

SECCIÓN III

DEBATES

ality in a com
1015 delivere
- the membe

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA

Radicación D-7367 Fecha 03 DE JULIO DE 2008

Magistrado _____

Asunto DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Norma acusada/o a revisar
DECRETO 2153 DE 1992, ARTICULO 4, NUMERAL 12;
DECRETO 2153 DE 1992, ARTICULO 52, INCISO 4

Actor VELANDIA HUGO MAURICIO

Fecha de reparto _____

DR. MARCO GERARDO MONROY
CABRA
ECHA DE REPARTO: JULY 16 2008

D-7367

MAURICIO VELANDIA
ABOGADO



HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Referencia: ACCIÓN PÚBLICA DE
INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL NUMERAL 12
DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 2153 DE 1992 Y EL
INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO 52 DEL DECRETO
LEY 2153 DE 1992

Actor: MAURICIO VELANDIA

MAURICIO VELANDIA, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.506.193 de Bogotá, con tarjeta profesional número 84.143 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública consagrada en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, presento ante la Honorable Corte Constitucional **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el **NUMERAL 12 DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO LEY 2153 DE 1992** y por unidad normativa el **INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO 52 DEL DECRETO LEY 2153 DE 1992**, normas donde se establece la posibilidad para que una investigación por prácticas comerciales restrictivas pueda ser terminada sin ser definida la responsabilidad de los investigados. Las normas comentadas vulneran los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 2, 6, 13, 23, 29, 58, 87, 95, 229, 333 y 336 de la Carta Política, en los siguientes términos:

I. NORMAS DEMANDADAS

Las normas que se demandan como inconstitucionales son el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, y el inciso cuarto del artículo 52 del decreto 2153 de 1992. Se subraya el texto que se demanda por inconstitucional.



2153 de 1992: por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se
otras disposiciones (diciembre 30) Diario oficial No 704 del 31 de diciembre de 1992

MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



"ARTÍCULO 4 Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.- Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: (...)

"12. Decidir sobre la terminación de investigación por presuntas violaciones a las disposiciones a que se refiere el numeral 10 del presente artículo, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá y modificará la conducta por la cual se le investiga."

El numeral 10 mencionado le ordena al Superintendente de Industria y Comercio *vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*¹

Por unidad normativa también se demanda el inciso cuarto del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, donde se determina el momento procesal dentro del cual el Superintendente puede decidir la terminación de la investigación por modificación o suspensión de la conducta investigada.

"ARTÍCULO 52 Procedimiento. – Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga:

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo".

Se demanda por inconstitucional la figura por la cual se termina una investigación administrativa sin ningún juicio de responsabilidad y por unidad normativa la función del Superintendente de Industria y Comercio para terminar la investigación por ese motivo, así como el momento en que el funcionario puede ejercer esa función.

¹ "10. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la ley 155 de 1959, disposiciones complementarias y en particular aquellas a que se refiere el presente decreto, respecto de todo aquél que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, con sujeción al artículo 2º, numeral 1º, del presente decreto;"

MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



II. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Los artículos constitucionales que se infringen con la norma demandada son los siguientes:

- Artículo 6 de la Constitución Política;
- Artículo 95 de la Constitución Política;
- Artículo 333 de la Constitución Política;
- Artículo 23 de la Constitución Política
- Artículo 336 de la Constitución Política;
- Artículo 13 de la Constitución Política;
- Artículo 2 de la Constitución Política;
- Artículo 58 de la Constitución Política;
- Artículo 29 de la Constitución Política;
- Artículo 229 de la Constitución Política;
- Artículo 87 de la Constitución Política.

III. CUESTIONES PREVIAS A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA FRENTE A CADA ARTÍCULO CONSTITUCIONAL INFRINGIDO

La aplicación de la norma demandada es una carta abierta de exoneración a los infractores del régimen antimonopolio que se cartelizan para no competir,² pues por el solo hecho de modificar la conducta investigada obtienen el derecho de exonerarse del juicio de responsabilidad y de la multa establecida por la presunta infracción.



² La cartelización es una infracción al régimen de competencia cuando dos o más empresas se unen para no competir, bien sea para excluir a un competidor o para actuar igual dentro del mercado.

MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



En otras legislaciones del mundo se regulan figuras de clemencia y amnistía frente a este tipo de investigaciones, las cuales distan de la figura instaurada a nivel nacional, pues en esas legislaciones se perdona al delator de una conducta y se responsabiliza a las demás empresas participantes del cartel (los delatados), mientras que en la nacional la infracción queda impune para todos.

