

## EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA LEY 1340 DE 2009

ANDRÉS JARAMILLO HOYOS

### RESUMEN

La Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se regula la protección del derecho de la competencia, estableció en el derecho administrativo sancionador de este tipo de conductas, la figura de la doctrina probable. Por la vía de esta figura se le da el valor “normativo” de precedente a “tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto” por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. De esta manera se pretende reconocer y destacar, dándole especial importancia y dotándolas de un carácter casi obligatorio a los antecedentes administrativos homogéneos previos sobre una misma materia. Mediante el estudio de la consagración, desarrollo y evolución de esta doctrina en el ordenamiento jurídico colombiano, se busca analizar si la aplicación del mencionado concepto, cuyo origen y ámbito primigenio fue jurisprudencial, al derecho administrativo, resulta concerniente y práctico, o si por el contrario termina trayendo más inconvenientes que beneficios en el ejercicio del mismo.

**Palabras clave:** doctrina probable, doctrina legal, precedente administrativo, derecho administrativo sancionador, derecho de competencia, Ley 1340 de 2009.

## ***PROBABLE DOCTRINE IN LAW 1340 OF 2009***

### *ABSTRACT*

*Statute number 1340 of 2009, which regulates the protection of competition law, established in administrative law sanctioning such conduct, the figure of “probable doctrine”<sup>1</sup> in Colombian administrative law. According to this act, three uniform binding decisions issued by the Superintendence of Industry and Commerce over a same topic are now vested with precedent value. This approach intendeds to recognize and highlight homogeneous administrative decisions on a same matter by making them almost mandatory in future cases. This article studies the adoption, development and evolution of this doctrine in Colombia, and questions whether the application of a judicial doctrine is convenient or counterproductive in the realm of Colombian administrative law.*

***Keywords:*** *Probable Doctrine, Legal Doctrine, Administrative Precedent, Administrative Sanctioning Law, Administrative Law, Competition Law, Superintendency of Industry and Commerce, Law 1340 of 2009.*

### 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Por medio de la Ley 1340 de 2009 el Congreso de la República dictó normas en materia de protección de la competencia. El artículo 24 de dicha ley dispone lo siguiente:

---

1 “Probable doctrine” is a law expression typical of civil law systems. It intends to give jurisprudence (that is, the decisions of judges) an effectiveness similar to the one it normally has in common law Systems, where the rulings of judges are the primary source of the law as opposed to civil law countries where the primary source its the law itself. In common law Systems there is a similar institution to the “probable doctrine” is that of the so called authorities.

**ARTÍCULO 24. DOCTRINA PROBABLE Y LEGÍTIMA CONFIANZA.** <Artículo *CONDICIONALMENTE* *exequible*> *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.*

El contenido de este artículo plantea una discusión sobre la existencia y aplicación del concepto de doctrina probable en materia de derecho administrativo sancionador. Este escrito simplemente busca analizar dicho concepto y plantear varias dudas que a mi juicio se generarán con la aplicación de esta norma y que seguramente le corresponderá resolver, inicialmente a la Superintendencia de Industria y Comercio y, en últimas, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

## 2. CONCEPTO DE LA DOCTRINA PROBABLE Y SU EVOLUCIÓN

### 2.1 LA DOCTRINA LEGAL

La doctrina probable es un concepto que nace en Colombia con la Ley 169 de 1896. Pero antes de poderse hablar de la doctrina probable, debe hablarse de su inmediato antecesor: la doctrina legal. La doctrina legal surge en Colombia, fruto de una fuerte influencia de Europa, más específicamente de Francia y de España, países en donde nace dicho concepto con los nombres de “*jurisprudence constante*” y “*doctrina legal*” respectivamente. Ambos conceptos aparecen como un necesario elemento para suplir los vacíos dejados por el legislador en la norma positiva y la necesidad de llenarlos mediante el uso de la jurisprudencia<sup>2</sup>. Al respecto, Diego Eduardo López Medina señala:

*“Según estos nuevos conceptos, la interpretación reiterada que hiciera la Corte de Casación sobre un mismo punto de derecho constituía autoridad*

---

2 LÓPEZ MEDINA, D.E., *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C., Legis. 2009, pág. 9.

*persuasiva (en Francia) o incluso llegaba a obligar (en España) a los jueces inferiores*<sup>3</sup>.

