

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-228 de 2010 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

¿las normas legales que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para adelantar el control de las integraciones empresariales, al punto de oponerse o imponer condiciones para la ejecución de las mismas, constituye una vulneración de las garantías a libre competencia económica y la libertad de empresa, al igual que desconocen el principio de buena fe, en tanto limitan desproporcionadamente la facultad de las empresas de integrarse basándose en una presunción de abuso de posición dominante?, ¿Desconoce el principio de reserva de ley el grupo de normas que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la fijación de umbrales para el control de las integraciones empresariales, la determinación de los requisitos para aprobar condicionalmente dichas operaciones y la imposición de sanciones por el desconocimiento de esos deberes definidos por la autoridad administrativa?

Magistrado Ponente

Dr. Mauricio González Cuervo

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., 2020

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUCCIÓN | 3 |
| 2. Norma Acusada..... | 4 |
| 3. PROBLEMA JURÍDICO | 13 |
| 4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL | 13 |
| 5. DECISIÓN..... | 44 |
| 6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES | 45 |

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-228 DE 2010 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

¿las normas legales que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para adelantar el control de las integraciones empresariales, al punto de oponerse o imponer condiciones para la ejecución de las mismas, constituye una vulneración de las garantías a libre competencia económica y la libertad de empresa, al igual que desconocen el principio de buena fe, en tanto limitan desproporcionadamente la facultad de las empresas de integrarse basándose en una presunción de abuso de posición dominante?, ¿Desconoce el principio de reserva de ley el grupo de normas que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la fijación de umbrales para el control de las integraciones empresariales, la determinación de los requisitos para aprobar condicionalmente dichas operaciones y la imposición de sanciones por el desconocimiento de esos deberes definidos por la autoridad administrativa?

Magistrado Ponente

Dr. Luís Ernesto Vargas Silva

1. Introducción

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Darío Alberto Múnera Toro instauró acción pública de inconstitucionalidad contra la integridad de los artículos 9, 11, 12, 13, 22 y, parcialmente, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, por considerar que sus disposiciones infringen los artículos 29, 83, 84, 333, 334 y 338 de la Carta Política (Exp. D-7865). Por su parte, el ciudadano Rubén Darío Bravo Rondón instauró demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 (Exp. D-7871).

La Sala Plena de la Corporación, en la sesión del 20 de agosto de 2009, decidió acumular para su estudio y fallo los dos expedientes. No obstante, mediante auto de 31 de agosto de 2009 el magistrado sustanciador admitió la demanda promovida por el ciudadano Múnera Toro, e inadmitió la demanda del ciudadano Bravo Rondón. Además, dispuso correr traslado al Procurador General de la Nación; fijar en lista el proceso para garantizar la intervención ciudadana; comunicar la iniciación del proceso a las autoridades de que trata el artículo 244 de la Constitución, al Ministro del Interior y de Justicia, al Ministro de Comercio, al Superintendente de Industria y Comercio y al Superintendente de Sociedades.

Así mismo invitó a participar en el proceso a las facultades de derecho de las Universidades Externado de Colombia, Nacional, Javeriana, EAFIT, de los Andes, Libre,

Cooruniversitaria de Ibagué y del Rosario, al igual que al Presidente de la Confederación Colombiana de Consumidores y a las facultades de economía de las Universidades de los Andes y Nacional de Colombia, con el objeto de que emitan concepto técnico sobre la norma demandada.

Toda vez que el ciudadano Bravo Rondón no subsanó los errores advertidos por el magistrado, mediante auto de 14 de septiembre de 2009, fue rechazada su demanda, conforme lo dispone el artículo 6º del Decreto 2067/91. En consecuencia, se dispuso continuar con el estudio de la acción de inconstitucionalidad D-7865 y dar cumplimiento a las demás órdenes emitidas en el auto de 31 de agosto de 2009.

2. Normas demandadas

Los textos acusados son del siguiente tenor literal:

“LEY 1340 DE 2009
(julio 24)

Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:
(...)

ARTÍCULO 9o. CONTROL DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES. El artículo 4o de la Ley 155 de 1959 quedará así:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o
2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

PARÁGRAFO 1o. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

PARÁGRAFO 3o. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

ARTÍCULO 11. APROBACIÓN CONDICIONADA Y OBJECCIÓN DE INTEGRACIONES. El Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia. Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia. En el evento en que una operación de integración sea aprobada bajo condiciones la autoridad única de competencia deberá supervisar periódicamente el cumplimiento de las mismas. El incumplimiento de las condiciones a que se somete la operación dará lugar a las sanciones previstas en la presente ley, previa solicitud de los descargos correspondientes. La reincidencia en dicho comportamiento será causal para que el Superintendente ordene la reversión de la operación.

ARTÍCULO 12. EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA. Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

PARÁGRAFO 1o. Cuando quiera que la autoridad de competencia se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. La autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos.

PARÁGRAFO 2o. En desarrollo de la función prevista en el número 21 del artículo 2o del Decreto 2153 de 1992, la autoridad de competencia podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados.

ARTÍCULO 13. ORDEN DE REVERSIÓN DE UNA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL. Sin perjuicio de la imposición de las sanciones procedentes por violación de las normas sobre protección de la competencia, la autoridad de protección de la competencia podrá, previa la correspondiente investigación, determinar la procedencia de ordenar la reversión de una operación de integración empresarial cuando esta no fue informada o se realizó antes de cumplido el término que tenía la Superintendencia de Industria y Comercio para pronunciarse, si se determina que la operación así realizada comportaba una indebida restricción a la libre competencia, o cuando la operación había sido objetada o cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se autorizó.

En tal virtud, si de la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio se desprende la procedencia de ordenar la reversión de la operación, se procederá a su correspondiente reversión.

ARTÍCULO 22. CONTRIBUCIÓN DE SEGUIMIENTO. Las actividades de seguimiento que realiza la autoridad de competencia con motivo de la aceptación de garantías para el cierre de la investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia y de

la autorización de una operación de integración empresarial condicionada al cumplimiento de obligaciones particulares por parte de los interesados serán objeto del pago de una contribución anual de seguimiento a favor de la entidad.

Anualmente, la Superintendencia de Industria y Comercio determinará, mediante resolución, las tarifas de las contribuciones, que podrán ser diferentes según se trate del seguimiento de compromisos derivados de la terminación de investigaciones por el ofrecimiento de garantías o del seguimiento de obligaciones por integraciones condicionadas. Las tarifas se determinarán mediante la ponderación de la sumatoria de los activos corrientes del año fiscal anterior de las empresas sometidas a seguimiento durante ese período frente a los gastos de funcionamiento de la entidad destinados al desarrollo de la labor de seguimiento durante el mismo período y no podrán superar el uno por mil de los activos corrientes de cada empresa sometida a seguimiento. Dicha contribución se liquidará de conformidad con las siguientes reglas:

1. Se utilizará el valor de los activos corrientes del año fiscal anterior de la empresa sometida a seguimiento.
2. La contribución se calculará multiplicando la tarifa por el total de los activos corrientes del año fiscal anterior.
3. Las contribuciones se liquidarán anualmente, o proporcionalmente si es del caso, para cada empresa sometida a seguimiento.

ARTÍCULO 25. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS JURÍDICAS. El numeral 15 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
2. La dimensión del mercado afectado.
3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.
4. El grado de participación del implicado.
5. La conducta procesal de los investigados.
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.

7. El Patrimonio del infractor.

PARÁGRAFO. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción”.

Argumentos de la demanda

Las disposiciones acusadas regulan el control por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de operaciones de fusión, consolidación o integración entre empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y cumplan con las demás condiciones indicadas en la Ley. En su escrito de demanda, el accionante manifiesta que estas normas son contrarias a la Constitución por cuanto imponen restricciones injustificadas a la libre empresa y la libertad de competencia; vulneran el principio de la buena fe; desconocen el principio de reserva de ley; y contravienen la naturaleza de las formas impositivas de contribución que puede ordenar el Estado.

En primer lugar, el accionante señala que el artículo 9º demandado establece una restricción injustificada a la libertad económica y a la iniciativa privada, puesto que exige un control previo de las operaciones de integración empresarial que no responde a ninguno de los fines previstos en los artículos 333 y 334 superiores para la intervención del Estado en la economía.

A su juicio, no puede afirmarse que la norma busca evitar o controlar el abuso de la posición dominante en el mercado nacional, tal como lo hicieron algunos ponentes de la norma durante el trámite legislativo, por cuanto el control creado opera en función de los activos de las empresas participantes o de la integración misma, y no de la verificación de actividades de abuso de dominio. Además, una vigilancia con este propósito contraviene la Constitución porque censura la posibilidad de que las empresas adquieran una posición dominante en el mercado mediante ciertas operaciones, pese a que la Carta solo se limita a prohibir el abuso de la posición dominante y no cualquier expresión de la misma.

Por lo demás, el demandante no encuentra argumentos a partir de los cuales pueda afirmarse que la injerencia del Estado en este tipo de operaciones obedezca a las exigencias del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, consagrados en el último inciso del artículo 333 de la Constitución; o que tenga como objetivo dar pleno empleo a los recursos humanos, promover la productividad y la competitividad, o fomentar el desarrollo armónico de las regiones, tal como lo establece el artículo 334 de la Constitución.

En segundo lugar, el demandante considera que los artículos 9º, 12 y 13 de la Ley 1340 de 2009 vulneran el principio de buena fe, ya que al establecer un control previo sobre todas las operaciones de integración empresarial presumen que las consecuencias de este tipo de actividades para la libre competencia en el mercado nacional son negativas, aun cuando no existen evidencias que permitan inferir que toda operación de integración entre empresas tiene como fin o como efecto el abuso de la posición dominante en un sector económico. Por esta razón, para el solicitante la norma constituye una disposición “*de peligro abstracto*” que deriva consecuencias desproporcionadas para el ejercicio de un actividad amparada por las normas constitucionales que protegen la libertad de empresa y la iniciativa privada.

En tercer lugar, afirma que tanto (i) la facultad que los artículos 9º y 11 de la Ley 1340 de 2009 otorgan a la Superintendencia de Industria y Comercio para que fije el monto de ingresos operacionales o activos totales de las empresas que participan en la integración, el cual es empleado como parámetro para determinar las operaciones sometidas a su control, como (ii) la potestad que los apartes demandados del artículo 25 confiere a la Superintendencia para imponer sanciones por el incumplimiento de sus instrucciones o la omisión del deber de información de los proyectos de integración empresarial, vulnera el principio de reserva de ley. De la lectura de los artículos 150 numeral 21, 189 numeral 24, y los artículos 333 y 334, el demandante concluye que la regulación de la intervención en la actividad económica ha sido asignada de manera exclusiva a la Ley y no al reglamento. En este sentido, no es posible asignar a una Superintendencia la potestad de fijar la naturaleza de las entidades que estarán sometidas a su intervención.

En cuarto lugar, el demandante insistió en que la Constitución asignó las funciones de vigilancia y control a la Superintendencia de Industria y Comercio, sin que le sea posible al legislador desbordar este mandato. Contrario a ello, los artículos demandados facultan a la Superintendencia para que imponga sanciones por infracción de instrucciones o condiciones impuestas por ella misma. Por esta vía, la norma vulnera el debido proceso y la asignación de competencias hecha por la Carta.

En quinto lugar, el solicitante indica que el artículo 22 demandado, en virtud del cual se exige una contribución por las actividades de seguimiento que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio, no puede ser definida dentro de ninguna de las formas permitidas por la Constitución para gravar el patrimonio de los ciudadanos ya sea mediante los tributos, o a través de una tasa o una contribución parafiscal. Dado que la contribución contemplada en el artículo demandado no pertenece a ninguna de estas categorías, debe considerarse que es un gravamen no permitido por la Constitución.

Por estas razones, el demandante solicitó la declaratoria de inexecutable de los artículos demandados. Finalmente, el demandante solicitó a la Corte que en caso de declarar que el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009 es inconstitucional, resuelva que también lo es el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, en virtud de la figura de la integración de la unidad normativa. Si bien esta última norma consagra un control previo y

abstracto sobre las integraciones empresariales similar al establecido en la norma demandada, se exceptúa en lo que tiene que ver con el monto de los activos que debe tener una empresa para que se entienda obligada a informar sobre las integraciones. Con base en ello, de no incluir en la declaratoria de inexecutable esta disposición, subsistiría en la práctica la misma institución jurídica y, por lo tanto, el fallo resultaría inocuo.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Carlos Alfonso Herrera Urrego, apoderado del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, intervino en el presente proceso con el fin de oponerse a las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad y defender la exequibilidad de los artículos acusados.

El interviniente empieza por manifestar que las normas acusadas hacen parte de la Ley 1340 de 2009 cuyo propósito es precisamente llevar a cabo el mandato del artículo 333 de la Constitución, que exige al Estado evitar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. En tal sentido, el control previo no considera que las integraciones empresariales constituyan una actividad económica peligrosa. Así, la norma no prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio deba llevar a cabo un control sobre todas las operaciones de integración, sino que toma en consideración una gama de criterios y solo ejerce su función de inspección y vigilancia sobre ciertas actividades de este tipo. Como resultado, puede observarse en el informe de gestión de la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2007 que la entidad evaluó 88 operaciones informadas, de las cuales emitió concepto favorable en 75 de los casos, y solo 2 objeciones.