Son ejemplos de países que poseen programa de clemencia y amnistía: Australia, Canadá, República Checa, Francia, Alemania, Hungría, Corea, Países Bajos, Polonia, Eslovaquia, Suecia, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos (desde 1978) y España (desde 2007), además de la Unión Europea (desde 1996).

En cada una de estas legislaciones se concede una amnistía o rebaja de la multa a quien delate comportamientos de empresas cartelizadas para no competir, sin dejar de juzgar la responsabilidad de los delatados, pero perdonando al delator.

Por ejemplo, en EEUU existe la "Corporate Leniency Policy", norma del Departamento de Justicia a través de la cual se le otorga una amnistía por la actividad anticompetitiva que se ha reportado, bajo los siguientes parámetros:

Se le otorgará amnistía a una empresa que informa estar realizando conductas ilícitas, antes de que se haya iniciado una investigación, si se cumplen con las siguientes condiciones:

1. Al momento de informar la conducta, que la División Antimonopolios no haya recibido información sobre actividades ilegales allegada por otra fuente.
2. Que la empresa, al tener conocimiento de su conducta ilegal, haya adoptado pronta y efectivamente las acciones necesarias para terminar esa conducta.
3. Que la empresa informe detalladamente la situación y se comprometa a colaborar con la División Antimonopolios durante toda la investigación frente a los demás infractores.
4. Que confiese el comportamiento.
5. Que la empresa haga restituciones a los terceros que han sufrido daños.
6. Que la empresa no haya coaccionado a otros a participar en la práctica de la actividad ilícita, y que no haya sido el líder de ella.

Si la empresa procede a informar su conducta ilegal después de iniciada la investigación, se le concederá la amnistía si cumple las siguientes condiciones:

1. Que la empresa sea la primera en informar y en aspirar a buscar amnistía por esa actividad ilegal reportada, quedando las demás excluidas de la amnistía.
2. Que la División Antimonopolios no tenga evidencia suficiente para establecer una posición convincente que los involucre.





MAURICIO VELANDIA

ABOGADO

3. Que la empresa, al tener conocimiento de su conducta ilegal, haya adoptado pronta y efectivamente las acciones necesarias para terminar esa conducta.
4. Que la empresa informe detalladamente la situación y se comprometa a colaborar con la División Antimonopolios durante toda la investigación respecto de los demás infractores.
5. Que confiese el comportamiento.
6. Que la empresa haga restituciones a los terceros que han sufrido daños.
7. Que la División Antimonopolios pueda determinar que al otorgar amnistía no resulta injusto para los demás, teniendo en cuenta la ilegalidad del comportamiento, la confesión hecha y el aviso de la empresa. (Aquí tendrán en cuenta qué tan temprano apareció la empresa, si coaccionó a terceros a participar, si fue el líder o no de la actividad.)

Para el caso colombiano la amnistía es conocida bajo el nombre de "ofrecimiento de garantías", pero a diferencia de otras legislaciones del mundo en Colombia la sola modificación de conducta por parte de cada investigado es razón suficiente para perdonarle la sanción administrativa, sin juzgar su responsabilidad por los hechos investigados, pudiendo todos los investigados obtener el mencionado perdón.

En el mismo sentido, bajo legislación colombiana la modificación de la conducta por parte de los investigados tampoco implica confesión del ilícito. Al respecto, el tratadista Alfonso Miranda Londoño, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia en Colombia, señala que:

"... lo que implica el ofrecimiento de garantías es que los hechos que sirvieron de base a la apertura de la investigación son aceptados por el investigado, pero no necesariamente que éste admita que tales hechos constituyen conductas que él ha realizado y que estas conductas violan la ley. (...) Por otra parte y de conformidad con la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio, es claro que el ofrecimiento de garantías no implica de ninguna manera una confesión o la aceptación de que se incurrió en una conducta ilegal. En efecto, por definición de la ley, la aceptación de garantías por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio produce la terminación anticipada de la investigación, antes de que la entidad se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto es, antes de que se califique la conducta investigada como anticompetitiva. En estas condiciones, resulta claro que la ley no exige a los investigados que renuncien a su presunción de inocencia, sino que precisamente les ofrece la posibilidad de obtener la terminación de la investigación sin sanciones y sin realizar reconocimiento alguno en relación con la naturaleza de las prácticas investigadas." (Revista de Derecho de la Competencia Cedec VI, Pontificia Universidad Javeriana, pag 262 y 263, Bogotá, 2006)

En este orden de ideas, bajo las normas demandadas por inconstitucional todos los investigados por una cartelización pueden obtener perdón a la multa administrativa si modifican su conducta y así mismo, la obtención del perdón no implica la implicación de confesión.



MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



La falta de un juicio de responsabilidad para todos los investigados y el respectivo perdón sin definir si existió infracción administrativa, es la situación que se demanda por inconstitucional con este documento.