Así pues, y siguiendo esta pauta, la Ley 61 de 1886 estableció en su artículo 37 que era causal de nulidad de una sentencia el que se apartara de una doctrina legal y como tal constituía un motivo para interponer el recurso de casación. En su artículo 39, la mencionada ley definía el concepto de doctrina legal de la siguiente manera:

*“Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que haga la misma Corte, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de una cuestión dada que no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. La Corte para interpretar las leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos de 27 a 32 del actual Código Civil de la Nación”.*

De esta manera se establecía explícitamente el concepto de doctrina legal, que luego sería ratificado por el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, a cuyo tenor:

*“En casos dudosos, los jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal probable”.*

Dichos conceptos, definidos así, tanto por la Ley 61 de 1886 como por la 153 de 1887 fueron levemente modificados por la Ley 105 de 1890 la cual en su artículo 371 redujo el número a dos interpretaciones de la Corte Suprema para que se pudiese constituir doctrina legal.

El excesivo fortalecimiento que de esta forma recibía el poder de la Corte Suprema gracias al mencionado concepto de la doctrina legal fue prontamente criticado por la misma Corte, que no veía con buenos ojos la aplicación de un sistema que ella misma

---

3 LÓPEZ MEDINA, D.E., *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C., Legis. 2009, pág. 10.

consideraba “excesivamente rígido”<sup>4</sup>, y en el que el precedente horizontal congelaba la evolución de la jurisprudencia, en tanto que el precedente vertical obligaba a los jueces a buscar la regla general explícitamente anunciada y no los argumentos y consideraciones que permitían que un caso hubiese sido decidido de una determinada forma. Con fundamento en esas críticas, la propia Corte Suprema de Justicia solicitó al Congreso que se modificaran las normas.

En efecto la doctrina legal estaba siendo establecida en un país y un ordenamiento jurídico que apenas estaba naciendo y por ende carecía de uniformidad jurisprudencial, a diferencia de los países en donde de antiguo se aplicaba la figura. La Corte Suprema necesitaba de mayor libertad a la hora de aplicar el derecho a cada caso determinado para a partir de ahí ir forjando la jurisprudencia. Dicha necesidad de un mecanismo más flexible es la que hace que surja la doctrina probable como remplazo de la doctrina legal.

## 2.2 LA DOCTRINA PROBABLE

Como resultado de tales críticas y en vista de la solicitud planteada por la Corte Suprema de Justicia con respecto al tema de la doctrina legal, surge con la Ley 169 de 1896 la doctrina probable. El artículo 4 de dicha ley deroga el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 estableciendo:

*“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”.*

El cambio fue tan grande como importante. Le permite al juez utilizar la doctrina probable como fuente formal de derecho aunque

---

4 LÓPEZ MEDINA, D.E., *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C., Legis. 2009, pág. 21.

queda en libertad de aplicarla o no. De esta manera le quita esa camisa de fuerza que se le había puesto a la Corte y se le da ese carácter más flexible que pedían los magistrados. Pero al mismo tiempo, la Ley 169 de 1896 sigue dotando de gran importancia a la jurisprudencia reiterada de la Corte, puesto que no le deja cambiarla libremente luego de producidas sus tres decisiones uniformes sobre el mismo asunto. Como indica DIEGO LÓPEZ en su libro *El Derecho de los Jueces*, dicha norma “*debe ser leída como una norma de permisión de uso de la jurisprudencia, y no tanto como una norma que permitiera a los jueces apartarse de la jurisprudencia*”<sup>5</sup>.

Sin embargo, el término “podrán” establecido en esta disposición, fue interpretado en el sentido de que los jueces tenían absoluta libertad para aplicar o no la doctrina probable. Así lo considera ANTONIO JOSÉ URIBE quien afirma que se “*adoptó un sistema “libre” de jurisprudencia*”<sup>6</sup>.

### 2.3 LA DOCTRINA PROBABLE EN EL DERECHO COLOMBIANO CONTEMPORÁNEO

La doctrina probable sigue, más de cien años después, siendo un postulado vigente en el derecho colombiano.

En la sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional analiza la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 y resuelve declararlo exequible. En dicha sentencia, la Corte señala:

*“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”*

5 LÓPEZ MEDINA, D.E., *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C., Legis. 2009, pág. 25.

6 LÓPEZ MEDINA, D.E., *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C., Legis. 2009, pág. 28.

*“El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley—entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico—y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad—como objetivo y límite de la actividad estatal—, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces”.*

*“Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.”*

De esta manera, la Corte Constitucional está no solo afirmando la constitucionalidad de la doctrina probable, sino que la está dotando de un carácter mucho más estricto que el que se le venía dando desde 1896.

