

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RADICACION: 23-492153- -0-0	FECHA: 2023-11-02
DEPENDENCIA: 12 GRUPO DE	09:33:33
TRABAJO DE REGULACIÓN	EVENTO: SIN EVENTO
TRAMITE: 334 REMISIINFORMA	FOLIOS: 7
ACTUACION: 425 REMISIONIFORMACI	

Bogotá D.C.

Doctora
AMPARO YANETH CALDERÓN PERDOMO
Secretaria General
Comisión Primera Constitucional Permanente
CÁMARA DE REPRESENTANTES
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
comision.primera@camara.gov.co

Asunto: Comentarios de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** al texto radicado del Proyecto de Acto Legislativo No. 091 de 2023 (**CÁMARA**) “*Por el cual se modifican los artículos 333 y 334 de la Constitución Política de Colombia*” (en adelante el “*proyecto*”).

Respetada Doctora:

Esta Superintendencia realiza un seguimiento permanente a los proyectos de ley que pueden tener incidencia en el ejercicio de las funciones que le han sido asignadas. En consecuencia, como “*Autoridad Nacional para la Protección de la Competencia*” de los mercados del país y una vez adelantada la revisión de la iniciativa del asunto, estimamos conveniente presentar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el artículo 1 del proyecto pretende modificar el inciso final del artículo 333 de la Constitución, de la siguiente manera:

“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. No obstante, lo anterior, dicha delimitación deberá darse bajo la premisa del respeto a los tratados y contratos internacionales suscritos por parte del Estado Colombiano, los principios pacta sunt servanda, de buena fe y demás que rigen la contratación pública y privada internacional, al igual que el catamiento a los contratos de estabilidad jurídica”.

(En subraya la modificación propuesta).

Según se puede observar, el proyecto busca agregar condicionantes a la facultad legal de delimitar el alcance de la libertad económica. De conformidad con la propuesta, si el interés social, el ambiente o el patrimonio cultural de la Nación exigen que se imponga mediante la Ley, un límite a la libertad económica, éste deberá respetar los tratados internacionales suscritos por parte del Estado Colombiano, los principios “*pacta sunt servanda*” y de buena fe, así como el acatamiento de los contratos de estabilidad jurídica.



Al respecto, si bien esta Superintendencia entiende la razón por la cual se pretenden introducir estos nuevos preceptos dentro de la norma constitucional, lo cierto es que no encuentra necesaria la modificación que se pretende. Según se indica en la exposición de motivos, el proyecto tiene como objeto defender la propiedad privada, evitar el abuso de la posición dominante en el mercado y salvaguardar las libertades individuales y económicas; sin embargo, en el ordenamiento jurídico vigente ya existen disposiciones de orden constitucional, legal y reglamentarias a partir de las cuales se hace posible proteger de manera efectiva y suficiente dichos cometidos, destacándose el texto actual del artículo 333 superior, el Decreto 2153 de 1992 y las Leyes 155 de 1959 y 1340 de 2009, así como normas especiales aplicables a determinados sectores o actividades económicas¹.

Adicionalmente, a esta Superintendencia² le corresponde proteger las libertades económicas con el fin de garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y, en general, la eficiencia económica³. Razón por la cual está facultada para adelantar actuaciones administrativas de carácter sancionatorio en contra de los agentes que con su comportamiento vulneren la libre competencia, incluidas aquellas empresas que realicen un uso abusivo de su posición dominante o monopolística en el mercado⁴.

De otra parte, la adición propuesta hace énfasis en la protección de los tratados internacionales, pero debe tenerse en cuenta que el origen de tales convenciones es, precisamente, los principios de buena fe y "*pacta sunt servanda*". En este sentido, se ha pronunciado la **CORTE CONSTITUCIONAL** de la siguiente manera:

"(...) Pacta sunt servanda no sólo significa que los tratados deben ser formalmente acatados sino que deben ser cumplidos de buena fe, esto es, con la voluntad de hacerlos efectivos. Por ello la doctrina y la jurisprudencia internacionales consideran que el principio de buena fe es parte integrante de la norma Pacta sunt servanda (...)

