicial de las decisiones de esta entidad, el Consejo de Estado determina que no son ajustadas a derecho. Dado que la postura fuerte busca acentuar la permanencia de la doctrina probable en el tiempo, nosotros consideramos que si una de las tres decisiones que constituye una doctrina probable es declarada nula, ello supone que la doctrina probable ha sido modificada *hacia el futuro* y que no tiene efectos retroactivos. En otras palabras, la doctrina probable queda incólume para las decisiones anteriores que fueron decididas por ella, en la medida en que las decisiones que la componen serían cosa juzgada (o, en el caso de decisiones administrativas, con fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto). A su vez, dicho control debe incorporar un reenvío a la entidad demandada, en este caso, la SIC, para que tome una nueva decisión teniendo en cuenta las consideraciones que se ofrecieron en la decisión que ha sido anulada. (Las razones para ello son que, así se garantiza la seguridad jurídica de las decisiones pasadas, se mantiene el carácter de autoridad de dicha entidad, y se le concede a ésta una nueva oportunidad para que mejore aquellos aspectos considerados insuficientes en el caso que se estudia). De esta manera, un grupo de tres decisiones ejecutoriadas representa una doctrina probable de carácter vinculante no solo por la fuerza jurídica de sus consideraciones, sino también porque cada una de las decisiones (en pie) representa una decisión

que ha sobrevivido los diferentes análisis que sobre ellas han podido hacer los jueces. En los casos en el que se demande una decisión que resulte de la doctrina probable y se alegue que ésta es ilegal o inconstitucional, no debería requerirse demandar como un acto complejo, las decisiones previas que generaron y desarrollaron la doctrina probable que está aplicando la SIC. Ello parece innecesario, y no contribuye a garantizar los fines que se buscan con la adopción de la doctrina probable.

Otra ventaja de esta forma de concebir el control judicial de las decisiones de la SIC es que limita los problemas de *free-riders* o de acción colectiva que tienen lugar entre funcionarios sucesivos de dicha entidad a lo largo del tiempo, y que terminan por deprecia de manera innecesaria el valor indicativo de las decisiones administrativas. El hecho que las actuaciones administrativas estén sometidas a control judicial, y que dicho control tenga en cuenta el carácter vinculante de las decisiones pasadas, sugiere que un juez no debería permitir un cambio en el valor indicativo de las normas jurídicas que propone la SIC sólo para que algunos de sus funcionarios muestren el alcance de su influencia sin tener en cuenta las consecuencias negativas que resultan de dicho ejercicio para el mercado y el sistema jurídico. Por el contrario, es de esperarse que al evaluar la legalidad de las actuaciones de entidades como la SIC, el control judicial le dé mucha importancia no sólo al margen de apreciación de dicha entidad, sino a las razones que motivan un cambio en su posición precisamente para evitar un aumento en la incertidumbre del sentido y el alcance de las normas jurídicas.

A lo largo de esta sección se han presentado algunos aspectos sobre cómo la doctrina probable de la SIC, en el sentido de la

postura fuerte, sugiere una serie de cambios en lo que respecta al control judicial de las actuaciones de dicha entidad. De esta manera, se ha presentado un esbozo general de las diferentes implicaciones que puede tener la doctrina probable de la SIC. En la sección siguiente, quisiéramos presentar, a manera de conclusión, algunos aspectos relacionados con el eventual éxito o fracaso de la adopción de la postura fuerte.

V. CONCLUSIONES: ¿SON LOS ARTÍCULOS ACADÉMICOS IRRELEVANTES?

La postura fuerte que a lo largo de este texto se ha presentado tiene una serie de implicaciones para la manera en la que se ha entendido el rol del derecho administrativo colombiano y, en particular el rol de la SIC como entidad de vigilancia y control. En particular, supone que las decisiones de dicha entidad tienen un alcance más allá de las condiciones particulares que llevan a su creación, y que son vinculantes para otras entidades administrativas que de una manera u otra tomen decisiones que afecten la competencia de determinadas actividades. Más aún, el hecho de que la SIC sea la entidad única en materia de competencia presupone que tiene un rol como intérprete "auténtico" que tradicionalmente ha estado reservado para otras entidades. Todas estas consideraciones suponen cambios que de alguna manera también nos llevan a redefinir nuestras apreciaciones con respecto a la acogida o rechazo que estas ideas puedan tener.