Adicionalmente, manifiesta el interviniente que no es cierto que los artículos 9º, 11 y 25 acusados vulneren el principio de reserva de ley. En cuanto a las dos primeras normas, señala el interviniente que la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para fijar los montos de los ingresos operacionales y activos totales que determinan los agentes económicos que se someterán a su control, puesto que dicho monto constituye una determinación técnica que se profiere en el marco de la expresión de la voluntad política general manifestada por el legislativo al expedir la Ley 1340 de 2009. Por lo tanto, es de naturaleza reglamentaria.

Tampoco es posible afirmar que el artículo 25, que concede a la mencionada Superintendencia la facultad de establecer las órdenes e instrucciones frente a las operaciones sometidas a su revisión, traslade indebidamente la potestad legislativa de fijar un procedimiento administrativo sancionatorio, puesto que la habilitación que tienen las instituciones dedicadas a la inspección y vigilancia para fijar normas reglamentarias relativas al control de la calidad de bienes y servicios, trae consigo la facultad de determinar las sanciones que acarrea el incumplimiento de dichas normas.

Para finalizar, solicita a la Corte llevar a cabo el examen de constitucionalidad siguiendo el criterio acogido por ella en ocasiones anteriores, según la cual en materia económica el control no debe ser estricto y, en general, debe “*respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política*”.

2. Intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Gustavo Valbuena Quiñónez, actuando en nombre y representación de la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de las normas bajo examen, luego de considerar improcedente la integración de la unidad normativa con el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, puesto que el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 que es objeto de esta demanda, derogó el artículo 4 mencionado.

Para el interviniente, la libertad económica y la libre iniciativa privada no son absolutas. El Estado puede limitarlas con el fin de defender la libre competencia y el interés social, y a ello se dirigen precisamente las normas demandadas que se ubican dentro de la estrategia de una política estructural del Estado para prevenir las distorsiones del mercado. De este modo, el propósito del control previo a las integraciones no es el control del abuso de la posición dominante, sino la prevención de cualquier restricción indebida a la libre competencia.

Agrega que de la lectura del artículo 338 de la Constitución se desprende que el legislador puede permitir excepcionalmente que las autoridades administrativas fijen la tarifa de contribuciones y tasas por concepto de recuperación de los costos de los servicios que les presten. De esta suerte, en nada contradice la Constitución la norma que permite a la Superintendencia fijar el valor de las contribuciones que deben hacer las entidades sometidas a seguimiento. Ello no constituye un nuevo impuesto ni vulnera la reserva de ley en materia tributaria puesto que el legislador mismo, en el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009, prevé un método para definir los costos de los servicios prestados, y la participación de los gravados en los beneficios.

3. Intervención de la Universidad del Rosario

Los docentes Edgar Iván León Robayo, Juan Jacobo Calderón Villegas y la Joven Investigadora Yira López Castro, investigadores de la línea de derecho comercial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, solicitaron a la Corte la declaratoria de exequibilidad de los artículos demandados.

Recordaron los intervinientes que el tema de las normas demandadas se encuentra inscrito dentro del campo económico de la Constitución, en el cual la Corte ha reconocido que el legislador tiene una competencia amplia de regulación y que, por ello, el escrutinio de la Corte debe ser débil.

Manifestaron asimismo que el mecanismo escogido por el legislador para evitar tales abusos no vulnera la presunción de buena fe, por cuanto las normas que lo regulan establecen parámetros objetivos para conocer, objetar o condicionar las operaciones

de integración, sin que el resultado sea en todas las ocasiones la reversión o el condicionamiento de la operación. Finalmente, agregaron que el legislador fijó el parámetro general para determinar la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio –activos e ingresos operacionales-, y por esto se encontraba plenamente habilitado para dejar en manos de esta última entidad el establecimiento del monto de los indicadores atendiendo a criterios técnicos.

4. Intervención del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC- de la Universidad Javeriana.

El Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, mediante comunicación suscrita por dos de sus profesores miembros, solicitó a la Corte atender parcialmente la solicitud del demandante.

Inician los intervinientes haciendo un recuento conceptual y comparado sobre el control de las integraciones o concentraciones empresariales. Afirman que este es un fenómeno global presente en casi todas las jurisdicciones que cuentan con una legislación antimonopolios. Esto es así por cuanto aunque las integraciones generan un impacto positivo en términos del fortalecimiento de las empresas, diversificación de su producción y ampliación de su alcance geográfico, es indudable que afectan la estructura de los mercados y pueden llegar a reducir la competencia.

Aun cuando los intervinientes concurren con el demandante en el sentido de solicitar la integración normativa del artículo 4º de la Ley 155 de 1959, en cuanto al control previo a las operaciones de integración económica en Colombia, estiman que no asiste razón al demandante al señalar que desconoce lo prescrito en el artículo 333 de la Constitución. Por el contrario, para ellos, esta norma es precisamente el asidero constitucional de las disposiciones demandadas. Dado que el Estado es el director general de la economía, es a él quien corresponde revisar y controlar las operaciones de integración.

No obstante, solicitan que sea declarada inexecutable la delegación que hace la ley en la Superintendencia de Industria y Comercio para que determine el límite mínimo a partir del cual las integraciones están sometidas a una evaluación previa, pues su regulación es una facultad que solo puede ser asignada a la Presidencia de la República. Igualmente solicitan que se declare inconstitucional el artículo que exige una contribución de las entidades sometidas a control, puesto que este aporte no puede considerarse como un tributo, como una tasa, ni como una contribución parafiscal.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de los artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 de la Ley 1340 de 2009, y negar la solicitud de integración normativa.

En su criterio, el legislador en virtud de la libertad de configuración dispuso las funciones específicas a partir de las cuales puede la Superintendencia de Industria y Comercio controlar una economía social de mercado para asegurar la libre competencia. Esta decisión no es irrazonable puesto que no constituye un obstáculo para el ejercicio de la libertad de empresa sino que, por el contrario desarrolla y protege este principio.

De otro lado, el Ministerio Público afirma que no cabe duda de que el aporte establecido en el artículo 22 demandado es una contribución. Además, considera que llena todos los requisitos contemplados en el artículo 338 de la Constitución puesto que a pesar de que formalmente el legislador no estableció el sistema y método general para fijar el monto de la misma, la Corte ha admitido que es posible que ellos sean expresados por la propia entidad, recurriendo a los parámetros materiales que encuentra en la Constitución y en la ley.

Precisa, por último, que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 no es incompatible con la Constitución ya que es el Congreso quien, a través de la misma norma, estableció el límite y el alcance que consideró pertinente frente a la libertad económica, delimitando las sanciones aplicables dentro del régimen de preservación de la competencia, sin que fuera necesario para ello que describiera de manera minuciosa cada uno de los hechos generadores que pueden llegar a ser sancionables.

3. Problema Jurídico

Debe la Corte definir ¿las normas legales que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para adelantar el control de las integraciones empresariales, al punto de oponerse o imponer condiciones para la ejecución de las mismas, constituye una vulneración de las garantías a libre competencia económica y la libertad de empresa, al igual que desconocen el principio de buena fe, en tanto limitan desproporcionadamente la facultad de las empresas de integrarse basándose en una presunción de abuso de posición dominante?, ¿Desconoce el principio de reserva de ley el grupo de normas que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la fijación de umbrales para el control de las integraciones empresariales, la determinación de los requisitos para aprobar condicionalmente dichas operaciones y la imposición de sanciones por el desconocimiento de esos deberes definidos por la autoridad administrativa?

4. Consideraciones de la Corte Constitucional

El actor considera que el artículo 9º de la Ley 1340/09, en cuanto fija el procedimiento aplicable por la Superintendencia de Industria y Comercio para controlar las integraciones empresariales, vulnera los derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libre competencia económica. El fundamento del cargo se centra en considerar que dicho control está dirigido a prevenir la configuración de una posición dominante de mercado, objetivo que desconocía que esa situación económica no era

en sí mismo censurable, ni así lo había considerado la Carta, la ley y la jurisprudencia constitucional. En ese orden de ideas, la existencia de una norma que permite a la Superintendencia oponerse o imponer condiciones a las integraciones empresariales tendería a sancionar el solo hecho del establecimiento de posición dominante, lo que significaría el desconocimiento de las libertades citadas, las cuales sirven de límite al grado de injerencia del Estado en la economía. Esto en el entendido en que el modelo de competencia económica adoptado por la Carta Política no se opone a las concentraciones empresariales *per se*.

Aparejado a estos cuestionamientos, el actor sostiene que el mismo artículo 9º, al igual que los artículos 12 y 13 de la Ley acusada desconocen el principio de buena fe y otorgan un tratamiento desproporcionado e irrazonable a las empresas que hacen parte de la integración, respecto al bien jurídico tutelado, como es la libre competencia económica. Para el accionante, la presunta sanción de la posición de dominio está basada en una presunción de riesgo, consistente en que la simple ventaja en el mercado conlleva el ejercicio de prácticas restrictivas de la competencia, razón por la cual se estaría ante normas de "*peligro abstracto*."

Los intervinientes y el Ministerio Público defienden la constitucionalidad de las normas acusadas, fundados en el criterio que el control a las integraciones empresariales es una manifestación legítima de la dirección de la economía por parte del Estado. Sostienen que dicha potestad está enfocada, para el caso objeto de análisis, a garantizar la libre competencia, a través de acciones preventivas del abuso de la posición dominante. Consideran que la finalidad del Estado respecto del ámbito económico consiste en garantizar que los mercados resulten competitivos, de manera que todos los oferentes puedan acceder a ellos en condiciones de igualdad de oportunidades. En ese sentido, las normas demandadas están dirigidas, precisamente, a cumplir con esos propósitos de relevancia constitucional.

Según lo expuesto, corresponde a la Sala decidir en este acápite el siguiente problema jurídico: ¿las normas legales que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para adelantar el control de las integraciones empresariales, al punto de oponerse o imponer condiciones para la ejecución de las mismas, constituye una vulneración de las garantías a libre competencia económica y la libertad de empresa, al igual que desconocen el principio de buena fe, en tanto limitan desproporcionadamente la facultad de las empresas de integrarse basándose en una presunción de abuso de posición dominante?

Para resolver este interrogante la Corte, en primer término, recopilará las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional en materia de contenido y alcance de (i) la intervención del Estado en la economía; y (ii) la libertad de empresa y la libre competencia económica. A partir de las reglas que se deriven de ese análisis, resolverá el problema jurídico antes expuesto.

La función estatal de prevención del abuso de la posición dominante, en el marco de la dirección general de la economía

El modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado: (i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompasarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333); y (ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía (Art. 334 C.P.), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el Constituyente, como son el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo; la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados; la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; el logro del pleno empleo de los recursos humanos; el aseguramiento a todas las personas y, en especial a las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; y, por último, la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico.

Como se observa, el Estado Constitucional Colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de *economía social de mercado*, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.

Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa como un criterio amplio, que en su aspecto más esencial puede definirse como “... [U]na facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”. Empero ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: la libertad de empresa y la libre competencia económica.

En cuanto a la libertad de empresa, también denominada como libre iniciativa privada, la Corte ha planteado que se concentra en la facultad de participación en el mercado a través de actividades empresariales destinadas a la oferta de bienes y servicios. Así, esa garantía constitucional se ha definido como “...aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital)

para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”

Este mismo precedente ha contemplado los distintos ámbitos en que se expresa la libertad económica. De un lado, esa garantía implica la libertad contractual, entendida como la capacidad que tienen los agentes económicos para que, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, suscriban los acuerdos que resulten necesarios para su concurrencia al mercado en condiciones de igualdad con los demás oferentes. Igualmente, la libertad de empresa *“es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional.”* Por último, hace parte de esta libertad la canalización de *“recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.”*

No obstante, conforme se indicó en precedencia, la Constitución establece cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica, en el sentido y ámbitos antes explicados, al interés general y la responsabilidad social, de forma que lo haga compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado. Esta limitación se comprende, entonces, desde una doble perspectiva. En primer término, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impidan el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer *“labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.”* Nótese que la intervención del Estado en la economía apunta a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales. Por ende, dicha actividad estatal se enmarca no solo en la corrección de conductas, sino también en la participación pública en el mercado, destinada a la satisfacción de los derechos constitucionales de sus participantes, en especial de los consumidores.

No obstante, tampoco resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas. En contrario, la jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta *“i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”*

El segundo contenido específico de la libertad económica es la garantía de la libre competencia económica. En criterio de la jurisprudencia analizada, existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.

No obstante, los argumentos planteados anteriormente llevan a sostener que el ejercicio de esta libertad no está exento de límites sino que, antes bien, el contenido de la garantía constitucional encuentra su verdadera definición a través del marco de referencia que le da sentido. Estos límites versan sobre dos aspectos definidos: el primero, la responsabilidad social que implica que el ejercicio de la libertad de empresa, asunto explicado en fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia. El segundo, que está relacionado con la protección de la competencia en sí misma considerada, esto es, la necesidad de regular las disconformidades del mercado que restringen la posibilidad de acceso equitativo a los distintos agentes económicos.