*Este principio de que Colombia debe cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales tiene evidente sustento constitucional, pues la Carta señala que las actuaciones de las autoridades colombianas deben ceñirse a los postulados de la buena fe (CP art. 83), norma que se aplica también a las relaciones internacionales"*⁵.

Sobre esta base, si los Estados se comprometen a cumplir determinadas obligaciones establecidas en tratados internacionales, es claro que estas responsabilidades deben respetarse. Es así como, ante un eventual incumplimiento, podrán surtir los mecanismos legalmente dispuestos para hacerlos efectivos.

¹ Por ejemplo, el Decreto 1663 de 1994 en el sector salud o la Ley 1341 de 2009 en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones

² En el marco de sus funciones como "*Autoridad Nacional para la Protección de la Competencia*", según establece el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, así como las definidas en el Decreto 4886 de 2011.

³ Artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

⁴ Artículo 1 del Decreto 4886 de 2011.

⁵ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-400 de 1998.

Ahora bien, es importante considerar que los tratados internacionales deben cumplir con un procedimiento local, mediante el cual se examina su conformidad respecto a la Constitución Política. El control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de las leyes aprobatorias de los mismos, según la **CORTE CONSTITUCIONAL**⁶, se caracteriza por: (i) ser previo al perfeccionamiento del tratado; (ii) ser automático; (iii) ser integral; (iv) tener fuerza de cosa juzgada; (v) ser una condición “*sine qua non*” para la ratificación del correspondiente acuerdo y; (vi) cumplir una función preventiva, pues su finalidad es garantizar tanto la supremacía de la Carta Política como el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano.

En ese sentido, la **CORTE CONSTITUCIONAL** se encarga de revisar si las disposiciones de los tratados internacionales y de la correspondiente ley aprobatoria son constitucionales, pues en caso de no serlo se impide su incorporación en el sistema jurídico. Sobre el particular, el Alto Tribunal ha sostenido:

“La Carta de 1991 diseñó el control constitucional previo de los tratados internacionales como un mecanismo que permite garantizar al mismo tiempo la supremacía de la Constitución y el cumplimiento de los compromisos internacionales por el Estado colombiano. Así, el control constitucional previo se ubica en un sistema de relaciones de coordinación entre los órganos públicos, pues impulsa el proceso de perfeccionamiento de los instrumentos internacionales, los cuales habiendo cumplido las fases de negociación, adopción, confirmación presidencial del texto celebrado por el delegado plenipotenciario, aprobación por parte del Congreso y sanción presidencial, buscan preservar la supremacía de la Constitución, sobre la base de que todos los tratados internacionales tienen vocación para producir efectos jurídicos vinculantes para los Estados que lo ratifican”⁷.

(Subrayas fuera del texto original).

Teniendo en cuenta lo anterior, el ordenamiento jurídico cuenta con mecanismos de aprobación y protección de tratados internacionales, de manera tal que cuando un acuerdo de esta naturaleza entra en vigor, se debe entender acorde con la Constitución Política y vinculante para el Estado colombiano.

Ahora bien, respecto de la protección pretendida para los contratos de estabilidad jurídica, la Ley 963 de 2005, por la cual se introdujo esta figura en el ordenamiento jurídico nacional, indica lo siguiente respecto al objeto de estos negocios jurídicos:

“Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-541 de 2008.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-468 de 1997.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente”.

Con esto es claro que la figura de los contratos de estabilidad jurídica constituye en sí misma una herramienta para proteger a los inversionistas de las modificaciones futuras al ordenamiento jurídico, permitiendo el amparo de las condiciones inicialmente pactadas durante toda la vigencia de toda la relación contractual.

Por lo tanto, comoquiera que los intereses a protegerse con la modificación del artículo 333 constitucional ya se encuentran amparados de manera efectiva y suficiente en nuestro ordenamiento jurídico, esta Superintendencia no encuentra necesaria la adición propuesta.

