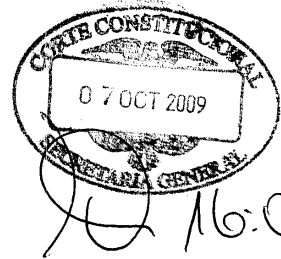


Bogotá D.C., 7 de octubre de 2009



Doctora
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
 Secretaria General
 CORTE CONSTITUCIONAL

Referencia: EXPEDIENTE D-7865 y D-7871 (Acum). Ley 1340 de 200, Artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 (parcial).
MAGISTRADO PONENTE: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Apreciada doctora Sáchica:

En atención a su solicitud del pasado 23 de septiembre, me permito adjuntar el concepto que ha sido elaborado por los investigadores de la Línea de Investigación en Derecho Comercial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, dentro del asunto de la referencia.

Cordialmente,

EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO
 Profesor de Carrera Académica
 Facultad de Jurisprudencia
 Universidad del Rosario

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
 Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Bogotá D.C., 7 de octubre de 2009

Doctora
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General
CORTE CONSTITUCIONAL

**Referencia: EXPEDIENTE D-7865 y D-7871 (Acum). Ley 1340 de 2009, Artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 (parcial).
MAGISTRADO PONENTE: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**

En atención a su solicitud del 23 de septiembre de 2009 y por instrucciones del Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Dr. Alejandro Venegas Franco, procedemos a presentar los argumentos del caso para evaluar la constitucionalidad del contenido de las disposiciones que, en la presente oportunidad, constituyen el objeto de debate constitucional.

1. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA INTENSIDAD DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD APLICABLE AL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS

Como premisa inicial es importante señalar que el juicio de constitucionalidad debe tomar en consideración el hecho de que la materia regulada en las disposiciones demandadas se encuentra cobijada por el campo semántico propio de la denominada "Constitución económica". Es claro que las actuaciones orientadas a regular las condiciones y requisitos para la participación efectiva en el mercado se asocian con la cuestión referida al ejercicio de las libertades económicas por parte de los sujetos destinatarios de su protección.

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

La Corte Constitucional se refirió sobre este particular en la Sentencia C-865 de 2004. En su decisión, el alto tribunal advirtió:

19. La Constitución económica puede definirse como la parte del texto fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito. A juicio de la Corte, dicha parte de Constitución, se encuentra compuesta por: "... *las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos...*". (Corte Constitucional, sentencias C-265 de 1994, C-624 de 1998 y T-426 de 1992).

La Constitución económica supone entonces la realización del orden económico y social justo como finalidad superior prevista en el preámbulo de la Carta Fundamental, para lo cual asume como imperativo positivo la ordenación del Estado en aras de obtener los beneficios del desarrollo armónico, de la promoción de la productividad y de la competitividad, en la explotación, transformación y producción de bienes y en la prestación de servicios.

La conjunción de los intereses privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C.P., art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co

3



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

premisas de la denominada "*economía social de mercado*", según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación".

Como bien se puede apreciar, el considerar que un determinado asunto se encuentra inscrito en la Constitución económica implica, correlativamente, la necesidad de reconocer una competencia de regulación ampliada por parte del Estado y, en particular, del legislador. Ello es así, si se tiene en cuenta que la dirección general de la economía le corresponde al Estado quien, a través de la ley, debe desarrollar las diferentes actividades para efectos de alcanzar los propósitos constitucionales que se adscriben al desarrollo de un mercado libre.

La premisa mencionada se manifiesta de manera clara en el tipo e intensidad del control de constitucionalidad que se debe desarrollar respecto de las normas a través de las cuales las autoridades del Estado llevan a cabo la actividad de dirección de la economía. De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en principio, el escrutinio constitucional de los asuntos que tienen un contenido marcado económico debe ser débil y, por ello, se encuentra sometido al criterio de inconstitucionalidad manifiesta. Tal juicio trae como consecuencia que solo aquellas regulaciones que sean evidentemente contrarias al texto de la Constitución deben ser expulsadas del ordenamiento.

Esta línea de argumentación fue precisada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1007 de 2008, donde señaló:

"A efectos de determinar qué tan amplio debe ser frente al caso concreto ese poder de configuración normativa, es pertinente recordar que la norma acusada se refiere a la composición de un comité encargado de la administración de una contribución parafiscal, concretamente la que la Ley 300 de 1996 estableció para la promoción del turismo, y que de manera específica, el segmento demandado afecta la posibilidad de participar en las decisiones relacionadas con la administración y destinación de tales recursos. Por su naturaleza, se trata entonces de un tema

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co

4



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

de contenido económico, en relación con el cual el Congreso de la República tiene un margen de autonomía relativamente amplio.