IV. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

4.1 Infracción al artículo 6 de la Constitución Política

Según el artículo 6 de la Constitución Política "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".

La argumentación:

Se desprende del artículo transcrito que por mandato constitucional los particulares son responsables ante la infracción de las leyes.

En la norma demandada que se presenta a juicio de constitucionalidad se permite que, ante el inicio de una investigación administrativa donde se pretenda esclarecer la responsabilidad de una empresa por un presunto comportamiento anticompetitivo pueda el investigado sustraerse del juicio de responsabilidad, imperativo por mandato constitucional, culminando y clausurando su investigación sin que la administración se pronuncie sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad o inocencia administrativa del investigado.

Algunos podrían decir que el juicio de responsabilidad civil en contra de una empresa que causa daño a los particulares como consecuencia de un comportamiento restrictivo queda a salvo, pero resulta que el bien tutelado en materia civil es diferente al bien tutelado en materia administrativa. Mientras que en el régimen civil lo salvaguardado es la propiedad privada del demandado, en el régimen administrativo se investiga por una infracción a la economía y al mercado procediendo la sanción.

Con la aplicación de la norma demandada no se permite un juicio de responsabilidad administrativa por la infracción legal, pues la investigación administrativa termina sin un responsable o inocente.



MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



La Constitución Política exige responsabilidad por incumplimiento de ley, sin embargo la norma demandada impide la calificación de responsabilidad administrativa, pues no se califica la responsabilidad del investigado y en su defecto se le perdona a cambio de la modificación o suspensión de comportamientos.

Al respecto vale la pena traer a colación que es la misma Constitución Política la autorizada para indicar cuándo una infracción de la ley puede ser perdonada sin juicio de responsabilidad, como por ejemplo, cuando dentro del artículo 250 de la Constitución se permite a la Fiscalía aplicar el "Principio de Oportunidad" en material penal, suspendiendo, interrumpiendo o renunciando a la persecución de un delito. En el caso que nos ocupa la Constitución Política no exceptiona la responsabilidad administrativa por comportamientos restrictivos de la competencia, por tanto resulta inconstitucional que una ley permita la excepción, estando por encima el mandato Constitucional.

Abstenerse de un juicio de responsabilidad impide de contera el cumplimiento de la ley.

No se desconoce la aplicación del principio de presunción de inocencia. El debate de inconstitucionalidad se centra sobre el abandono del Estado, a instancia de los investigados, para esclarecer o desvirtuar la presunción de inocencia. Pues al esclarecerse la inocencia o culpabilidad, procede, en este último caso, la responsabilidad.

La existencia de la presunción de inocencia no puede ser argumento para que el Estado renuncie al esclarecimiento de unos hechos investigados.

No se debe confundir la presunción de inocencia con el deber de encontrar a responsables o inocentes.

Por las razones expuestas el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del decreto 2153 de 1992 son inconstitucional frente al artículo 6 de la Constitución Política, pues no permite definir la responsabilidad o inocencia administrativa del presunto infractor.

4.2 Infracción al artículo 95 de la Constitución Política

Según el artículo 95 de la Constitución Política, "El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la



MAURICIO VELANDIA
ABOGADO



persona y del ciudadano: 1) Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

La argumentación:

De acuerdo con el artículo transcrito:

- El ejercicio de los derechos implica responsabilidades;
- Las personas están obligadas a cumplir con la ley; y
- Se prohíbe el abuso de derecho.

Dentro del inciso demandado por inconstitucional se permite la clausura de la investigación sin la concreción de un juicio de responsabilidad, legitimando el incumplimiento de una ley sin calificación de responsabilidad para el infractor, instituyendo el derecho a pedir y obtener perdón frente al incumplimiento de la ley.

Al igual, la norma constitucional también prohíbe el abuso de derecho, lo cual se trasgrede frente a la norma demandada, pues si el abuso es aprovecharse del derecho en beneficio propio y es traspasar el derecho de otros, la norma demandada permite asaltar el derecho de la competencia y obtener perdón, pues ante el incumplimiento del derecho prosigue el perdón sin calificación de responsabilidad. Qué más abuso de derecho que instituir en la ley la clausura de la investigación sin juicio de responsabilidad aun cuando alguien incumplió. Es la misma norma demandada la que permite el abuso de derecho, pues sustrae al incumplido de la responsabilidad administrativa por su infracción, dejándolo en posición lícita de abuso.

Qué más abuso que una carta abierta legal para sustraerse de un juicio de responsabilidad.

Por las razones expuestas, el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 es inconstitucional frente al artículo 95 de la Constitución Política.