En segundo lugar, el artículo 2 del proyecto propone la adición de segundo párrafo al artículo 334 de la Constitución, el cual quedaría así:

*“**PARÁGRAFO SEGUNDO.** Si bien la dirección general de la economía se encuentra a cargo del Estado, su intervención no podrá darse con el fin de nacionalización de propiedad privada nacional o extranjera, salvo lo establecido de conformidad con el artículo 58, ni podrá, de forma directa o indirecta, propender a la creación de monopolios económicos e industriales”.*

Como se observa, lo pretendido limitaría la intervención del Estado en el ejercicio de la dirección general de la economía que se encuentra a su cargo por expreso mandato del artículo 334 de la Constitución Política, bajo los siguientes preceptos: (i) impedir la nacionalización de la propiedad privada nacional o extranjera, salvo en los casos previstos en el artículo 58 constitucional y; (ii) prohibir la creación de monopolios económicos o industriales por parte del Ejecutivo.

Al respecto, esta Superintendencia no encuentra necesaria la adición propuesta al artículo 334 de la Constitución Política, pues la misma norma superior cuenta con disposiciones donde se establece lo pretendido con la iniciativa legislativa del asunto.

En relación con la primera parte de la modificación prevista en el proyecto —sobre la nacionalización de la propiedad privada—, debe advertirse que el artículo 58 de la Constitución dispone el alcance normativo del derecho constitucional a la propiedad privada. Al respecto, la **CORTE CONSTITUCIONAL** ha reconocido que este derecho no es absoluto y, por tanto, tiene la vocación de ceder ante el interés público en ciertas circunstancias específicas previstas por la propia Constitución⁸. Sin perjuicio de ello, el Alto Tribunal ha fijado de manera categórica las condiciones necesarias para la limitación de la propiedad privada, entre las cuales ha dispuesto:

⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-669 de 2015.

“(…) (i) que se presente por motivos de utilidad pública o de interés social previamente definidos por el legislador; (ii) que la expropiación se realice mediante decisión judicial o administrativa, esta última sujeta a posterior acción contencioso administrativa incluso respecto del precio; (iii) que la expropiación se adelante con respeto del principio de legalidad, esto es, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley; (iv) que la expropiación comprenda una etapa previa de enajenación voluntaria o negociación directa, a partir de una oferta por parte de la entidad administrativa; y (v) que se pague una indemnización previamente al traspaso del derecho de propiedad a la Administración, la cual debe ser justa”⁹.

Por lo tanto, ha concluido que la expropiación o adquisición de un bien por razones de utilidad pública e interés social se encontrará acorde con los mandatos constitucionales siempre y cuando respete los valores fundamentales del “*Estado Social de Derecho*”, en particular, el (i) principio de legalidad, (ii) el debido proceso, (iii) el acceso a la justicia y (iv) la indemnización justa¹⁰. Así mismo, téngase en cuenta, el inciso primero del artículo 34¹¹ superior prohíbe la confiscación, mecanismo a través del cual el Estado de manera arbitraria priva a los particulares de sus derechos.

Así las cosas, la procedencia de la expropiación se encuentra estrictamente reglada en el ordenamiento jurídico colombiano y podrá realizarse únicamente ante el cumplimiento riguroso de los requisitos previstos por el Legislador.

Por otra parte, en relación con la segunda parte de la modificación prevista en el proyecto —relacionada con la creación de monopolios económicos— esta Superintendencia advierte que la posición de dominio o concentración de poder de mercado no necesariamente implica una situación indeseable o negativa para los consumidores. Lo anterior, toda vez que la situación indeseable sólo se configura cuando el agente en posición de dominio incurre en una práctica abusiva que puede ser de exclusión y/o abuso de explotación¹².

Sobre este tema, la **CORTE CONSTITUCIONAL** ha sostenido que el comportamiento reprochable no es la posición de dominio en sí misma, sino el abuso de dicha ella, a saber:

“(…) en el ordenamiento Constitucional se impone la obligación de evitar y controlar los abusos, pero no la adquisición de la posición de dominio a la que puede llegarse mediante actos de competición transparentes e irreprochables. No se impide la adquisición de poder de dominio del mercado, sino que adquirida la posición dominante se utilicen medios irregulares y reprochables que impiden el desarrollo pleno de la competencia (...)

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-669 de 2015, en concordancia con la Sentencia C-133 de 2009.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-669 de 2015.