La libre competencia económica es una garantía constitucional de naturaleza relacional. Quiere esto decir que la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que *“se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades. Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores,*

debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.”

Este carácter relacional de la libre competencia económica también ha servido para que la jurisprudencia constitucional defina las libertades básicas de los participantes en el mercado, que operan como mecanismos para resolver la tensión generada por los intereses opuestos de dichos agentes. Así, a partir de la revisión de la doctrina sobre la materia, la Corte ha dispuesto que estas libertades refieran a “a) *la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieran.”*

La satisfacción de las garantías de los participantes en el mercado explica, por ende, la competencia estatal de intervención económica, en aras de defender la existencia de un mercado competitivo de bienes y servicios. En ese orden de ideas, “... *a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia... En ese contexto y supuesto el espacio de concurrencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia...*” (Subrayas no originales).

Para los efectos del presente fallo merece especial atención el análisis de una de las especies de actos que atentan contra la competencia en los mercados, como es el abuso de la posición dominante. A partir de las regulaciones contenidas en el Decreto 2153/92, existe posición dominante cuando uno de sus oferentes, en razón de su grado de participación, tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. La posición dominante no puede considerarse, en sí misma, como una infracción al derecho de competencia, restringiéndose tal afectación a los comportamientos del agente constitutivos de abuso de la posición de dominio. Conforme a la misma normatividad, dichos actos refieren a (i) la disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos; (ii) la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; (iii) las conductas que tengan por objeto o como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de

lo establecido por otras disposiciones; (iv) la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado; (v) vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción; y (vi) obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

En relación con esta práctica contraria a la libre competencia, la jurisprudencia constitucional ha resaltado, de manera armónica a lo expuesto en este aparte, que la función estatal de prevención y sanción del abuso de la posición dominante se basa en el cumplimiento de las finalidades que la Carta prescribe para la intervención del Estado en la economía. Por ende, deberán ejercerse acciones que hagan eficaces tanto la libre competencia económica, como el interés general representado en los derechos de los consumidores que obtienen bienes y servicios del mercado. Así, “[l]a regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores.” En ese orden de ideas, “[c]uando se trata efectivamente de una situación de posición dominante, la labor del Estado es la de impedir el abuso de la misma a través de una serie de controles e instrumentos de intervención, que están orientados a evitar las siguientes conductas o prácticas contrarias a la honestidad y lealtad comercial: a) Imponer precios, b) limitar la producción, c) aplicar en la relaciones contractuales condiciones desiguales y d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.”

Finalmente, la Sala advierte que las normas que integran lo que la jurisprudencia define como la “Constitución Económica” tienen importantes efectos en lo que respecta al modo e intensidad del juicio de constitucionalidad de las normas legales destinadas a regular la intervención del Estado en la economía. Como se ha visto, las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les comprende, no como prerrogativas sin límite y exclusivamente destinadas a la maximización del beneficio de los participantes en el mercado, sino cuando son entendidas en el marco de la protección del interés social. Ello en el entendido que existe una cláusula general a favor del Estado, que le permite intervenir en el economía con el fin de proteger los bienes y valores constitucionales que se concretizan en las operaciones de intercambio de bienes y servicios.

El reconocimiento expreso por parte de la Constitución de la potestad amplia del Estado para intervenir en la economía, a partir de herramientas que, fundadas en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, busquen cumplir las finalidades que competen al interés general, ha permitido que esta Corporación establezca las condiciones que deben cumplirse para que una norma legal de intervención sea acorde con la Carta Política. Para la Corte, el control de constitucionalidad de la norma que establezca una modalidad de intervención del Estado en la economía, deberá realizarse

a partir de parámetros definidos, relativos a la evaluación acerca de “(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”. Es a partir del contenido de estos requisitos que el mismo precedente ha definido al control de constitucionalidad de las normas de intervención económica como un juicio de carácter débil.

En síntesis, la libertad de empresa es una garantía constitucional compleja, que tiene por objeto garantizar que los individuos y las empresas tengan la posibilidad de constituirse como factores de producción de bienes y servicios, para luego ofrecerlos en el mercado en condiciones de igualdad de acceso y participación. Estas facultades, en cualquier caso, deben acompasarse con la protección de bienes constitucionalmente valiosos, en tanto se relacionan con el interés general. Es por ello que la Carta reconoce al Estado la potestad de intervenir en el mercado con el fin de adelantar distintas tareas de control, promoción y prevención, dirigidas todas ellas a la consecución del goce efectivo de los derechos que el mercado interfiere y que la misma Constitución ha definido tanto en su sección dogmática como orgánica.

Es con base en las previsiones antes expuestas, que presentan la regla jurisprudencial vigente sobre la materia, que la Sala adelantará a continuación el análisis del primero de los problemas jurídicos que atañen a esta decisión.

El artículo 9º de la Ley 1340/09 sustituye el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, con el fin de establecer el procedimiento para el control de integraciones empresariales. La norma establece la obligación a las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo con el fin de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada. Este deber de información a la autoridad de competencia dependerá de que se compruebe al menos una de dos condiciones, a saber, (i) que, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que haya establecido la Superintendencia; o (ii) que al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales o superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia. Estas dos condiciones permitirán el control de la integración empresarial por parte de la autoridad de competencia, advirtiéndose que en el caso que los interesados cumplan con alguna de las condiciones expuestas pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá aprobada la operación proyectada.

El precepto también contempla varias reglas complementarias al proceso de control de integraciones empresariales. Así, la norma (i) fija las reglas para el control respecto de

operaciones proyectadas por empresas sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; *(ii)* prevé la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para que establezca los ingresos operacionales y los activos a los que refieren los requisitos para el control de las operaciones proyectadas; *(iii)* establece que el Superintendente podrá autorizar la integración con condicionamientos, los cuales deberán identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, al igual que implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración; y *(iv)* declara que las operaciones de integraciones adoptadas en el marco de un Grupo Empresarial, conformado en las condiciones del artículo 28 de la Ley 222/95 no están sujetas al control de integración.

De otro lado, el artículo 12 de la Ley 1340/09 modifica el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, en el sentido de establecer una limitación a la autoridad de competencia para objetar un proyecto de integración empresarial en los casos en que se pruebe la *excepción de eficiencia*, la cual se estructura cuando los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico, que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios. En cualquier caso, para demostrar lo anterior debe acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores. Igualmente, prevé la norma que la Superintendencia podrá abstenerse de objetar una integración cuando independientemente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones de mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional. Por último, la norma prescribe dos reglas particulares respecto a la aplicación de la excepción de eficiencia. La primera, relativa a que cuando la autoridad de competencia proceda a aplicar la excepción, la autorización de la operación de integración se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. A este respecto, la autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos adquiridos. La segunda, prevé que la autoridad de competencia, en ejercicio de la función prevista en el numeral 21 del artículo 20 del Decreto 2153/92, podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para en el análisis y valoración de los estudios presentados por los interesados.

Por último, el artículo 13 de la Ley acusada determina que la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para que, sin perjuicio de las normas sobre protección de la competencia y previa la correspondiente investigación, ordene la reversión de una operación de integración empresarial, cuando determine que *(i)* comportaba una indebida restricción a la libre competencia; o *(ii)* operación había sido objetada; o *(iii)* se incumplieron las condiciones bajo las cuales se autorizó.

Como se indicó, el argumento central del cargo de inconstitucionalidad propuesto por el ciudadano Múnera Toro contra las normas antes expuestas, consiste en considerar

que establecen un control previo y abstracto a las operaciones de integración empresarial a pesar que, en su sentir, el Estado solo tiene competencia constitucional para sancionar los actos que configuren abuso de dominio y no la simple conformación de posición dominante en el mercado. Por ende, lo que las normas plantean es una presunción de mala fe por parte de las empresas concernidas en la integración, basada en un ejercicio desbordado de la potestad de intervención en la economía.

A juicio de la Corte, este argumento resulta equivocado, a partir de al menos dos grupos de razones: (i) la existencia de mandatos constitucionales expresos que facultan, e incluso compelen, al Estado para intervenir en el mercado de manera previa y concomitante a las operaciones de integración empresarial; y (ii) la índole particular de la intervención del Estado en la economía.

En cuanto a lo primero, de la lectura de varias de las disposiciones superiores que integran la *Constitución Económica* se colige que en lo que respecta a la configuración de conglomerados empresariales, la Carta Política faculta al Estado para que ejerza labores de intervención, inclusive de carácter previo, con el fin de asegurar que los bienes y valores constitucionales que se realizan en el mercado sean garantizados. Así por ejemplo, el artículo 333 C.P., disposición compleja, en tanto ofrece varios contenidos normativos autónomos, prescribe que “[e]l Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”. Otro tanto se identifica de lo previsto en el artículo 336 C.P., el cual es explícito en señalar que “[n]ingún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”. Es evidente, según estas previsiones, que la Constitución está especialmente interesada en que se eviten las concentraciones empresariales que, por su condiciones, llegaren a hacer nugatoria la libre competencia económica.

La Corte, por lo tanto, no comparte la posición asumida por el actor, según la cual el control exclusivamente posterior de las integraciones empresariales tenga raigambre constitucional. En contrario, los fundamentos jurídicos anteriormente expuestos demuestran que el grado de intervención estatal en la economía bien puede mostrarse desde una perspectiva sancionatoria de las prácticas contrarias de la libre competencia económica, como también de la prevención de actuaciones que por su naturaleza y potencial grado de influencia en la facultad de concurrencia de los agentes que concurren al mercado, puedan afectar dicha libertad. Debe resaltarse que, según se indicó en el fundamento jurídico 8 de esta sentencia, la libre competencia es un criterio relacional, cuya efectiva garantía depende del equilibrio entre las acciones individuales de las empresas e individuos participantes en el mercado. Este equilibrio resultaría roto cuando, por ejemplo, se conforma una integración empresarial de magnitud tal que derive en una práctica con visos monopólicos, plenamente incompatible tanto con la libre iniciativa privada, como con los derechos de los consumidores, los cuales dependen de la existencia de un mercado con competencia efectiva. Si, como lo propone el demandante, las labores de intervención del mercado solo tuvieran carácter sancionatorio *ex post*, el aparato estatal provocaría un déficit de protección del derecho

a la libre competencia, puesto que diferiría su salvaguarda efectiva a la comprobación de una conducta constitutiva de abuso de posición dominante. En últimas, lo que propone el cargo es que el Estado retroceda en su facultad constitucional de intervención en el mercado, adoptando una posición propia del liberalismo económico clásico. Esta postura, como ya se ha analizado, es incompatible con el modelo económico adoptado por el Constituyente.

Estas razones también sirven de base para considerarse que no se está ante una *presunción de abuso* contraria al principio de buena fe. En efecto, lo que motiva a la intervención estatal representada en el control de integraciones empresariales es la necesidad de evitar que determinados modos de integración empresarial tenga un grado de incidencia del mercado que imposibilite la competencia efectiva entre oferentes y la garantía de los derechos de los consumidores. De ningún modo puede considerarse que un control de esta naturaleza presuponga la mala fe de las empresas concernidas en la operación de integración, pues el análisis que efectúa la autoridad administrativa se basa en criterios objetivos y cuantificables, que prescinden de una evaluación acerca del futuro comportamiento de las empresas que optan por integrarse. Y no podía ser de otro modo, puesto que los parámetros utilizados por la norma para hacer exigible el control de la integración versan sobre variables de naturaleza estrictamente económica y que, en cualquier caso, preceden al acto de integración.

A partir de estas premisas, aborda la Sala el estudio de la constitucionalidad de la medida acusada. La Corte encuentra que las normas, en primer término, cumplen con una finalidad que no solo es compatible con la Carta Política, sino que se derivan de las normas superiores que regulan el grado de intervención del Estado en la economía, aspecto que ha sido analizado *in extenso* en apartes anteriores. En segundo término, el control de integraciones empresariales por parte de la autoridad administrativa es un mecanismo adecuado para cumplir con la finalidad de promoción de la libre competencia, conforme los parámetros que a esta garantía le fija la Constitución.

De igual modo, no se evidencia que las normas acusadas se muestren manifiestamente innecesarias ni claramente desproporcionadas. Lo primero porque la existencia de un control administrativo de determinadas operaciones de integración que resulten especialmente relevantes para la estructura del mercado, se muestra como una herramienta idónea y pertinente para cumplir con las finalidades estatales relativas al mantenimiento de mercados competitivos. Lo segundo puesto que la naturaleza misma de los preceptos demandados, contrario a lo que afirma el actor, reconocen la posibilidad de que se efectúen integraciones empresariales, incluso aquellas que por su extensión configuran posición de dominio, solo que las somete al control administrativo, a fin de impedir que se tornen incompatibles con la libertad de empresa. Este control, según lo estipula los preceptos analizados y los demás que integran la normatividad sobre la materia, responden a parámetros objetivos, que consultan la forma en que está conformado el mercado y el grado de participación del conglomerado o nuevo tipo societario resultante de la integración empresarial.

