

**LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA
EN EL DERECHO COLOMBIANO
REFLEXIONES SOBRE SU ALCANCE Y SU
ÁMBITO DE APLICACIÓN**

SERGIO ROJAS QUIÑONES*

RESUMEN

Una de las novedades que en su momento incorporó la Ley 1340 de 2009 fue la denominada *abogacía de la competencia*. En efec-

* Estudió Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y está admitido para el máster en Derecho de Daños de la Universidad de Girona, España. Es miembro del Centro de Estudios de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana, investigador del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la misma universidad y asociado de la firma Salazar, Pardo & Jaramillo abogados. En su trayectoria académica ha publicado varios libros, entre los que se destacan '*La responsabilidad del franquiciante por hechos del franquiciado*' (España, 2012), '*Retrospectiva y prospectiva del derecho de la competencia en América Latina*' (Colombia, 2012), y '*Vinculatoriedad de laudos arbitrales frente a terceros: la doctrina del Collateral Estoppel y el replanteamiento de la cosa juzgada tradicional*' (España, 2012). También ha sido autor de múltiples artículos publicados en revistas indexadas nacionales y participado como ponente o conferencista en estos temas en universidades nacionales e internacionales.

to, inspirada en homólogas del derecho comparado, esta disposición trajo consigo una particular manifestación de la forma en que la autoridad local de competencia puede intervenir en los proyectos de regulación estatal que tendrán incidencia, directa o indirecta, en este tipo de temas. Sin embargo, como toda novedad, su recepción en el derecho local no ha sido para nada pacífica. Las disquisiciones teóricas sobre su alcance y contenido han estado acompañadas de tensas controversias políticas por el empoderamiento que este instituto representa para la administración. Por eso es por lo que el presente artículo pretende fijar mejor su teleología y contenido, a partir de una descripción general de la figura en la esfera internacional y, ulteriormente, de su regulación en el derecho nacional. En concreto, se dilucidará en qué casos procede la aplicación de la consabida *abogacía* y se aportarán algunos parámetros generales de los proyectos que requieren del concepto previo por parte de la autoridad de competencia local. Para finalizar, el lector podrá encontrar una metodología de pregunta-respuesta que, a modo de *test*, facilita el análisis del tema en cada caso particular.

Palabras clave: abogacía de la competencia, proyectos de regulación estatal, derecho de la competencia, Ley 1340 de 2009, autoridad de la competencia, *enforcement of Law*.

COMPETITION ADVOCACY AND COLOMBIAN LAW GENERAL SCOPE AND APPLICATION REQUIREMENTS

Abstract

The so-called ‘competition advocacy’ is one of the innovations incorporated to the anti-trust Colombian Law. Pursuant to section

7 of the Law N.1340 of 2009, regulation projects which may affect market's competence must be send to the local anti-trust authority in order to obtain a previous concept about its convenience and its effects. Thereby, the local enforcement of law is complemented by a previous intervention that theoretically improves the content and the impact of local rules and dispositions. Nevertheless, the application of this institution is far way from being peaceful or undisputed. According to recent positions, the local regulation of the competition advocacy is full of gaps and fissures that impede its adequate implementation. That is why the purpose of this article is to explain its general characteristics and to explore some basic rules that may help to clarify the cases in which the institution applies. The idea is to provide some theoretical and practical tools to understand the content and the scope of competition advocacy, due to its importance in Colombian antitrust Law.

Key words: *Competition advocacy, regulation projects, antitrust Law, Law 1340 of 2009, local antitrust authority, enforcement of Law.*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 1340 de 2009 se proclama a sí misma como una disposición legal *por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Su propósito fundamental, al tenor de su artículo 1o., es el de “... *actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional*” (se subraya). No es difícil entonces notar cómo la referida normativa legal hace hincapié en la importancia de proteger la competencia a nivel nacional, con lo cual,

simultáneamente, tiene una bondad y un defecto: la bondad es que reconoce el objetivo principal del derecho de la protección de la competencia contemporáneo, cual es, justamente, *proteger la competencia* –carácter defensivo–. El defecto, sin embargo, es que desconoce otro propósito estructural de esta rama del derecho, referido principalmente a la *promoción de la competencia*².

En efecto, como bien lo indica la propia Superintendencia de Industria y Comercio, la teleología actual del derecho de la competencia como género (esto es, tanto en el ramo de protección de la competencia, como en el de competencia desleal) no solo tiene que ver con la *protección* de la libre competencia económica, sino también con su *promoción* en las prácticas de los particulares y el Estado³. Esto, en términos gráficos, implica que el derecho de la competencia no es una práctica de simple *medicina curativa*, como

-
2. El desconocimiento de las funciones de promoción de la competencia, por parte de la Ley 1340 de 2009, no solamente resulta ostensible a partir del artículo 1º de la disposición en comentario, sino que, por lo demás, se colige también del artículo 28, a cuyo tenor “Las competencias asignadas, mediante la presente ley, a la Superintendencia de Industria y Comercio se refieren exclusivamente a las funciones de protección o defensa de la competencia en todos los sectores de la economía”. Esta situación fue también identificada por el Ministerio Comercio Exterior que, al respecto, señaló que la Ley 1340 estableció “... una diferenciación entre la protección y la promoción de la competencia. La SIC, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, tiene la función de proteger la competencia, no de promover la misma ...” (Ley 1340 de 2009. Pieza clave de la política de competitividad del Gobierno Nacional. Ministerio de Comercio Exterior, Industria y Turismo. Junio de 2010). Lo anterior, en cualquier caso, no deja de ser un contrasentido, en la medida en que, sin perjuicio de que la normativa solamente hace hincapié en las funciones de protección de la competencia, incluye elementos de típica promoción, como es, por ejemplo, la abogacía de la competencia (Cfr. RUBIO ESCOBAR, JAIRÓ. La abogacía de la competencia y el desarrollo de nuestro país. Superintendencia de Industria y Comercio. 2010 [En línea]).
 3. De manera paradójica respecto del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio afirma que ella “... protege al consumidor, no solo por medio de la imposición de sanciones por la violación de normas que regulan relaciones de consumo, sino a través de otras dos áreas que le competen: propiedad industrial y promoción de la competencia. Con alguna frecuencia se suele cuestionar por qué tres disciplinas tan aparentemente distintas como son la

suele pensarse, sino que también funge como *medicina preventiva*, en la medida en que procura evitar vulneraciones a la libre competencia económica, cuando quiera que estas puedan surgir a partir de las conductas de los agentes o de las prácticas del Estado.

propiedad industrial, la protección del consumidor y la promoción de la competencia se encuentran asignadas a una misma entidad, la Superintendencia de Industria y Comercio (Superindustria). Pues bien, quienes así piensan, desconocen la estrecha relación que existe entre estas tres áreas, las cuales (...) constituyen tres disciplinas diferentes, pero con un objetivo común: el bienestar del consumidor (...) Pero la protección al consumidor no solo se logra con la propiedad industrial sino también con la promoción de la competencia. En efecto, sean cuales sean las diferentes finalidades que se busquen con el derecho de la competencia, lo cierto es que el objetivo principal y primario del mismo es el bienestar de los consumidores. La competencia lleva a que las empresas sean eficientes y esas eficiencias hacen que se les garantice a los consumidores un nivel excelente de calidad y precio de los bienes y servicios. Con competencia, se logra que exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. Si no existiera competencia, los consumidores nos veríamos abocados a adquirir el bien que se nos ofrezca, sin importar su calidad y precio, pues es el único en el mercado ...”. Superintendencia de Industria y Comercio. Tres ángulos diferentes de un objetivo común: el bienestar del consumidor [En línea] <http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=1620&template=Imprimible>. Esta opinión es compartida por EUGENIO RIVERA y ADOLFO RODRÍGUEZ, quienes, aludiendo a la esfera latinoamericana y, especialmente, al sector bancario, explican que “... La modernización de la banca, su creciente internacionalización, los procesos de desintermediación bancaria y la importancia de la competencia para asegurar un desempeño eficiente de la industria plantean una serie de problemas institucionales de interés académico y de gran relevancia desde el punto de vista de las políticas públicas (...) un tema de carácter institucional que se plantea con creciente insistencia es la regulación de la competencia. En los últimos años ha habido un proceso de fusiones y adquisiciones que ha concentrado la propiedad de la banca y facilitado su regionalización. Aunque se han reducido ligeramente, los márgenes de intermediación y las comisiones se mantienen en niveles altos, lo cual hace presumir que el grado de competencia en el sector es bajo. Esto justifica la necesidad de adoptar prácticas que, más que proteger la competencia, busquen su promoción o desarrollo ...” (RIVERA, EUGENIO y RODRÍGUEZ, ADOLFO. Competencia y regulación en la banca de Centroamérica y México. Un estudio comparativo. Organización de las Naciones Unidas y Cepal. México, 2006, pág. 8). Cfr., entre otros, FERNÁNDEZ, MARCO. *Análisis de la competencia en un sistema bancario con integración financiera internacional: El caso de Panamá*, Proyecto CEPAL/IDRC Reforzando la Competencia en el Istmo Centroamericano: Políticas e Instituciones Nacionales, Coordinación Regional y Participación en Negociaciones Internacionales, documento no impreso.

Así las cosas, en asocio con la protección de la competencia, la normativa actual ha implementado una serie de herramientas o instrumentos jurídicos cuyo objeto es la *promoción de la competencia*⁴. Dentro de tales instrumentos se encuentra la novedosa figura de la *abogacía de la competencia*, regulada, a nivel nacional, por el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 y cuyo propósito estructural es justamente el de prevenir que una regulación estatal redunde en perjuicio de la competencia económica, para lo cual sujeta los proyectos de regulación que puedan tener dicho efecto, a un concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad en esta materia⁵. Así, cuando exista un *proyecto de regulación estatal pueda tener incidencia en la libre competencia de los mercados*, la mencionada Superintendencia podrá expedir concepto previo, con lo que se espera que proteja el régimen competencial frente a disposiciones desafortunadas que, de una u otra manera, la perjudiquen o amenacen con perjudicarla.