La Corte considera que si bien la doctrina probable no debe ser obligatoria, tampoco debe haber tanta facilidad para que con una decisión judicial se desconozca o se omita lo dicho por la jurisprudencia.

Dentro de las razones de fondo que llevan a la Corte a adoptar esta posición sobre la doctrina probable se encuentra la seguridad jurídica, en concordancia con los principios de la buena fe y la igualdad frente a la ley. (Artículos 83 y 6 de la Carta).

Sobre el primer aspecto, dicho tribunal considera que esa seguridad jurídica podría ponerse en riesgo si se desacata “caprichosamente” lo expresado por la jurisprudencia. Al respecto la Corte dice “*La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica*”<sup>7</sup>. Por ende “[...] el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnimoda para desconocer las interpretaciones

---

7 Sentencia C-836-01.

*del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema” y para poder “desechar” la doctrina de la Corte Suprema es necesario un fundamento “explícito suficiente”. Sobre la garantía de la seguridad jurídica, la Corte expresa que “Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet [...] Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme”.*

Por otro lado, un desconocimiento caprichoso de la jurisprudencia estaría violando el deber constitucional consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, la igualdad de trato. Dicho derecho se estaría violando en el sentido en que no se les estaría dando a todas las personas el mismo “trato de las autoridades” como exige la Carta Política. En la sentencia se afirma que los jueces tienen como obligación la de “[...]materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades [...]” y encuentra que el “fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en la interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico”. Por lo tanto, los jueces tienen la obligación de un tratamiento de igualdad a los casos iguales y desigual en los casos desiguales.

Para la Corte poder garantizar que apartarse de la doctrina de la Corte Suprema no sea algo caprichoso, pero sin quitarle la flexibilidad que solicitaban los magistrados con la doctrina legal, acoge un sistema relativo de jurisprudencia. Es decir, permite a los jueces apartarse del precedente, pero los jueces “están obligados a

*exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión[...]*”.

De esta manera, la Corte les está imponiendo a los jueces la obligación de tomar en cuenta los precedentes existentes. Pero si los jueces deciden apartarse de la doctrina probable, entonces la Corte les impone una carga de transparencia, que consiste en la clara exposición del precedente del cual se están apartando, y una carga de argumentación, que consiste en la exposición de las razones por las cuales deciden apartarse de la doctrina probable.

A su turno, la Corte en dicha sentencia, expone 3 casos en los cuales puede apartarse del precedente horizontal. El primero sería un supuesto en el cual ocurre un cambio social posterior, es decir, habiéndose tomado determinadas decisiones en un contexto social determinado, éste cambia y por ende es necesario un cambio en las decisiones judiciales que se adapten a dicho cambio. El segundo sería, en el que la Corte decida que su jurisprudencia resulta errónea en el sentido en que contraría “valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”. Y por último está el caso en el que haya un cambio en el ordenamiento jurídico positivo, “debido a un tránsito constitucional o legal relevante”.

En cuanto a la determinación de los apartes de las sentencias que constituyen doctrina probable, la Corte establece, como es a penas obvio, que no todas las partes de una sentencia tienen fuerza vinculante. A continuación la Corte Constitucional concluye que la única parte que tiene fuerza vinculante resulta ser la *ratio decidendi* puesto que el artículo 4 expresa claramente “decisiones uniformes” y el objeto que constituye la decisión uniforme serán las partes de la sentencia que “constituyen una decisión sobre una regla jurisprudencial”, es decir la *ratio decidendi* de la sentencia. Dice la Corte:

*“En conclusión, si bien no todas las partes de una sentencia ni mucho menos toda la jurisprudencia constituyen fuente formal de derecho, la ratio decidendi de los fallos, por lo menos, tiene fuerza vinculante”.*

Pero ¿qué es la *ratio decidendi*? y ¿cómo podemos encontrarla en una sentencia? Existen dos opciones para resolver estos interrogantes. La primera, diciendo que la *ratio decidendi* es la parte resolutive de la sentencia, y los apartes que no pueden escindirse de ella.

La segunda opción dice que se deben mirar los hechos y la parte resolutive y que si los hechos relevantes son los mismos, entonces la decisión debe ser la misma.