Esta última consideración explica que los preceptos acusados no incidan en el núcleo esencial del derecho limitado, esto es, la libertad económica. Se ha indicado cómo estas normas son una expresión del reconocimiento y protección de este derecho, que para el caso particular se traduce en el mantenimiento del equilibrio entre los oferentes del mercado y la garantía del acceso equitativo de estos agentes, y la protección correlativa de los derechos de los consumidores. En ese orden de ideas, carecería de sentido sostener que el control a las integraciones empresariales afecta la citada libertad –en sus vertientes de libertad de empresa y libre competencia- cuando en realidad es un instrumento necesario para asegurar la vigencia de ese derecho constitucional.

En conclusión, las normas acusadas resultan compatibles tanto con los postulados que conforman la *Constitución Económica* como con el principio de buena fe. Por lo tanto, serán declaradas exequibles por el cargo aquí analizado.

Los artículos 9º y 11º de la Ley 1340/09 confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad para, respectivamente, establecer *(i)* el monto de los ingresos operacionales y los activos que se tienen en cuenta para definir la obligación de reporte y control de las integraciones empresariales; y *(ii)* los eventos en que, a pesar que se ha acreditado la existencia de una integración que tiende a producir una indebida restricción de la libre competencia, existan a su juicio elementos para considerar que sujeta la integración de determinadas condiciones, se asegure la preservación efectiva de la competencia. A su vez, los apartes acusados del artículo 25 *ejusdem* establece que la posibilidad de establecer multas, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando se establezca, entre otros supuestos, que se está ante la omisión de las órdenes e instrucciones que imparta esa entidad, o ante el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones.

Para el actor, estas disposiciones violan el principio de reserva de ley. Resalta que los artículos 189-24, 333 y 334 C.P. estipulan que la intervención del Estado en el economía es una competencia que debe ejercerse por mandato de la ley. La norma acusada, en cambio, difiere a la autoridad administrativa, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, la facultad para definir los montos y condiciones en que se acepta, objeta o acepta con condiciones una operación de integración empresarial, al igual que prescribe la imposición de sanciones cuando se incumplan dichas condiciones. En criterio del demandante, estos aspectos debieron ser regulados por el legislador y no dejarse al arbitrio de la autoridad de competencia.

Varios de los intervinientes y el Procurador General se oponen a esta conclusión. En contrario, consideran que las materias cuya definición concreta se adscribe a la Superintendencia han sido reguladas en sus aspectos esenciales por la norma acusada. Además, se trata en cualquier caso de asuntos técnicos, sometidos a la dinámica de los mercados, circunstancia que impide que dependan del trámite legislativo. En estos eventos, recuerdan que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la posibilidad de diferir tales aspectos técnicos al reglamento.

Empero, uno de los intervinientes considera que los artículos 9º y 11º de la Ley 1340/09 son inconstitucionales, puesto que la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio se reduce a labores de supervisión, propias de la inspección, vigilancia y control. Ello excluye la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria. Por lo tanto, como la definición de umbrales para la integración empresarial se subsume a esa potestad, se estaría ante un vaciamiento de la competencia del legislativo.

Con base en lo expuesto, corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿Desconoce el principio de reserva de ley el grupo de normas que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la fijación de umbrales para el control de las integraciones empresariales, la determinación de los requisitos para aprobar condicionalmente dichas operaciones y la imposición de sanciones por el desconocimiento de esos deberes definidos por la autoridad administrativa? Para ello, la Sala sintetizará su precedente sobre reserva de ley, enfatizándose en los casos en que se ha estudiado la competencia de definición de conductas por parte de autoridades administrativas que ejercen funciones de inspección, vigilancia y control. Luego, a partir de las reglas que se obtengan de ese análisis, se resolverá el caso concreto.

La reserva de ley en materia de intervención en la economía para asegurar la competencia efectiva

El principio de legalidad y la reserva de ley, que es una de sus expresiones más características, hacen parte los predicados ineludibles al Estado Constitucional, de estirpe democrática. El argumento central que apoya esta afirmación se basa en considerar que las reglas de derecho, que con carácter coactivo regulan la vida social, resultan legítimas en tanto tienen origen en la voluntad de los órganos democrático representativos, escenario en el que luego de un proceso de deliberación, en el que tengan la posibilidad de participar diversos sectores que tienen asiento en el Congreso, se definan las normas que obtendrán carácter vinculante y cuyo incumplimiento acarrea las sanciones que ese mismo ordenamiento debe prefijar. Por ende, la eficacia del principio democrático, en lo que respecta a la producción normativa, descansa a su vez en la vigencia de dos principios: el de soberanía popular, que implica que la legitimidad del Derecho depende de que sus contenidos deriven de la voluntad de órganos que tengan origen democrático directo. Y el de pluralismo, el cual exige que las decisiones que adopten dichos órganos estén precedidas de la participación material de las distintas vertientes políticas e ideológicas que integran la Nación.

Sin embargo, debe hacerse una distinción conceptual importante para el presente análisis: Si bien los principios de legalidad y reserva de ley guardan identidad de propósitos, su contenido y alcance no es asimilable. En efecto, la jurisprudencia distingue entre el principio de legalidad, conforme al cual el Congreso, y de manera más amplia, los órganos de representación democrática, detentan la cláusula general de competencia legislativa, que les permite expedir normas jurídicas de naturaleza vinculante, y el principio de reserva de ley, que es una institución jurídica conforme a

la cual, por disposición de la propia Constitución, corresponde exclusivamente al legislador el desarrollo de determinadas materias.

Este mismo precedente también ha reconocido que la reserva de ley carece de carácter absoluto. En efecto, la complejidad propia de las sociedades contemporáneas torna imposible que el Congreso, luego de procedimientos que por sus condiciones deliberativas son complejos y se extienden en el tiempo, regule en detalle las distintas materias y problemáticas. Además, no puede perderse de vista que la Carta Política, de forma expresa, confiere la capacidad de producción normativa a otras instancias, siempre y cuando se sometan a un marco referencial obligatorio previsto por el legislador. Así, la Corte ha considerado que pueden distinguirse dos tipos de reserva de ley. Una de carácter ordinario, que opera cuando la Constitución, de manera expresa, ha señalado que determinadas materias específicas deben ser reguladas directamente por el legislador. Otra, de naturaleza estatutaria u orgánica, en donde la Carta Política no solo adscribe competencia exclusiva al legislador para regular el tópico, sino que obliga a que la norma correspondiente esté precedida de un trámite particular, relacionado generalmente con un mayor grado de exigencia en las mayorías congresionales exigidas para la aprobación del proyecto correspondiente.

“Al respecto, la Corte advierte que se está ante una tensión entre los ámbitos mínimos de regulación legislativa y los espacios posibles de ordenación reglamentaria. Se plantea pues el siguiente interrogante: ¿Qué tanto de una materia forma parte de la reserva de ley y hasta dónde puede ser reglamentada por el Gobierno?

Si bien la Constitución Política no trae una regla general para resolver estos interrogantes y la respuesta no podría revestir la misma intensidad en todos los casos, dada la multiplicidad de materias que son objeto de regulación y frente a las cuales se pueden dar razones más o menos fuertes, dependiendo del tipo de intereses en conflicto, para exigir en mayor grado la intervención de la Ley y no del Reglamento y viceversa, la solución a estos cuestionamientos tiene que ver directamente con el modelo del Estado Social de Derecho, la relación que uno y otro tipo de actos tiene con las libertades ciudadanas y la función que cumplen en la configuración de los contenidos normativos que rigen una materia.

El principio de reserva de ley como elemento esencial del Estado Social de Derecho tiene una significación especial en el ámbito de las potestades públicas de regulación de los derechos y libertades ciudadanas. Por tanto, es determinante al momento de establecer el reparto de competencias entre la Ley y el Reglamento, en orden a excluir cualquier restricción de las libertades públicas que no tenga origen en la decisión del legislador como órgano máximo de representación ciudadana. En la medida que el Estado Social de Derecho se funda en la primacía de libertad y de la igualdad (art.13 C.P.), exige necesariamente que allí donde constitucionalmente sea indispensable introducir limitaciones a su ejercicio, deba mediar la participación del legislador como garante de representatividad y de la existencia de un debate democrático previo que legitime

la exigibilidad, universalidad y reciprocidad de toda regla de conducta que restrinja el desarrollo de las libertades ciudadanas.

Se puede afirmar entonces que la Constitución no reserva para el Reglamento una facultad de intervención directa en el ámbito de las libertades públicas, en cuanto su función está delimitada y subordinada a la necesidad de asegurar la “cumplida ejecución de las leyes” (art. 198-11). Por tanto, la exigencia de una ley como elemento de base para el ejercicio de la potestad reglamentaria, asegura el modelo de participación democrática e impide que el Ejecutivo, vía reglamentaria, pueda configurar el contenido de las libertades públicas y determinar autónomamente aquello que pueden o no pueden hacer los ciudadanos.

De esta forma, el principio de reserva legal marca un límite en la actividad reglamentaria, de manera que aquél espacio que la Constitución ha reservado a la ley no puede ser ocupado por normas de inferior jerarquía que no tienen la legitimación propia de las decisiones adoptadas por el legislador. Sin embargo, ello no determina que la potestad reglamentaria carezca de importancia o que su papel sea irrelevante en la configuración de los contenidos normativos que rigen una materia. Sólo que la función que cumple en el marco del Estado Social de Derecho es diferente al de la Ley. Mientras ésta tiene por esencia un contenido político y un fundamento democrático, y dentro del contexto de los derechos y garantías constitucionales, un poder *creador o innovador* de las relaciones jurídicas y de los contenidos normativos que habrán de regir el comportamiento social, el Reglamento tiene una orientación esencialmente técnica y un propósito “*aplicativo*” o de “*ejecución*” de aquéllas decisiones políticas originadas en la voluntad general. La importancia del Reglamento en el orden constitucional está entonces en la garantía de una correcta y “cumplida ejecución de la ley”, lo cual es especialmente relevante en aquéllas materias que requieren de actualización permanente y altos estándares de eficiencia y eficacia técnica, que corresponden más claramente a la naturaleza misma de la función “administrativa”.

Con base en los argumentos expuestos, la Corte ha identificado distintas modalidades de articulación del ejercicio de la potestad legislativa en materias reservadas y la competencia regulativa de las autoridades administrativas.

Una de esas modalidades es la posibilidad que las normas que desarrollan asuntos materia de reserva de ley hagan uso de lo que doctrinariamente se ha denominado como *conceptos jurídicos indeterminados*. En estos casos, se ha avalado la constitucionalidad de normas que prevén dispositivos de carácter abierto, compatibles con el principio de legalidad en tanto son expedidos por el Congreso, pero que solo logran concreción por parte de la autoridad administrativa, a través del uso de cierto margen de apreciación.

Otra modalidad es la de la *remisión expresa al reglamento*, la cual opera cuando en virtud del asunto que se regula, generalmente técnico y dinámico, no puede ser objeto

de determinación exhaustiva por el legislador. Ejemplo de esta hipótesis es la facultad, amparada por la jurisprudencia constitucional, que la ley fije tipos penales en blanco, a través de la remisión de un criterio técnico objeto de definición concreta por la autoridad administrativa, como sucede con el delito de usura, en el que uno de los elementos que estructura la conducta punible, depende la certificación que sobre los intereses haga la Superintendencia Financiera.

Finalmente, la jurisprudencia ha establecido que otra modalidad constitucionalmente válida de remisión consiste en la definición, por parte del legislador, de normas abiertas respecto de instancias propias del Estado regulador. En este caso, se ha considerado que si bien la Constitución establece que las funciones de inspección, vigilancia y control que ejerce el Estado en distintos ámbitos es una asunto que está sometido a la reserva de ley, no por ello se opone a la Carta que el legislador prevea fórmulas amplias, las cuales permitan ejercer las competencias propias del Estado regulador, por parte de la autoridad administrativa a quien la ley le ha conferido esas funciones. Esta posibilidad, por supuesto, está supeditada a que la normatividad correspondiente ofrezca claros criterios orientadores, que impidan que la autoridad administrativa ejerza sus competencia de forma arbitraria.

Esta misma problemática ha sido asumida para el caso particular de las labores de intervención del Estado en la economía que adelantan las Superintendencias, aspectos que están estrechamente relacionados con el análisis que da lugar a este fallo. Al respecto, son pertinentes las reglas fijadas por la Corte en la sentencia C-860/06 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), la cual realiza una importante síntesis acerca de las reglas jurisprudenciales aplicadas por la Corte en materia de reserva de ley para el caso de las conductas vigiladas y sancionadas por las Superintendencias, al igual que por las instrucciones que esta entidad imparta. En esta decisión, la Sala analizó, entre otros asuntos, la constitucionalidad de algunos apartes de normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que establecen la competencia de la Superintendencia Financiera para imponer sanciones a las entidades vigiladas por el incumplimiento de *“los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones”*. El fundamento del cargo en esa oportunidad fue considerar que una norma de esa naturaleza contrariaba el principio de reserva de ley, puesto que las conductas objeto de sanción debían ser fijadas expresamente por el legislador. Ello en virtud que, según lo consagra el artículo 189-24 C.P., la potestad gubernamental de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre la actividad financiera debe adelantarse *“de acuerdo con la ley”*.