Ahora bien, según lo ha señalado la jurisprudencia de esta corporación, para el análisis sobre la exequibilidad de este tipo de normas es procedente aplicar el criterio de inconstitucionalidad manifiesta (...), de acuerdo con el cual, siempre que la obra del legislador respete unos mínimos criterios de razonabilidad y proporcionalidad, ella no puede ser cuestionada desde el punto de vista constitucional por el solo hecho de haber otorgado tal o cual tratamiento específico a un determinado grupo de sujetos, ni por el hecho de que tal situación jurídica resulte comparativamente más o menos favorable que la de otro sujeto o grupo de sujetos simultáneamente considerados por la norma.

La Corte ha señalado también algunas pautas que permiten identificar los casos de manifiesta inconstitucionalidad, a partir de los cuales ella podría cuestionar o controvertir las motivaciones aducidas por el legislador. Sobre estos temas expuso recientemente esta corporación:

"Esta Corte ha insistido en que cuando una regulación se relacione con la atribución de dirección e intervención del Estado en la economía (...) el juez constitucional deberá respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política y, por lo mismo, solamente le resulta viable decretar la inexequibilidad de una norma cuando ésta resulte inconstitucionalmente manifiesta. No obstante, la Corte ha advertido que dichas razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política deben ceder a favor de un control riguroso de constitucionalidad, cuando a pesar de que la medida legislativa corresponde a una materia de contenido económico y social, la misma (i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co

5



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población". (Sentencia C-543 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis).

La jurisprudencia de esta corporación considera entonces que en razón a la naturaleza y contenido de la norma cuestionada, sólo en caso de presentarse un problema de notoria discrepancia con los preceptos superiores, como sería cualquiera de los ejemplificados en la sentencia últimamente citada, resultaría posible que el juez constitucional se adentrara a cuestionar las motivaciones a partir de las cuales el Congreso de la República estableció esta regla. Procede entonces analizar, de cara a la evidencia disponible, cuáles fueron esas razones" (el subrayado no hace parte del texto original).

En consecuencia, es posible señalar que el examen de las disposiciones referidas a la Constitución económica se encuentra guiado por un escrutinio débil de constitucionalidad que implica que las disposiciones examinadas solo resultan inconstitucionales en aquellos casos en los que: (i) se persigan fines incompatibles con la Constitución; (ii) se empleen medios abiertamente prohibidos por el texto constitucional o (iii) no exista una relación de adecuación entre las finalidades perseguidas y los medios empleados.

El control constitucional así establecido evita, por una parte, prescindir de él mismo en tales eventos y, por la otra, garantizar un margen de configuración legislativa lo suficientemente amplio para el Congreso. Es entonces bajo esta perspectiva que debe examinarse la constitucionalidad de las normas demandadas que establecieron un mecanismo de control previo a las integraciones societarias en el marco del derecho de la competencia. Solo si tales disposiciones no superan el umbral mínimo de

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co

6



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

racionalidad exigido por el criterio de inconstitucionalidad manifiesta deberán ser expulsadas del ordenamiento.

2. CONSIDERACIONES A LOS CARGOS

Las normas acusadas establecen los supuestos para que en ejercicio de sus funciones la Superintendencia de Industria y Comercio pueda conocer, condicionar u objetar, según el caso, los procesos de integración o reorganización empresarial. El accionante propone, al menos, tres cargos de inconstitucionalidad, que se sintetizarán en los párrafos siguientes:

a) El primero advierte que la posibilidad entregada a la Superintendencia de Industria y Comercio para ejercer un control previo de las integraciones empresariales es violatorio de la Constitución, específicamente de las normas sobre libertad de empresa y libre competencia.

b) El segundo se orienta a señalar que las normas que facultan a la Superintendencia de Industria y Comercio para ejercer control sobre las operaciones de integración empresarial vulneran el principio de buena fe.

c) El último señala que las normas que facultan a la Superintendencia de Industria y Comercio para fijar el monto de los ingresos operacionales o de los activos totales que servirán para determinar el control empresarial son inconstitucionales por violar el principio de reserva de ley.

Así las cosas, los problemas constitucionales que deben abordarse en la presente oportunidad son los siguientes:

1. ¿Es violatorio de la libertad de empresa y de la libre competencia la posibilidad de que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerza un control previo sobre las integraciones empresariales?