4.3 Infracción al artículo 333 de la Constitución Política

De acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Política, "La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades".

La argumentación:



establece de manera especial para el derecho de la competencia una responsabilidad por su ejercicio. En este sentido, la responsabilidad se presenta

MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



tanto al momento de ejercer el derecho, así como en la consecuencia jurídica frente a su vulneración. Ante la afectación de la competencia por parte de una empresa prosigue para ella como infractora la responsabilidad por lo hecho.

Las normas demandadas no permiten esclarecer si el investigado es responsable y merecedor del castigo impuesto con la multa.

De acuerdo con lo anterior, la posibilidad de que exista la clausura de la investigación ante la promesa de modificar y suspender la conducta por parte del investigado no concuerda con el Mandato Constitucional que pregona la responsabilidad por el ejercicio ilícito del derecho de la competencia, lo que incluye: i) tanto la responsabilidad con que se debe actuar al momento de ejercerlo; así como ii) la responsabilidad administrativa a que se es acreedor por afectar ese derecho constitucional.

Clausurar una investigación de competencia sin definir responsabilidades impide que se cumpla con el mandato constitucional de que el derecho de la competencia genera responsabilidades.

4.4 Infracción al artículo 23, 29, 87 y 229 de la Constitución Política

De acuerdo con el artículo 23 de la Constitución Política, "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta respuesta".

Según el artículo 29 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho "a presentar las pruebas".

La argumentación:

De acuerdo como está establecido el régimen de competencia dentro del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, una investigación por prácticas comerciales restrictivas puede ser iniciada de oficio o a solicitud de parte. De ser iniciada la investigación a solicitud de parte es porque un particular presentó un derecho de petición donde solicitó el desarrollo de una investigación administrativa a efecto de definir la responsabilidad o inocencia de una empresa ante la eventual infracción a una norma de competencia.

El derecho de petición contiene una solicitud de investigación para definir la infracción y su responsable, así como la sanción correspondiente.



MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



Con las normas demandadas se tiene que el derecho de petición solicitando lo dicho nunca sería resuelto, pues iniciada la investigación podrá ésta ser clausurada si el investigado promete modificar o suspender la conducta, lo cual, de ser aceptado por la administración, conllevaría a que lo pedido en el derecho de petición no fuera resuelto, pues dentro de la clausura no se esclarecerá si el comportamiento denunciado efectivamente fue anticompetitivo y de serlo si el denunciado era responsable por ello, que fue lo pedido.

Así las cosas, el derecho de petición del particular queda sin resolver, pues el juicio de responsabilidad solicitado cuyos componentes finales serían: i) definir si existió infracción; ii) el señalamiento al responsable de la infracción; así como iii) la imposición de la multa al responsable, no son resueltos, pues la investigación termina sin finalizar un juicio de responsabilidad, es decir, sin definir nada de lo solicitado.

Al no resolverse ni definirse el juicio de responsabilidad solicitado frente a un particular, se erosiona el acervo probatorio que puede utilizar a su favor el que pudo resultar afectado por una práctica comercial restrictiva, puesto que la resolución administrativa donde se hubiera decidido la ocurrencia del comportamiento anticompetitivo no llega a su final, ya que en el supuesto de ser aceptado el perdón sin responsabilidad la investigación es clausurada sin ninguna declaración de inocencia o culpabilidad.

Dicha situación impide que se pueda aportar una prueba clave, siendo el presunto infractor quien lo impide, pues está en cabeza de él la solicitud de perdón.

Se reconoce que en materia probatoria se acoge el sistema de la sana crítica y no el de tarifa legal. La no existencia de la tarifa legal permite al interesado probar su hecho con el 100% de los medios probatorios existentes. Las normas demandadas impiden que el interesado ejerza esa facultad, ya que se elimina la posibilidad de presentar una prueba documental.

Otra cosa sería si la solicitud y aceptación de perdón fuere entendida en derecho como confesión, pues ahí no se erosiona la prueba documental del tercero afectado.

Para algunos, ninguna persona podría pedir perjuicios por un comportamiento anticompetitivo sin que la administración hubiese antes declarado el comportamiento como ilegal, puesto que la administración es el juez competente para ello (prejudicialidad). De ser así el asunto, la situación resultaría más gravosa, pues la figura demandada impediría por siempre al perjudicado tener acceso a la justicia civil y pretender que le sea resarcido el daño (artículos 87 y 129 de la Constitución Política).



MAURICIO VELANDIA
ABOGADO



Por lo anterior, el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 son inconstitucionales frente al artículo 23, 29 y 87 de la Constitución Política.

4.5 Infraacción al artículo 2 de la Constitución Política

De conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política, son fines del Estado "Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución".