Para resolver el problema jurídico expuesto, la sentencia en comento partió de considerar que el derecho administrativo sancionador, si bien compartía su justificación constitucional con otras especies del *ius puniendi* del Estado, tenía condiciones más flexibles en lo que respecta a la determinación de las conductas objeto de sanción, pues esa naturaleza resultaba necesaria para que la imposición de sanciones contribuyera al funcionamiento adecuado de la actividad objeto de inspección, vigilancia y control, que generalmente depende de variables técnicas y cambiantes, inasibles por las reglas abstractas y rígidas que produce el legislador. En

ese sentido, *“el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica. || Tal flexibilidad en materia de legalidad y tipicidad se ha justificado por la variabilidad y el carácter técnico de las conductas sancionables, que dificultaría en grado sumo la redacción de un listado minucioso por parte del legislador, así como el señalamiento en cada caso de dichos supuestos técnicos o específicos que permitan al propio tiempo determinar los criterios para la imposición de la sanción. Adicionalmente en ciertas áreas sujetas al control de la Administración, que se caracterizan por su constante evolución técnica, la exigencia rigurosa del principio de legalidad acarrearía en definitiva la impunidad y la imposibilidad de cumplir con las finalidades estatales.”*

Estos argumentos conllevan, a juicio de la Corte, consecuencias específicas en cuanto a la evaluación de la reserva de ley frente a la determinación de las conductas objeto de sanción por parte de la autoridad administrativa que ejerce la inspección, vigilancia y control. De manera coherente con lo expuesto en precedente, la Sala advirtió que la potestad de definición de las conductas por parte de la Superintendencia no podía ser una fuente autónoma de obligaciones para las entidades vigiladas, aunque sí podía desarrollar aspectos puntuales de los parámetros fijados previamente por el legislador para el ejercicio de la actividad de intervención en el mercado. Para la Sala, *“... cuando se trata del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas sólo exige que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa contemplada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador.”*

Finalmente, a pesar que se trata de una premisa que ya fue definida al resolver el primero de los cargos propuestos, debe la Corte recabar en que la intervención del Estado en la economía con el fin de asegurar, entre otros objetivos, la competencia efectiva entre los agentes del mercado, es un asunto que, por mandato constitucional, está sometido a la reserva de ley. Esto se colige de la lectura de las normas superiores que determinan los aspectos esenciales de esa potestad de intervención. Así, el artículo 333 C.P. es expreso en afirmar que *“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”* Similares consideraciones son efectuadas por el artículo 334 C.P., el cual consagra que la dirección general del Estado en la economía se expresa a través de los modos de intervención allí previstos, adelantados, *“por mandato de la ley”*.

Esta conclusión ha sido expuesta de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional. Así por ejemplo, en la sentencia C-150/03, (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), que estudió, entre otros muchos asuntos, algunas normas de la Ley 142/94 en materia de intervención del Estado para regulación de la competencia en las empresas de servicios públicos domiciliarios, se puso de presente cómo esa actividad de intervención no estaba sometida al arbitrio de la autoridad administrativa, sino que en cualquier caso, era la ley la llamada a determinar los aspectos esenciales de la intervención, sin perjuicio que sea desarrollados por el reglamento, siempre y cuando se trate de materias técnicas y puntuales, cuya regulación concreta no desvirtúe la reserva de ley y que, a su vez, aseguren el cumplimiento efectivo de las funciones estatales frente al mercado, dentro de las cuales se encuentra el aseguramiento de la competencia efectiva.

Los argumentos expuestos permiten a la Sala exponer las siguientes premisas, que servirán de base para el análisis del cargo propuesto por el ciudadano Múnera Toro:

El principio de legalidad es corolario del carácter democrático del Estado Constitucional y la vigencia del principio de supremacía popular. Este principio implica, a su vez, (i) la existencia de una cláusula general de competencia para la producción del derecho a favor del Congreso; (ii) la reserva de ley, para materias particulares previstas por la Constitución, respecto de las cuales no puede operar ningún mecanismo de *deslegalización*.

La vigencia del principio de reserva de ley no significa que el legislador debe regular íntegramente la materia, incluso en sus aspectos más específicos. En contrario, la competencia exclusiva del legislador está relacionada con la fijación de los aspectos esenciales y definitorios del asunto objeto de reserva legal, la cual no puede ser de ningún modo diferida al reglamento. El papel de este, en ese orden de ideas, se reduce a la determinación de aspectos puntuales y técnicos, que no desvirtúen o afecten la reserva de ley. En todo caso, el reglamento no puede constituirse en una fuente autónoma de deberes, obligaciones o limitaciones a la actuación de los asociados.

Para el caso particular de la imposición de sanciones por parte de autoridades administrativas, el principio de legalidad no implica que, como sucede en el derecho penal, el Congreso deba agotar la descripción típica de la conducta reprochable, sino que basta que el legislador establezca los elementos esenciales de esos comportamientos, esto es, una descripción genérica de las conductas sancionables, al igual que las clases y cuantía de las sanciones, pudiendo diferir en el reglamento o en las autoridades administrativas que ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control, la determinación particular de dichas conductas. Este modelo opera con especial énfasis cuando el comportamiento sancionable se explica a partir de variables técnicas y variables.

La intervención del Estado en la economía es un asunto sometido a la reserva de ley, por lo que son predicables las condiciones antes analizadas. Sin embargo, no puede perderse de vista que en esa potestad de intervención concurren tanto el poder

legislativo como el Ejecutivo, representado por las autoridades administrativas que ejercen actividades de inspección, vigilancia y control de los mercados. Según el esquema propuesto, corresponderá al Congreso determinar los aspectos esenciales de la intervención económica, incluso a partir de fórmulas amplias, pudiendo adscribir a dichas autoridades la facultad de definir los aspectos técnicos y puntuales, cuya determinación asegure el cumplimiento efectivo de las finalidades constitucionales de la intervención, entre los cuales se encuentra la competencia efectiva entre los agentes que concurren al mercado.

El cargo por violación de la reserva de ley apunta, en primer lugar, contra la disposición prevista en el párrafo 2º del artículo 9º de la Ley 1340/09, según la cual corresponde a la Superintendencia *“establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a que en la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberían aplicar.”* Estos ingresos operacionales y activos tienen como función determinar los supuestos en que procede el control de integraciones empresariales, según tuvo oportunidad de explicarse en el fundamento 12 de esta sentencia.

Para la Corte, la deferencia para la definición de dichos criterios e ingresos a la autoridad administrativa no se opone a la reserva de ley, conclusión que se soporta en considerar la naturaleza eminentemente técnica, flexible y cambiante de la materia a definir por parte de la Superintendencia. En efecto, el legislador estableció los aspectos esenciales del control que efectúa la autoridad de competencia de las integraciones empresariales, entre ellos, *(i)* las condiciones económicas que, en relación con el mercado, deben tener las empresas que pretenden integrarse para que resulte obligatorio el control; *(ii)* los supuestos de participación en el mercado que debe alcanzar el proyecto de integración para que sea susceptible de control; y *(iii)* las reglas sobre presunción de autorización, cuando se trate de un proyecto de integración que debido al bajo grado de participación en el mercado resultante del mismo, no configura una afectación de la libre competencia económica. El único criterio para el control cuya definición deja en manos de la autoridad administrativa es la determinación de los activos e ingresos operacionales que sirven de parámetro para aplicar el control, en los términos fijados por el legislador. Inclusive, el Congreso establece límites a la facultad regulativa de la autoridad de competencia, pues le indica que para definir los activos e ingresos operacionales *(i)* deberá limitar la fijación de los mismos a lo percibido *“durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta”*; y *(ii)* no podrá modificar esos valores durante el año en que se deben aplicar.

Por lo tanto, no puede concluirse válidamente que se haya afectado la reserva de ley, pues no se está ante un escenario carente de regulación, sino en uno altamente detallado por el Congreso, que solo adscribe a la autoridad de competencia la definición de un aspecto técnico inasible por las reglas generales y abstractas que produce el legislativo. Antes bien, en criterio de la Sala, esta *deslegalización* no solo es constitucional, sino que resulta ineludible para garantizar la efectiva aplicación de las normas sobre control empresarial, como pasa a explicarse.

Si se acepta la tesis del actor, el legislador tendría que definir el monto de los activos e ingresos operacionales que habilitan el control, por parte de la autoridad de competencia, de los proyectos de integración empresarial. Sin embargo, esto plantea un problema económico importante, pues no todos los mercados tienen la misma composición ni el mismo *valor* o *dimensión*, razón por la cual los activos e ingresos operacionales deberían fijarse a partir de escalas diferenciales para cada uno de los mercados, actividad incompatible con la naturaleza abstracta y genérica de la ley en sentido formal. Además, incluso si el legislador pudiera establecer dichas escalas diferenciales, no existirían dispositivos para actualizar tales valores a la dinámica de los mercados, en la que pierden o ganan valor dependiendo de su crecimiento. Estas dificultades llevan a la Sala a concluir que la determinación de los ingresos y valores operacionales es un asunto estrictamente técnico, que requiere ser definido de manera particular por la autoridad administrativa. De lo contrario, se haría nugatoria la debida aplicación de la ley que pretende controlar las integraciones empresariales significativas, como mecanismo constitucionalmente valioso para proteger la libre competencia económica, aspecto que ya se tuvo oportunidad de estudiar en esta sentencia.

Otra alternativa de fijación de los ingresos y activos operacionales es aquella defendida por el actor y acogida por la legislación anterior, la cual establecía un valor fijo de ingresos a partir de los cuales se hacía exigible el deber de información al Gobierno y la posibilidad correlativa de objeción a la integración empresarial. Para la Corte, esta fórmula presenta similares dificultades a las expresadas anteriormente. El valor fijo actúa como variable independiente del tamaño de cada uno de los mercados, lo que implicaría, inclusive, una potencial violación de la libre competencia económica, puesto que el parámetro que puede ser acertado para un mercado con un valor determinado, pudiera resultar manifiestamente inconveniente para otro con un valor distinto. En otras palabras, el valor fijo no da cuenta de la composición de cada mercado, de manera que permitiría que en mercados más *pequeños* sea imposible alcanzar ese guarismo fijo establecido por legislador, lo que permitirían que toda operación de integración empresarial estuviera excluida de control por la autoridad de competencia, incluso aquella que configura una práctica monopólica incompatible con la libertad de empresa. Por lo tanto, existen fuertes argumentos, fundados en los objetivos constitucionales de la intervención estatal en la economía, que sugieren que la determinación concreta de los activos e ingresos operacionales sean fijados, a partir de fórmulas flexibles y actualizables, por parte de la autoridad de competencia.

Finalmente, no puede perderse de vista que el control de las integraciones empresariales no constituye una sanción, sino que es una herramienta constitucionalmente legítima de intervención estatal en la economía, destinada a evitar actividades de los agentes que, por su grado de incidencia en la composición del mercado, imposibiliten la competencia efectiva. Por ende, no resultan aplicables las reglas jurisprudenciales antes anotadas, que incluyen dentro la cláusula de competencia legislativa la determinación de la cuantía de las sanciones.

En lo que respecta a la acusación contra lo previsto por el artículo 11 de la Ley 1340/09, en el sentido que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar los requisitos para aprobar condicionalmente las operaciones de integración empresarial, considera la Corte que el cargo propuesto no está llamado a prosperar, puesto que se basa en el desconocimiento del contexto normativo en que se inscribe la disposición acusada, que permite inferir la existencia de parámetros, fijados por el legislador, que determinan los aspectos esenciales y definatorios de la intervención en el mercado que se efectúa a través del control administrativo de las integraciones empresariales, tópicos que predefinen la potestad de la competencia para establecer las condiciones que permiten aprobar condicionalmente dichas operaciones.

Debe tenerse en cuenta que, contrario a como lo analiza el actor y uno de los intervinientes, la disposición demandada no debe interpretarse de manera aislada, sino de manera sistemática en la normatividad en la que se encuentra inserta. El artículo 9º de la Ley 1340/09 modifica el artículo 4º de la Ley 155/59, la cual establece las disposiciones sobre prácticas legales restrictivas. Además, por expreso mandato del artículo 4º de la Ley 1340/09, *“la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen y adicionen, constituyen el régimen general de la protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas.”* Es decir, el legislador consagró un mandato general, según el cual las reglas sobre competencia deben verificarse en los cuerpos normativos citados.

A través de esta normativa, el legislador ha establecido el marco de referencia que permite identificar las conductas y situaciones económicas en la composición del mercado, contrarias a la libre competencia económica. Así por ejemplo, los artículos 44 a 50 del Decreto 2153/92, norma que fuerza en ley en razón de haber sido dictado por el Gobierno en ejercicio de las competencias fijadas en el artículo 20 transitorio de la Constitución, establece tanto los actos y acuerdos contrarios a la libre competencia, como las conductas constitutivas de posición dominante. El contenido de dichas normas es el siguiente:

“ARTICULO 44. AMBITO FUNCIONAL. La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.

ARTICULO 45. DEFINICIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.

2. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.
3. Conducta: Todo acto o acuerdo.
4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.
5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.
6. Producto: Todo bien o servicio.

ARTICULO 46. PROHIBICION. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

Inciso 2º adicionado por la Ley 1340 de 2009, artículo 2º. Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.