-
4. Sobre este particular, vid. por ejemplo, ÁLVAREZ LONDOÑO, LUIS FERNANDO. Últimas tendencias en derecho de la competencia de América Latina, en *Revista Vniversitas*, No. 115, Pontificia Universidad Javeriana, enero a junio de 2008, págs. 248-262. Vid. también, Banco Mundial. Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD). *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Chapter 6, at 93, 1998.
 5. Como en su momento se verá, el rol de la abogacía de la competencia es permitir la “... intervención de la agencia pública de competencia en los asuntos relacionados con la regulación pública de la libertad de empresa y, en general, la libre competencia privada (...) en ese sentido, la abogacía de la competencia es una manifestación de la promoción de la competencia por virtud de la cual la autoridad interviene, no para corregir una conducta anticompetitiva o, en general, una práctica restrictiva de la competencia, sino para manifestar su opinión y consideraciones frente a iniciativas de regulación relacionadas con la competencia ...”. Advocacy Working Group. *Advocacy and competition policy*. ICN’s Conference. Nápoles, Italia. 2002. [En línea] <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>. Cfr. OECD. *Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries* [Online] <http://www.oecd.org/dataoecd/52/42/32033710.pdf>

El problema, sin embargo, es que el ejercicio de la abogacía de la competencia, a pesar de loable, no es tan pacífico, en la medida en que puede llegar a convertirse en una puerta de intervención e intromisión en las competencias de otros órganos del Estado. Por eso es por lo que se trata de una figura que usualmente es vista con recelo. De hecho, la posibilidad de que un órgano de control, como es la Superintendencia, pueda conceputar sobre proyectos de regulación administrativa es, a simple vista, un asunto bastante complejo desde el punto de vista de las relaciones de poder y la estructura funcional del Estado⁶. Ello ha llevado a que, por ejemplo, los ministerios pregunten en qué casos sus actos deben solicitar concepto previo del mencionado organismo de control, para lo cual, en general, se han proferido

-
6. Como es sabido, la figura de la abogacía de la competencia no es de origen nacional o latinoamericano. Se trata de un instituto desarrollado a través de diferentes ordenamientos e impulsado por organismos internacionales y académicos interesados en la materia. En esa medida, el debate por el conflicto de competencias no es una cuestión nueva o exclusiva del ordenamiento patrio. No: ya en otros Estados, la incorporación de diferentes manifestaciones de la abogacía de la competencia ha generado reparos por parte de los órganos que deben someter sus proyectos de regulación a la autoridad competente. Así lo pone de presente, por ejemplo, el reporte de la Red Internacional de Competencia en materia requerimientos y recomendaciones adoptadas por los países miembros, y en el que justamente se pone de presente que uno de los retos que, en la actualidad, enfrenta la figura de la abogacía de la competencia tiene justamente que ver con la renuencia que, frente a su implementación, plantean otros órganos de los Estados analizados (Vid. International Competition Network. Report on Assessment of ICN Members' Requirements and Recommendations on Further ICN Work on Competition Advocacy. Junio de 2008. Zurich, pág. 8 y ss. El problema es también descrito por otras fuentes especializadas en la materia. Al respecto, vid. KOVACIC, W.E. Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 23, N° 2, 1997; RODRÍGUEZ, ARMANDO y COATE, M.B. "Competition Policy in Transition Economies. The Role of Competition Advocacy", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 23, N° 2, 1997.

una serie de disposiciones que buscan dirimir la controversia, como son el decreto 2897 de 2010 y la Resolución 44649 de 2010⁷.

En cualquier caso, el debate continúa frente a múltiples actos que se sitúan en una zona gris y que han sido objeto de no pocas controversias. Así sucede, por ejemplo, con las medidas adoptadas por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo en relación con las prácticas de competencia desleal internacional, o con los procedimientos licitatorios relativos al sector de telecomunicaciones, aspectos que no dejan de suscitar dudas y reparos en torno a la conveniencia o no de que la Superintendencia intervenga en los mismos. Por eso es por lo que el presente texto tiene por objeto ocuparse de esta problemática y resolver una pregunta estructural, a saber: *¿cuáles son los contornos y en qué casos procede la intervención de la autoridad de competencia en ejercicio de la denominada abogacía de la competencia en los términos en que resultó regulada en el derecho nacional?*

Para resolver este interrogante, en un primer segmento se explicará cuál es el alcance y la finalidad que inspira, desde la perspectiva comparada y nacional, la figura de la *abogacía de la competencia*, para luego esbozar los casos en los cuales se debe aplicar en el derecho colombiano, habida cuenta de las disposiciones legales y reglamentarias que la orientan. Al finalizar el lector encontrará, a modo de propuesta, un *test* que permitirá identificar qué proyectos de regulación deben remitirse a la auto-

7. Es importante destacar que, en cualquier caso, la Superintendencia de Industria y Comercio se ha esforzado por hacer una labor representativa en esta materia. Así, sin perjuicio de los escollos y dificultades que ha debido enfrentar, ha emitido concepto sobre más de treinta proyectos de regulación, desde la implementación de la figura, lo que refleja un trabajo algo comprometido con la función de promoción de la competencia. (Los conceptos rendidos por la Superintendencia en esta materia, pueden ser consultados en <http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=14641&inf=20>).

ridad de la competencia en aras de que emita su concepto previo, aspecto este último en el que radica la principal contribución del presente estudio. La finalidad, en suma, es lograr un análisis teórico más detallado de la mencionada figura, para permitir así que se dimensione el alcance de su aplicación y su utilidad práctica en el ordenamiento local, como sigue.

2. NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

Como se anticipó, en el derecho de la competencia contemporáneo, la sola aplicación de la ley ante situaciones de distorsión de la estructura competitiva del mercado –*antitrust enforcement of law*, como se le denomina por la doctrina estadounidense–, es condición necesaria, pero no suficiente, para tutelar integralmente la libre competencia económica. Así, se ha entendido que la protección, cuando carece de promoción, asume un papel que puede resultar marginal toda vez que limita en gran medida su intervención a la resolución de problemas existentes, pero no a la prevención de la existencia de tales problemas⁸. Por eso es por lo que parte de la

8. JAIRO RUBIO ESCOBAR explica que “...la aplicación de la política de competencia tiene por objeto mantener y desarrollar una competencia eficaz en el mercado que se traduce en un aumento en la eficiencia y, por ende, en precios más competitivos y productos de mejor calidad y mayores posibilidades de elección en beneficio de los consumidores. Por ello, las autoridades de competencia debemos promover el proceso de rivalidad económica entre los agentes del mercado para atraer a los consumidores, que es en lo que consiste la competencia. El mecanismo por excelencia para estimular la competencia ha sido la aplicación de la ley –enforcement– cuando el mercado se distorsiona por prácticas anticompetitivas. Sin embargo, existen otras herramientas que pueden ser más efectivas, como lo es la abogacía de la competencia ...” (La Abogacía de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. 2007. [En línea] <http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=1575&ts=66705064b387572428517e38ae23e019>)

doctrina ha coincidido en afirmar que, a la par de estimular la competencia a través de la aplicación de las disposiciones legales frente a prácticas anticompetitivas –*enforcement*–, se hace necesario adoptar políticas que prevengan las mencionadas prácticas a través de la promoción o del impulso de la competencia, como valor y

(Cfr. CONRATH, C. Practical Handbook of Antimonopoly Law and *Enforcement* for an Economy in Transition. 1995). Como también lo indica el Banco Mundial, “... es comúnmente aceptada la concepción según la cual a las Agencias de Competencia solo les corresponde aplicar las Leyes *Antitrust* cuando quiera que se encuentren frente a prácticas comerciales restrictivas (*enforcement of law*) (...) sin embargo, la misión dichas agencias se extiende más allá de la mera aplicación de las sanciones previstas por el régimen de la competencia. Es lógico pensar que ellas deben también participar en el diseño de las políticas económicas de cada país cuando estas tengan la potencialidad de afectar el régimen de la libre competencia económica, la conducta de los agentes o la consecución del desarrollo (...) por eso es por lo que se afirma que es especialmente importante que las agencias, especialmente las de los países en vía de desarrollo, implementen los esquemas propios de la abogacía de la competencia. Ello, con más veras si se tiene en cuenta que en los países en tales condiciones –vía de desarrollo–, la adopción de políticas económicas ecuanímes y adecuadas a los contextos particulares, puede ser el motor de cambios significativos y sumamente importantes ...”. OECD. Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries [Online] <http://www.oecd.org/dataoecd/52/42/32033710.pdf>, pág. 1. En fin, como bien lo manifiesta la Red Internacional de la Competencia (en adelante, ICN), “... en los países que se ha implementado una Ley de competencia, combatir las prácticas restrictivas o, en general, contrarias al libre juego de la oferta y la demanda en el mercado, puede ser fácilmente logrado a través de las sanciones (*enforcement*). Sin embargo, tales sanciones no son eficaces respecto de las prácticas relacionadas con la regulación pública de la economía, las que, estén influenciadas o no por grupos de presión, nacen a la vida jurídica como perfectamente legales y, en esa medida, al ser regulatorias, están por encima del *enforcement*, ya que están amparadas por la licitud. Por eso es por lo que se torna importante acompañar la ejecución de la ley, desde el punto de vista sancionatorio, con políticas de promoción de la competencia que, como la abogacía de la competencia, hagan frente a los posibles efectos anticompetitivos de las regulaciones ...” Advocacy Working Group. Advocacy and competition policy. ICN’s Conference. Nápoles, Italia. 2002. [En línea] <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>, p.ii.

bien jurídico deseable para las economías nacionales y el comercio internacional⁹.

La abogacía de la competencia nace justamente en este contexto promocional, en la medida en que su labor no es tanto sancionatoria-represiva, como sí preventiva y difusiva. Se trata, en general, de una invitación a respetar la libre competencia económica y a propugnar por prácticas que la favorezcan, antes de la existencia de una vulneración que amerite sanción. Por ello, se reitera, más que una forma de medicina curativa, es una forma de

9. Es ilustrativo, por decir lo menos, la descripción que, como síntesis, hace la profesora CLAUDIA CURIEL LEIDENZ en esta materia, la que nos permitimos, transcribir, *in extenso*, dada su importancia. Al respecto la profesora afirma que "... La primera distinción para profundizar en las tradicionales definiciones de abogacía parte del concepto mismo de eficiencia formulado desde la perspectiva de las teorías de equilibrio general. En ese sentido, la falla de mercado entendida como monopolio justifica la intervención del Estado en función de alcanzar niveles de eficiencia –léase asignación de recursos– que no ocurrirían espontáneamente. En ese sentido, la intervención se ha asociado particularmente con la labor de *enforcement* de las agencias *antitrust*. Esa labor de *enforcement*, o de aplicación de las leyes *antitrust* en toda su extensión, se dirige en principio a detectar y levantar conductas que son consideradas anticompetitivas. En este contexto, hace una referencia general, pero dentro del contexto del enfoque moderno, sin tocar interpretaciones sobre intervención de las oficinas *antitrust* en temas de estructura de mercado, tal como fue durante la posguerra y hasta 1973 el enfoque norteamericano en materia de concentraciones económicas o fusiones. De acuerdo con algunos autores, en los Estados Unidos las leyes *antitrust* son ejecutadas por el gobierno y por acciones privadas (básicamente a través de la introducción de demandas en las cortes). Desde el punto de vista del gobierno, las acciones van desde la persecución de prácticas civiles y criminales hasta la publicación de los criterios según los cuales se evalúan los posibles daños al mercado que se desprenderían de las acciones privadas. La conceptualización de fallas de mercado explica en principio el porqué de un régimen que persiga las prácticas de ejercicio de poder monopolístico. Esto en la medida en que se podrían clasificar según el criterio expuesto por el profesor LANDE (1996) como fallas exógenas a la actuación de los consumidores como agentes económicos. En ese sentido, estas fallas implican la disminución de opciones a los consumidores y de allí pérdidas de eficiencia que están asociadas con la competencia en precios y con las demás dimensiones de competencia. Es por esto que la mayor parte de las ineficiencias que se persiguen son de carácter conductual y estructural. Sin embargo, el mismo hecho de que los regímenes de competencia

medicina preventiva, lo que permite dilucidar sus tres principales rasgos característicos, a saber:

- a. En primer lugar, se debe anotar que la abogacía se ubica, como es natural, en el ámbito de la *promoción de la competencia*. En efecto, se trata de una figura de desarrollo re-

se entiendan un poco más allá del sentido *antitrust*, en la medida en que al disponer de herramientas para prever situaciones en las cuales podrían restringirse opciones a los consumidores se abre la posibilidad de conformar un sistema preventivo, y es precisamente ese el enfoque moderno de política de competencia que concatena los planteamientos manejados en este trabajo. Esto en la medida en que muchas veces esa ausencia de opciones se desprende del diseño de marcos regulatorios particulares, del establecimiento de barreras a la entrada, de la forma de actuación del Estado mismo en la economía y de la concepción del sector privado acerca de su rol dentro del sistema económico, que deriva bajo una interacción muy interesante en el marco de desarrollo institucional que finalmente alcanza una sociedad. De esta manera, corregir la falla de mercado que es exógena a los consumidores implica diseñar una política de competencia de sentido más amplio, que atienda a la parte conductual que antes denominamos *enforcement* y los elementos señalados en el párrafo anterior. Todas las políticas y actuaciones que en este último sentido pueda tomar el Estado es lo que entenderemos en adelante como abogacía de la competencia. En los países cuyas economías se encuentran en transición hacia un proceso de apertura y conformación de un sistema de libre mercado, este papel de las agencias de competencia cobra un rol más importante, y en ese sentido los encargados de implementar la política de competencia tienen una responsabilidad bastante retadora, pues en una gran parte de los casos deben crear la competencia y no meramente protegerla. Esa tarea requiere enfocarse en los objetivos fundamentales de la política de competencia en estos países, cuya revisión es necesaria para adecuar la efectividad de la política de competencia en el contexto de transición que se ha señalado. En ese contexto, la abogacía no está referida solamente a divulgar los alcances de la ley, sino a tratar de inculcar las opciones que la competencia implica para las empresas, más aún cuando los empresarios en estos países generalmente tienen una inercia de cartelización importante...” (CURIEL LEIDENZ, CLAUDIA. Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina. Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el Derecho y la Política de Competencia. New York y Ginebra. 2000, págs. 16 y ss.). Cfr. JATAR, A.J., Implementing Competition Policy in Recently Liberalized Economies: The Case of Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Caracas. 1993.

lativamente reciente cuyo propósito fundamental, como su propio nombre lo indica, es *abogar* por prácticas que favorezcan la libre competencia económica¹⁰. En ese sentido, parte justamente de la concepción contemporánea por virtud de la cual, además de sancionar las distorsiones a la estructura competitiva del mercado, el derecho de la competencia debe también cumplir una función promocional, esto es, de difusión de las prácticas competitivas, tanto desde la óptica de los agentes económicos, como desde la perspectiva de las regulaciones legales y las reglamentaciones administrativas¹¹. No en vano, varios autores afirman que el ejercicio de la abogacía de la competencia, como principal componente de la denominada *promoción de la competencia*, es el complemento perfecto del régimen de protección, en la medida en que propugna por una mentalidad que, *ex ante* a la sanción o la represión, vele por la integridad del mercado competencial. Los beneficios de este tipo de intervención, no sobra anotarlos, son considerados como equivalentes a los que trae la aplicación de la ley frente a comportamientos anticompetitivos –*enforcement*–¹².

-
10. Cfr., entre otros, OECD Global Forum on Competition. Challenges/obstacles faced by competition authorities in achieving greater economic development through the promotion of competition. Contribution from the United States. Ccnm/gf/comp/wd(2004)30. del 5 de febrero del 2004. COOPER, JAMES C, PAUTLER, PAUL A. y ZYWICK I, TODD J. “Theory and practice of competition advocacy at the FTC”, En: Antitrust Law Journal. 2005, N° 72, págs. 1091 y ss. EVENETT, SIMON J. Competition advocacy: time for a rethink? En: Northwestern Journal of International Law & Business, N° 26.
 11. *Ibidem*, pág. 31.
 12. Al respecto, vid. entre otros, CURIEL LEIDENZ, CLAUDIA. Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina, COOPER, JAMES C, PAUTLER, PAUL A. y ZYWICK I, TODD J. “Theory and practice of competition advocacy at the FTC”, págs. 1091 y ss. Resulta elocuente, por lo demás, la concepción de la Organización para el

- b. En segundo lugar, como parte de la promoción de la competencia, su puesta en práctica corresponde, por lo general, a la autoridad de competencia local –en el caso colombiano, la Superintendencia de Industria y Comercio¹³–. Ello es así porque, al decir de la doctrina mayoritaria, para que la abogacía de la competencia tenga una aplicación efectiva, es necesario que su ejercicio sea radicado en cabeza de un ente independiente, con recursos suficientes y con la credibilidad necesaria, lo cual, en general, se resume en la existencia de un ente especializado en asuntos de competencia que sea capaz de asumir la función con rigor técnico y que tenga autonomía financiera y asignaciones presupuestales que le permitan ope-

Desarrollo y la Cooperación Económica que, al respecto, expresa que “... una definición comúnmente aceptada de abogacía de la competencia es que esta última incluye todas las actividades de la agencia de la competencia que tienen por objeto la promoción de la misma y que son diferentes de las relacionadas con la sanción por prácticas restrictivas. Una definición como esta sugiere que la abogacía y el *enforcement* de las normas relacionadas con la competencia, son nociones mutuamente excluyentes, pero, en realidad, no lo son: se trata de figuras que, en muchos aspectos, son independientes, pero complementarias. Construir una adecuada política de la competencia tiene evidentes efectos favorables en la posibilidad de sancionar conductas anticompetitivas ...”. OECD. Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries [Online] <http://www.oecd.org/dataoecd/52/42/32033710.pdf>, pág. 9.

13. Así lo indica, como es natural, el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009, a cuyo tenor “Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2º del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta” (se subraya).

rar, sin perjuicio de las naturales falencias que pueden llegar a presentarse¹⁴.

- c. Finalmente, es preciso acotar el campo de acción de la abogacía de la competencia es mucho más amplio que el de la simple intervención en los proyectos o iniciativas de regulación, a pesar de que así lo consagre, en forma limitada, el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009. Frente a este particular, ya se advertía que la abogacía de la competencia, como figura, procura *abogar por las prácticas competitivas y la libre competencia económica* en diversas facetas, esto es, propugnar por un mercado en competencia, no solo desde la óptica regulatoria o normativa, sino desde diferentes aristas. Así, la abogacía de la competencia no se limita a intervenir en la promoción de

14. Como bien lo indica la OECD, "... existen una serie de prerrequisitos necesarios para que lograr una efectiva abogacía por parte de la agencia de la competencia. Al respecto, se pueden encontrar, al menos, tres de ellos: a) La agencia debe detentar un grado significativo de independencia respecto de la influencia política, tanto desde el punto de vista gubernamental como no gubernamental (...) esa independencia debe ser estructural y operacional. Es estructuralmente independiente, cuando no está adscrita a una ministerio o a otro órgano del Estado (...) es operacionalmente independiente, cuando puede manifestar su posición en los procesos de regulación y toma de decisiones del Estado y cuando puede formarse un criterio diferente al de la administración central (...); b) La agencia debe, además, tener suficientes recursos para cumplir cabalmente todas sus funciones (...); C) finalmente, debe gozar de credibilidad como una agencia efectiva e imparcial en asuntos relacionados con la competencia ...". OECD. Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries [Online] <http://www.oecd.org/dataoecd/52/42/32033710.pdf>, págs. 1-3; Cfr. SALERNO, H. El *Sistema de Defensa de la Competencia en Argentina*. Presentado en el Primer Encuentro de Responsables de Organismos Iberoamericanos de Competencia. Cartagena de Indias, 3 a 6 de diciembre de 1995; PITTMAN, R. Antitrust and the Political Process en *Empirical Studies in Industrial Organization: Essays in Honor of Leonard W. Weiss*. Editado por D. B. AUDRETSCH y J. J. SIEGFRIED. Kluwer Academic Publishers, Países Bajos.

Ahora bien, es importante señalar que la autonomía y la independencia de la Agencia de Competencia no debe entenderse como una descontextualización frente al entorno político al que debe enfrentarse esta última. Es por eso que, con acierto, la

la competencia en sede regulatoria o reglamentaria, sino que, muy por el contrario, busca inculcar las prácticas de competencia en el mercado, tanto desde la posición de los agentes económicos, como desde la posición del ente regulador¹⁵. De ahí que resulte en exceso limitado o restrictivo afirmar que

profesora CURIEL LEIDENZ indica que “En relación con la autonomía de las agencias es apropiado establecer cuáles son los elementos que la caracterizan. En algunos trabajos se habla de la importancia de esa autonomía para lograr credibilidad por parte de las agencias, el potencial que tiene ese grado de autonomía en cuanto a disuadir actividades de rent seeking, y porque a partir de allí se logra divorciar funcionalmente los objetivos de la política de competencia de otros objetivos que pudieran ser transitorios y estar en contra de la eficiencia asignativa. La política de competencia no está aislada de los ciclos políticos. De acuerdo con PITTMAN (1992), se han realizado estudios empíricos acerca de cómo los ciclos políticos y los grupos de presión pueden tener incidencia en las decisiones de las oficinas *antitrust*. La aproximación que nos ha parecido más pertinente en relación con el tema político está asociada con un planteamiento de W. SHUGHART: «las propuestas de reforma para mejorar la política *antitrust*... son irrelevantes porque los beneficios y costos sociales no aparecen como argumentos en la función objetivo que es maximizada por los formuladores de políticas» (traducción libre). En este punto se abre un elemento de abogacía que se vislumbra como una condición necesaria para el proceso de desarrollo institucional: el grado de apoyo político que tengan las agencias. Tal como dice H. SALERNO (1995), la más importante contribución al desarrollo de los mecanismos de competencia radica en la política contextual de apertura, desregulación y privatización con marcos regulatorios que acotan al mínimo posible la limitación de la competencia. Sin embargo, la sostenibilidad de esos esfuerzos requiere de soporte político y la convicción de las dirigencias. Si no hay una aceptación dentro del sistema político acerca de apoyar los principios de competencia y de defender la tan costosa autonomía de las agencias se abre campo, por un lado, para la captura por parte de los sujetos de aplicación del marco regulatorio y, por otro, se pone en riesgo la capacidad de abogar que tengan las oficinas, particularmente en su actividad dentro de las distintas áreas del Estado ...?”. CURIEL LEIDENZ, CLAUDIA. Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina, págs. 24-25.