La argumentación:

Permitir la clausura de la investigación de competencia en contraprestación a la modificación o suspensión de la conducta, y obtener a cambio el perdón, sin juicio de responsabilidad y sin multa por el comportamiento, impide que el Estado cumpla su función de garantizar la efectividad del derecho de competencia, puesto que en la práctica el infractor conoce de antemano que ante la ejecución de una conducta ilícita de competencia podrá, al momento de ser investigado, obtener la clausura de la investigación, ahorrándose con ello el valor de la multa administrativa.

Muchas líneas se han escrito acerca de la labor ejemplarizante y disuasiva de la multa. Resulta claro que los administrados al conocer que frente a un incumplimiento procede una multa, piensan que lo mejor es no incumplir, pues el ilícito no resulta rentable, ya que aparte de tener que cancelar el daño sufrido por los particulares como consecuencia del comportamiento ilegal, el infractor está además obligado a cancelar una multa impuesta por su mal comportamiento. Así, se transmite al mercado que el mejor negocio es cumplir con la ley, teniendo la multa una labor ejemplarizante y disuasiva que ayuda a hacer efectivo el derecho de la competencia.

El ilícito debe ser castigado de tal forma que no sea rentable, pues de otra forma los administrados por pura lógica preferirán adelantar el ilícito, y no el trabajo, siendo mejor negocio el incumplimiento que el cumplimiento.

La clausura de la investigación sin ningún tipo de multa y sin ser considerada confesión no tiene razón de ser y afecta que se garantice la efectividad del derecho de la competencia, pues cabe la posibilidad de que se acepte la modificación o suspensión de la conducta sin ningún juicio de responsabilidad administrativa que señale al infractor como culpable, sustrayéndose éste de la multa y evitándose con ello cualquier finalidad ejemplarizante y disuasiva de la ley.



MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



Las normas demandadas incentivan y transmiten todo lo contrario, el ejemplo equivocado. El ejemplo adecuado, que disuade, es la imposición de la multa, y el señalamiento de responsabilidad cuando el investigado sea culpable. No lo contrario, de ahí, su inconstitucionalidad, pues la norma demandada permite la no garantía del derecho de la competencia, el cual está sujeto a burla con la aplicación de la norma demandada.

Por lo anterior, el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 son inconstitucionales frente al artículo 2 de la Constitución Política.

4.6 Infracción al artículo 58 de la Constitución Política

De conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público".

La argumentación:

El interés público está por encima de lo privado.

De acuerdo con la ley de competencia, cuando se demuestre que unas empresas infringieron las normas antimonopolio la conducta se castiga con multa. Dinero que en caso de ser desembolsado por el infractor tendría como destino el erario público.

En aplicación de la norma demandada se permite que la investigación termine sin la imposición de la multa aún cuando los infractores sean responsables. A cambio, la norma demandada permite que los infractores responsables del ilícito se ahorren el pago de la multa por su ilícito.

Resulta así, que con la norma demandada se desfavorece el erario público (interés público) por verse despojado de la entrada del dinero de la multa, favoreciéndose el patrimonio del infractor (interés privado) al sustraerse de la multa que castiga su infracción.

La única que resulta favorecida con la norma demandada es la empresa infractora. Y el único que resulta perjudicado por la existencia de la norma demandada es el erario público. Una norma ilógica e inconstitucional, pues se favorece el interés privado por encima del interés público.



MAURICIO VELANDIA
ABOGADO



Podría pensarse que la clausura de investigación ahorra gastos a la administración por adelantar la investigación, favoreciéndose el erario público, pero no resulta fuerte el argumento, pues con ese argumento cualquier investigación administrativa debería terminar con perdón por modificación de conducta investigada para ahorrar gastos a la administración, y no solo las de competencia (derecho a la igualdad).

No existe acá razón para favorecer el interés privado por encima del público.

Por lo anterior, el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 son inconstitucionales frente al artículo 58 de la Constitución Política.

4.7 Infracción al artículo 29 de la Constitución Política

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

La argumentación:

Según la norma constitucional para ser declarado culpable se requiere norma preexistente.

En la medida que con la aplicación de las normas demandadas no se define responsabilidad o ilegalidad del acto, puede ocurrir que la administración ordene modificar la conducta investigada no obstante que lo investigado fuere legal. Entonces, en el supuesto que el comportamiento no resulte ser una infracción al régimen de competencia, el investigado se compromete a modificar una conducta inocente, quedándole a él prohibida. Así las cosas, estaría el inocente obligado a cumplir una prohibición establecida por la administración dentro de un acto administrativo particular de aceptación de garantías, pero no prohibido para él en una ley, siendo que constitucionalmente nadie podrá ser juzgado sino por ley preexistente creada por el legislativo y no por el ejecutivo.