Para encontrar los hechos relevantes, esto es, los que hacen parte de la “*ratio decidendi*”, la doctrina<sup>8</sup> ha diseñado las siguientes reglas:

1. Los hechos son inmateriales a menos que el juez diga que son materiales.
2. Son materiales los hechos que el juez resalte como tales.
3. Si el juez no distingue, todos los hechos mencionados en la sentencia deben ser materiales.
4. Los hechos son porque el juez lo indica en la sentencia y no dependen de la verificación del expediente.

Hallada la “*ratio decidendi*”, el juez verificará si el caso que está analizando resulta sustancialmente igual a los precedentes judiciales y si concluye que lo es, deberá fallar en el mismo sentido de tales precedentes.

Ahora bien, un juez puede apartarse de la doctrina probable argumentando: 1. Que tal doctrina no existe, bien porque no se reúnen sus elementos (3 decisiones ejecutoriadas en el mismo sentido) o bien porque el nuevo caso es distinto. 2. Justificando el cambio, a partir de la demostración de que jurídica y moralmente es mejor la posición que se expone en el fallo actual, y de que tal cambio no genera un efecto traumático en la seguridad jurídica. Por seguridad jurídica se entiende el “*principio jurídico-político esencial de todo Estado de Derecho que implica la existencia de*

---

8 GOODHART, ARTHUR L.

*un derecho cierto. Esto es que el ciudadano pueda saber qué tiene prohibido y qué tiene autorizado y cuáles son las consecuencias jurídicas de sus acciones”*<sup>9</sup>. A juicio de ÁLVARO ECHEVERRI URUBURU, se trata de tener “*algún grado de certeza igualmente acerca de cuál es la interpretación uniforme dada por jueces y tribunales a dichas normas, en aras de salvaguardar el principio de igualdad en general (art. 13 de la C.P.), lo mismo que el Principio de la igualdad ante la ley (art. 229 de la C.P.), que no sólo demanda la similitud de trato para todas las personas de parte de la Administración de Justicia, sino la de obtener decisiones similares frente a situaciones fácticas similares*”<sup>10</sup>.

Es por esto que se exige una argumentación suficiente al momento de cambiar la posición, de tal manera que esto no se dé ni con facilidad ni con frecuencia, en aras de proteger esa seguridad jurídica, esa certeza relativa del derecho entendida como “*el conocimiento relativamente cierto de cual es la norma o normas jurídicas aplicables a su caso*”<sup>11</sup>.

### 3. DOCTRINA PROBABLE EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La doctrina probable llega al derecho administrativo sancionador de conductas contrarias a la libre competencia, mediante la ley 1340 de 2009, la cual modifica las normas en materia de protección de la competencia. Dicha ley establece lo siguiente:

*“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”.*

9 *Diccionario Jurídico*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. 2006.

10 ECHEVERRY URUBURU, Á., (30 de noviembre de 2005). La Constitución de 1991 y el principio de la seguridad jurídica. Bogotá D.C., Colombia.

11 ECHEVERRY URUBURU, Á., (30 de noviembre de 2005). La Constitución de 1991 y el principio de la seguridad jurídica. Bogotá D.C., Colombia.

La Corte Constitucional en la sentencia C-537/2010 declaró “condicionalmente executable” el aparte subrayado, “*en el entendido que éste sólo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal*”<sup>12</sup>.

Habiendo analizado la evolución de los conceptos de doctrina legal y doctrina probable en materia jurisdiccional, pasamos a analizar los conflictos que el concepto de doctrina probable genera al momento de ser aplicado al derecho administrativo y, en especial, en materia de protección de la competencia.

### 3.1 EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, ¿ES POSIBLE HABLAR DE DOCTRINA PROBABLE?

Entendiendo a la doctrina probable como una fuente de derecho, cabe el interrogante de si realmente se puede hablar de doctrina probable en el derecho administrativo.

En efecto, siendo la doctrina probable una fuente de derecho, surgen, entre otras, inquietudes tales como: las entidades administrativas pueden crear normas sancionadoras aplicables hacia el futuro; el posible “choque” entre las decisiones administrativas y las sentencias judiciales de las altas Cortes.