15. Cfr. Advocacy Working Group. Advocacy and competition policy. ICN's Conference. Nápoles, Italia. 2002. [En línea] <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>, págs. 30 y ss.; para el caso colombiano y la constatación del alcance de la abogacía de la competencia, vid. Derecho y Política de la Competencia en Colombia. OECD y BID. 2009, pág. 58.

la abogacía se expresa en el concepto previo emitido por la agencia de competencia —en nuestro caso, la Superintendencia de Industria y Comercio— frente a iniciativas de regulación que puedan tener efecto en la competencia del mercado, cuando en realidad su campo de aplicación es, de suyo, más amplio: consiste en la promoción competencial en general, es decir, en inducir prácticas competitivas en el mercado desde diferentes perspectivas¹⁶.

Con fundamento en estas tres particulares características, puede entonces afirmarse que la abogacía de la competencia es un grupo o serie de prácticas que, en el marco de la promoción de la competencia, adopta la agencia correspondiente, con el propósito de propugnar e incentivar la libre competencia en el mercado, tanto desde la óptica de los agentes económicos (productor y consumidor), como desde la perspectiva de los entes de regulación y reglamentación estatal. Puesto en otros términos, es “... el conjunto de actividades dirigidas por la autoridad de competencia relacionadas con la promoción de un ambiente competitivo para las actividades económicas, que no significa los mecanismos de aplicación, la cual se desarrolla principalmente a través de su relación con otras entidades gubernamentales y por la promoción de los beneficios de la competencia”¹⁷.

16. *Ibidem*.

17. Advocacy Working Group. Advocacy and competition policy. ICN's Conference. Nápoles, Italia. 2002. [En línea] <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>; Cfr. ÁLVAREZ LONDOÑO, LUIS FERNANDO. Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina, , pág. 258.

3. PRINCIPALES CAMPOS DE ACCIÓN DE LA FIGURA

Ahora bien, como puede notarse a partir de la noción anterior, dos son los principales campos de aplicación de la abogacía de la competencia:

- a. De una parte, se ocupa de la promoción general de los beneficios de la competencia. Por virtud de esta aplicación, la agencia se ocupa de promover una cultura de la competencia a nivel local, cuya premisa fundamental es incentivar a los productores y a los consumidores a favorecer la competitividad del mercado, indicando los beneficios que ello trae consigo¹⁸. Así, se espera que con fundamento en esta función, la auto-

18. Afirma JAIRO RUBIO ESCOBAR que "... La abogacía de la competencia comprende, en consecuencia, dos actividades por parte de la autoridad de competencia. Las primeras están orientadas a promover la cultura de la competencia, es decir, a concientizar a los productores, a los consumidores y a los entes gubernamentales respecto de los beneficios de la competencia como principio de organización de una economía. Las segundas, consisten en asesorar al congreso y al gobierno en la expedición de normas procompetitivas. La Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, como autoridad de competencia, se ha dedicado en los últimos años a promover la cultura de la competencia en el país pues, como lo ha señalado el Banco Mundial, los beneficios para la economía y para los consumidores derivados de una abogacía efectiva de la competencia son casi tan significativos como los beneficios de la aplicación de la ley –enforcement–. Entre las acciones puede citarse la realización de talleres y seminarios sobre los alcances de la legislación y la unión de esfuerzos con organismos internacionales y autoridades de competencia de otros países con el propósito de organizar actividades de promoción y difusión, como lo fue el seminario internacional sobre políticas de competencia que se llevó a cabo el año pasado con la participación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, y de 35 autoridades de competencia de América Latina y Europa. Solamente en la medida en que los participantes del gobierno, los empresarios, la academia y los consumidores tomen conciencia de la importancia de la competencia, podrá el país gozar de sus beneficios ...” (La abogacía de la competencia. *Op. cit.*, pág. 2). Otra parte de la doctrina indica que, en el marco de esta faceta de la abogacía de la competencia, se incluyen "... 1. Actividades de promoción acerca de los objetivos y alcances de las legislaciones. 2. Desarrollo y divulgación

ridad de control ponga en práctica una política de difusión e información en materia de competencia que, en primer lugar, permita comprender la importancia de favorecer las variables de competitividad en el mercado y, en segundo lugar, le haga ver a los agentes económicos la trascendencia de la labor de la agencia de competencia y la responsabilidad social que acarrea el respeto por las disposiciones vigentes en esta materia. En últimas, esta primera tarea es asimilable a una *capacitación publicitaria constante*, cuyo efecto, en el corto y el largo plazo, debe ser el de disminuir la ignorancia o el desconocimiento de las disposiciones vigentes no como simples mandatos de ley, sino realmente como criterios de optimización del mercado que, al promover la contienda entre productores u oferentes, redundan en beneficio de la otra curva del mercado.

Esta finalidad, como lo indica JAIRO RUBIO ESCOBAR, puede lograrse a través de diferentes mecanismos, como son, por ejemplo, "... la realización de talleres y seminarios sobre los alcances de la legislación y la unión de esfuerzos con orga-

de la doctrina. 3. Evacuación de consultas y trabajos de investigación. 4. Inserción dentro de los mecanismos de debate dentro del Ejecutivo. 5. Elaboración de informes técnicos y asesoría en materia de diseño y discusión de leyes. 6. Relaciones con los órganos jurisdiccionales. 7. Relaciones con organismos regulatorios en sectores especiales. Tres premisas fundamentales soportan la ilación de los elementos señalados. La primera de ellas se refiere a la legislación de competencia como *ley marco* de la economía, de lo cual se desprende la necesidad de reinterpretar y redimensionar la forma de actuación del Estado en la economía. La segunda consiste en el carácter transversal de la política de competencia, cuyo reconocimiento por la sociedad implica trabajo a nivel del Estado y el sector privado. La tercera premisa, que se deriva de las dos anteriores, incorpora que el resultado de aplicar el modelo de abogacía propuesto no solamente modifica el modelo tradicional de abogacía sino que convierte, al final, al ciudadano y al consumidor en garantes de las instituciones del modelo económico que se conforme ...” CURIEL LEIDENZ, CLAUDIA. Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina, *op. cit.* págs. 3-4.

nismos internacionales y autoridades de competencia de otros países con el propósito de organizar actividades de promoción y difusión...¹⁹. Así, se ponen en marcha una serie de mecanismos cuyo objetivo primario, se reitera, será dar a conocer a la comunidad en general, la importancia de la competencia y, con fundamento en ello, el sentido socioeconómico que subyace a la estructura competitiva del mercado, a la gestión de la agencia de competencia y, como es obvio, a las disposiciones que rigen la materia.

Con todo, resulta paradójico que en el artículo intitulado *abogacía de la competencia* de la legislación colombiana (artículo 7° de la Ley 1340 de 2009), no se hubieren incluido también las medidas tendientes a lograr esta finalidad. Su omisión –consciente o inconsciente–, puede sustraerles demasiado vigor en la práctica y librar su aplicación a las buenas intenciones y a la discrecionalidad de las autoridades del momento. Así las cosas, resulta extraño que se hubiere perdido la oportunidad que proporcionó la Ley 1340 para introducir un compromiso mayor con la abogacía de la competencia y, en esa medida, asignar a la Superintendencia, una responsabilidad concreta en este punto.

- b. En segundo lugar, la abogacía se manifiesta también en la posibilidad que tiene la agencia de la competencia de intervenir en los proyectos de regulación que expidan otras autoridades y que tengan o puedan llegar a tener efectos sobre la competencia²⁰. Esta facultad permite que las políticas del Estado

19. RUBIO ESCOBAR, JAIRO. *La abogacía de la competencia*. *Op. cit.*, pág. 2. Cfr. Derecho y Política de la Competencia en Colombia. *Op. cit.* pág. 58.

20. Cfr., entre otros, KHEMANI, R. y DUTZ, M. «The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Developments», en *Regulatory Policies and Reform in Industrializing Countries*. CLAUDIO R. FRISTAK, ed., World Bank, 1995;

cuenten con una suerte de control, a la par que de sustento técnico, cuando van a ser expedidas, para que sus efectos no sean nocivos. El inconveniente, como ya se señaló, es que, desde el punto de vista de la separación de funciones y asignación de competencias, puede tratarse de una figura muy controversial, dadas especialmente las injerencias que puede llegar a generar. Por eso es por lo que los ordenamientos del mundo que han decidido positivizarla, lo han hecho con matices y límites precisos, que no conduzcan a que esta manifestación de la abogacía de la competencia se convierta en un freno o un obstáculo insuperable para la aprobación de regulaciones concretas. Ello, si bien ha permitido que la figura tenga una mayor acogida, ha conducido a que no sean pocas las zonas grises frente al ejercicio de la misma. Así ha sucedido en el caso colombiano, en el que se le dio carta de ciudadanía a la figura a través del citado artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, cuyo tenor dispone que “[a]demás de las disposiciones consagradas en el artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”.

ANDERSON, R. y KHOSLA, D. Competition Policy as a Dimension of Economic Policy: A Comparative Perspective. Economics and International Affairs Directorate, Bureau of Competition Policy, Canadá, mayo de 1994, y, especialmente, STUCKE, MAURICE. Better competition advocacy, en *St. John's Law Review*. Vol. 82, 2008, págs. 951.

Nótese cómo la norma se ocupa de limitar y precisar, *grosso modo*, los actos frente a los cuales procede la abogacía de la competencia. Así las cosas, circunscribe la figura a *los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados*, enunciado que es objeto de posterior delimitación en el decreto 2897 de 2010 que diseña unos parámetros para facilitar la labor del intérprete en lo relacionado con la determinación de si un acto está sujeto o no a la abogacía de la competencia. Con todo, la cuestión, en cualquier caso, no es nada pacífica, toda vez que, como se anticipaba, la abogacía de la competencia puede implicar injerencias de la Superintendencia en asuntos que corresponden a otros órganos y, en esa medida, puede llegar a ser vista con recelo. Por eso, a la par del interés académico, existe también un interés jurídico y político en precisar el alcance de la previsión del artículo 7º, en el sentido de determinar qué proyectos concretos deben someterse al concepto del órgano de control, como se desarrolla a continuación.

4. ACTOS Y PROYECTOS SUJETOS A LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO COLOMBIANO

Para responder a la cuestión anterior, lo primero que se debe advertir es que la determinación de los proyectos sujetos a la abogacía de la competencia implica una lectura conjunta o sistemática de tres fuentes en lo fundamental: el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009, el decreto 2897 de 2010 y la Resolución 44649, también de 2010²¹. Cada una de estas disposiciones individualiza o precisa

21. Como esquemáticamente lo indica a Superintendencia de Industria y Comercio, "... el artículo 7º de la Ley 1340 del 24 de julio de 2009 faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para llevar a cabo la labor de *Abogacía de la Competencia*, es decir para rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal, con el fin de estudiar su posible efecto sobre la libre competencia en los diversos

las características de los proyectos de regulación que deben ser notificados a la Superintendencia de Industria y Comercio. Así, el artículo 7° de la Ley 1340 simplemente consagra una expresión genérica (*proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados*) que es posteriormente precisada por el decreto y, desde el punto de vista metodológico y de los criterios orientadores, por la resolución²². De ahí que sea oportuno, para efectos del presente análisis, seguir el mismo esquema, esto es, responder qué actos están sujetos al concepto previo de la mencionada Superintendencia a partir de los elementos genéricos de la Ley 1340 y, al interior de los mismos, los elementos particulares del decreto y la resolución.