Se trata de la creación de prohibiciones bajo actos administrativos particulares, pero no bajo la ley, sino adoptando el ejecutivo funciones de legislativo convirtiéndose en creador de prohibiciones y permisiones.



MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



Otra cosa ocurre bajo un juicio de responsabilidad, donde se define la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de lo investigado, no dejando el riesgo de prohibir lo que no prohíbe la ley. Para ello, se hace necesario el juicio de responsabilidad.

Cabe anotar que con las normas demandadas (perdón sin confesión) lo que se crea es el antecedente jurisprudencial basado sobre un juicio de no responsabilidad, transmitiendo el mensaje a los demás administrados de que lo investigado es ilegal, siendo que verdaderamente nunca se llegó a ese punto de estudio.

Ahora bien, si la defensa de constitucionalidad de las normas demandadas en relación con los cargos descritos en los puntos anteriores va a ser basada en la figura de la presunción de inocencia, resultaría acá que al inocente le obligarían a modificar un comportamiento no prohibido en la ley.

También en este caso procede lo dicho respecto del principio de presunción de inocencia.

La gente se presume inocente, pero bajo un juicio de responsabilidad se encuentra verdaderamente quién es inocente y quién es culpable.

Por lo anterior, el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 es inconstitucional frente al artículo 29 de la Constitución Política.

4.8 Infracción al artículo 336 de la Constitución Política

De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política, "Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita".

La argumentación:

En el artículo 336 de la Constitución se destacan ciertas exigencias: i) Los monopolios se establecen con fines rentísticos; ii) El interés del monopolio debe ser público; iii) El monopolio debe ser establecido por la ley; y iv) antes de la constitución del monopolio deben ser indemnizados los individuos que sean privados del ejercicio de la actividad.



MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



Monopolio según la definición de la ciencia y arte significa "Estructura del mercado en la que una única empresa ofrece una mercancía".

Ahora bien, dentro del régimen de competencia, también llamado antimonopolio, se castigan los comportamientos que pretenden constituir estructuras monopolísticas. Para ilustración de cómo el régimen y la política de competencia lucha contra los monopolios, me permito transcribir un aparte de la obra editada McGraw-Hill, denominada "Economía", cuyos autores son Paul A. Samuelson y William D. Ordhaus, dentro de la página 417 en adelante.

"Dado que las industrias están cada vez más controladas por la mano invisible más que por la regulación pública, la principal arma que tiene el Estado en su arsenal para luchar contra el poder de mercado es la política antimonopolio. Esta ataca los abusos que van contra la competencia de dos maneras. En primer lugar, prohíbe ciertos tipos de *conducta empresarial*, como la fijación de los precios, que restringe las fuerzas competitivas, y en segundo lugar, limita algunas *estructuras del mercado*, como los monopolios, que se considera que tienden a restringir el comercio y a abusar de su poder económico por otras vías. La política antimonopolio ha sido un fructífero campo de interrelaciones del derecho y la economía durante décadas".

"La política antimonopolio, que prohíbe la conducta que va contra la competencia e impide las estructuras antimonopolísticas, es el principal instrumento de los poderes públicos para limitar los abusos de las grandes empresas".

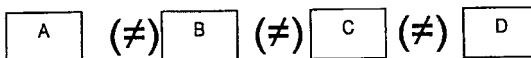
"Los fines fundamentales de la lucha antimonopolio son:

- a) Prohibir las actividades anticompetitivas (es decir, los acuerdos tendentes a fijar los precios o repartirse territorios; la discriminación de precios y los acuerdos vinculantes;
- b) Destruir las estructuras monopolísticas. En la teoría moderna del derecho, son aquellas que tienen un excesivo poder de mercado (una gran cuota de mercado) y realizan actos anticompetitivos".

En el caso particular colombiano, las normas antimonopolio prohíben la cartelización de empresas a través de la cual los comerciantes dejan de competir. La cartelización puede, dentro de sus posibilidades, agrupar a todas las empresas de una industria, que se comprometen entre ellas a no competir, lo cual genera una estructura de monopolio artificial de acuerdo a la definición dada.

Para graficar la situación, se presenta lo siguiente:

Dentro de un segmento económico participan las empresas A,B,C y D. Entre ellas compiten, por tanto existen cuatro opciones diferentes para el mercado, siendo una estructura de mercado competido.