---

12 Sentencia C-537/2010, M.P. Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

3.1.1 *Si la doctrina probable es una fuente formal de derecho, ¿puede decirse que las entidades administrativas pueden crear normas aplicables al futuro en actos administrativos?*

Entendiendo la confianza legítima como aquel principio que “consiste en una plasmación del principio general de seguridad jurídica, que se explica en la confianza que genera la actuación de la Administración en los ciudadanos que no puede ser alterada arbitrariamente[...]”<sup>13</sup>, podríamos afirmar que el hecho de que la ley señale que la Superintendencia solamente queda atada frente a 3 decisiones uniformes, es porque puede tener interpretaciones distintas de la norma; en consecuencia, la entidad administrativa tiene el poder de crear normas mediante actos administrativos, lo cual perjudica enormemente a la confianza legítima.

En efecto, si la autoridad administrativa puede modificar el entendimiento de las normas permanentemente y solamente está obligada en los casos en que en tres decisiones haya dado una misma interpretación, se está perjudicando no solo dicha confianza legítima sino también la seguridad jurídica, puesto que los particulares no tendrán certeza respecto de lo que les está prohibido.

3.1.2 *Si las normas admiten interpretaciones que pueden variar, ¿las normas cumplirán el requisito de tipicidad y legalidad? ¿podemos considerar que hay confianza legítima?*

Una norma que consagra que la autoridad solamente queda atada a 3 decisiones uniformes, necesariamente parte del supuesto de que las normas no son claras y precisas y que por el contrario necesitan de una interpretación, y más aun de una interpretación uniforme.

Lo anterior pone de presente que dichas normas no están cumpliendo con el requisito de tipicidad y legalidad, obligatorio en el derecho administrativo sancionador, porque de estarlo cumpliendo,

---

13 *Diccionario Jurídico*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. 2006.

no sería necesario el establecimiento de un mecanismo que lo que busca es otorgarle al ciudadano seguridad jurídica, imponiéndole a la autoridad la obligación de que no se separe de lo anteriormente resuelto.

“En efecto, la Corte ha señalado que el principio de legalidad impone: *“al legislador la obligación de definir plena, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, [...]”*<sup>14</sup>.

El órgano legislativo tiene como principal función establecer cuáles son las conductas sancionables. Por su parte, el administrativo es el encargado de aplicar dicha sanción. Debido al valor que le da la doctrina probable a las interpretaciones del administrativo, termina este mismo órgano determinando qué es lo sancionable, es decir, se está invistiendo al órgano administrativo de facultades legislativas que no le corresponden.

Si los jueces tienen como obligación la de materializar la igualdad frente a la ley y frente al trato que reciben los ciudadanos por parte de las entidades administrativas, entonces ¿por qué se necesita de tres decisiones ejecutoriadas por la SIC y no solo de una? La Corte Constitucional en sentencia T-553/97 establece que:

*“El principio de igualdad en la aplicación del derecho, supone la obligación de imputar de manera homogénea a todos los sujetos que se encuentren en las circunstancias de hecho o de derecho que consagre una determinada norma, las consecuencias jurídicas que la misma dispone, sin que se reconozca al funcionario competente la facultad de establecer diferenciaciones que no hayan sido reconocidas por la disposición que aplica”, en el mismo orden de ideas va la sentencia 314/04 “El principio de igualdad impone la obligación al Estado de ofrecer un mismo trato y protección a todas las personas, sin diferencia de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Así, mientras no existan razones legítimas para dispensar un trato diferente,*

---

14 Corte Constitucional. Sentencia C-653 de 2001 (M.P. MANUEL CEPEDA ESPINOSA).

*el trato desigual está prohibido[...]*”, la sentencia 1047/01: “*El derecho a la igualdad impone al legislador dar el mismo tratamiento a quienes están en el mismo supuesto de hecho que va a regular*”, la sentencia C-836/01: “*La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades*”, sentencia T-334/98: “*La aplicación del derecho por los funcionarios administrativos supone acatamiento a la Constitución y a los mandatos del legislador que determinan los contenidos de las actividades que debe desarrollar la administración para cumplir con los cometidos que le son propios. [...] la uniformidad de la acción administrativa en lo que concierne con la aplicación de las normas a sus destinatarios, con lo cual se busca hacer efectivo el principio de la igualdad de protección y trato por las autoridades. La observancia del referido principio en manera alguna implica que todas las decisiones de la administración en la aplicación de una norma deban ser necesariamente iguales[...] En consecuencia, lo que importa, con miras a asegurar la vigencia del principio, es que las interpretaciones que se apartan de un precedente administrativo se justifiquen en forma razonada y suficiente para que el trato diferente sea legítimo*”.