En ese sentido, sea entonces lo primero recordar que a la luz del mencionado artículo 7° de la ley, dos son los elementos que caracterizan las iniciativas sujetas a la abogacía de la competencia, a saber:

- a. En primer lugar, debe tratarse de *proyectos de regulación estatal*, lo que implica, a su vez, tener en cuenta dos precisiones: en primer lugar, se trata de *proyectos*, esto es, de iniciativas

mercados. En desarrollo de dicho artículo y una vez surtido el trámite de consulta previa con entidades estatales y la ciudadanía en general, se profirió el decreto 2897 del 5 de agosto de 2010, mediante el cual se reglamenta dicha actividad. El decreto establece las condiciones para adelantar la función de abogacía de la competencia, especificando aspectos procedimentales tanto para el ente regulador como para la Superintendencia de Industria y Comercio. El artículo 5° del referido decreto establece que la autoridad que pretenda expedir un acto administrativo con fines regulatorios deberá realizar la evaluación de la posible incidencia de este sobre la libre competencia, con fundamento en el cuestionario adoptado para esos efectos por parte de la Superintendencia mediante la Resolución 44649 de 2010 ...". Superintendencia de Industria y Comercio. Normas aplicables a la abogacía de la competencia [En línea] <http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=14575&ts=da3fde159d754a2555eaa198d2d105b2>

22. *Ibidem*.

que se encuentran en fase de preparación y discusión (fase pre-decisoria) y que, en esa medida, son anteriores a la aprobación y a la promulgación²³. Como es obvio, no tendría ningún sentido que la Superintendencia emitiera conceptos respecto de la conveniencia de adoptar actos que ya han sido proferidos y que, en consecuencia, empezaron a producir sus efectos en el mundo jurídico sin tener en cuenta la opinión o valoración de la autoridad de competencia. Es por eso por lo que la norma, con sentido lógico, se refiere a los *proyectos*, con lo que entonces quiere significar que el concepto rendido por la Superintendencia debe ser un concepto *previo* a la aprobación, garantizando la incidencia práctica del mismo en el proceso de expedición del acto. Así, si el proyecto ya fue aprobado, no sería de recibo el concepto de la autoridad administrativa, en la medida en que su utilidad real sería casi nula, lo cual, sin embargo, debe entenderse sin perjuicio de los vicios de que podría adolecer ese acto administrativo que omitió el requisito de abogacía de la competencia²⁴.

-
23. Como bien lo indica el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, un proyecto es el "... Primer esquema o plan de cualquier trabajo que se hace a veces como prueba antes de darle la forma definitiva ...". En esa medida, y aludiendo también al uso de la expresión, es claro que el proyecto es la regulación en fase previa a la aprobación. De lo contrario, la normativa pertinente aludiría, no a un proyecto, sino a la regulación debidamente promulgada.
 24. La abogacía de la competencia, como es natural, es un requisito legal. En esa medida, los actos administrativos que deban sujetarse a ella, deben cumplir con dicha formalidad. De lo contrario, se estará en el ámbito de los vicios del acto administrativo y, en consecuencia, se podrá llegar a su nulidad. Como es natural, el análisis de la eficacia del acto administrativo deberá realizarse en sede contencioso-administrativa y, cada caso particular, dependerá de la decisión que, al respecto, tomen los jueces y tribunales competentes. Sobre este particular, vid. SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME. *Tratado de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007; también, BERROCAL GUERRERO, LUIS ENRIQUE. *Manual del acto administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2009.

Ahora bien, además de ser un proyecto, la norma exige que materialmente cumpla una función *regulatoria*, es decir, que se trate de una iniciativa de *regulación*, característica esta última que nos lleva a examinar el significado de la expresión ‘regulación’. Para ello, bien vale la pena recordar, antes que nada, que en la actualidad la concepción de la organización estatal, tanto en el derecho constitucional, como en el derecho administrativo, parte ya no de la base de los órganos y los poderes, sino de las funciones que cada entidad cumple. En efecto, la concepción estática de la estructura estatal, por virtud de la cual se entendía al Estado como una aglomeración de órganos inscritos en ramas perfectamente diferenciadas, se ha visto matizada por una noción más dinámica, en la que dichos órganos y las correspondientes ramas se examinan con fundamento en las funciones que al Estado le han sido encomendadas²⁵. Por eso es por lo que el punto de partida del estudio orgánico del Estado, se ha trasladado del análisis de los órganos individualmente considerados y de las ramas en que pueden agruparse, al análisis de las funciones genéricas atribuidas al ente estatal y de la forma en que dichas funcio-

-
25. Como bien lo indica VLADIMIRO NARANJO MESA, “... el Estado como ente jurídico y político, dotado de atributos que le son propios, particularmente el de ser un poder soberano, no es un organismo estático, sino que tiene que cumplir determinados fines, los cuales constituyen su propia justificación. Estos consisten fundamentalmente en la búsqueda del bien común, esto es, en la satisfacción de las aspiraciones e intereses colectivos y permanentes de la comunidad. Para lograr la realización de sus fines, el Estado tiene, pues, necesidad de actuar, de ejercer determinadas funciones. Por funciones estatales se entienden, en derecho público, las diversas actividades del Estado en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o diversos modos de ejercicio de la potestad estatal. Resulta más apropiado hablar de funciones del Estado que de poderes, ya que el poder del Estado es indivisible; el término función se refiere expresamente al contenido mismo de la actividad estatal en sus diversos aspectos ...”. NARANJO MESA, VLADIMIRO. Teoría constitucional e instituciones políticas. Temis. Bogotá. 2006, pág. 258; Cfr. a CARRÉ DE MALBERG, RENÉ. Teoría general del Estado. Fondo de Cultura Económica. México. 1948, pág. 249.

nes son ejecutadas²⁶. El telón de fondo sigue siendo el mismo, esto es, la arraigada convicción de que el poder no se puede concentrar en un solo ente²⁷, pero la forma de analizarlo y es-

-
26. Es importante precisar que en el caso colombiano no se puede hablar de un abandono de la concepción estructural del Estado, comoquiera que en la Carta Política de 1991, se preserva la división entre ramas y órganos, tal y como lo refleja el artículo 113 Superior. En lugar de ello, se puede decir que en el caso nacional se adoptó un sistema mixto en el que concurren la concepción estructural y la funcional, pero con predominio de esta última. Así lo evidencia JACOBO PÉREZ ESCOBAR, cuando afirma que "... La anterior terminología se conserva en la Constitución de 1991, en la que se habla de tres ramas del poder: la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial. Sin embargo, aquí surge algo que debemos tener en cuenta y es que en la Constitución (refiriéndose a la colombiana de 1991) no solo se habla de ramas sino también de órganos. Habla de las dos cosas y, en nuestra opinión, la idea básica es la de que el Estado tiene órganos que ejercen las funciones correspondientes para cumplir los fines del Estado. Entonces, ¿cómo es eso de ramas y órganos? La concepción es que hay una serie de órganos, pero cuando varios órganos ejercen una actividad encaminada a cumplir una misma función, entonces forman una rama, y es así como hay tres ramas ...". PÉREZ ESCOBAR, JACOBO. *Derecho constitucional colombiano*. Temis. Bogotá. 2004, págs. 399-400.
27. La concepción de la separación del poder, hoy en día replanteada en términos de *separación de funciones*, tiene amplia acogida en sede doctrinal y jurisprudencial, desde su formulación por el Barón de Montesquieu. Por eso LUIS MORENO ORTIZ explica que "... una de las más notables características de la modernidad, en materia política, es la pretensión de haber restablecido la forma republicana de gobierno. La Monarquía, basada en una simplificación ilustrada 'la soberanía personal', da paso a la República, en la que la soberanía se institucionaliza. Este proceso de institucionalización, que se confunde con el fundamento mismo de la República, debe afrontar un inmenso riesgo: su degeneración en tiranía. El escenario precedente sirve de marco conceptual para la teorización del principio de separación de poder, como salvaguardia indispensable para la degeneración de la República. Este principio se concreta en la distribución de unas competencias precisas entre los órganos del cuerpo republicano. En este orden de ideas, cualquier transgresión del principio de separación del poder, por naturaleza más próximo a la precisión que a la flexibilidad, implica poner en riesgo la República y aproximarse a la degeneración de la tiranía ...". MORENO ORTIZ, LUIS. La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana. En: *Justicia Constitucional*. El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo. Legis. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2006. pág. 1. Al respecto, *vid.* RISSO, MARTÍN. *Derecho constitucional*, tomo I. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo. 2006, pág. 408; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, JUSTINO. *Teoría de gobierno*, tomo I. FCU. Montevideo. 1983, pág. 69;

tudiarlo es un poco diversa: el protagonista, se reitera, no son ya los órganos, sino las funciones que el Estado cumple²⁸.

Esta reinterpretación ha llevado a la delimitación de tales funciones. Así, por lo general, se suele afirmar que al ente estatal le corresponde desarrollar la función constituyente, la legislativa o regulatoria, la ejecutiva o administrativa, la judicial, la función de ministerio público, de control fiscal, electoral y de banca central²⁹. Nótese cómo el análisis ya no depende del órgano propiamente dicho (Congreso, Presidencia, Altas Cortes, etc.), sino de las funciones que se han asignado al Estado (regulación, ejecución, administración de justicia, etc.) y que, en general, procuran la consecución del bien común, tarea o fin último de las asociaciones humanas.

Esta dinamización ha permeado también la diferenciación de cada función, como quiera que ya no basta con examinar qué órgano profiere un acto para determinar a qué rama o a qué función pertenece, lo que ha llevado a identificar una serie de criterios doctrinalmente acogidos³⁰, y cuya finalidad parti-

DE ESTEBAN, JORGE y LÓPEZ GUERRA, LUIS. El régimen constitucional español. Labor Universitaria. Barcelona. 1980, págs. 115 y ss. MARTÍNEZ ALARCÓN, MARÍA LUZ. La independencia judicial. Centro de Estudios Político y Constitucional. Madrid. 2004, págs. 40-41. Sobre este particular, GARCÍA PELAYO, MANUEL. *La división de poderes y su control jurisdiccional*. RDP: Nums.18-19. 1983, págs. 8-9.

28. Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho Administrativo*, tomo I. Pontificia Universidad Javeriana y Abeledo Perrot. Bogotá y Buenos Aires. 2009, págs. 72 y ss.; XIFRA HERAS, JORGE. *Formas y fuerzas políticas*. Bosch. Barcelona. 1958, pág. 238.
29. Sobre este particular, *vid.* NARANJO MESA, VLADIMIRO. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. *Op. cit.*, pág. 258.
30. Es importante anotar que, sin perjuicio de su difusión, estos criterios no son unánimes en la doctrina. Así, por ejemplo, HUGO PALACIOS MEJÍA advierte que la importancia de los mismos es relativa, en la medida en que las constituciones modernas, en su mayoría, fueron promulgadas antes de la formulación de los mismos, por lo que no los tuvieron en cuenta al momento de dividir las funciones (PALACIOS MEJÍA, HUGO. *Introducción a la teoría del Estado*. Temis. Bogotá. 1965, pág. 164). También es el criterio del profesor Vidal Perdomo (*Derecho administrativo general*. Temis. Bogotá. 1961, págs. 52-53).

cular es facilitar al intérprete la identificación de la función frente a la cual está. Se trata del *criterio orgánico*, que diferencia la función a partir del órgano que naturalmente está llamado a cumplirla; el *criterio formal*, que hace la distinción de acuerdo con el procedimiento que se surta; y el *criterio material*, que mira el contenido o la naturaleza del acto emitido por cada órgano, en cuanto a su *papel* y su *jerarquía*, para determinar el tipo de función que cumple³¹. Así, hoy en día puede suceder, por ejemplo, que un órgano como el Congreso de la República (que orgánicamente cumple función legislativa), expida un acto que materialmente constituya función administrativa, o que un órgano de la administración (que orgánicamente cumple función administrativa), expida un acto que materialmente sea parte de la función regulatoria. En suma, como bien lo ha sostenido la Corte Constitucional³², la dinamización ha llevado a que el intérprete deba hacer un

-
31. Al decir del ya citado profesor NARANJO MESA, "... para determinar las funciones del Estado pueden seguirse tres criterios diferentes: orgánico, material y formal: a) criterio orgánico: distingue las funciones estatales según el órgano que las cumple (...) b) criterio formal: tiene en consideración la manera como actúa el Estado a través de sus órganos (...) c) criterio material: según este criterio, las funciones del Estado se distinguen según el contenido o naturaleza mismos del acto, sin consideración al órgano que lo produce ni la forma que reviste ...". NARANJO MESA, VLADIMIRO. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, op. cit., pág. 259. Es importante anotar que dada la colaboración armónica que existe entre los diversos órganos y ramas, no puede decirse que cada uno de tales órganos siempre ejecute una misma función. En algunos casos podrá suceder que un órgano desarrolle distintas funciones, como por ejemplo sucede cuando el Congreso cumple función jurisdiccional, que orgánicamente está atribuida a otros órganos que naturalmente la desarrollan.
32. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha expresado, con elocuencia, que "... Un nexo sistemático vincula entonces los fines esenciales del Estado y su organización. Como ya lo tiene establecido la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional en su primera sentencia en Sala Plena, "la visión de una rígida separación de los poderes debe ser superada en la concepción que concilia el ejercicio de funciones separadas –que no pertenecen a un órgano sino al Estado–

análisis más profundo respecto de los actos expedidos por los órganos, para determinar, frente a uno y otro, qué función está cumpliendo el acto. Para el efecto, el hermeneuta deberá hacer hincapié, como es natural, en el criterio material, ya que es este criterio el que analiza el *contenido* de la determinación estatal, en cuanto a su papel y jerarquía y, en esa medida, el que examina la *materia* propia del acto para decir frente a qué función se está. Puesto en otros términos, como lo reconoce el consejero de estado, LUIS FERNANDO ÁLVAREZ, el análisis contemporáneo del Estado tiene como punto de partida la identificación de la función y, para ello, el elemento protagónico es el material, ya que a través del mismo, se analiza el contenido de cada determinación para decir si es una regulación, una ejecución, una decisión jurisdiccional, etc.³³.

Lo anterior es perfectamente aplicable al artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 que, al aludir a *proyectos de regulación*, está haciendo referencia a proyectos que materialmente cumplan con la función regulatoria o legislativa.

Ahora, desde el punto de vista material, dicha función regulatoria consiste en la “... actividad estatal que tiene por

con la colaboración armónica para la realización de sus fines, que no son otros que los del servicio a la comunidad”. Todo ello sin perjuicio de la constatación según la cual las ramas y órganos del Estado, al lado de sus funciones primigenias, desempeñan algunas funciones típicas de otras ramas y órganos. Se rompe así la matriz órgano-función, como ya lo había establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 1985 ...” (Sentencia C-449 de 1992, Exp. D-003). Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-004 del 7 de mayo de 1992; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de febrero de 1985.

33. Sobre este particular, además de la exposición en la cátedra de Derecho Administrativo del profesor LUIS FERNANDO ÁLVAREZ, vid. también ÁLVAREZ, LUIS FERNANDO. La evolución legal, orgánica y funcional de la función consultiva en el pasado reciente y las propuestas para su fortalecimiento. Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés [En línea] http://190.24.134.67/pce/seminario/DOCUMENTOS/la_evolucion_legal.pdf.

objeto la creación de normas jurídicas generales ...”³⁴. Puesto en otros términos, son parte de la función regulatoria, desde el punto de vista material, *los actos a través de los cuales se crean, modifican, extinguen o se señalan los parámetros a los que debe sujetarse una situación jurídica de carácter general y permanente*. En ese sentido, como bien lo advierten HANS Kelsen Y FRANCESCO CARNELUTTI, es de la esencia de la función de regulación del Estado, que a través de ella se dicten normas con una triple caracterización: a) *generales*, en la medida en que están llamadas a aplicarse a toda la población o a un grupo genérico de individuos, por oposición a un sujeto particular o determinado; b) *abstractas*, en la medida en que no son estrictamente casuísticas, sino que se refieren a una situación patrón o a un modelo general de situaciones frente a las cuales la disposición está llamada a operar; y c) *impersonales*, que, de la mano con la abstracción, implican que su aplicación no se supedita a un individuo o individuos concretos³⁵. Así, se estará

34. NARANJO, VLADIMIRO. *Teoría constitucional e instituciones políticas, op. cit.*, pág. 264.

35. Como bien lo expresa el connotado profesor HANS Kelsen, “... Es la autoridad de la ley la que manda sobre las personas individuales a quienes la misma se refiere. Esta idea de que la fuerza obligatoria emana, no de un ser humano mandante, sino de un ‘mandato’ impersonal y anónimo, está expresada en las famosas palabras *non sub homine, sed sub lege* (...) el mandato impersonal y anónimo es precisamente la norma ...”. *Teoría general del derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1995, pág. 42. Esa es también la opinión del profesor FRANCESCO CARNELUTTI, quien justamente explica que la característica primordial de la ley en el sistema de fuentes del derecho es su carácter general, impersonal y abstracto (*Arte del derecho (seis meditaciones sobre el derecho)*. Ejea. Argentina. 1956, pág. 6). Autores que desarrollan las tesis del neoconstitucionalismo o que se inscriben en la denominada escuela de *nuevos teóricos del derecho*, acogen también esta teoría. Al respecto, *vid.*, entre otros, AGUILÓ REGLA, JOSEP, *Teoría general de las fuentes del derecho y del orden jurídico*. Ariel. Barcelona. 2000 y ATIENZA, MANUEL. Para una ontología de la norma jurídica, en *El Basilisco*, N° 3, Julio-Agosto de 1978, Madrid, pág. 37 y ss.,

frente a normas que materializan la función regulatoria del Estado, cuando tales normas señalen, de manera general, impersonal y abstracta, los parámetros a los que debe sujetarse una situación jurídica también general y abstracta, como por ejemplo las leyes que regulan la propiedad, la responsabilidad civil, las prácticas restrictivas de la competencia, entre muchos otros aspectos.

Por lo demás, es importante precisar otros dos aspectos, a saber: a) en primer lugar, el carácter general e impersonal de la función regulatoria y de un proyecto de regulación, no implica que inobjetablemente el proyecto deba estar dirigido a toda la población nacional; no: como bien lo explica JUAN CARLOS CASSAGNE, la generalidad de las regulaciones a lo que hace referencia es a que el acto no tenga por objeto disciplinar una situación particular de un individuo, sino que, por el contrario, esté dirigido a un grupo genérico de personas, esto es, a un grupo más o menos indeterminado de personas en donde la relación jurídica que se resuelve, se itera, no es de orden general, sino de tipo subjetivo³⁶. Ya advertía MIGUEL MARIENHOFF que el elemento diferenciador de la regulación es su carácter objetivo, por oposición al subjetivo, lo que se refleja en el hecho de que la situación que se regulan no giran en función de un individuo o colectividad concreta, sino que son mucho más abstractas y genéricas, en la medida en que sus disposiciones

quienes explican cómo, dentro de la jerarquización del sistema de fuentes, se hace una caracterización tripartita o trimembre de la ley: se afirma que es un mandato general, abstracto e impersonal. Cfr., también, LARENZ, KARL. *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1966, pág. 5 y ALEXY, ROBERT. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, trad. de MANUEL ATIENZA, DOXA N° 5, Alicante, 1989, pág. 87.

36. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho administrativo*, tomo I, *op. cit.* pág. 78.

se enderezan a poblaciones de amplio espectro³⁷; b) de otra parte, nótese cómo el análisis basado en el criterio material, conduce a que la función regulatoria no necesariamente deba ser cumplida por el Congreso de la República. Bien puede suceder que órganos administrativos, por ejemplo, expidan actos que materialmente constituyan regulación, como quiera que, en la actualidad, se reitera que el análisis de las funciones es mucho más material, que orgánico o formal³⁸.

Eso es justamente lo que sucede en el caso de la figura *sub-examine*, en la medida en que una lectura integral del artículo 7° de la Ley 1340 muestra que la abogacía de la competencia no es aplicable a todo proyecto de regulación estatal, sino solo a iniciativas de regulación que provengan de órganos administrativos, esto es, proyectos de *acto administrativo* que busquen cumplir una función de regulación. Así lo refrendan los artículos 1° y 2° del decreto 2897 de 2010, reglamentario de la Ley 1340, los que, respectivamente, disponen que la abogacía de la competencia se aplica a los “... *proyectos de acto administrativo que se propongan expedir con fines de regulación* ...” (art. 1°) y que sean impulsados por los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias con o sin Personería Jurídica, las Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y los Establecimientos Públicos de orden nacional (art. 2°). En ese sentido, proyectos de ley, por vía de ejemplo, a pesar de cumplir con una clara función de regulación en la mayoría de los casos, no están sujetos al concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio.

37. MARIENHOFF, MIGUEL. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1995, págs. 225-228.

38. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-449 de 1992, Exp. D-003. También, CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho administrativo, op. cit.*, pág. 72.

Hasta acá, es posible entonces afirmar que, a la luz del artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, se sujetarán a la abogacía de la competencia aquellos proyectos de acto administrativo –es decir, iniciativas de acto administrativo en fase de preparación o discusión– que cumplan materialmente la función de regular, esto es, que dicten normas de carácter general, abstracto e impersonal cuyo objeto sea señalar los parámetros a los que se debe sujetar una situación jurídica objetiva –*proyectos de regulación estatal*–.