8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

ARTICULO 48. ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

2. Influir a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.

3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

ARTICULO 49. EXCEPCIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.

2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.

3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

ARTICULO 50. ABUSO DE POSICION DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

Este catálogo de definición de conductas contrarias a la libre competencia, ha sido fijado por el legislador precisamente para que los agentes que concurren al mercado y la autoridad de competencia, tengan conocimiento de los parámetros que permiten definir cuándo un comportamiento empresarial supera los límites de la libertad económica, en los términos que la define la Constitución. En ese sentido, contrario a como lo estima el demandante, la Superintendencia de Industria y Comercio carece de un poder omnímodo para fijar los requisitos que permiten aprobar condicionalmente los proyectos de integración empresarial, sino que, antes bien, ha sido el legislador extraordinario el que ha previsto las características de la práctica económica que son incompatibles con la libre competencia económica, tópicos que sirven de parámetro para evaluar las integraciones empresariales. Por lo tanto, no se está ante la violación del principio de reserva de ley, sino ante un desarrollo legislativo, con la participación concurrente, técnica y subsidiaria de la autoridad administrativa, que se aviene a los postulados constitucionales.

Finalmente, en lo que respecta a la acusación contra el artículo 25 (parcial) de la Ley 1340/09, debe recordarse el precedente jurisprudencial expuesto, relativo a que una de las características del derecho administrativo sancionador es la posibilidad de establecer, por parte del legislador, conductas a partir de proposiciones normativas amplias y genéricas, susceptibles de concretarse por la autoridad que ejerce la potestad de control. Basta entonces que el legislador establezca la conducta genérica objeto de reproche administrativo, pudiéndose delegar a la entidad que ejerce la función de inspección, vigilancia y control la posibilidad de definir el contenido concreto del tipo sancionable, dentro del marco de referencia previsto por la ley.

Para el caso analizado, se tiene que el legislador ha dispuesto que la Superintendencia de Industria y Comercio puede imponer las multas descritas en la misma norma a las personas jurídicas, cuando se esté ante el incumplimiento de las órdenes e instrucciones que imparta esa autoridad administrativa, o cuando se omita el deber de informar una operación de integración empresarial. La norma establece distintas reglas que definen el contenido de la sanción, entre ellas, *(i)* que la sanción consistirá en multa a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio; *(ii)* el monto de la misma será de 100.000 salarios mínimos mensuales o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor; *(iii)* los criterios para graduar la multa, que versan sobre el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, la dimensión del mercado afectado, el beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el grado de participación del implicado, la conducta procesal de los

investigados, la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o sus ventas involucrados en la infracción y el patrimonio del infractor; y (iv) las circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción.

Como se observa, es el legislador el que define los aspectos esenciales del ilícito, pues indica tanto las conductas reprochables, la naturaleza de la sanción y los parámetros para definir el *quantum* de la misma. Asunto distinto es que el legislador haya previsto, en los apartes acusados por el ciudadano Múnera Toro, que dentro de las conductas objeto de sanción está el incumplimiento de las órdenes e instrucciones de la Superintendencia en materia de integración empresarial, puesto que (i) las deberes de las empresas vigiladas en cuanto a la notificación de los proyectos de integración empresarial y el cumplimiento de las condiciones que le fije la autoridad de competencia, son materias que expresamente regula la Ley 1340/09, según se analizó al momento de resolver el primero de los cargos planteados por el actor; y (ii) es compatible con la Constitución, conforme los argumentos expresados en el fundamento jurídico 20 de esta decisión, que el legislador realice remisiones normativas para que el reglamento o la autoridad administrativa defina el contenido concreto de las conductas objeto de sanción, como sucede en el presente caso.

Debe insistirse en que las condiciones y requisitos analizados no pueden ser regulados por la autoridad de competencia de manera omnímoda, de forma que configuren fuente autónoma de obligaciones, deberes o límites a las empresas vigiladas. En contrario, serán las normas legales que regulan el control de las integraciones empresariales y, de manera más amplia, la libre competencia económica, las que servirán de parámetro para definir, de forma concreta y específica, las conductas reprochables. Por supuesto, esto opera sin perjuicio que cuando el infractor advierta que la autoridad de competencia ha desbordado o desconocido esos límites, pueda hacer uso de las acciones administrativas y judiciales destinadas a controvertir los actos expedidos por la Superintendencia.

Los anteriores argumentos demuestran que las censuras que conforman el segundo grupo de cargos no están llamadas a prosperar, por lo que la Corte declarará la exequibilidad, por los cargos propuestos, de los artículos 9º, 11º y 25 (parcial) de la Ley 1340/09.

Ahora bien, el artículo 22 de la Ley 1340/09 establece un ingreso fiscal denominado *contribución de seguimiento*. Estipula la norma que serán "*objeto del pago de una contribución anual*" las actividades de seguimiento que realice la autoridad de competencia con motivo de la aceptación de garantías para el cierre de la investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia y de la autorización de una operación de integración empresarial condicionada al cumplimiento de obligaciones particulares por parte de los interesados. El precepto establece, del mismo modo, que para hacer efectiva esa contribución, la Superintendencia de Industria y Comercio determinará, mediante resolución, las tarifas de las contribuciones. En cuanto a dichas tarifas (i) podrán ser diferentes según se trate del seguimiento de compromisos derivados de la terminación de investigaciones por el ofrecimiento de garantías o del

seguimiento de obligaciones por integraciones condicionadas; (ii) se determinarán mediante la ponderación de la sumatoria de los activos corrientes del año fiscal anterior de las empresas sometidas a seguimiento durante ese periodo frente a los gastos de funcionamiento de la entidad destinados al desarrollo de la labor de seguimiento durante el mismo periodo; y (iii) no podrán ser superiores al uno por mil de los activos corrientes de cada empresa sometida a seguimiento. Por último, la liquidación de la tarifa deberá sujetarse las reglas siguientes: (i) se utilizará el valor de los activos corrientes del año fiscal anterior de la empresa sometida a seguimiento; (ii) la contribución se calculará multiplicando la tarifa por el total de los activos corrientes del año fiscal anterior; y (iii) las contribuciones se liquidarán anualmente, o proporcionalmente si es del caso, para cada empresa sometida a seguimiento.

Para el ciudadano Múnera Toro, esta disposición es contraria al principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 338 C.P. El argumento central que apoya el cargo consiste en que no puede ser considerado como un impuesto, una tasa, ni como una contribución. Lo primero, porque el cálculo de la tarifa no está basado en el costo del servicio, sino en el monto de los activos corrientes de las empresas interesadas, contraviniéndose con ello la regla constitucional según la cual las tasas y contribuciones estarán destinadas a la *“recuperación de los costos de los servicios que les presten”*. Además, la tarifa se cobra a las empresas interesadas y no a todas las personas que se benefician del servicio correspondiente, que no son otras que todas aquellas que intervienen en el mercado. Señala que el gravamen *“está más en función del valor de los activos corrientes de la empresas sometidas a seguimiento, que al costo del “servicio”*. En efecto, si bien el artículo mencionado señala que *“las tarifas se determinarán mediante la ponderación de la sumatoria de activos corrientes del año fiscal anterior de las empresas sometidas a seguimiento durante ese periodo frente a los gastos de funcionamiento de la misma entidad destinados a la labor de seguimiento durante el mismo periodo”*, el límite máximo del gravamen no está en función del costo del *“servicio”*, sino de un porcentaje sobre los activos totales de cada empresa sometida a seguimiento. De igual manera, la contribución es calculada mediante la multiplicación de la tarifa por el total de los activos corrientes del año fiscal anterior de la empresa sometida a seguimiento.”

Lo segundo, puesto que un rasgo características de las contribuciones es que los ingresos fiscales obtenidos por ellas se destinen al provecho o beneficio de los llamados a pagarlas, *“y la aplicación de las normas de promoción de la competencia ... deriva en provecho de todos los que intervienen en el mercado, y no sólo de los que presentaron garantías para el cierre de una investigación o de los que realizaron una integración empresarial que fue condicionada por la Superintendencia.”*

Varios de los intervinientes y el Ministerio Público solicitan a la Corte la exequibilidad de la norma acusada, para lo cual indican que el precepto fija un ingreso fiscal, respecto del cual el legislador ha definido el método y sistema para su definición. Por lo tanto, no se estaba ante la violación del principio de legalidad tributaria. Empero, uno de los intervinientes sostiene que la norma no cumple con los requisitos que la Constitución establece para las tasas y contribuciones, puesto que ni puede ser definida como una

de estas especies de tributo, ni brinda el método y el sistema para su cálculo. En consecuencia, el precepto se muestra inexecutable.

Según lo expuesto, corresponde a la Corte definir el siguiente problema jurídico: ¿La denominada *contribución de seguimiento* es un ingreso fiscal compatible con la Constitución, en tanto cumple con los requisitos derivados del principio de legalidad tributaria, previsto en el artículo 388 Superior? Para resolver este interrogante, la Sala sintetizará su precedente acerca del principio de legalidad tributaria, para lo cual se centrará en el análisis de casos similares al ahora estudiado. Luego, con base en las reglas que se deriven de ese estudio, resolverá el cargo propuesto por el ciudadano Múnera Toro.

Uno de los ámbitos más arraigados de la vigencia del principios de representación popular y democrático representativo es el tributario. En efecto, el postulado de que no exista *impuesto sin representación* sirvió de base para la construcción del derecho constitucional liberal, principio que tuvo trascendencia hasta las Cartas Políticas actuales. Para el caso colombiano, existe una restricción expresa, en el sentido que, salvo los casos específicos de potestad impositiva del Gobierno en los estados de excepción, solo los organismos de representación popular podrán imponer tributos. (Art. 338 C.P.). No obstante, la regla constitucional sobre legalidad tributaria plantea condiciones específicas en cuanto a la reserva de ley sobre la materia. Al respecto, estipula que la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y bases gravables, y las tarifas de los impuestos. Del mismo modo, establece la posibilidad de remisión a autoridades administrativas de la definición de determinadas características del tributo, al indicar que las mismas fuentes de derecho, *“pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la fórmula para hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.”*

Con base en estas disposiciones, la jurisprudencia ha construido un precedente consolidado acerca de las características definitorias de las distintas modalidades de tributo, al igual que sobre el contenido y alcance de la expresión *“sistema y método”* prevista por el Constituyente.

En cuanto a la tipología de los ingresos fiscales, la sentencia C-927/06 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) ofrece una síntesis comprehensiva sobre la materia, la cual adopta esta sentencia en los términos siguientes.

Para la Corte, los tributos han sido reconocidos como aquellas prestaciones que se establecen por el Estado en virtud de la ley, en ejercicio de su poder de imperio, destinados a contribuir con el financiamiento de sus gastos e inversiones en desarrollo de los conceptos de justicia, solidaridad y equidad (C.P. arts. 95-9, 150-12, 338, 345 y 363). En el caso colombiano, esta Corporación ha señalado que es posible identificar la existencia de por lo menos tres clases de tributos en el actual sistema fiscal, a saber:

Los impuestos, las tasas y las contribuciones. Éstos aun cuando son fruto del desenvolvimiento de la potestad impositiva del Estado tienen características propias que los diferencian.

Las condiciones básicas del impuesto son: *(i)* tiene una vocación general, lo cual significa que se cobran sin distinción a todo ciudadano que realice el hecho generador; *(ii)* No guardan una relación directa e inmediata con un beneficio específico derivado para el contribuyente; *(iii)* en cuanto ingresan a las arcas generales del Estado conforme al principio de unidad de caja, este puede disponer de dichos recursos de acuerdo con lo previsto en los planes y presupuestos nacionales; *(iv)* su pago no es opcional ni discrecional, lo que se traduce en la posibilidad de forzar su cumplimiento a través de la jurisdicción coactiva; *(v)* la capacidad económica del contribuyente es un principio de justicia y equidad que debe reflejarse implícitamente en la ley que lo crea, sin que por ello pierda su vocación de carácter general.

Las contribuciones tienen las siguientes características: *(i)* surgen de la realización actual o potencial de obras públicas o actividades estatales de interés colectivo, en donde necesariamente debe existir un beneficio para un individuo o grupo de individuos; *(ii)* Se trata de una prestación que reconoce una inversión estatal, por lo que su producto está destinado a su financiación; *(iii)* La prestación que surge a cargo del contribuyente es proporcional al beneficio obtenido, así lo reconoce el artículo 338 Superior al señalar que: *“La ley [puede] permitir que las autoridades fijen las tarifas de las [contribuciones] que cobren a los contribuyentes, como (...) participación en los beneficios que les proporcionen”*; *(iv)* el obligado tributario no tiene la opción de negarse a la inversión, por el contrario, se encuentra comprometido con su pago a raíz del provecho que le reporta; *(v)* la contribución, por regla general, es progresiva, pues se liquida de acuerdo con el rédito obtenido.