Es evidente como la jurisprudencia de la Corte busca ir en concordancia con el artículo 13 de la Constitución Política en donde se le da el derecho a los ciudadanos de recibir “[...]la misma protección y trato por parte de las autoridades[...]”. Se trata no solo de un derecho que otorga la Carta Política, sino a su vez de una obligación que se les impone a las autoridades. En ningún momento se establece la necesidad de 3 decisiones uniformes en un caso para que se les obligue a decidir de la misma forma en el siguiente, sino, todo lo contrario, está estableciendo que con una decisión ya debería ser suficiente para que los demás ciudadanos tengan el derecho a ser tratados de la misma manera. Así pues, la disposición legal analizada está convirtiendo en un derecho mucho

más restrictivo por la necesidad de 3 decisiones y no una, aquel que había sido establecido en la Carta del 91. De esta manera acierta INGRID ORTIZ BAQUERO cuando dice que: *“la doctrina en el Derecho comparado coincide en señalar que el precedente administrativo para que pueda operar no requiere de la reiteración, esto es, que basta una sola decisión para que pueda hablarse de precedente y para que la entidad administrativa tenga que argumentar las razones para decidir un nuevo asunto de forma distinta. En consecuencia, si la exigencia de tres decisiones uniformes en el jurisprudencial, en el contexto administrativo dicho requisito carece por completo de justificación”*<sup>15</sup>.

Con relación al principio de tipicidad, el cual exige que la ley debe describir con cierto grado de determinación y claridad la conducta sancionable, podemos afirmar que la existencia de la norma analizada, pone de presente que las normas legales que describen conductas contrarias a las normas de protección de la competencia estarían infringiendo este principio, en la medida que las mismas pueden ser entendidas por la autoridad de diferentes maneras y que solamente cuando existan tres interpretaciones idénticas, es que se puede hablar de una verdadera fuente de derecho.

Lo anterior, demuestra que la norma en lugar de generar una seguridad jurídica como un principio que *“[...] pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades[...]*” lo que se enfrenta en este campo del derecho es una inseguridad permanente.

Alguien puede sostener que se pasa por alto que en derecho administrativo existen los denominados conceptos jurídicos indeterminados.

Pues bien, en sentencia C-819 del 4 de octubre de 2006, M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, la Corte Constitucional señaló que los conceptos jurídicos indeterminados:

---

15 ORTIZ BAQUERO, I., El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia: Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2011. *Revista Mercatoria*, 2010, 26.

*“... lejos de permitir a su intérprete escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, **se encuentran sujetos a una única solución frente al asunto planteado**, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión”*,

Es claro que lo que permite el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 es precisamente que frente a una misma norma puedan existir soluciones distintas.

A lo anterior se agrega el hecho de que si bien la Superintendencia de Industria y Comercio es el único ente administrativo que aplica las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, existen diferentes órganos judiciales que se pueden pronunciar sobre estos asuntos, por cuanto el derecho de la competencia es susceptible de acciones de grupo, de acciones populares y de acciones de responsabilidad civil extracontractual.

¿Qué pasaría por ejemplo si la Corte Suprema de Justicia profiriera una sentencia que contrarie lo dicho por la doctrina probable de la SIC? ¿Cómo debe actuar un empresario? ¿de conformidad con lo dicho por la SIC o lo indicado por la Corte?

El Dr. JUAN DAVID GUTIÉRREZ en su artículo “Paralelismo consciente: Análisis de su evolución en Colombia a partir de la teoría económica y el derecho comparado” muestra cómo la oscilación de la SIC en materia de dicho tema ha sido constante y ha traído como resultado incertidumbre con respecto de lo que está permitido y lo que está prohibido para el particular. El ejemplo que muestra el Dr. GUTIÉRREZ en su artículo es con respecto a la definición de acuerdo y la regulación de la colusión tácita sobre el cual no ha habido homogeneidad, e inclusive se observan 3 etapas distintas, cada una de las cuales coincide con la gestión de cada Superintendente de Industria y Comercio. Por ejemplo, en la primera etapa, la definición de acuerdo no requiere del elemento “voluntad” mientras que en la segunda etapa se define a partir del requisito de que haya “voluntad externa”<sup>16</sup>. Dicho ejemplo nos muestra el grado

---

16 GUTIÉRREZ, J.D., Paralelismo consciente: análisis de su evolución en Colombia

de inseguridad jurídica en que se encuentran aquellos que están siendo regulados para el ejercicio del derecho de la competencia.