MAURICIO VELANDIA
ABOGADO



Pero si entre ellas se cartelizan para no competir, se genera en la práctica una igualdad en la competencia, y ello representa una estructura monopolística de mercado de acuerdo a la definición dada. Graficando la situación así:

$$\boxed{A} \quad (=) \quad \boxed{B} \quad (=) \quad \boxed{C} \quad (=) \quad \boxed{D}$$

Así, existe una sola opción en el mercado pues todos los comerciantes actúan de idéntica manera, por ejemplo fijando precios iguales o repartiéndose territorio donde sólo uno de ellos ofrece el producto, lo cual constituye una estructura de monopolio, donde ya no son cuatro, sino que producto de la cartelización resulta ser una sola oferta.

$$\boxed{A = B = C = D}$$

La aplicación de las normas demandadas permite la clausura de una investigación por prácticas comerciales restrictivas, dentro de ellas la cartelización, sin ningún juicio de responsabilidad en cuanto a la infracción y sus autores, tan solo con la promesa de modificar y suspender la conducta.

En esa medida, si la cartelización de empresas genera una estructura de monopolio, la norma demandada permite no juzgar administrativamente la infracción, siendo que la estructura de monopolio creada con el ilícito no cumplió con lo ordenado en la Constitución, es decir:

- i) Establecerse con fines rentfísticos;
- ii) Que el interés del monopolio sea público;
- iii) Que la estructura de monopolio fuera establecida por la ley; y
- iv) Que antes de la constitución del monopolio fueran indemnizados los individuos que fueron privados del ejercicio de la actividad.

La clausura de una investigación por cartelización, sin juicio de responsabilidad para los infractores, en la cual se investigaba la configuración de una estructura monopolística, legítima hacia pasado lo que la Constitución prohíbe, olvidando las estructuras de monopolios ilícitas creadas por los infractores, quienes se sustraen de la sanción y del juicio del señalamiento de responsabilidad tan solo con el compromiso de modificar y suspender la conducta, siendo que lo ya hecho contradice lo descrito en el artículo 336 de la Constitución Política, no pudiendo



MAURICIO VELANDIA

ABOGADO



ser perdonado al amparo de una simple ley, de ahí la inconstitucionalidad de la norma demandada.

No se pueden dejar de juzgar los comportamientos restrictivos que la misma Constitución prohíbe. Deben ser juzgados, pues de otra forma existiría una ley que legitima hacia pasado una infracción Constitucional vigente al tiempo de los hechos.

Otra cosa sería si la figura demandada fuera entendida como confesión.

4.9 Infracción al artículo 13 de la Constitución Política

Según el artículo 13 de la Constitución Política, todas las personas nacen "iguales frente a la ley".

La argumentación:

La aplicación de la norma demandada conlleva a tres desigualdades o discriminaciones injustificadas.

i) Primera desigualdad

De acuerdo con el texto de la norma demandada, la clausura de la investigación procede con la modificación o suspensión de la conducta por parte del investigado.

Por sentido lógico, sólo se puede modificar o suspender lo que no ha cesado, pues si ya cesó lo que se investiga, no existe posibilidad real de modificar o suspender la que ya cesó.

De esa forma, de acuerdo con el texto demandado, sólo procede la figura contra los comportamientos que no han cesado y que siguen ocurriendo, pero frente a las conductas terminadas no está autorizada legalmente la clausura, pues solo se puede modificar lo que aún ocurre.

Entonces, la clausura de la investigación bajo la figura demandada es procedente frente a comportamientos que no han cesado, mas no para las infracciones que ya cesaron de tiempo atrás; siendo ilógico, pues tendrá mejor suerte el infractor persistente en la infracción que él que ya cesó el comportamiento restrictivo.



MAURICIO VELANDIA
ABOGADO



Según el texto demandado es mejor negocio seguir siendo infractor, pues si se persevera en la infracción se tendrá mejor derecho en comparación con el que abandonó la infracción.

Es de resaltar que en algunos casos la Superintendencia ha clausurado investigaciones sobre conductas terminadas que ya habían cesado. Pero ello no brinda constitucionalidad a la norma demandada, pues esa resulta ser una interpretación extensiva de la Entidad administrativa que sobrepasa el texto legal, siendo restringida su aplicación para el funcionario público.

La desigualdad es evidente. Son dos infractores con diferente suerte. Mejor suerte para el más anticompetitivo que persevera en su conducta ilícita.

La verdadera igualdad es que todo infractor tenga juicio de responsabilidad, independiente si cesa la infracción modificando o suspendiendo su conducta.

ii) Segunda desigualdad

La figura de clausura de investigación bajo el compromiso de suspender o modificar la conducta requiere adicionalmente el acompañamiento de una seguridad económica que garantice que el compromiso del infractor de modificar o suspender su conducta será cumplido, es decir, acompañar el compromiso adquirido con una seguridad económica que garantice el cumplimiento de lo prometido (colateral).