¹¹ El artículo 34 de la Constitución Política prohíbe las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

¹² Los abusos de exclusión comprenden aquellas prácticas que obligan a los competidores a no incurrir, abandonar o no expandirse el mercado. Por su parte, los abusos de explotación son los relacionados con la fijación de precios elevados, la disminución de la calidad o la variedad y, en general, todas aquellas acciones que le permiten enriquecerse de una manera que habría resultado imposible en un mercado competitivo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo – UNCTAD, “**ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE**”. Disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/c2clpd66_sp.pdf

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”¹³.

Lo anterior guarda sentido con la voluntad del Constituyente quien, respecto a la exposición de motivos del inciso cuarto del artículo 333 de la Constitución Política, señaló que no se persigue reprimir la concentración del mercado, sino la posición dominante tendiente a restringir la competencia o la libertad económica, pues esto último corresponde a una conducta perjudicial para la comunidad. Dicho de otra manera, el referido inciso cuarto del artículo 333 de la Constitución Política prevé la obligación a cargo del Estado de evitar o controlar cualquier abuso de la posición dominante o monopolística en el mercado.

Así, para la materialización de tales acciones la Ley 1340 de 2009 faculta a esta Superintendencia para conocer en forma privativa las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia, imponer las multas y adoptar las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia a las que hubiere lugar. Adicionalmente, norma en cuestión también aplica para: (i) prácticas comerciales restrictivas, esto es, acuerdos, actos y abusos de posición de dominio; y (ii) el régimen de integraciones empresariales.

Aunado a lo anterior, las normas especiales de cada sector económico también propenden por evitar conductas de abuso de la posición monopolística de las empresas. A manera de ejemplo se destaca: (i) la Ley 1341 de 2009¹⁴, la cual regula de libre competencia en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, asignando a la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES** y al **MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES** la función de velar por las condiciones de competencia en los mercados y evitar prácticas monopolísticas; (ii) la Ley 142 de 1994¹⁵, la cual establece pautas de competencia respecto de los servicios públicos domiciliarios e impone a los prestadores la obligación de abstenerse en la realización de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia y; (iii) la Ley 143 de 1994¹⁶, la cual contiene disposiciones orientadas a promover la libre competencia y a intervenir en aquellas situaciones de monopolio natural a efectos de asegurar la prestación eficiente del servicio del sector eléctrico en términos económicos¹⁷.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-616 de 2001.

¹⁴ “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.”

¹⁵ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”

¹⁶ “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.”

¹⁷ Artículo 7 de la Ley 143 de 1994: “En las actividades del sector podrán participar diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, de conformidad con los artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional, y el artículo 3 de esta Ley”.

Finalmente, debe advertirse que la modificación propuesta, consistente en impedirle al Estado la creación de monopolios económicos o industriales, entraría en contradicción con otras normas de carácter constitucional. Por ejemplo, con el artículo 336 superior, donde se autorizan los monopolios por ministerio de la Ley como arbitrio rentístico, bajo la titularidad exclusiva del Estado y tengan una finalidad de interés público o social.

Cabe advertir, sobre esta base la **CORTE CONSTITUCIONAL** ha definido el monopolio rentístico como *“un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación”*¹⁸. En ese sentido, el referido artículo 336 constitucional le concedió expresamente al Estado la posibilidad de obtener las rentas producidas por monopolios establecidos para determinadas actividades económicas —específicamente frente a la comercialización de licores y los juegos de suerte y azar—.

En conclusión, esta Superintendencia considera que la modificación propuesta para el artículo 334 constitucional no resulta conveniente, pues, por una parte, existen disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que protegen de forma suficiente lo pretendido con la iniciativa legislativa objeto de análisis y, de otro lado, en cierta medida lo sugerido podría resultar contrario a la misma Carta Política, según se expone en líneas precedentes.

De esta forma esperamos haber contribuido al enriquecimiento de tan importante iniciativa, quedando a disposición para resolver cualquier inquietud sobre el particular.

Cordialmente,



MARÍA DEL SOCORRO PIMIENTA CORBACHO
SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Elaboró: Luisa Montero/ Fernando Pastran
Revisó: Francisco Melo/ Mateo Ibarra/ Héctor Barragán
Aprobó: María Isabel Salazar

¹⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-540 de 2001.