Para el caso de las contribuciones fiscales, resulta pertinente resaltar que el artículo 29 del Estatuto Orgánico de Presupuesto las define como *“los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector.”*

De la evolución de las nociones jurisprudenciales y doctrinales que se han elaborado alrededor del concepto de las tasas, éstas se pueden definir como aquellos ingresos tributarios que se establecen en la ley o con fundamento en ella (origen *ex lege*), a través de los cuales el ciudadano contribuye a la recuperación total o parcial de los costos en que incurre el Estado, para asegurar la prestación de una actividad pública, la continuidad en un servicio de interés general o la utilización de bienes de dominio público. Por su propia naturaleza esta erogación económica se impone unilateralmente por el Estado a manera de retribución equitativa de un gasto público, que no obstante ser indispensable para el contribuyente, tan sólo se origina a partir de su solicitud.

En este orden de ideas, se consideran tasas aquellos gravámenes que cumplan las siguientes características: *(i)* La prestación económica necesariamente tiene que originarse en una imposición legal; *(ii)* La misma nace como recuperación total o

parcial de los costos que le representan al Estado, directa o indirectamente, prestar una actividad, un bien o servicio público; (iii) la retribución pagada por el contribuyente guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido, así lo reconoce el artículo 338 Superior al disponer que: *“La ley [puede] permitir que las autoridades fijen las tarifas de las [tasas] que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten”*; (iv) los valores que se establezcan como obligación tributaria excluyen la utilidad que se deriva de la utilización de dicho bien o servicio; (v) aun cuando su pago resulta indispensable para garantizar el acceso a actividades de interés público o general, su reconocimiento tan sólo se torna obligatorio a partir de la solicitud del contribuyente, por lo que las tasas indefectiblemente se tornan forzosas a partir de una actuación directa y referida de manera inmediata al obligado; (vi) el pago, por regla general, es proporcional, pero en ciertos casos admite criterios distributivos, como por ejemplo, con las tarifas diferenciales.

De otro lado, la jurisprudencia se ha ocupado de determinar qué condiciones debe tener la norma proferida por el órgano de representación popular para que se concluya que ha fijado, de manera directa y suficiente, el método y el sistema para la determinación de la tarifa de las tasas y las contribuciones. A partir del análisis de la jurisprudencia constitucional pertinente, la Corte concluye las siguientes reglas sobre este tópico:

La determinación del método y el sistema de las tarifas responde al modelo flexible. Así, su cumplimiento no se deriva de la prescripción, por parte del legislador, de fórmulas sacramentales o, inclusive, del uso de los términos *“método y sistema”*. Sin embargo, tampoco puede extenderse el cumplimiento del deber constitucional de definición legal a una formulación tan vaga, ambigua o insuficiente que haga nugatoria la obligación fijada por la Carta. Por ende, la Corte ha entendido que *“... una interpretación coherente de la normatividad constitucional y el fin del precepto superior, llevan a la conclusión según la cual los métodos -pautas técnicas encaminadas a la previa definición de los criterios que tienen relevancia en materia de tasas y contribuciones para determinar los costos y beneficios que inciden en una tarifa- y los sistemas -formas específicas de medición económica, de valoración y ponderación de los distintos factores que convergen en dicha determinación- son directrices cuyo acatamiento es obligatorio para el encargado de fijar la tarifa y constituyen a la vez garantía del contribuyente frente a la administración”*. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-455 del 20 de octubre de 1994).”

La determinación concreta de las tarifas se logra a través de la actuación concurrente de los órganos de representación popular y las autoridades administrativas. Por lo tanto, corresponde a los primeros fijar el método y el sistema para el cálculo, sin que deban entrar en la regulación más particular de la tarifa, pues ello vaciaría la competencia que el artículo 338 C.P. reconoce a dichas autoridades. Para la Corte, *“[s]e trata, si se quiere, de una suerte de competencias compartidas, donde el Congreso, las asambleas y los concejos son los encargados de señalar los elementos estructurales del método y del sistema tarifario, mientras que a las autoridades administrativas*

corresponde desarrollar los parámetros previamente indicados.|| Una exigencia muy fuerte sobre la determinación del método y del sistema prácticamente haría inócua la posibilidad de delegación, pues la propia ley estaría fijando la tarifa de la contribución. Por el contrario, una excesiva indeterminación dejaría en manos de las autoridades administrativas la regulación absoluta de ese elemento, en contravía del principio de legalidad, concretado en el de la predeterminación del tributo y la representación popular. Lo que la ley exige es, más que la simple enunciación de criterios, la definición de una cierta manera de proceder en la articulación de esos criterios.”

Trasladados estas reglas al caso objeto de análisis, se tiene que el legislador ha cumplido con su deber constitucional de establecer los elementos estructurales del tributo, a saber:

Sujeto activo: Conforme el inciso primero del artículo 22 de la Ley 1340/09 el ingreso fiscal por *contribución de seguimiento* se paga a favor de la autoridad de competencia, que en los términos del artículo 6º *ejusdem* corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sujeto pasivo: Si bien la redacción del artículo 22 citado no es afortunada, lo expresado en el último inciso esclarece que la contribución se liquidará *“para cada empresa sometida a seguimiento”*. Por lo tanto, se infiere que el sujeto pasivo del tributo son las empresas concernidas en las actividades de seguimiento que realiza la Superintendencia y respecto de las cuales se ha aprobado un proyecto de integración empresarial en las condiciones previstas en la norma. Sobre el particular, la Corte se aparta de las consideraciones efectuadas por el actor y uno de los intervinientes, relativas a la imposibilidad de determinar el sujeto pasivo del tributo. La Sala reconoce, como lo ha señalado, que la norma analizada presenta a este respecto inconvenientes de técnica legislativa, yerros que en todo caso puede solventarse a partir de su comprensión sistemática, según se ha expuesto.

Hecho generador: Conforme el inciso primero de la norma analizada, el hecho generador consiste en que la empresa esté sometida a seguimiento por parte de la autoridad de competencia, con motivo de la aceptación de garantías para el cierre de la investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia y de la autorización de una operación de integración empresarial condicionada al cumplimiento de obligaciones particulares por parte de los interesados.

Base gravable: La disposición fija una fórmula para la determinación de la tarifa, que opera la identificación de la base gravable, la cual consiste en *“la ponderación de la sumatoria de los activos corrientes del año fiscal anterior de las empresas sometidas a seguimiento durante ese período frente a los gastos de funcionamiento de la entidad destinados al desarrollo de la labor de seguimiento durante el mismo período”*.

Tarifa: El artículo 22 citado contiene distintos enunciados normativos para la determinación de la tarifa del gravamen, los cuales serán analizados posteriormente, a

efecto de determinar si el legislador ha fijado el método y sistema para el cálculo de este elemento básico del tributo.

En cuanto a la naturaleza tributaria del ingreso fiscal, la Corte comparte con el Ministerio Público y algunos intervinientes el argumento según el cual se trata de una contribución parafiscal. En efecto, la *contribución de seguimiento* es un tributo que surge de las actividades que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de asegurar la competencia efectiva, a través del control previo de las integraciones empresariales. A su vez, la prestación está destinada a garantizar el funcionamiento de la autoridad nacional de competencia, en lo que respecta a la actividad de control antes citada. De otro lado, la prestación es proporcional al beneficio obtenido, habida cuenta que el control de las integraciones empresariales permite que cuando (i) se han aceptado las garantías para el cierre de investigación; o (ii) se ha autorizado la operación de integración empresarial, condicionada al cumplimiento de obligaciones particulares por parte de los interesados, las empresas concernidas en el proceso de integración puedan acceder al mercado a pesar que la operación se mostraba *prima facie* contraria a la competencia efectiva. Por ende, existe un beneficio palpable para las empresas responsables del tributo, puesto que, de no mediar la actividad administrativa de condicionamiento y/o aceptación de garantías que adelanta la autoridad de competencia, dicho acceso se tornaría ilegal al ser atentatorio de las normas sobre libre competencia. Esto demuestra, igualmente, que la responsabilidad de la contribución está dirigida a un grupo económico determinado –las empresas sometidas a operaciones de seguimiento– y el beneficio es para esas mismas empresas, el cual redundará en beneficio de los demás participantes del mercado y que también hace parte del grupo o sector económico al que se aplica la medida.

De otro lado, la contribución es proporcional al beneficio obtenido, pues la norma establece que el monto de la tarifa es una variable dependiente de, entre otros aspectos, los activos corrientes del año fiscal anterior de las empresas sometidas a seguimiento durante ese periodo. Por ende, entre mayores ingresos –o lo que es lo mismo– más alta participación en el mercado, mayor será el monto de la contribución. Finalmente, las empresas sometidas a seguimiento no pueden negarse a pagar la contribución parafiscal y el tributo tiene carácter progresivo, como ya se explicó.

Por último, la Corte advierte que los requisitos de definición legislativa del método y sistema también se encuentran acreditados. En efecto, el artículo 22 de la Ley 1340/09 es explícito en determinar los distintos criterios de valoración económica que debe tener en cuenta la Superintendencia para fijar la tarifa, al igual que el modo en que esos criterios deben ponderarse. Así, la norma indica que (i) la Superintendencia puede establecer tarifas diferentes, según se trate del seguimiento de compromisos derivados de la terminación de investigaciones por el ofrecimiento de garantías o del seguimiento de obligaciones por integraciones condicionadas; (ii) la tarifa se determinará mediante el sistema de ponderación de la sumatoria de los activos corrientes del año fiscal anterior de las empresas sometidas a seguimiento durante ese período frente a los gastos de funcionamiento de la entidad destinados al desarrollo de la labor de seguimiento durante el mismo período; (iii) la tarifa tiene un monto límite, equivalente

al uno por mil de los activos corrientes de cada empresa sometida a seguimiento; y (iv) para la liquidación de la contribución se prevé un sistema de cálculo basado en el valor de los activos corrientes del año fiscal anterior de la empresa sometida a seguimiento, la multiplicación de la tarifa por el total de dichos activos y la periodización anual del cobro, o proporcional, si es del caso.

Como se observa, el legislador ha planteado un esquema detallado para la definición de la contribución parafiscal, la cual restringe toda posibilidad de arbitrariedad por parte de la autoridad administrativa. Así, se está al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 338 C.P., por lo que la norma acusada es exequible por el cargo analizado.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la Corte podrá declarar la integración normativa en el marco de la acción pública de inconstitucionalidad en tres hipótesis y de manera excepcional: (i) en primer lugar, en el caso cuando se demanda una disposición que no tiene un contenido normativo claro y unívoco, razón por la cual resulta necesario integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada, a fin de completar el enunciado normativo demandado y evitar así una decisión inhibitoria; (ii) en segundo lugar, cuando el enunciado normativo demandado se encuentra reproducido en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, a fin de evitar que el fallo de constitucionalidad resulte inane; y (iii) cuando la disposición demandada se encuentra íntima o intrínsecamente vinculada o relacionada con otra disposición, respecto de la cual se yerguen serias sospechas de constitucionalidad.

La solicitud de unidad normativa realizada por el ciudadano Múnera Toro está dirigida respecto del artículo 4º de la Ley 155 de 1959, norma sustituida por el artículo 9º de la Ley 1340/09. El supuesto para esta petición consiste en que en el evento que la Corte hubiera declarado la inexequibilidad de este último precepto, aquel hubiera recobrado vigencia, y como tiene un contenido similar, la decisión adoptada resultaría inocua. Sin embargo, como se demostró en precedencia, el artículo 9º citado es compatible con la Constitución, respecto de los cargos acusados, razón por la cual la solicitud de integración normativa es improcedente.

5. Decisión

La Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió el presente caso en los siguientes términos:

- **PRIMERO:** Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados en esta sentencia, los artículos 9º, 11, 12, 13 y 22 de la Ley 1340 de 2009 *"Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"*.
- **SEGUNDO:** Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos estudiados en esta sentencia, las expresiones *"órdenes e instrucciones que imparta"* y *"el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las"*

derivadas de su aprobación bajo condiciones”, contenidas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”.

6. Análisis y conclusiones

- Respecto al contenido y alcance de la Intervención del Estado en la economía, señaló la Corte que la intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos.
- Frente a los componentes de la libertad económica y del modelo adoptado en la Constitución Política en lo atinente a la economía social de mercado, informó la Corte que la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa como un criterio amplio, que en su aspecto más esencial puede definirse como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Empero ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: la libertad de empresa y la libre competencia económica
- En lo atinente al contenido de la libertad de empresa indicó la Corte Constitucional que en cuanto a la libertad de empresa, también denominada como libre iniciativa privada, la Corte ha planteado que se concentra en la

facultad de participación en el mercado a través de actividades empresariales destinadas a la oferta de bienes y servicios. Así, esa garantía constitucional se ha definido como aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral

- Sobre los límites de la libertad económica, la finalidad y condiciones de la intervención del estado en la economía que la Constitución establece cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica, al interés general y la responsabilidad social, de forma que lo haga compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado. Esta limitación se comprende, entonces, desde una doble perspectiva. En primer término, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impidan el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer “labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.”. Nótese que la intervención del Estado en la economía apunta a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales. Por ende, dicha actividad estatal se enmarca no solo en la corrección de conductas, sino también en la participación pública en el mercado, destinada a la satisfacción de los derechos constitucionales de sus participantes, en especial de los consumidores. No obstante, tampoco resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas. En contrario, la jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.