Los argumentos que se han ofrecido en este texto tienen como propósito convencer a los lectores de que, a pesar de los cambios que implica, la expresión "doctrina probable" que aparece en el artículo 24

de la Ley 1340 del 2009, debe entenderse en un sentido "fuerte". Sin embargo, si la postura fuerte aquí defendida es acogida o no, depende de otros factores diferentes de la calidad o idoneidad de los argumentos aquí presentados. Quisiéramos referirnos, a manera de conclusión, a algunos de los aspectos que inciden en el eventual éxito o fracaso de esta postura, y que no son de índole académica.

Una de las mayores satisfacciones de cualquier autor es encontrar que su obra es citada con aprobación por una autoridad sobre la que él ha escrito o que considera relevante. Sin embargo, ello no debería llevarnos a pensar que los escritos académicos influyen en la toma de decisiones de las diferentes autoridades. De hecho, resulta un poco romántico pensar que la academia influye de alguna manera en la toma de dichas decisiones. Por el contrario, la academia suele proveer buenos argumentos para justificar determinadas decisiones, aunque no necesariamente explica porqué se han tomado.

La distinción clave, consideramos nosotros, está en distinguir entre una explicación y una justificación. Cuando se explica porque una autoridad determinada ha adoptado una doctrina o ha cambiado la doctrina que tradicionalmente había expuesto, se hace referencia a los factores que llevaron a dicho cambio de posición. Algunas veces, entre dichos factores se encuentran justificaciones, que son razones sobre la conveniencia o idoneidad de las doctrinas que se han tomado o que se piensan tomar. Sin embargo, en el derecho, como en otros campos, el éxito de los cambios en las doctrinas tiene que ver más con los intereses que se ven beneficiados con ellos que con las doctrinas de su *pedigree* teórico. De hecho-y con ello

seguimos las obras clásicas de Von Ihering-consideramos que el éxito que pueda tener una doctrina jurídica depende de la acogida que esta reciba por parte de diferentes actores que, por distintas razones, tengan interés en su éxito o fracaso.

El caso de la doctrina probable señalada en el artículo 24, ya mencionado, no será la excepción. Probablemente habrá actores que se beneficiarán de la postura fuerte cuando ello les permita defender o afinar los intereses de sus clientes; en otros casos, habrá actores que se beneficiarán de la postura débil, por las mismas razones. Así mismo, es probable que haya personas en la SIC que consideren que lo mejor para sus carreras o para promover los intereses que los llevaron a su situación laboral actual, lo mejor sea una postura débil, mientras que habrá otras personas que por razones similares apreciarán más la posición contraria. Dichos intereses serán los que determinarán, para bien o para mal, cuál postura prevalece. Los intereses explican mejor por qué tenemos algunas doctrinas que la elegancia teórica que las respalda; la dificultad radica en descubrir cuáles son esos intereses, cómo están relacionados entre sí, y quienes se ven beneficiados por su protección o falta de ésta.

Esta diferencia entre explicaciones y justificaciones es importante, pero al mismo tiempo no debería llevarnos al cinismo de reducir todos los fenómenos jurídicos a ejercicios políticos. Sobre todo, el estudio de las explicaciones no sugiere que el estudio de las justificaciones sea irrelevante; por el contrario, las justificaciones sirven para revestir de legitimidad los ejercicios de poder que llevan a la escogencia de una doctrina sobre otra. Dado que la nueva ley de competencia promete profundos cambios

para la manera en la que se ejercen determinadas actividades económicas, el estudio de su origen, evolución y eventual "depreciación" promete ser un campo interesante para desarrollar, a su vez, una doctrina sobre este cisma, sus causas y consecuencias. Seguramente que serán estas consideraciones las que explicarán mejor porque se acogió la postura fuerte que sus alternativas; pero no por ello deberíamos dejar de estudiar los aspectos jurídicos y teóricos que dichas posturas pueden presentar.

* Contexto: Revista de Derecho y Economía, n.º 28, 2009, pp. 45 a 65.

- 1 Ver los Decretos 3466 de 1982, 2153 de 1992 y la Ley 446 de 1998. En temas relacionados con el consumidor, posee competencias administrativas en lo referente a la suspensión de conductas ilícitas y sanción en materia de incumplimiento de calidad e idoneidad de los bienes; de otro lado tiene funciones jurisdiccionales en lo referente a garantías. En relación con la libre competencia económica, se encarga de velar por la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal, temas en los que tiene tanto facultades administrativas como jurisdiccionales. (Ver Ley 962 de 2005)
- 2 El artículo 6º de la Ley 1340 del 2009 dice: "Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal. Parágrafo: Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio."
- 3 Congreso de la República de Colombia. Ley 1340 del 2009. Artículo 24. Promulgada el 24 de Julio del 2009.
- 4 Ver LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El derecho de los Jueces*. Editorial Legis, Segunda edición, 2004. Con respecto al artículo 4º de la ley 169 de 1896 dice este autor: "El sentido de la disposición, dentro de una