Bajo tal medida, la *garantía* representa un respaldo económico que ofrece el investigado para asegurar el cumplimiento de su compromiso, respaldo que hará efectivo en caso de incumplimiento de los compromisos.

Entonces, para que proceda la clausura de investigación bajo la figura demandada, se requiere:

- Que el investigado se comprometa a suspender o modificar la conducta investigada;
- Que el investigado otorgue una seguridad económica que garantice el cumplimiento de lo prometido.

Son estas dos partes requisitos para que la clausura proceda.

Así las cosas, la viabilidad de la clausura de la investigación bajo la figura demandada en este documento dependerá si el investigado cuenta con el dinero suficiente para asegurar su compromiso. Así, una persona adinerada tendrá





MAURICIO VELANDIA

ABOGADO

es un infractor pobre, carente de prenda general de los acreedores, así sea para firmar un simple pagaré, no tendrá acceso al perdón. Lo más perverso sería que el infractor rico presente el respaldo económico con el fruto del ilícito que se le investiga.

Se premia al infractor rico y se castiga al infractor pobre.

La igualdad sería que los dos resulten sancionados por su ilícito, sin posibilidad de perdón para el pudiente.

iii) Tercera desigualdad

El cierre de una investigación administrativa ante la modificación de la conducta investigada por parte del investigado es una figura que sólo se presenta para el tema de competencia, pero no para el universo de temas concernientes a derecho administrativo sancionador.

No existe razón jurídica o económica para que se presente esta desigualdad dentro del derecho, favoreciendo un régimen frente a otro, pues lo equilibrado sería que la figura de perdón sin responsabilidad procediera para todo el régimen administrativo sancionador y para uno en especial sin explicación alguna.

Los infractores de las normas administrativas no pueden en un régimen tener derecho a no contar con un juicio de responsabilidad y para otro régimen si estar para el caso no se evidencia.

Por todos los cargos anteriores de inconstitucionalidad descritos a lo largo de este acápite procede la inconstitucionalidad de las normas.

Es de nuestro criterio que los únicos interesados en defender la constitucionalidad de estas normas serán las empresas infractoras, pues las empresas cumplidoras del régimen de competencia no necesitarían de la figura, ya que son inocentes y el juicio de responsabilidad así lo establecerá. Pero al infractor si le interesa la existencia de esta ilógica figura.



Algunos alegarán que el guardián para que no se presenten excesos de la norma será la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las funciones discrecionales para aceptar las garantías propuestas por el investigado, pero la



MAURICIO VELANDIA

ABOGADO

constitucionalidad de una norma es independiente a este tipo de consideraciones y dependencias personales. La leyes son o no son constitucionales por si solas.

V. ACLARACIÓN

El suscrito no desconoce que en casos donde ha representado a terceras personas en ejercicio de la profesión ha hecho uso de esta figura, en beneficio de los clientes cumpliendo con su deber profesional, pero otra cosa es compartir la constitucionalidad de la figura.

VI. PRETENSIONES

Principal:

Que se declare la inconstitucionalidad del numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y del inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, por vulnerar los artículos 2, 6, 13, 23, 29, 58, 87, 95, 229, 333 y 336 de la Carta Política.

Subsidiaria:

Que se declare la constitucionalidad condicionada del numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y del inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en el entendido que: Su aplicación signifique confesión y aceptación de responsabilidad del infractor.

VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La presente demanda tiene como fundamento de derecho los artículos 29, 116, 228 y 241 de la Constitución Política, Decreto 2153 de 1992, así como también las demás normas y disposiciones concordantes y complementarias que existan sobre las materias que versa esta demanda.

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, la Honorable Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda.

MAURICIO VELANDIA



1. Copia de la presente demanda para el traslado del Ministerio Público.
2. Copia de esta demanda para el archivo de la Honorable Corte.

X. NOTIFICACIONES

El suscrito podrá ser notificado en la Secretaría de su Despacho o en la carrera 11A No. 94A – 23, oficina 304, de la ciudad de Bogotá, D.C.

De los Honorables Magistrados, respetuosamente,

MAURICIO VELANDIA
C.C. 79.506.193 de Bogotá

NOTARIAS DEL MUNICIPIO DE BOGOTÁ, D.C.
 El anterior escrito fue presentado personalmente por el suscrito en el Despacho con C. de C. y quien se identifica con el suscrito.
 Dirigió a [Handwritten name] y expuso el contenido de este documento es cierto y que la firma y huella son ciertas en mi presencia. En constancia se firma hoy. 03 JUL. 2008

REPUBLICA DE COLOMBIA
 NOTARIO VENTICINCO
 NIBARDO AGUSTIN FUERTES MORALES
 NOTARIO VENTICINCO ENCARGADO