- En cuanto a los límites de la libre competencia económica informó la Corte Constitucional que en criterio de la jurisprudencia analizada, existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas. No obstante, los argumentos planteados anteriormente llevan a sostener que el ejercicio de esta libertad no está exento de límites sino que, antes bien, el contenido de la garantía constitucional encuentra su verdadera definición a través del marco de referencia que le da sentido. Estos límites versan sobre dos aspectos definidos: el primero, la responsabilidad social que implica que el ejercicio de la libertad de empresa, asunto explicado en fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia. El segundo, que está relacionado con la protección de la competencia en sí misma considerada, esto es, la necesidad de regular las disconformidades del mercado que restringen la posibilidad de acceso equitativo a los distintos agentes económicos.

- La libre competencia económica es una garantía constitucional de naturaleza relacional. Quiere esto decir que la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que “se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades. || Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado”. Este carácter relacional de la libre competencia económica también ha servido

para que la jurisprudencia constitucional defina las libertades básicas de los participantes en el mercado, que operan como mecanismos para resolver la tensión generada por los intereses opuestos de dichos agentes. Así, a partir de la revisión de la doctrina sobre la materia, la Corte ha dispuesto que estas libertades refiere a “a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren”.

- Respecto de la regulación y contenido de la Posición Dominante que a partir de las regulaciones contenidas en el Decreto 2153/92, existe posición dominante cuando uno de sus oferentes, en razón de su grado de participación, tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. La posición dominante no puede considerarse, en sí misma, como una infracción al derecho de competencia, restringiéndose tal afectación a los comportamientos del agente constitutivos de abuso de la posición de dominio. Conforme a la misma normatividad, dichos actos refieren a (i) la disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos; (ii) la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; (iii) las conductas que tengan por objeto o como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones; (iv) la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado; (v) vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción; y (vi) obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.
- Frente a los controles de abuso por el Estado respecto de la posición dominante, informó la Corte que la regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores.”. En ese orden de ideas, “cuando se trata efectivamente de una situación de posición dominante, la labor del Estado es la de impedir el abuso de la misma a través de una serie de controles e instrumentos de intervención, que están orientados a evitar las siguientes

conductas o prácticas contrarias a la honestidad y lealtad comercial: a) Imponer precios, b) limitar la producción, c) aplicar en la relaciones contractuales condiciones desiguales y d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

- *Las normas que integran lo que la jurisprudencia define como la “Constitución Económica” tienen importantes efectos en lo que respecta al modo e intensidad del juicio de constitucionalidad de las normas legales destinadas a regular la intervención del Estado en la economía. Como se ha visto, las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les comprende, no como prerrogativas sin límite y exclusivamente destinadas a la maximización del beneficio de los participantes en el mercado, sino cuando son entendidas en el marco de la protección del interés social. Ello en el entendido que existe una cláusula general a favor del Estado, que le permite intervenir en la economía con el fin de proteger los bienes y valores constitucionales que se concretizan en las operaciones de intercambio de bienes y servicios.*
- *Si bien los principios de legalidad y reserva de ley guardan identidad de propósitos, su contenido y alcance no es asimilable. En efecto, la jurisprudencia distingue entre el principio de legalidad, conforme al cual el Congreso, y de manera más amplia, los órganos de representación democrática, detentan la cláusula general de competencia legislativa, que les permite expedir normas jurídicas de naturaleza vinculante, y el principio de reserva de ley, que es una institución jurídica conforme a la cual, por disposición de la propia Constitución, corresponde exclusivamente al legislador el desarrollo de determinadas materias*
- *La Corte ha considerado que pueden distinguirse dos tipos de reserva de ley. Una de carácter ordinario, que opera cuando la Constitución, de manera expresa, ha señalado que determinadas materias específicas deben ser reguladas directamente por el legislador. Otra, de naturaleza estatutaria u orgánica, en donde la Carta Política no solo adscribe competencia exclusiva al legislador para regular el tópico, sino que obliga a que la norma correspondiente esté precedida de un trámite particular, relacionado generalmente con un mayor grado de exigencia en las mayorías congresionales exigidas para la aprobación del proyecto correspondiente. Del mismo modo, los postulados constitucionales que restringen la competencia del reglamento para regular determinadas materias, como sucede con los códigos, también hace parte de la reserva de ley en el sentido expuesto.*
- *Respecto de la distinción entre principio de legalidad, que se expresa en la cláusula general de competencia legislativa, y el principio de reserva de ley tiene, en criterio de la jurisprudencia constitucional, consecuencias trascendentes en términos de la articulación del sistema de fuentes de derecho. El principio de legalidad implica que el reglamento, de forma autónoma, no puede servir de origen para la consagración de limitaciones, gravámenes u obligaciones. No obstante, sí es posible, en términos amplios, una concreción administrativa de*

los elementos centrales que hayan sido previamente definidos en la ley, lo que constituye una exigencia técnica para su debida ejecución. Es decir, para el caso de las materias que solo están amparadas por la cláusula general de competencia legislativa, existe un mayor grado de deferencia con el reglamento para su regulación. En contrario, cuando existe disposición constitucional expresa que prevé la reserva de ley, la competencia del reglamento se restringe significativamente. Para la Corte, la existencia de la cláusula general de competencia del legislador, no significa que la ley deba obligatoriamente agotar toda la materia, pues una cosa es que determinada materia corresponda primariamente al Legislador, en virtud de la cláusula general de competencia, y otra que se trate de un asunto que tenga reserva legal, por mandato específico de la Carta. En el primer caso, la ley no tiene que desarrollar integralmente la materia, pues puede delimitar el tema y permitir su concreción por medio de reglamentos administrativos. En cambio, si se trata de una materia que tiene reserva legal, entonces corresponde exclusivamente al Legislador desarrollarla, pues la reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley.

- Frente al ejercicio de potestad legislativa en materia reservada y competencia regulativa de las autoridades administrativa y sus modalidades señaló la Corte que ha identificado distintas modalidades de articulación del ejercicio de la potestad legislativa en materias reservadas y la competencia regulativa de las autoridades administrativas. Una de esas modalidades es la posibilidad que las normas que desarrollan asuntos materia de reserva de ley hagan uso de lo que doctrinariamente se ha denominado como conceptos jurídicos indeterminados. En estos casos, se ha avalado la constitucionalidad de normas que prevén dispositivos de carácter abierto, compatibles con el principio de legalidad en tanto son expedidos por el Congreso, pero que solo logran concreción por parte de la autoridad administrativa, a través del uso de cierto margen de apreciación. Otra modalidad es la de la remisión expresa al reglamento, la cual opera cuando en virtud del asunto que se regula, generalmente técnico y dinámico, no puede ser objeto de determinación exhaustiva por el legislador. Ejemplo de esta hipótesis es la facultad, amparada por la jurisprudencia constitucional, que la ley fije tipos penales en blanco, a través de la remisión de un criterio técnico objeto de definición concreta por la autoridad administrativa, como sucede con el delito de usura, en el que uno de los elementos que estructura la conducta punible, depende la certificación que sobre los intereses haga la Superintendencia Financiera. Finalmente, la jurisprudencia ha establecido que otra modalidad constitucionalmente válida de remisión consiste en la definición, por parte del legislador, de normas abiertas respecto de instancias propias del Estado regulador. En este caso, se ha considerado que si bien la Constitución establece que las funciones de inspección, vigilancia y control que ejerce el Estado en distintos ámbitos es una asunto que está sometido a la reserva de ley, no por ello se opone a la Carta que el legislador prevea fórmulas amplias, las cuales

permitan ejercer las competencias propias del Estado regulador, por parte de la autoridad administrativa a quien la ley le ha conferido esas funciones.

- Las condiciones básicas del impuesto son: (i) tiene una vocación general, lo cual significa que se cobran sin distinción a todo ciudadano que realice el hecho generador; (ii) No guardan una relación directa e inmediata con un beneficio específico derivado para el contribuyente; (iii) en cuanto ingresan a las arcas generales del Estado conforme al principio de unidad de caja, este puede disponer de dichos recursos de acuerdo con lo previsto en los planes y presupuestos nacionales; (iv) su pago no es opcional ni discrecional, lo que se traduce en la posibilidad de forzar su cumplimiento a través de la jurisdicción coactiva; (v) la capacidad económica del contribuyente es un principio de justicia y equidad que debe reflejarse implícitamente en la ley que lo crea, sin que por ello pierda su vocación de carácter general
- Las contribuciones tienen las siguientes características: (i) surgen de la realización actual o potencial de obras públicas o actividades estatales de interés colectivo, en donde necesariamente debe existir un beneficio para un individuo o grupo de individuos; (ii) Se trata de una prestación que reconoce una inversión estatal, por lo que su producto está destinado a su financiación; (iii) La prestación que surge a cargo del contribuyente es proporcional al beneficio obtenido, así lo reconoce el artículo 338 Superior al señalar que: “La ley [puede] permitir que las autoridades fijen las tarifas de las [contribuciones] que cobren a los contribuyentes, como (...) participación en los beneficios que les proporcionen”; (iv) el obligado tributario no tiene la opción de negarse a la inversión, por el contrario, se encuentra comprometido con su pago a raíz del provecho que le reporta; (v) la contribución, por regla general, es progresiva, pues se liquida de acuerdo con el rédito obtenido.
- De la evolución de las nociones jurisprudenciales y doctrinales que se han elaborado alrededor del concepto de las tasas, éstas se pueden definir como aquellos ingresos tributarios que se establecen en la ley o con fundamento en ella (origen ex lege), a través de los cuales el ciudadano contribuye a la recuperación total o parcial de los costos en que incurre el Estado, para asegurar la prestación de una actividad pública, la continuidad en un servicio de interés general o la utilización de bienes de dominio público. Por su propia naturaleza esta erogación económica se impone unilateralmente por el Estado a manera de retribución equitativa de un gasto público, que no obstante ser indispensable para el contribuyente, tan sólo se origina a partir de su solicitud. En este orden de ideas, se consideran tasas aquellos gravámenes que cumplan las siguientes características: (i) La prestación económica necesariamente tiene que originarse en una imposición legal; (ii) La misma nace como recuperación total o parcial de los costos que le representan al Estado, directa o indirectamente, prestar una actividad, un bien o servicio público; (iii) la retribución pagada por el contribuyente guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido, así lo reconoce el artículo 338 Superior al disponer que: “La

ley [puede] permitir que las autoridades fijen las tarifas de las [tasas] que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten”; (iv) los valores que se establezcan como obligación tributaria excluyen la utilidad que se deriva de la utilización de dicho bien o servicio; (v) aun cuando su pago resulta indispensable para garantizar el acceso a actividades de interés público o general, su reconocimiento tan sólo se torna obligatorio a partir de la solicitud del contribuyente, por lo que las tasas indefectiblemente se tornan forzosas a partir de una actuación directa y referida de manera inmediata al obligado; (vi) el pago, por regla general, es proporcional, pero en ciertos casos admite criterios distributivos, como por ejemplo, con las tarifas diferenciales

- La determinación del método y el sistema de las tarifas responde a modelo flexible. Así, su cumplimiento no se deriva de la prescripción, por parte del legislador, de fórmulas sacramentales o, inclusive, del uso de los términos “método y sistema”. Sin embargo, tampoco puede extenderse el cumplimiento del deber constitucional de definición legal a una formulación tan vaga, ambigua o insuficiente, que haga nugatoria la obligación fijada por la Carta. Por ende, la Corte ha entendido que “... una interpretación coherente de la normatividad constitucional y el fin del precepto superior, llevan a la conclusión según la cual los métodos -pautas técnicas encaminadas a la previa definición de los criterios que tienen relevancia en materia de tasas y contribuciones para determinar los costos y beneficios que inciden en una tarifa- y los sistemas -formas específicas de medición económica, de valoración y ponderación de los distintos factores que convergen en dicha determinación- son directrices cuyo acatamiento es obligatorio para el encargado de fijar la tarifa y constituyen a la vez garantía del contribuyente frente a la administración.
- La contribución de seguimiento es un tributo que surge de las actividades que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de asegurar la competencia efectiva, a través del control previo de las integraciones empresariales. A su vez, la prestación está destinada a garantizar el funcionamiento de la autoridad nacional de competencia, en lo que respecta a la actividad de control antes citada. De otro lado, la prestación es proporcional al beneficio obtenido, habida cuenta que el control de las integraciones empresariales permite que cuando (i) se han aceptado las garantías para el cierre de investigación; o (ii) se ha autorizado la operación de integración empresarial, condicionada al cumplimiento de obligaciones particulares por parte de los interesados, las empresas concernidas en el proceso de integración puedan acceder al mercado a pesar que la operación se mostraba prima facie contraria a la competencia efectiva. Por ende, existe un beneficio palpable para las empresas responsables del tributo, puesto que, de no mediar la actividad administrativa de condicionamiento y/o aceptación de garantías que adelanta la autoridad de competencia, dicho acceso se tornaría ilegal al ser atentatorio de las normas sobre libre competencia. Esto demuestra, igualmente, que la responsabilidad de la contribución está dirigida a un grupo económico determinado -las empresas sometidas a operaciones de seguimiento- y el

beneficio es para esas mismas empresas, el cual redundará en beneficio de los demás participantes del mercado y que también hace parte del grupo o sector económico al que se aplica la medida.