- b. El segundo elemento que se deriva de la norma en comentario, consiste en que el proyecto de regulación estatal *pueda tener incidencia sobre la libre competencia*³⁹. Así, a la par de todo lo anterior, es necesario verificar que dicho proyecto de acto administrativo que busca cumplir función regulatoria, pueda llegar a tener efectos en materia de libre competencia.

Como es natural, este examen puede resultar un tanto más complejo, en la medida en que la determinación de los efectos del acto, tal y como lo prevé la Ley 1340, ofrece dos inconvenientes prácticos: el primero de ellos, es que constituye un juicio de valor que, en mayor o menor medida, puede ser subjetivo, razón por la cual la abogacía de la competencia puede quedar librada a la discrecionalidad de la autoridad a quien le

39. Como lo dispone el citado artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, “Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2° del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta” (se subraya).

corresponde decidir si remite o no el proyecto a la autoridad competente. Además, como segundo inconveniente, sucede que la valoración de si un proyecto produce o no efectos respecto de la competencia, es una valoración técnica, por lo que el desconocimiento del agente o de la autoridad puede conducir a que se omita el cumplimiento del requisito legal, el contravía al propósito de la norma y la intención del legislador. En suma, el inconveniente de este segundo requisito es que su grado de indeterminación y complejidad, puede llevar a abrir un espacio muy importante a la discrecionalidad del agente y, en esa medida, entorpecer la adecuada aplicación de la figura.

Previendo esta situación, el contenido del requisito en mención fue precisado por el decreto 2897 de 2010, que señaló, en su artículo 3º, cuándo se debe entender que un proyecto tiene incidencia sobre la libre competencia. Al respecto dispuso que “...*Se entenderá que un acto tiene esa incidencia cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga: 1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o 2. Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados*”⁴⁰.

40. El decreto 2897 de 2010 complementó la disposición en cita, con el artículo 5º, a cuyo tenor “La autoridad que se proponga expedir un acto administrativo con fines regulatorios deberá evaluar su posible incidencia sobre la libre competencia con base en el cuestionario que adoptará la Superintendencia de Industria y Comercio

Así, la autoridad que se propone expedir el acto debe examinar si cumple con alguno de tales criterios, para lo cual la norma, siendo aún más cuidadosa, desarrolla también un cuestionario que facilita enormemente la labor del intérprete⁴¹. Se trata del cuestionario adoptado mediante la Resolución 44649 de 2010, en el que se esbozan las preguntas y los parámetros de respuestas que se pueden dar, haciendo más simple y seguro el juicio técnico que realice la autoridad competente, de manera tal que, una vez se proponga tramitar un proyecto de acto administrativo con fines de regulación, deba aplicar dicho cuestionario y, con base en el resultado del mismo, concluir si tiene o no efectos sobre la libre competencia, para que, en caso positivo, le dé curso al siguiente estadio del análisis⁴².

mediante una resolución de carácter general. Esa evaluación deberá realizarla antes de someter a consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio el proyecto de acto regulatorio. La resolución que expida la Superintendencia de Industria y Comercio establecerá las preguntas centrales que deberá formularse la autoridad que proyecta expedir un acto administrativo. Con el fin de facilitar la evaluación, las preguntas podrán complementarse con ejemplos o situaciones que sirvan para ilustrar el tipo de efectos de una regulación, perseguidos o no, que puedan restringir indebidamente la libre competencia”.

41. *Ibidem*.
42. Es importante anotar que, frente a cada pregunta, la Resolución señala en qué casos la respuesta debe ser positiva. Con ello circunscribe o limita la subjetividad del intérprete y facilita y agiliza su labor. Así, a manera de ejemplo, los parámetros señalan la pregunta y los criterios que darían lugar a una respuesta positiva, como sigue: “1. ¿La regulación limita el número o la variedad de las empresas en uno o varios mercados relevantes relacionados? Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto: a) Otorga derechos exclusivos a una empresa para prestar servicios o para ofrecer bienes; b) Establece licencias, permisos, autorizaciones para operar o cuotas de producción o de venta; c) Limita la capacidad de cierto tipo de empresas para ofrecer un bien o prestar un servicio; d) Eleva de manera significativa los costos de entrada o salida del mercado para las empresas; e) Crea una barrera geográfica a la libre circulación de bienes o servicios o a la inversión. f) Incrementa de manera significativa los costos: i) para nuevas empresas en relación con las empresas que ya operan en un mercado o mercados

- c. Por último, el tercer componente, que no se deriva ya del artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, sino de lo previsto en su decreto reglamentario, tiene que ver con los actos que expresamente están exceptuados de la abogacía de la competencia. En efecto, puede suceder que se tenga un proyecto de acto administrativo que materialmente cumpla la función de regulación y que tenga efectos sobre la libre competencia, pero que por mandato de la normativa vigente, no deba ponerse en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Tales proyectos están desarrollados en el artículo 4° del decreto 2897 de 2010, a cuyo tenor *“No se requerirá informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre un proyecto de regulación cuando la autoridad que se propone expedirlo considere que se presenta cualquiera de las siguientes condiciones: 1. Cuando el acto tenga origen en hechos imprevisibles y/o irresistibles a partir de los cuales resulte necesario adoptar una medida transitoria con el fin de: a) Preservar la estabilidad de la economía o de un sector, o b) Garantizar la seguridad en el suministro de un bien o servicio público esencial, sea o no domiciliario. 2. Cuando el acto busque simplemente ampliar plazos, aclarar las condiciones en que son exigibles conductas previamente impuestas o corregir errores aritméticos o tipográficos. 3. Cuando se trate de un acto de carácter particular y concreto que tenga por finalidad resolver un conflicto entre empresas. 4. Cuando resulte necesario cumplir una orden judicial o una norma legal o reglamentaria de vigencia inmediata, si tal cumplimiento no es posible sin la expedición del acto. 5. Cuando el acto establezca un área de*

relevantes relacionados, o ii) para unas empresas en relación con otras cuando el conjunto ya opera en uno o varios mercados relevantes relacionados” (Resolución 44649 de 2010, art. 1°).

servicio exclusivo según los artículos 40 y 174 de la Ley 142 de 1994... ”.

Así, la autoridad deberá examinar si está frente a alguno de tales actos y, en caso afirmativo, se abstendrá de remitirlos a la autoridad de la competencia, dejando constancia expresa en el acto administrativo de las razones que fundamentan su proceder.

Este es, en compendio, el análisis de cada uno de los elementos normativos que determinan cuándo un acto está sujeto a la abogacía de la competencia. A manera de síntesis, deberán entonces remitirse a la Superintendencia de Industria y Comercio, para que esta rinda concepto previo, *los proyectos de acto administrativo que cumplan materialmente la función de regular, esto es, que dicten normas de carácter general, abstracto e impersonal cuyo objeto sea señalar los parámetros a los que se debe sujetar una situación jurídica objetiva y que puedan generar efectos sobre a libre competencia, siempre y cuando no estén expresamente exceptuados a la luz de las normas vigentes.*

5. EL TEST DE LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

Esta elaboración permite, en términos metodológicos, desarrollar un examen (o *test*) por virtud del cual las autoridades puedan determinar si un acto en particular está o no sujeto a la abogacía de la competencia⁴³. Se trata de una serie de criterios que es perti-

43. Es importante anotar que el examen a que se hace referencia en el presente estudio, tiene simplemente por objeto facilitar la labor de los funcionarios que deben determinar si un proyecto de acto administrativo debe o no someterse a la abogacía de la competencia. En ese sentido, lo que busca es que el análisis material anteriormente realizado, pueda, desde la perspectiva metodológica, ser fácilmente aplicada. En cualquier caso, es aconsejable que el intérprete tenga siempre presente el contenido material del análisis que fundamenta los criterios que son parte del test, para que su análisis sea más completo.

nente examinar y a partir de los cuales se puede concluir cuándo un proyecto de regulación debe remitirse a la Superintendencia de Industria y Comercio. Asimismo, tales criterios se estructuran, en primer lugar, a manera de preguntas que debe resolver el interesado y que atienden a los criterios para esclarecer si un acto está sujeto o no a la abogacía de la competencia; en segundo lugar, se estructuran también en un orden o sucesión lógica que facilita el análisis.

En estos términos, la metodología consiste entonces en agotar, en su orden, los siguientes pasos:

- a. *¿Se trata de una iniciativa previa a la aprobación, esto es, de un proyecto de acto administrativo?* En primer lugar, se debe examinar si se trata de un proyecto de acto administrativo, esto es, si es una iniciativa de acto administrativo que aún no ha sido aprobada por el órgano competente y que, en consecuencia, está en fase pre-aprobatoria. Como ya se dijo, si no se está frente a un proyecto, sino frente a un acto ya proferido, la abogacía de la competencia no tendría aplicación, sin perjuicio de la ineficacia del acto si es que, en efecto, omitió la remisión a la Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁴.
- b. *¿Es el propósito del proyecto dictar normas de carácter general, abstracto e impersonal cuyo objeto sea, a su turno, señalar los parámetros a los que se debe sujetar una situación jurídica objetiva?* En este segundo paso se trata de examinar, en los términos antes expuestos, si el proyecto está llamado a cumplir una función regulatoria. Así, el intérprete debe analizar cuáles son, en concreto, los efectos de dicho proyecto y examinar si tales efectos son, materialmente, la regulación de

44. Vid. *supra*, pág. 12.

una situación jurídica. Si no es así, no tendrá cabida la abogacía de la competencia⁴⁵.

- c. *¿El proyecto de regulación puede afectar la libre competencia del mercado?* En este punto se debe hacer el análisis conforme a los criterios esbozados por el decreto 2897 de 2010 y el cuestionario contenido en la Resolución 44649 de 2010, con el propósito de determinar, según se expuso en los párrafos anteriores, si el proyecto puede tener incidencia sobre la competencia⁴⁶.
- d. Finalmente, *¿se trata de un acto exceptuado de la abogacía de la competencia?* Si hasta este punto se ha dado una respuesta positiva a las anteriores preguntas, se debe finalmente examinar si el acto analizado no encaja en ninguno de los actos exceptuados por el artículo 4º del decreto 2897 de 2010⁴⁷.

Completado este test en los términos antes mencionados, el intérprete tendrá ya una conclusión en torno a la naturaleza del acto que va a expedir y la necesidad de someterlo al control de la abogacía de la competencia.