### *3.1.3 Problemas prácticos*

A raíz de lo expuesto en este escrito, surgen ciertas inquietudes con respecto a la aplicación de la doctrina probable al derecho administrativo. A continuación se exponen ciertos casos hipotéticos cuyas respuestas no están muy claras.

En el supuesto en el que surja una doctrina probable, es decir que se den 3 decisiones de la SIC en un mismo sentido, ¿qué pasaría si un órgano judicial dicta una sentencia que contrarie lo expuesto por la SIC? ¿Cuál fuente de derecho vale más? De surgir un caso como el anteriormente expresado, ¿qué pasaría con la confianza del ciudadano? ¿debe acatar lo que digan las autoridades judiciales o las autoridades administrativas? Aquí se estaría generando claramente una “desconfianza legítima”, en el entendido de que el ciudadano va a estar viviendo en la incertidumbre de no saber cuáles son las actividades que tiene prohibido realizar puesto que están contradiciéndose unas autoridades con las otras.

¿Qué pasa si la SIC desconoce una doctrina probable? Podría suceder que la SIC desconozca que existe una doctrina probable o que señale que la misma no existe y, al fallar un caso, tome una decisión distinta a aquellas que ha venido tomado en el pasado. ¿Se presentaría una causal de nulidad del acto administrativo? De ser así, ¿cuál sería la causal? ¿la violación de la norma en que ha debido fundarse (el artículo de la Ley 1340 de 2009 ó la doctrina probable existente) o la violación del principio de igualdad?

---

a partir de la teoría económica y el derecho comparado. *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia: CEDEC*, 2008, 29-38.

De no considerarse causal de nulidad, ¿podría considerarse solamente causal de atenuación? Recuérdese que la confianza legítima no genera derechos adquiridos.

Por otro lado, ¿qué pasa si la SIC reconoce la existencia de una doctrina probable, pero decide apartarse de ella y cambiar su posición? Es claro, que la doctrina probable no se trata ni mucho menos, de amarrar a la SIC a tener que fallar en el mismo sentido de ahí en adelante, pero de llegar a apartarse de la doctrina probable existente ¿qué pasaría con aquel o aquellos que fueron sancionados con base en el concepto del momento? Para resolver dicho interrogante deben distinguirse dos hipótesis diferentes: La primera, que la argumentación de la SIC para apartarse de la doctrina probable se base en una nueva situación socioeconómica. En este caso se puede ver que no habría justificación para considerar que las personas sancionadas en aplicación del concepto anterior hayan sido mal sancionadas puesto que las circunstancias son diferentes y esa es la razón del cambio. La segunda hipótesis es que la SIC decida apartarse de la doctrina probable porque la considera errónea. En este caso sí podríamos estar hablando de personas que han sido mal sancionadas, puesto que la misma SIC está reconociendo que es errada la doctrina probable que se venía aplicando. ¿Qué pasa con aquel sancionado erróneamente, que no interpuso recurso, ni demandó a la autoridad administrativa? En este caso ya se habría consolidado en derecho la situación. ¿Qué pasa con aquel que fue erróneamente sancionado que sí había demandado la decisión? ¿Tendrá derecho a que se revoque su sanción?

En caso de que haya 3 actos administrativos que están en firme, es decir cuyos recursos han sido notificados y resueltos, ¿qué pasa si uno o varios de ellos han sido demandados? ¿qué pasa si en uno de esos procesos se declara la nulidad de uno de esos actos? ¿desaparecería la doctrina probable?

## SENTENCIAS

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-537-10.htm>  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley\\_1340\\_2009.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1340_2009.html)  
[http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/decretoslinea/1992/diciembre/30/dec2153301992.pdf](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1992/diciembre/30/dec2153301992.pdf)  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8313>  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6154>  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13589>  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38246>  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6161>  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9675>  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/query.idq>  
[http://www.acj.org.co/activ\\_acad.php?mod=posesion%20pilonieta%20pinilla](http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20pilonieta%20pinilla)  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-478-98.htm>  
[http://www.acj.org.co/activ\\_acad.php?mod=posesion%20echeverry%20uruburu](http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20echeverry%20uruburu)