- interpretación histórica rigurosa, consistía en permitirle a los jueces que usaran la doctrina probable como fuente formal, y no tanto, insisto, en hacer completamente discrecional su utilización." p. 25. En el mismo sentido, GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE. *Entre la ley y la Constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 1.ª ed., 2007.
- 5 Bernal Pulido, Carlos. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano*. Revista Precedente, 2003, pp. 13-43. (Disponible en Internet en: http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/428/1/c1a-cbernal-fuerza_vinculante.pdf. Visitado el 31 de Agosto del 2009)
 - 6 La Corte Constitucional ha señalado este aspecto de la manera en la que se entiende el precedente en Colombia. Ver al respecto la Sentencia de Tutela T-118 del 2009, M.P. Dr. JUAN CARLOS HENAO, que dice lo siguiente: "la exigencia de la motivación de los actos administrativos tiene fundamento en el principio de publicidad que orienta el ejercicio de la función pública y que se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, así como en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo."
 - 7 Dicho artículo dice: "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."
 - 8 Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 1992. M.Ps. Drs. CIRO ANGARITA BARÓN & ALEJANDO MARTÍNEZ CABALLERO. Ver también la Sentencia C-176 del 06. M.P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.
 - 9 Corte Constitucional, Sentencia C- 836 del 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
 - 10 En particular, el "derecho viviente" de las normas se estudia con respecto no a su sentido literal, sino con respecto al sentido que una jurisdicción o un grupo de interpretes reconocidos han hecho de dicha norma. Ver Corte Constitucional, Sentencia C-557 del 2001. M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOZA.
 - 11 Ob. cit., Sentencia C-557 del 2001.
 - 12 Ver VERMEULE, ADRIAN. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Editorial Harvard University Press, 1.ª ed., 2006.
 - 13 El artículo 365 del Código de Procedimiento Civil dice lo siguiente: "Fines de la casación. El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida."
 - 14 El artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 indica lo siguiente: "Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses."
 - 15 Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional C-713 de 2008, M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS.
 - 16 Ver el artículo 49 de la Ley 962 del 2005.
 - 17 Ver la Ley 256 de 1996 y el artículo 144 de la Ley 446 de 1998.
 - 18 Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-556 de 1992, M.P. Dr. SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y C-424 de 1994 M.P. Dr. FABIO MORÓN DÍAZ. En la primera de ellas la Corte es bastante explícita, y dice: "como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, la interpretación auténtica de la ley corresponde al legislador y por ello no puede el Gobierno arrogarse dicha atribución so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria."
 - 19 Ver, en este sentido, la Sentencia de la Corte Constitucional C-150 del 2003. M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOZA. En dicha sentencia, la Corte manifiesta lo siguiente: "La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades."
 - 20 La jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad es muy voluminosa y diversa; ver al respecto CEPEDA, MANUEL JOSÉ. *Polémicas Constitucionales*. Editorial Legis, 1.ª ed., 2006. ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO. *El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional*, en: MANUEL JOSÉ CEPEDA & EDUARDO MONTEALEGRE (eds.), *Teoría constitucional y políticas*

- públicas. *Bases críticas para una discusión*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 87-163.
- 21 De no hacerlo, incurriría en una vía de hecho.
- 22 Ver Arango, Ob. cit. Esta línea jurisprudencial resulta relevante en la medida en la que trata de las relaciones entre personas particulares y entidades administrativas.
- 23 Dicho artículo dice: "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. (...) La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."
- 24 Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-836 del 2001. (Op cit.)
- 25 Dicho artículo dice: "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."
- 26 Esta discusión se da a partir de POSNER, RICHARD. *Economic Analysis of Law*, Editorial Aspen, Quinta edición, 1998, pp. 587 y ss.
- 27 Ver la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, sobre la competencia del Tribunal Andino del 18 de junio de 1998. Consejero Ponente: Dr. ERNESTO ARIZA. PROCESO 9-IP-98.
- 28 En el caso de los Estados Unidos, la decisión que refleja esta actitud deferente hacia la interpretación que las entidades administrativas adelantan es *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, (1984). M.P Hon. JOHN PAUL STEVENS. También *SEC v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80, (1943). Ver también VERMEULE, ADRIAN. *Judging Under Uncertainty*. Editorial Harvard University Press. 1.ª ed., 2004.
- 29 Ob. cit., Sentencia C-557 del 2001.