6. CONCLUSIONES

Con todo, a manera de conclusión, varios son los puntos que resulta oportuno destacar a partir del análisis anteriormente realizado, a saber:

45. Vid. *supra*, págs. 12 y ss.

46. Vid. *supra*, págs. 17-18.

47. Vid. *supra*, pág. 19.

- a. En primer lugar, no se puede soslayar o desconocer que, en el derecho de la competencia actual, la finalidad de protección de la competencia a través del *enforcement* de las normas que regulan la materia, no es el único objetivo. Los organismos internacionales y la doctrina han sido enfáticos en que la referida protección de la competencia, debe también estar acompañada por una *promoción* de la misma, que permita comprender los beneficios del mercado competitivo y, en esa medida, cree una mentalidad o conciencia en este sentido.
- b. La promoción de la competencia se manifiesta en múltiples aspectos. Uno de ellos tiene que ver con el desarrollo de la figura de la *abogacía de la competencia*, por virtud de la cual se logra que la agencia de competencia intervenga en la elaboración de las políticas y regulaciones públicas en la materia. Así, se evita que el *lobby* político y los intereses particulares de quienes intervienen en las iniciativas de regulación, generen que las normas, en lugar de pro-competitivas, puedan llegar a perjudicar el bien jurídico de la competencia. Es, en esa medida, una intervención previa y preventiva que, como es natural, no puede realizarse a través simples normas sancionatorias, como quiera que estas fijan en las conductas de los agentes económicos en el mercado, pero no en el proceso regulatorio.
- c. Sin perjuicio de tales bondades, la aplicación de la abogacía de la competencia no resulta el todo pacífica, en la medida en que, al permitirle a la agencia de la competencia –en el caso colombiano, la Superintendencia de Industria y Comercio–, intervenir en la gestión de otros órganos, es vista con recelo por las demás autoridades, las que pueden sentirse invadidas en su potestad o facultad de regulación. Por esa razón, cobra especial importancia definir los contornos o lineamientos de

los actos que están sujetos a esta institución –abogacía de la competencia–.

- d. Para el efecto, debe hacerse un análisis de cada uno de los elementos que la integran a la luz de la normativa nacional. Dicho análisis conduce a concluir que están sujetos a la abogacía de la competencia, *los proyectos de acto administrativo que cumplan materialmente la función de regular, esto es, que dicten normas de carácter general, abstracto e impersonal cuyo objeto sea señalar los parámetros a los que se debe sujetar una situación jurídica objetiva y que puedan generar efectos sobre a libre competencia, siempre y cuando no estén expresamente exceptuados a la luz de las normas vigentes.*
- e. Esta conclusión, desde el punto de vista metodológico, permite también desarrollar un test aplicable a los proyectos de acto administrativo, para dilucidar si son susceptibles o no de la aplicación de la abogacía de la competencia. Al respecto se encuentra que dicho *test* se fundamenta en cuatro preguntas fundamentales, a saber: a) *¿Se trata de una iniciativa previa a la aprobación, esto es, de un proyecto de acto administrativo?*; b) *¿Es el propósito del proyecto dictar normas de carácter general, abstracto e impersonal cuyo objeto sea, a su turno, señalar los parámetros a los que se debe sujetar una situación jurídica objetiva?*; c) *¿El proyecto de regulación puede afectar la libre competencia del mercado?*; d) *Finalmente, ¿se trata de un acto exceptuado de la abogacía de la competencia?*

De este modo existirá mayor claridad sobre el alcance de la institución y, en esa medida, se podrán potencializar los beneficios asociados a la misma. Se reitera que la abogacía de la competencia ofrece una inconmensurable ventaja, cual es la de superar la

marginal intervención del derecho de la competencia a los casos en que ya existe infracción, para permitir una verdadera política de adecuada regulación en temas competenciales, de tal suerte que el discurso jurídico sea coherente: que no se propenda por la competencia solamente en sede de sanción, sino también de legislación. Así, la intervención no solamente será *ex ante*, sino también *ex post*. Al fin y al cabo desde hace años se superó aquella concepción según la cual al derecho le corresponde un rol meramente represivo, para pasar a un papel más constructivo y proactivo. Esa es, en suma, la invitación que se hace y el reto que queda en el panorama cercano: valorar, en su justa dimensión, los beneficios que una figura como la descrita puede traer consigo.

BIBLIOGRAFÍA

- ADVOCACY WORKING GROUP. Advocacy and competition policy. ICN's Conference. Nápoles, Italia. 2002. [En línea] <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>.
- AGUILÓ REGLA, JOSÉP, *Teoría general de las fuentes del derecho y del orden jurídico*. Ariel. Barcelona. 2000.
- ALEXY, ROBERT, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, trad. de MANUEL ATIENZA, Doxa núm. 5, Alicante, 1989.
- ÁLVAREZ LONDOÑO, LUIS FERNANDO, Últimas tendencias en derecho de la competencia de América Latina, en Revista *Vniversitas*, N° 115, Pontificia Universidad Javeriana, enero a junio de 2008.
- ÁLVAREZ LONDOÑO, LUIS FERNANDO. La evolución legal, orgánica y funcional de la función consultiva en el pasado reciente y las propuestas para su fortalecimiento. Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés [En línea] http://190.24.134.67/pe/seminario/DOCUMENTOS/la_evolucion_legal.pdf.
- ANDERSON, R. & KHOSLA, D. Competition Policy as a Dimension of Economic Policy: A Comparative Perspective. Economics and International Affairs Directorate, Bureau of Competition Policy, Canadá, mayo de 1994.
- ATIENZA, MANUEL, Para una ontología de la norma jurídica, en *El Basilisco*, No. 3, Julio-Agosto de 1978, Madrid.

- BANCO MUNDIAL. Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD). *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Chapter 6, 1998.
- BERROCAL GUERRERO, LUIS ENRIQUE, *Manual del acto administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2009.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Arte del derecho* (seis meditaciones sobre el derecho). Ejea. Argentina. 1956.
- CARRÉ DE MALBERG, RENÉ. *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México. 1948.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, tomo I. Pontificia Universidad Javeriana y Abeledo Perrot. Bogotá y Buenos Aires. 2009.
- CONRATH, C., *Practical Handbook of Antimonopoly Law and Enforcement for an Economy in Transition*. 1995.
- COOPER, JAMES C, PAUTLER, PAUL A. & ZYWICK I, TODD J., “Theory and practice of competition advocacy at the FTC”, in *Antitrust Law Journal*. 2005, No. 72.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-449 de 1992, Exp. D-003.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-449 de 1992.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-004 del 7 de mayo de 1992.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 28 de febrero de 1985.
- CURIEL LEIDENZ, CLAUDIA, *Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina*. Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el Derecho y la Política de Competencia. New York y Ginebra. 2000.
- DE ESTEBAN, JORGE & LÓPEZ GUERRA, LUIS, *El régimen constitucional español*. Labor Universitaria. Barcelona. 1980.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *Derecho y Política de la Competencia en Colombia*. OECD y BID. 2009.
- EVENETT, SIMON J., *Competition advocacy: time for a rethink?* in *Northwestern Journal of International Law & Business*. No. 26.
- FERNÁNDEZ, MARCO, *Análisis de la competencia en un sistema bancario con integración financiera internacional: El caso de Panamá*, Proyecto CEPAL/IDRC Reforzando la Competencia en el Istmo Centroamericano: Políticas e Instituciones Nacionales, Coordinación Regional y Participación en Negociaciones Internacionales, documento no impreso.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL, *La división de poderes y su control jurisdiccional*. RDP: Nums. 18-19, 1983.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Advocacy Working Group. Advocacy and competition policy*. ICN’s Conference. Nápoles, Italia. 2002. [En línea] <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>

- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, Report on Assessment of ICN Members' Requirements and Recommendations on Further ICN Work on Competition Advocacy. Junio de 2008. Zurich.
- JARAMILLO, CARLOS IGNACIO, *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Pontificia Universidad Javeriana. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2010.
- JATAR, A.J., Implementing Competition Policy in Recently Liberalized Economies: The Case of Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Caracas. 1993.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, JUSTINO, *Teoría de gobierno*, tomo I. FCU. Montevideo. 1983.
- KELSEN, HANS, *Teoría general del derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1995.
- KHEMANI, R. & DUTZ, M., "The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Developments², in *Regulatory Policies and Reform in Industrializing Countries*. Claudio R. Frisak, ed., World Bank, 1995.
- KOVACIC, W.E., Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, 1997.
- LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1966.
- MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1995.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, MARÍA LUZ, *La independencia judicial*. Centro de Estudios Político y Constitucional. Madrid. 2004.
- MORENO ORTIZ, LUIS, La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana, en *Justicia Constitucional*. El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo. Legis. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2006.
- NARANJO MESA, VLADIMIRO, *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Temis. Bogotá. 2006.
- OECD GLOBAL FORUM ON COMPETITION, Challenges/obstacles faced by competition authorities in achieving greater economic development through the promotion of competition. Contribution from the United States. Ccnm/gf/comp/wd(2004)30. del 5 de febrero del 2004.
- OECD. COMPETITION ADVOCACY, Challenges for Developing Countries [Online] <http://www.oecd.org/dataoecd/52/42/32033710.pdf>.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, *Introducción a la teoría del Estado*. Temis. Bogotá. 1965.
- PÉREZ ESCOBAR, JACOBO, *Derecho constitucional colombiano*. Temis. Bogotá. 2004.

- PITTMAN, R., Antitrust and the Political Process en *Empirical Studies in Industrial Organization: Essays in Honor of Leonard W. Weiss*. Editado por D. B. AUDRETSCH y J. J. SIEGFRIED. Kluwer Academic Publishers, Países Bajos.
- RISSE, MARTÍN, *Derecho constitucional*, tomo I. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo. 2006.
- RIVERA, EUGENIO & RODRÍGUEZ, ADOLFO, *Competencia y regulación en la Banca de Centroamérica y México*. Un estudio comparativo. Organización de las Naciones Unidas y Cepal. México, 2006.
- RODRÍGUEZ, ARMANDO & COATE, M.B., “Competition Policy in Transition Economies. The Role of Competition Advocacy”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2. 1997.
- RUBIO ESCOBAR, JAIRO, *La abogacía de la competencia y el desarrollo de nuestro país*. Superintendencia de Industria y Comercio. 2010 [En línea].
- RUBIO ESCOBAR, JAIRO, *La abogacía de la competencia*. Superintendencia de Industria y Comercio. 2007. [En línea] <http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=1575&ts=66705064b387572428517e38ae23e019>.
- SALERNO, H., *El Sistema de Defensa de la Competencia en Argentina*. Presentado en el Primer Encuentro de Responsables de Organismos Iberoamericanos de Competencia. Cartagena de Indias, 3 a 6 de diciembre de 1995.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME, *Tratado de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.
- STUCKE, MAURICE, Better competition advocacy, en *St. John's Law Review*. Vol. 82, 2008.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Normas aplicables a la abogacía de la competencia [En línea] <http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=14575&ts=da3fde159d754a2555eaa198d2d105b2>
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Tres ángulos diferentes de un objetivo común: el bienestar del consumidor [En línea] <http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=1620&template=Imprimible>.
- VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo general*. Temis. Bogotá. 1961.
- XIFRA HERAS, JORGE. *Formas y fuerzas políticas*. Bosch. Barcelona. 1958.