2. ¿Es incompatible con la presunción de buena fe que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda realizar un control previo de las operaciones sobre integraciones empresariales?

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

3. ¿Las funciones entregadas a la Superintendencia de Industria y Comercio para fijar el monto de los indicadores que servirán para determinar el control empresarial violan el principio de reserva de ley?

A continuación se examinarán los cargos formulados por la demandante.

2.1. Las integraciones empresariales y la libertad de empresa y de competencia

Según el peticionario, la posibilidad de que la Superintendencia de Industria y Comercio conozca ex ante las operaciones de fusión, integración, compra o cualquier otra forma jurídica que se adopte para integrar empresas que se dediquen a la misma actividad viola la libertad de empresa y la libre competencia, pues sin ninguna razón válida, las restringe injustificadamente.

Lo primero que debe señalarse es que el artículo 333 de la Constitución Política precisa que la actividad económica es libre "dentro de los límites del bien común". Así mismo, la disposición indica que la libre competencia supone responsabilidades y que el legislador puede tomar medidas para impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante. Así las cosas, del texto del artículo constitucional se desprende que el ejercicio de la libertad de empresa debe orientarse al bien común y que este no debe limitar la libre competencia.

Visto lo anterior, las normas demandadas tienen como finalidad desarrollar el mandato constitucional que ordena realizar la actividad económica orientada al bien común.

Así mismo, las normas que permiten que la Superintendencia de Industria conozca, objete o condicione la operaciones de integración son precisamente el desarrollo de la competencia que expresamente le asignó la Constitución al legislador para que éste "impida que se obstruya o restrinja la libertad económica" y evite que controle "el abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante".

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co

8



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

2.2. Las integraciones empresariales y la buena fe

El control previo de las integraciones empresariales es desarrollo del mandato según el cual el legislador puede evitar que se abuse de la posición dominante. Así, el mecanismo escogido por el legislador para evitar tales abusos no vulnera la presunción de buena fe, por cuanto las normas establecen parámetros objetivos para conocer, objetar o condicionar las operaciones de integración.

En efecto, los parámetros establecidos por el legislador buscan verificar que existe una indebida restricción a la libre competencia. De tal manera, ese control ex ante simplemente busca verificar el impacto de la integración en el mercado relevante, por lo que no en todas las ocasiones el resultado del control será la reversión de la operación o su objeción. Así ocurre, por ejemplo, si se demuestra que los efectos benéficos de la operación para los consumidores superan el posible impacto negativo para los consumidores.

2.3. El principio de reserva de ley y las funciones asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio

Conforme lo establece el demandante, el legislador no puede entregarle a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de asignar los montos de los ingresos operacionales o de los activos totales para establecer quiénes deben notificar con anticipación un proyecto de integración empresarial.

El numeral 8º del artículo 150 de la Constitución Política señala que corresponde al Congreso expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia. Con apoyo en esa disposición, el legislador está facultado para establecer el indicador —activos e ingresos operacionales— que determine el inicio o no de las funciones de inspección de la Superintendencia.

Es decir, se le otorga a esta agencia estatal técnica la posibilidad de fijar del monto del indicador, pues es precisamente ella la que conoce desde tiempo

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co

9



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

atrás la manera como funciona el mercado y, con base en tal conocimiento, asegura la preservación de la competencia efectiva.

Por estas razones, y de conformidad con la Constitución, en ejercicio de su facultad de regular materias económicas y comerciales le es posible al legislador permitirle al experto en asuntos de competencia fijar los montos para el ejercicio de las funciones de inspección. Lo contrario daría como resultado quitarle competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad gubernamental que ha tenido la autoridad natural para delimitar este tipo de asuntos, que dependen de las situaciones cambiantes que presenta la economía nacional.

III. CONCLUSIÓN

Conforme al análisis presentado, se considera que debe declararse la exequibilidad de los artículos 9, 11, 12, 12, 22 y 25 de la Ley 1340 de 2009, por los cargos presentados en esta demanda.

Cordialmente,



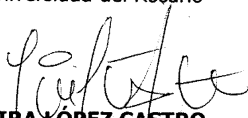
Juan J Calderón V

EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO

Profesor de Carrera Académica
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario

JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS

Profesor de Carrera Académica
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario



YIRA LÓPEZ CASTRO

Joven investigadora
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co

10



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO