

LA EXTENSIÓN DE LA ABOGACIA DE LA COMPETENCIA AL ÁMBITO
LEGISLATIVO

Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho Público para la
Gestión Administrativa

Juan Esteban López Gómez

Lector

Carlos Pablo Márquez Escobar

Doctor en Derecho de la Competencia – U. Oxford

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Bogotá D.C.

15 de mayo de 2014

Tabla de contenido

Resumen	2
Introducción	3
Justificación	7
Objetivo General	8
Objetivos Específicos	8
1. Marco teórico	9
1.1. El Estado en el mercado.....	9
1.2. El proceso de abogacía de la competencia	14
1.3. La abogacía de la competencia en Colombia.....	18
1.4. Casos de abogacía de la competencia en Colombia	24
1.5. Conclusión	29
2. El Impacto competitivo de la actividad legislativa en Colombia: la limitación del alcance de las cláusulas de reversión en los servicios de telefonía móvil	31
2.1. Evaluación de impacto competitivo	31
2.2. Conclusión	42
3. Propuesta para la extensión de la abogacía de la competencia al ámbito legislativo.....	44
3.1. La abogacía de la competencia a nivel legislativo.....	44
3.2. Cambios normativos propuestos para la introducción de la abogacía de la competencia en el nivel legislativo	49
3.3. La abogacía de la competencia en el nivel legislativo, la estructura del Estado y el sistema de pesos y contra pesos.....	51
4. Conclusiones Generales.....	54
Bibliografía	58
Anexo I	64
Anexo II	66

Resumen

Esta investigación plantea la necesidad de incluir la abogacía de la competencia dentro del trámite legislativo colombiano. Para este propósito se conceptualiza la abogacía de la competencia desde una perspectiva teórica y se determina el alcance actual de esta institución en Colombia. A través de la aplicación de un estudio de impacto de competitivo a una ley, se evidencia la inconveniencia de mantener excluido el proceso legislativo de la abogacía de la competencia. Finalmente, la investigación propone los cambios institucionales y normativos necesarios para introducir la abogacía de la competencia en el nivel legislativo.

Palabras claves: abogacía de la competencia, evaluación de impacto competitivo, derecho de la competencia, impacto anticompetitivo.

Introducción

El Estado, como regulador del intercambio económico, es sin duda alguna el participante con mayor influencia en el mercado. Sin embargo a este hecho, el ámbito de aplicación tradicional de las normas de competencia ha comprendido exclusivamente los comportamientos anticompetitivos de las empresas, desconociendo que gran parte de las restricciones a la libre competencia encuentran su origen en distintas actuaciones del Estado. Desde esta perspectiva se destaca, que la aplicación de las normas de competencia a los actos del estatales, en especial los regulatorios, dista de ser una cuestión simple o por lo menos pacífica en la doctrina y en diversos ordenamientos jurídicos. (Beneyto, y Maillo, 2005, *Tratado de derecho de la competencia.*, (2), p. 1055).

La consagración constitucional del Estado como director general de la economía y de sus poderes de intervención en la misma hace pensar a este como un actor regulador omnipotente (CN. Art. 334), y cuyo poder sólo podrá ser limitado bajo criterios claros y superiores de interés social (CN. Art. 333). Es así que para dicho control del papel del Estado en la economía y para velar por sus intervenciones exageradas e injustificadas en la libre competencia, además de las acciones constitucionales existentes, se ha instituido la figura de la abogacía de la competencia.

La abogacía de la competencia parte de reconocer a la competencia como un valor y bien jurídico fundamental de las económicas nacionales y el comercio internacional, de tal manera que su objetivo primordial es promover y promocionar las prácticas que fomenten la competencia desde los agentes económicos, pero

también desde la perspectiva de las regulaciones legales y administrativas. (Álvarez, y Rojas, 2012, *Retrospectiva y prospectivas del derechos de la competencia en América Latina*, p. 62).

La Red Internacional de Competencia (ICN por sus siglas en inglés) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD por sus siglas en inglés), han promovido el proceso de la abogacía de la competencia como una buena práctica estatal. (OECD, 2004, *Latin American Competition Forum. Sesión III: competition advocacy in developing countries*, p. 1-10). Esta última organización en su *Informe sobre reforma regulatoria de 1997*, destaca que a pesar que prácticamente la totalidad de la actividad económica se presenta en mercados en los que la competencia puede funcionar con eficiencia, los gobiernos mantienen regulaciones económicas que la reducen o la distorsionan. (OECD, 2010, *Herramientas para la evaluación de la competencia*, (2), p. 10).

En este contexto, varios países como Perú, México, Grecia y España entre otros, han seguido las recomendaciones de estas organizaciones y han emprendido programas para integrar a su marco de protección de la competencia la perspectiva de la abogacía durante los últimos años (OECD, 2010, *Herramientas para la evaluación de la competencia*, (2), p. 10). Colombia no ha sido ajena a dicho proceso y, en 2009, adoptó bajo el artículo 7 de la *Ley 1340 de 2009*, la abogacía de la competencia dentro de nuestro marco de protección de la competencia Sin embargo, el alcance dado en Colombia a esta institución se vio limitado sólo a los actos administrativos regulatorios dictados por las entidades regulatorias del

ejecutivo, dejando por fuera del proceso de abogacía de la competencia a los proyectos regulatorios de carácter legal.

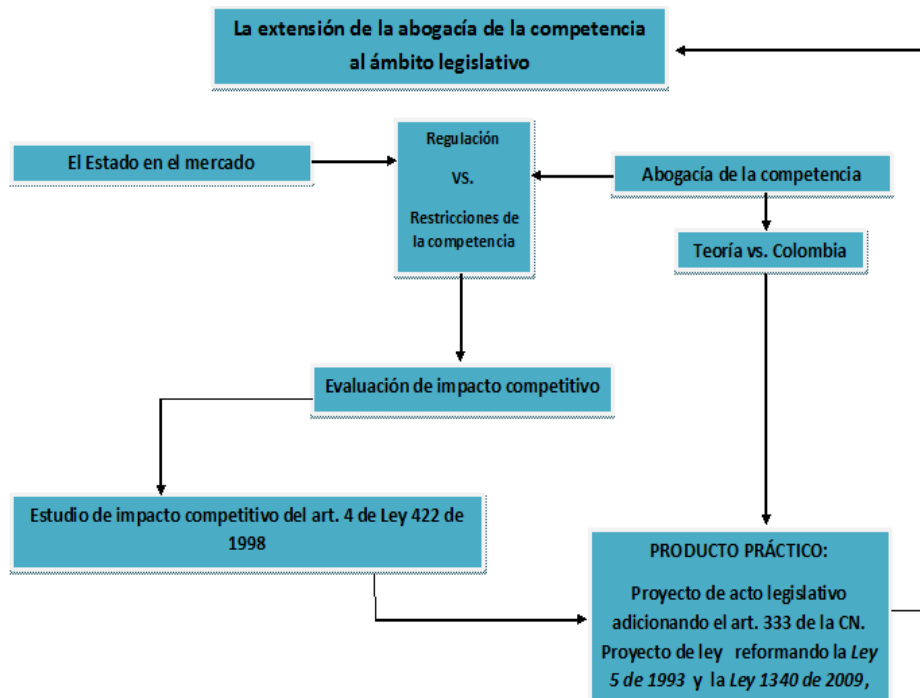
Como se pone de presente en esta investigación, la exclusión del proceso legislativo del proceso de abogacía de la competencia ha permitido que el Congreso de Colombia actúe sin criterios técnicos y jurídicos que proyecten el impacto de sus iniciativas sobre el mercado y en especial sobre la libre competencia en el mismo, lo que hace común que este órgano imponga o mantenga sobre ella restricciones desproporcionadas.

Esta investigación parte desde la elaboración del marco teórico de la abogacía de la competencia, clarificando su alcance desde una perspectiva teórica e institucional. Su primera parte se concentra en la elaboración de un marco teórico, estableciendo el papel del Estado en los mercados y los impactos que este genera en él; luego define la abogacía de la competencia como medio de control y análisis de la acción de las instituciones estatales en el mercado y finaliza determinando el alcance y limitaciones de la abogacía de la competencia en Colombia.

Como segunda parte de la investigación, se desarrollara un estudio de impacto competitivo sobre una ley aprobada por el legislativo colombiano, esto con el objetivo de evidenciar la necesidad de vincular al trámite legislativo los elementos de la abogacía de la competencia.

Finalmente, la investigación propone una reforma constitucional y legal que extiende, de manera práctica, el alcance de la abogacía de la competencia al ámbito legislativo colombiano.

La extensión de la abogacía de la competencia al ámbito legislativo 6



Justificación

La competencia como un valor y bien jurídico fundamental de las economías nacionales y el comercio internacional que fomenta el desarrollo, (Godfrey, 2008, *Why is competition important for growth and poverty reduction?*, p. 4-7), debe ser promocionada y protegida no sólo desde la perspectiva de los agentes económicos, sino también desde la perspectiva de las regulaciones legales y administrativas.

La ausencia de la abogacía de la competencia del proceso legislativo en Colombia, ha permitido que el Congreso actúe sin criterios técnicos y jurídicos que proyecten el impacto de sus iniciativas sobre el mercado, y en especial sobre la libre competencia, imponiendo así restricciones desproporcionadas en los mercados que no permiten alcanzar de manera óptima el bienestar general.

Esto representa un problema de gestión pública importante, que puede estar afectando el logro de objetivos sociales y económicos en nuestro país, es por eso que esta investigación plantea la necesidad de incorporar al procedimiento legislativo la perspectiva de la abogacía de la competencia.

Objetivo General

El objetivo general de esta investigación es la integración o extensión de la abogacía de la competencia al ámbito legislativo, como mecanismo de protección y promoción de la libre competencia desde la perspectiva de las regulaciones legales. Dicho objetivo se materializa, con el diseño de una reforma institucional y normativa que permita que dentro del trámite de la regulación legal se consideren sus posibles impactos sobre la competencia.

Objetivos Específicos

- Definir la abogacía de la competencia como medio de control y análisis de la acción de las instituciones estatales en el mercado desde una perspectiva teórica y metodología.
- Definir el alcance de la abogacía de la competencia en Colombia.
- Evidenciar la ausencia de la perspectiva de la abogacía de la competencia en el procedimiento legislativo colombiano a partir del estudio del proceso de aprobación de una ley que genere impacto en la competencia.
- Proponer los cambios institucionales y normativos necesarios para que la abogacía de la competencia se integre al procedimiento legislativo.

1. Marco teórico

Este marco teórico pretende definir el alcance de la abogacía de la competencia como un proceso para evaluar y controlar el impacto de la intervención estatal en los mercados. Como punto de partida se establece muy brevemente cuál es el papel del Estado en el mercado y los diferentes impactos que sobre la competencia este alcanza a tener, en segundo lugar se define el proceso de abogacía de la competencia desde una perspectiva teórica y metodológica y se finaliza determinando el alcance de la abogacía de la competencia en Colombia.

1.1. El Estado en el mercado

El mercado es reconocido como un mecanismo para reasignar recursos maximizando el bienestar del consumidor e impulsando el desarrollo económico y el bienestar en general. Sin embargo, dejar al mercado funcionando bajo su libre dinamismo no necesariamente trae los mejores resultados para consumidores, empresas o no genera el mayor bienestar, por lo cual es necesario que el Estado cree marcos institucionales y legales para que los mercados funcionen, regulando el comportamiento de las empresas y los consumidores. En general los gobiernos juegan un rol vital en crear el marco básico dentro del cual los mercados competitivos existen. (OFT, 2009, *Governments in markets. Why competition matters a guide for policy makers*, p. 1).

La intervención del Estado en los mercados, además de la función formadora del mismo, tiene como objetivo general corregir sus fallas. En muchas ocasiones los mercados no logran producir los comportamientos o resultados deseados y eficientes lo que hace que no se genere un bienestar general.

La principal literatura sobre regulación de los mercados centra las razones de intervención en la existencia de las siguientes fallas: 1. Monopolios y monopolios naturales, 2. Ganancias exageradas, 3. Externalidades negativas, 4. Problemas de información, 5. Discontinuidad y no disponibilidad de un servicio, 6. Conductas anticompetitivas, 7. Bienes públicos y riesgos morales, 8. Abuso de posición dominante, 9. Escases de bienes, 10. Justicia distributiva y política social, 11. Racionalización y coordinación y 12. Planeación. (Bladwin, y Cave, 1999, *Understanding Regulation*, p. 10.-16).

Las formas de intervención dependen de las fallas descritas, pero básicamente se clasifican como participaciones directas o indirectas del Estado. Por ejemplo, el gobierno puede participar directamente en el mercado como proveedor de un servicio cuando los participantes privados no tienen los incentivos para proveer dicho servicio en la suficiente extensión y calidad o simplemente no lo prestan, como es el caso de los bienes públicos, y también puede el Estado participar directamente como comprador. Por otro lado, una intervención indirecta se presenta por ejemplo, a través de los impuestos o subsidios, como por ejemplo pasa en el mercado del tabaco, en el cual el Estado interviene a través de impuestos para contrarrestar la externalidad negativa que produce en la salud pública.

Por más que las intervenciones del Estado tengan el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado maximizando el bienestar general, en no muy pocos casos las acciones del Estado pueden producir resultados opuestos al objetivo principal de la intervención, generando beneficios particulares por encima de un

beneficio general. Daniel Sokol explica que este fenómeno puede surgir por la influencia de grupos de interés sobre las decisiones del Estado:

La elección pública explica que la regulación frecuentemente es por producto de la búsqueda de rentas (manipulación del ambiente regulatorio para ganancia personal) por grupos de interés. Consecuentemente, leyes y regulaciones tenderán a beneficiar a pequeños y bien organizados grupos de interés, más que a la sociedad en general. (2009, *Limiting anti-competitive government interventions that benefit special interes*, p. 9).

Es así que el proceso político es una herramienta muy usada para influenciar los mercados, así lo reconocen diversos autores como J.A. Ordover y G. Saloner, quienes señalan que la manipulación de los poderes gubernamentales a través de la influencia política de grupos económicos bien organizados, puede ser un método efectivo para aumentar los costos de las firmas rivales en búsqueda de su exclusión del mercado, siendo así una herramienta extremadamente anticompetitiva. (Ordover, y Saloner, 1989, *Predation, monopolization, and antitrust*, p. 573).

También, J.A Robinson y Daron Acemoglu, en su afamada obra *Por qué fracasan los países* (2012), muestran como la manipulación del proceso político logra mantener instituciones económicas extractivas las cuales no tienen otra forma de manifestación que mercados anticompetitivos donde los excedentes se concentran en una pequeña porción de la población.

Finalmente en este punto, es de aclarar que la influencia o manipulación del proceso político no es una conducta anticompetitiva en sí misma. Así lo manifiesta

la doctrina *Noerr-Pennington*, para la cual el derecho de los grupos económicos de solicitar al gobierno acciones que limiten o eliminen la competencia, está amparado en principios de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, tales como la libertad de expresión, el derecho de petición al gobierno y el principio de efectividad en el proceso de toma decisiones del gobierno (Federal Trade Commission-FTC, 2006, *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*, p. 6)

En síntesis, el Estado en ejercicio de sus poderes, introduce constantemente importantes restricciones a la competencia de los mercados, no solamente producto de una manipulación de sus herramientas de intervención por parte de grupos económicos interesados en la creación de dichas restricciones, sino también en búsqueda de objetivos sociales deseables como, por ejemplo, la plena cobertura de algunos servicios públicos, el fomento de algunos mercados que no se desarrollarían sin su intervención, entre otros.

En Colombia, como se anotó en el texto introductorio, la Constitución Política permite que el Estado intervenga el ámbito económico en búsqueda de la consecución de una amplia gama de objetivos sociales. Empero, como lo indica Daniel Flórez Linero:

El reto se encuentra en determinar –por medio de variables claramente establecidas- cuándo la intervención del Estado traspasa el objetivo de bienestar general perseguido por la constitución y por el contrario, termina por privilegiar el interés privado, en detrimento de aquellos

competidores que sí tuvieron que esforzarse con sus propios recursos para obtener una posición en el mercado. (Flórez, 2011, *La empresa colombiana: ¿una víctima del Estado? Las ayudas del Estado a las empresas un debate sobre la libre competencia*, p. 7).

Así mismo, también representa gran dificultad, que mientras los beneficios de una intervención particular pueden ser claros, identificar los costos ocultos de las restricciones y los efectos a largo plazo en la competencia pueden ser muy difíciles de predecir. A razón de dicha dificultad, las distorsiones en la competencia, provocadas por una intervención, pueden ser fácilmente ignoradas. (OFT, 2009, p. 2-3).

Dejando de lado la posible manipulación del proceso político para crear restricciones en el mercado que favorezcan a un interés particular, y entendiendo que la libre competencia es un bien jurídico protegido por nuestro marco constitucional, se hace evidente la necesidad de un mecanismo de control sobre las intervenciones del Estado que afectan la competencia.

Un primer acercamiento a dicha evaluación sobre las intervenciones del Estado se da desde la teoría de la regulación, la cual nos indica que para determinar si el gobierno debe intervenir es necesario comparar los beneficios que se generen al corregir una falla de mercado con los costos asociados a la intervención. Esta evaluación se realiza a través de un análisis de impacto regulatorio (AIR). (Ramírez, 2004, *Regulación y Mercado*, p. 55).

En lo relativo a la competencia se han establecido mecanismos para la medición del impacto competitivo de las normas y regulaciones que restringen el mercado. Este mecanismo se ha denominado en Colombia como “Abogacía de la Competencia”, institución que se analiza en el próximo acápite.

1.2. El proceso de abogacía de la competencia

La abogacía de la competencia o *competition advocacy*, parte de reconocer a la competencia como un valor y bien jurídico fundamental de las económicas nacionales y el comercio internacional, de tal manera que su objetivo primordial es promover y promocionar las prácticas que fomenten la competencia desde los agentes económicos, pero también desde la perspectiva de las regulaciones legales y administrativas. (Álvarez, y Rojas, 2012, *Retrospectiva y prospectivas del derechos de la competencia en América Latina*, p. 62).

Así las cosas, la abogacía de la competencia integra dos elementos principales: el primero de ellos es la promoción y en este sentido, la abogacía de la competencia trata de estimular e incentivar los comportamientos competitivos como una medida complementaria de la visión del *enforcement* del derecho *antitrust*; el segundo elemento es la protección de la competencia como un bien jurídico deseable, ya no sólo ante los comportamientos o acciones de los particulares a través de medidas *ex post* sino ahora también del Estado, a través de medidas *ex ante* que evalúen y adviertan el impacto anticompetitivo de las regulaciones, reglas o leyes que este emite. En definitiva, la abogacía de la competencia busca inculcar prácticas competitivas en el mercado, desde la posición de los agentes económicos, como también desde la posición del Estado como regulador. (Rojas, 2012, *La*

abogacía de la competencia en el derecho colombiano. Reflexiones sobre su alcance y su ámbito de aplicación, p. 48-53).

Este texto aborda la abogacía de la competencia sólo desde la perspectiva del Estado como regulador. De tal manera, la abogacía de la competencia como proceso orientado al estudio de leyes, regulaciones o reglas que implementa el Estado cumple dos fines principales dentro de su objetivo de protección de la competencia como un bien jurídico, a saber: 1) identificar aquellas políticas estatales que innecesariamente restringen la competencia y 2) contribuir a rediseñarlas de forma que no se obstaculice la competencia indebidamente. (OECD, 2010, (1) p. 30).

La introducción de la evaluación de competencia en la planeación de la acción gubernamental es importante para generar grandes beneficios económicos al identificar los mercados en los que se ha generado excesivas e injustificadas restricciones, sugiriendo además opciones de política más costo-efectivas desde el punto de vista de la competencia. Bajo esta óptica, la OECD recomienda la implementación de la abogacía de la competencia a nivel nacional, regional y local: “Una evaluación de competencia es relevante para todas las políticas gubernamentales que tengan potencial de generar restricciones substanciales y excesivas a la competencia” (OECD, 2010, (1) p. 32).

Como se expone en la parte introductoria, la abogacía de la competencia en el marco jurídico colombiano sólo abarca, con la evaluación de impacto competitivo, los proyectos regulatorios de carácter administrativo del nivel nacional (*Ley 1340*

de 2009, Art. 7), muy a pesar que las restricciones de la competencia pueden estar presentes en cualquier nivel de gobierno y la evaluación de la competencia puede ser útil en todos estos (OECD, 2010, (2), p. 3). Pero antes de entrar a especificar el alcance en Colombia de la institución en estudio, es necesario identificar cuáles son las herramientas con las que cuenta la abogacía de la competencia para reducir las restricciones del Estado sobre el mercado.

Quizá la herramienta de análisis más importante con la que cuenta el proceso de abogacía de la competencia es la *evaluación de impacto competitivo*, cuyo objetivo específico consiste en analizar el daño potencial que podría causarse a la competencia por la imposición de algunas reglas y regulaciones. La evaluación de impacto competitivo se diferencia del análisis de impacto regulatorio en cuanto a que este último es más inclinado a lo cuantitativo, evaluando los costos y beneficios de la regulación; por otro lado, la evaluación de impacto competitivo tiene un carácter más cualitativo acerca de los posibles efectos adversos sobre la competencia, basado en los posibles comportamientos de los actores en el mercado. (OECD, 2010, (2), p. 15).

Es clara la complementariedad de estas dos herramientas, sin embargo, también es claro como las evaluaciones de impacto pueden ser una práctica más extensiva de gestión pública en cualquier nivel de gobierno, en razón a que esta permite un manejo conceptual más amable al gestor público en general. En este sentido, la OECD ha elaborado herramientas metodológicas de fácil manejo que proporcionan practicidad a los reguladores y legisladores en la identificación de restricciones competitivas importantes y la manera de evitarlas. Entre estas

herramientas se destaca la *Lista de Verificación de Competencia* (Anexo II) como primer paso del proceso de evaluación de la competencia que consiste en una serie de preguntas básicas que muestran cuando las políticas de gobierno pueden dañar la competencia significativamente. (OECD, 2010, (1), p. 10-12).

La simplicidad o bajo grado de dificultad de las preguntas de la lista de verificación reseñada permiten que de manera general, los responsables de dictar las políticas públicas puedan responderlas con elementos conceptuales básicos de competencia sin entrar a profundizar en una evaluación de competencia.

Respuestas afirmativas a estas preguntas sugieren la pertinencia de llevar a cabo una evaluación más seria y profunda del impacto competitivo. Dicha evaluación impone necesariamente la utilización de elementos de mayor complejidad que sí requieren cierta especialización, razón por la cual esta etapa del proceso de evaluación por lo general está en cabeza de las autoridades de competencia del respectivo país. (OECD, 2010, (2) p. 23).

Un análisis de impacto competitivo a profundidad, como lo sugiere metodológicamente la OECD en sus documentos de *Competition Assesment Toolkit*, está asociado a la integración de la perspectiva de impacto anticompetitivo dentro de un análisis de impacto regulatorio (AIR). Este análisis amplio incluye: 1) una identificación clara de los objetivos de la política, 2) análisis de las alternativas que logren dichos objetivos, 3) evaluación de los efectos de cada alternativa y 4) una comparación de las alternativas. (OECD, 2010, (2), p. 41).

Ahora bien, teniendo claridad sobre el proceso de impacto anticompetitivo es importante señalar que este aplica a diferentes instrumentos de política que utiliza el Estado para intervenir en el mercado, es decir, este aplica a las regulaciones de carácter legal (leyes), regulaciones de carácter administrativo (actos administrativos) e inclusive a reglas de asociaciones profesionales. (OECD, 2010, (2), p. 41).

Ya teniendo claridad del alcance de la abogacía de la competencia de manera teórica es necesario avanzar para determinar cómo se presenta esta institución en el marco normativo de la competencia en Colombia.

1.3. La abogacía de la competencia en Colombia

La institución de la abogacía de la competencia fue introducida en el derecho colombiano hasta el año 2009 bajo la *Ley 1340*. En este acápite se analiza el diseño y alcance de esta institución en nuestro país para poder compararlo con el diseño institucional descrito anteriormente.

La *Ley 1340 de 2009* modificó el derecho de la competencia con el ánimo de incorporar en él las nuevas tendencias que sobre esta materia se han extendido en el mundo. Los principales avances de esta ley fueron, entre otros, la determinación de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única de competencia en el país; y la inclusión de la institución de la abogacía de la competencia.

Así las cosas, la abogacía de la competencia fue instituida en el artículo 7º de la *Ley 1340 de 2009* en los siguientes términos:

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. (*Ley 1340 de 2009. Art. 7*).

Como se colige del texto legal citado *in extenso*, la abogacía de la competencia es una función en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única en la materia.

De manera general y antes de entrar a analizar la reglamentación que sobre este artículo ha emitido el Gobierno, podemos identificar que la abogacía de la competencia en Colombia se concibió como aquella evaluación que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad única de competencia, sobre los proyectos de acto administrativo de carácter regulatorio que pretendan expedir las autoridades de regulación y que puedan tener impacto en el mercado, teniendo las autoridades regulatorias el deber de informar y poner en consideración de la autoridad de competencia dichos proyectos regulatorios. Finalmente y aunque el concepto emitido por la Superintendencia no es obligatorio, la norma legal si

impuso un deber de motivación del acto administrativo, en cabeza del regulador, en caso tal este decida apartarse del concepto emitido por la SIC.

Ahora bien, en lo estipulado en el artículo 7 de la *Ley 1340 de 2009* no quedó del todo claro el tipo de acto sobre los cuales es necesario surtir dicho procedimiento, ni tampoco cuales son las entidades que están sujetas a dicha obligación, de tal manera que el Gobierno Nacional reglamentó estos y otros aspectos del procedimiento de la abogacía de la competencia en el *Decreto 2897 de 2010*.

Los criterios de la abogacía de la competencia, como así los denomina la Superintendencia de Industria y Comercio en su *Cartilla para el ejercicio de la abogacía de la competencia: revisión de proyectos de regulación estatal*, que incorpora el decreto anterior se resumen a continuación: (Superintendencia de Industria y Comercio-SIC, *Cartilla para el ejercicio de la abogacía de la competencia: revisión de proyectos de regulación estatal*, p. 12)

- Criterio subjetivo: Las autoridades que deben informar a la autoridad única de competencia los actos administrativos con objeto regulatorio y con una posible incidencia en el mercado son: los Ministerios, Departamentos administrativos, Superintendencias con o sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y los Establecimientos Públicos del orden nacional.
- Criterio objetivo: Los proyectos de actos administrativos sobre los cuales aplica la abogacía de la competencia son decretos, resoluciones de

carácter general, circulares externas entre otros, que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados.

- Criterio causal: Se entiende que los anteriores actos pueden tener incidencia sobre la libre competencia cuando:

1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes, y/o (D. 2897 de 2010. Art. 3.1)

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. (D. 2897 de 2010. Art. 3.2)

El artículo 4 del *Decreto 2897 de 2010* establece las siguientes excepciones al deber de informar sobre los actos que:

1. Tenga origen en hechos imprevisibles o irresistibles y por los cuales haya necesidad de adoptar medidas transitorias que pretendan, entre otros objetivos, preservar la estabilidad económica, garantizar la seguridad de abastecimiento de un bien;

2. Busquen ampliar plazos, aclarar las condiciones en que son exigibles conductas previamente impuestas o corregir errores aritméticos o tipográficos;
3. Se trate de un acto de carácter particular y concreto que tenga por finalidad resolver un conflicto entre empresas; cuando resulte necesario cumplir una orden judicial.
4. Resulte necesario cumplir una orden judicial o una norma legal o reglamentaria de vigencia inmediata, si tal cumplimiento es imposible sin la expedición del acto.
5. Se establezca un área de servicio exclusivo según los artículos 40 y 174 de la *Ley 142 de 1994*.

Además de lo anterior, el Decreto 2897 de 2010 determina que la autoridad que pretenda expedir un acto con fines regulatorios deberá evaluar la posible incidencia del acto sobre la competencia con base en un cuestionario establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio para dicho propósito. Dicho cuestionario fue adoptado mediante la *Resolución 44969 de 2010* y no es otro diferente al que es sugerido por la OECD y que se incorpora en el anexo II.

Se hace fundamental resaltar, como lo indicó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en *Concepto del 4 de julio de 2013* radicado 11001-03-06-000-2013-00005-00, la obligatoriedad del proceso de abogacía de la competencia para aquellos actos a los que tengan lugar. Anota además la Sala en el referido concepto, que la consecuencia jurídica de pretermitir el trámite de la abogacía de la competencia es la nulidad del acto bajo el cargo de expedirse en

forma irregular y con infracción de las normas en las cuales debería fundarse como así lo determina el artículo 137 y 46 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

Ahora bien, se observa que la abogacía de la competencia en Colombia fue adoptada con una serie de limitaciones en comparación a la que es sugerida en la teoría del derecho *anti trust* internacional. En primer lugar, no se incluye una concepción clara de la abogacía de la competencia como una actividad de promoción de conductas competitivas sobre todos los actores del mercado, especialmente los privados. En segundo lugar, limita el procedimiento de evaluación de impacto competitivo a los actos administrativos de carácter regulatorio emitidos por entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, dejando por fuera de este procedimiento a los niveles de gobierno local y regional.

Finalmente se destaca para los propósitos de esta investigación, la no aplicación del proceso de abogacía de la competencia a los proyectos de ley de carácter regulatorio que pretenda expedir el Congreso de la República, aun cuando la misma Superintendencia de Industria y Comercio enuncia la participación, la elaboración de informes técnicos y asesoría en diseño y discusión de leyes que tengan que ver con la competencia como uno de los objetivos de la abogacía. (SIC, *Cartilla para el ejercicio de la abogacía de la competencia: revisión de proyectos de regulación estatal*, p. 12)

Sin embargo a las limitaciones descritas anteriormente, la adopción del proceso de abogacía de la competencia ha sido importante para la protección y

promoción de la competencia en nuestro país, dándosele aplicación en casos donde el beneficio del consumidor se ha logrado maximizar.

1.4. Casos de abogacía de la competencia en Colombia

En casi seis años de aplicación de la abogacía de la competencia, se han puesto en consideración de la autoridad de competencia de Colombia, 128 proyectos regulatorios, evitando en no pocos de ellos la imposición de restricciones desproporcionadas a la competencia (Superintendencia de Industria y Comercio, abril 14 de 2014, *Base de datos proyectos radicados*). Este acápite analiza dos casos de abogacía de la competencia surtidos ante la Superintendencia de Industria y Comercio, con el objetivo de resaltar la importancia de dicho procedimiento.

1.4.1. Tarifa piso para venta de tiquetes aéreos por internet

El 3 de junio de 2009 en el XIV Congreso de Agencias de Viajes y Turismo, el Presidente de la República de ese entonces, Álvaro Uribe Vélez, a petición del gremio congregado, le solicitó al director de la Aeronáutica Civil, expedir una resolución mediante la cual las aerolíneas tuvieran que cobrar la llamada tarifa administrativa en las ventas de tiquetes en internet. (*Prevén aumento de precios en los pasajes aéreos que se adquieren mediante operaciones por Internet* (19 de junio de 2009), Portafolio)

Este llamado se generó por la insistencia de la Asociación Nacional de Agencias de viajes- ANATO, para que el gobierno iguale las tarifas de los tiquetes aéreos cobradas en los diferentes canales de distribución (agencias de viajes e internet), en razón a que las aerolíneas no estaban cobrando al usuario la tarifa

administrativa, o bien la tarifa cobrada era inferior a la cobrada por las agencias de viajes.

Efectivamente, el 8 de junio de 2010 la Aeronáutica Civil informó a la Superintendencia de Industria y Comercio, del proyecto de regulación que tenía como finalidad establecer una tarifa administrativa para las ventas de tiquetes aéreos realizadas a través de internet, mediante la modificación del artículo 4 de la Resolución 3596 de 2006 de la Aeronáutica Civil. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2010, Rad. 10-68347-4-0. p. 1)

El proyecto de regulación imponía una tarifa para las ventas de tiquetes aéreos a través de internet, en un rango entre 5.000 COP y 38.800 COP para los tiquetes nacionales, y entre 5 USD y 95 USD para los internacionales. Mientras, la norma a modificar establecía que las aerolíneas y las agencias de viajes pueden fijar dicha tarifa en las compras por internet sin los límites fijados para la tarifa en la compra presencial de tiquetes. Para la Aeronáutica Civil, los cambios propuestos apuntaban a garantizar las condiciones de igualdad, entre agencias de viajes y aerolíneas, en el mercado de la venta de tiquetes. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2010, Rad. 10-68347-4-0. p. 1-2).

En primer lugar obsérvese que en concordancia con lo estipulado en el artículo 7 de la *Ley 1340 de 2009*, el *Decreto 2897 de 2010*, y en aplicación del cuestionario adoptado en la *Resolución 44969 de 2010* de la Superintendencia de Industria y Comercio, la propuesta regulatoria en análisis es susceptible del procedimiento de abogacía de la competencia, en tanto podría afectar

sustancialmente la competencia a razón que ésta propone controlar e influir sobre los precios de los bienes y servicios o el nivel de producción de un mercado.

Así las cosas, La Superintendencia de Industria y Comercio, una vez realizado el estudio de impacto competitivo respectivo, conceptuó en contra de la modificación anotando que la propuesta regulatoria no estaba justificada en la existencia de fallas del mercado de comercialización de servicios de transporte aéreo, de tal manera que no requeriría el establecimiento de un precio piso y techo, resaltando además que tal medida podría traducirse en un mayor precio al consumidor final. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2010, Rad. 10-68347-4-0. p. 6).

Con mayor profundidad, la SIC señala que:

Desde el punto de vista de la afectación de la competencia y de acuerdo con la teoría económica, las medidas regulatorias que debe tomar la Aeronáutica Civil deberían estar encaminadas a regular el sistema tarifario en aquellas situaciones en que no exista suficiente competencia, se presente una falla del mercado, o la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos.

Tampoco es de prever que el uso de internet vaya a tener consecuencias anticompetitivas en el futuro. /.../ las ventajas competitivas que pueda representar el internet son el resultado de una innovación en el sector que favorece el mercado, es decir, son una manifestación legítima y no de desigualdad de condiciones.

En conclusión, A la luz de la información disponible consideramos que una medida de esta naturaleza podría traducirse en un mayor precio al consumidor final sin que se vea acreditada una justificación de eficiencia económica. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2010, Rad. 10-68347-4-0. p. 6-7)

En este caso, la aplicación del procedimiento de abogacía de la competencia parece haber sido relevante para que la regulación propuesta por la Aeronáutica Civil no fuera expedida, lo que evito que se produjera una seria afectación a la competencia que redujera en términos generales el bienestar. Es importante también destacar en este caso, que el proyecto de regulación fue producto de la influencia de ANATO en el gobierno nacional, en búsqueda distorsionar las condiciones de competencia en el mercado.

Los aspectos destacados en este caso, ilustran la gran importancia e impacto de la abogacía de la competencia en asegurar que la intervención del Estado en la economía se rija por criterios claros y objetivos, y que cualquier restricción a la competencia esté justificada en términos de bienestar social.

1.4.2. Roaming Automático Nacional

En este caso la Comisión de Regulación de Comunicaciones-CRC, puso en consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio, el proyecto de regulación que definía “las condiciones generales de la oferta pública de la instalación esencial de roaming automático nacional en todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que hacen uso del espectro radio eléctrico

destinado a servicios móviles terrestres”. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013, rad. 13-14040-2-0, p. 2)

Básicamente, el roaming automático nacional consiste en la capacidad de las redes móviles de permitir, sin intervención directa de los usuarios, proveer servicios a estos, cuando se encuentran por fuera de la cobertura de uno o más servicios de su red de origen. (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 28 de febrero de 2013, *Resolución 4112*, art. 2.1)

En consideración de la SIC, la regulación propuesta en este caso:

Incentiva el acceso y uso de las TICs, promoviendo el óptimo aprovechamiento de recursos e infraestructura de manera eficiente e igualitaria para todos los usuarios de este tipo de servicios, especialmente en zonas geográficas donde los proveedores no cuentan con red propia para la prestación de los mismos. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013, rad. 13-14040-2-0, p. 2)

De igual forma destaca la Superintendencia que “una de las principales bondades de permitir el acceso al roaming nacional se deriva de la supresión de las principales barreras a la entrada en el mercado originadas en los altos costos de la infraestructura” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013, rad. 13-14040-2-0, p. 4)

La única recomendación que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio en este caso, es la implementación de un mecanismo de seguimiento que permita el seguimiento de las tarifas para evitar prácticas anticompetitivas en el

mercado. Dicha recomendación fue acogida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones en la expedición de la regulación respectiva. (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 28 de febrero de 2013, *Resolución 4112*, art. 11)

En este caso de abogacía de la competencia, la Superintendencia destaca la importancia del proyecto regulatorio como incentivo a la competencia en el sector de comunicaciones. Sin embargo, reconoce la necesidad de seguimiento a las condiciones de competencia en el mismo y sugiere al órgano regulatorio haga uso expreso de sus funciones de supervisión, para la prevención de prácticas anticompetitivas posteriores.

1.5. Conclusión

La adopción de la abogacía de la competencia representa, sin duda alguna, un gran avance en la protección de la libre competencia como un bien jurídico de suprema importancia para lograr la prosperidad social y económica de nuestro país.

Los casos presentados en este acápite, permiten observar de forma práctica como la regulación puede crear restricciones, algunas veces influenciado por grupos de interés, y como en otras ocasiones puede fomentar la competencia. En ambos casos, la abogacía de la competencia juega un papel importante de promoción y protección de la competencia, contribuye con criterios objetivos al análisis de la regulación, y hace más eficiente al Estado en la consecución de sus objetivos.

Sin embargo, y a pesar del gran avance que se dio con la adopción de la abogacía de la competencia bajo la *Ley 1340 de 2009*, las limitaciones con las que

se creó permiten que tanto el legislativo, los gobiernos locales y regionales puedan seguir creando restricciones desproporcionadas sobre la competencia, máxime cuando es en dicha rama y niveles de gobierno que se pueden presentar en mayor medida fenómenos de captura del regulador.

2. El Impacto competitivo de la actividad legislativa en Colombia: la limitación del alcance de las cláusulas de reversión en los servicios de telefonía móvil

En este capítulo se pone de presente la ausencia del análisis de impacto competitivo en el procedimiento legislativo colombiano, desde el estudio del proceso de aprobación en el Congreso de la República de una norma legal. La normatividad analizar en este capítulo es la contenida en el artículo 4 de la *Ley 422 de 1998 “Por medio de la cual se modifica parcialmente la ley 37 de 1993, y se dictan otras disposiciones”*, desde donde se trató de limitar el alcance de las cláusulas de reversión en las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones.

A través de la aplicación de una evaluación de impacto competitivo a la norma legislativa mencionada, se determina si existía la necesidad de incorporar dentro de la discusión legislativa la perspectiva de la abogacía de la competencia en la discusión de esta norma. Luego se verifica si dentro del proceso de aprobación de la *Ley 422 de 1998*, los legisladores o el gobierno nacional tuvieron en cuenta el estudio de los posibles impactos de esta norma sobre la competencia.

2.1. Evaluación de impacto competitivo

La evaluación de impacto competitivo de una norma puede tomar varias formas en los diferentes países que desarrollan abogacía de la competencia. Sin embargo a dicha variedad, se pueden identificar ciertas etapas o componentes comunes en los diferentes proyectos de abogacía de la competencia exitosos. (ICN, 2011, *Advocacy Toolkit Part I: Advocacy process and tools*. p. 3).

Las etapas o componentes que se identifican comúnmente en una evaluación de impacto competitivo son los siguientes: 1. Identificación del problema, y objetivos de la intervención. 2. Identificación de las restricciones a la competencia que posiblemente impone la medida. 3. Análisis de la necesidad y proporcionalidad de las restricciones. 4. Comprobar que no existan alternativas menos restrictivas. (OECD, 2010, (2). p. 98)

2.1.1. Identificación del problema y objetivo de la norma

Para definir la problemática y el objetivo al que apunta una norma legislativa, es necesario consultar su trámite legislativo y en especial la exposición de motivos que acompaña a todo proyecto de ley.

Si se examinan los antecedentes legislativos de la *Ley 422 de 1998*, destaca que no era su primera intención redefinir el alcance las cláusulas de reversión, tanto así que el proyecto original presentado por el Gobierno Nacional no incluía dicha medida (Congreso de la República de Colombia, 1996, *Proyecto de ley 165/1996 Cámara 164/1996 Senado*, Gaceta del Congreso No. 481), siendo introducida por los ponentes de la iniciativa como un artículo nuevo en la ponencia de primer debate en la Cámara de Representantes. (Congreso de la República de Colombia, 1997, *ponencia para primer debate proyecto de ley 165/1996 Cámara 164/1996 Senado*, Gaceta del Congreso No. 188, p. 1-2)

Consultada la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, se identifica que la variación en la cláusula de reversión se introdujo porque a juicio de los Honorables Representantes ponentes, “La figura de la reversión, atendiendo

a su génesis y a la aplicación que ha tenido en el campo de la contratación estatal, *no tiene el alcance que ha pretendido dársele en las concesiones de telefonía móvil*' (Congreso de la República de Colombia, 1997, *ponencia para primer. p. 2.* Cursivas mías).

Para los ponentes el alcance de la cláusula de reversión en materia de telefonía móvil, era el siguiente:

La situación en materia de telecomunicaciones resulta del todo contraria a lo expuesto. Lo que se entrega a particulares son frecuencias de espectro radioeléctrico para su uso; éstas no se desgastan con el mismo, y son las que deben devolverse, ya que por disposición constitucional pertenecen al Estado. En telecomunicaciones, lo que realmente se da en concesión es el derecho a prestar un servicio público en forma temporal, ya que la titularidad del mismo la retiene el Estado, y un bien del Estado no se concede. (Congreso de la República de Colombia, 1997, *ponencia para primer. p. 2.*)

Cabe destacar, que en el momento que el Estado colombiano otorgó los primeros contratos de concesión de telefonía celular, en 1994, se incluyó en dichos contratos una cláusula de reversión en concordancia con lo dispuesto en el artículo 19 de la *Ley 80 de 1993*, el cual expresa:

Artículo 19. De la reversión. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la

misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna. (L. 80/1993, Art. 19)

Esto impone la necesidad de clarificar cual fue la intención del legislador al introducir el cambio en lo que se entiende como cláusula de reversión en los contratos de comunicaciones. Es decir, ¿Quería el legislador que los efectos de la nueva norma con respecto a la reversión fuera retroactivos y aplicaran a los contratos de concesión firmados en 1994?

La ponencia de primer debate, en la cual fue introducido el cambio en las cláusulas de reversión, no expresa a profundidad los motivos y objetivos de la medida, y sólo se limita expresar que resultaba necesario precisar el alcance de la reversión en los contratos de telefonía móvil celular, asimilándola a como ésta aplica en los demás servicios del sector de comunicaciones, donde solamente se revierte al Estado el espectro radioeléctrico asignado a la prestación del servicio, y no los bienes afectos a dicha prestación. (Congreso de la República de Colombia, 1997, *ponencia para primer*. p. 6)

Para tratar de definir de manera más precisa los motivos, objetivos y alcance del cambio introducido con el artículo 4 de la *Ley 422 de 1998*, es necesario consultar las diferentes opiniones que se dieron en los debates del trámite legislativo. Efectivamente, uno de los legisladores ponentes, senador Amadeo Tamayo Morón, explicó de forma extensa los motivos y objetivo del cambio en el alcance de las cláusulas de reversión en la telefonía móvil. Resumimos los

argumentos que expresó el ponente, en los siguientes puntos (Congreso de la República, 1997, Gaceta del Congreso No. 554, p. 46-47):

- Unificar la figura de la reversión en la telefonía celular con la figura de la reversión contenida en la demás normatividad de comunicaciones, en especial, la contenida el artículo 39 de la *Ley 142 de 1993 (Ley de servicios público)*, el literal h) del artículo 48 de la *Ley 182 de 1995 (Ley Nacional de Televisión)*, y el *Decreto Reglamentario 2343 de 1996*, entre otras.
- Fomentar la inversión en nueva tecnología de los concesionarios establecidos.
- Fomentar nuevas inversiones extranjeras en el sector.

Ya clarificados los objetivos de la normatividad, continuaremos en el siguiente acápite a analizar las posibles restricciones a la competencia que implica la legislación adoptada.

Finalmente, cabe destacar que era clara la intencionalidad de los legisladores de modificar las cláusulas de permanencia de los operadores establecidos desde 1994.

2.1.2. Identificación de las restricciones a la competencia que posiblemente impone la medida normativa

Como se indicó en el marco teórico de la investigación, la herramienta de análisis más importante con la que cuenta el proceso de la abogacía de la competencia es la evaluación de impacto competitivo, cuyo objetivo específico

consiste en analizar el impacto potencial que podría causarse a la competencia con la imposición de algunas reglas y regulaciones.

Como primer paso, la metodología de evaluación de impacto competitivo identifica las restricciones potenciales que puede imponer la regulación. Para esta etapa, la autoridad de competencia en Colombia, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio adoptó, a través de la *Resolución 44649 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio*, la aplicación de la *Lista de Verificación de Competencia*. Ahora bien, a continuación aplicaremos dicho instrumento a la norma jurídica en estudio, determinando de esta manera las restricciones que dichas medidas podrían potencialmente imponer a la competencia, teniendo en cuenta que cualquier respuesta afirmativa a alguna de las preguntas de la lista de verificación requerirá de un análisis de la regulación propuesta, pues sería una indicación de un posible problema de competencia. (OECD. 2010. (2) p. 110)

En el caso concreto, es indispensable analizar el posible impacto de la medida desde dos interpretaciones: La primera, si sólo ésta aplica a las concesiones de telefonía móvil otorgadas con posterioridad a la ley, y segundo si esta también aplica retroactivamente a las concesiones otorgadas con anterioridad a la ley. Sin embargo, y de primera mano, es claro que ambas interpretaciones sobre la limitación o redefinición de la reversión, pueden potencialmente limitar el número o la variedad de las empresas en uno o varios mercados relevantes relacionados, en tanto eleva de manera significativa los costos de entrada.

La construcción de una red propia para asegurar una cobertura geográfica mínima requiere grandes inversiones de capital inicial, a la vez que mantiene a los nuevos entrantes por fuera de la red de los operadores ya establecidos, en razón a que deja en manos de las compañías ya establecidas, activos estratégicos que son necesarios para las entrantes. (Econometría S.A., 2003, *Asesoría para la evaluación de competencia en los Mercados de Telecomunicaciones*, P. 8)

Por otro lado, para determinar si la medida regulatoria incrementa barreras de entrada al mercado también es importante analizar si la regulación permite que las empresas ya establecidas puedan elevar los costos de un nuevo posible competidor.

En el caso de las telecomunicaciones, es común que los participantes del mercado intenten evitar que los entrantes tengan fácil acceso a sus redes a través de un precio muy por encima al del mercado. En el caso Colombiano es clara la existencia de dicho precio diferenciado, dada la existencia de un precio diferenciado *on net* y *off net*, es decir entre las llamadas dentro y fuera de la red, y el *roaming nacional*. Dicha diferenciación puede ser problemática para la competencia, pues termina favoreciendo a los operadores ya establecidos, especialmente al operador de mayor tamaño. (Gutiérrez. *El sector de la telefonía móvil frente al derecho de la competencia*. En: Revista de Derecho Privado. 2013. (50).18)

Una vez determinado que la normatividad posiblemente impone restricciones a la competencia, es necesario realizar un estudio a profundidad de los costos y

beneficios de dichas restricciones. Esta evaluación, por lo general, es llevada a cabo por la Autoridad de Competencia del país o una entidad especializada con una visión clara de la naturaleza y tamaño del mercado posiblemente afectado.

Un estudio más preciso de la competencia proseguiría con un análisis de la necesidad y proporcionalidad de las posibles restricciones generadas por la medida normativa adoptada, consistente en determinar, en primer lugar, si los objetivos de la legislación sólo pueden alcanzarse con la imposición de las restricciones a la competencia, y en segundo lugar, si los beneficios de la restricción para la comunidad como un todo, superan los costos de la restricción. (OECD. 2010. (2) p. 134)

En este caso, no se adelanta el estudio con tal precisión, en tanto que el objetivo de esta investigación no es la realización a profundidad de un estudio de impacto competitivo, sino mostrar la necesidad de extender la institución de la abogacía al ámbito legislativo colombiano a partir de la ausencia de tal estudio en la aprobación de normas que posiblemente tienen impactos sobre la competencia.

2.1.3. Análisis de la necesidad y proporcionalidad de las restricciones

En primer lugar se analiza la necesidad y proporcionalidad de la medida desde los dos alcances que se le puede dar a la norma, primero si ésta sólo aplica a las concesiones de telefonía móvil otorgadas con posterioridad a la ley, y segundo, si ésta también aplica retroactivamente a las concesiones otorgadas vigentes desde 1994.

No existe mucha bibliografía sobre el Estado del mercado de la telefonía móvil entre 1994, año en que inició la prestación del servicio, y 1998 año en que se aprobó en el Congreso de la República la norma analizada.

Sin embargo, estudios de la Comisión de Regulación de Comunicaciones-CRC, indican que los primeros años de prestación de servicio de telefonía móvil 1994-1998, constituyeron un periodo de crecimiento importante que superó las expectativas de los planes de negocios de las empresas y los pronósticos de los expertos analistas, con tasas de crecimiento promedio anual entre 1995 y 1998 de 185%. (Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT, 2002, *El sector de las telecomunicaciones en Colombia 1998-2001*, (1) p. 121.)

Es importante señalar, que para ese entonces se avizoraba la llegada de nuevos inversionistas extranjeros al sector, lo que se concretó en los años siguientes con la integración de COMCEL a la mexicana América Móvil, y Celumovil, Celumovil de la costa y Cocolco a la canadiense Bellsouth.

Bajo la posibilidad interpretativa de que la cláusula de reversión tuviera aplicación sólo para las concesiones posteriores a la entrada en vigencia de la *Ley 422 de 1998*, y que los nuevos entrantes al mercado se vieran en la necesidad de construir su propia infraestructura para competir, los estudios han demostrado que el resultado de mantener el modelo de competencia bajo infraestructura propia genera un mayor bienestar social que los modelos donde no existe dicha necesidad. (Eisenach y Lenard, 2003, *Telecom deregulation and the economy: the impact of “UNE-P” on jobs, investment and growth*. p.2).

Así mismo lo señala la sentencia C-555 de 2013, que analiza la constitucionalidad del artículo 4 de la *Ley 422 de 1998*. Para la Corte esta interpretación crea una cadena de estímulos que termina aumentando el bienestar de la sociedad. Por un lado, el entrante genera empleo con la construcción de su propia red, y por el otro los consumidores se ven beneficiados con mejores servicios a través de la incorporación constante de redes optimizadas, en tanto, entrante y establecido, tendrán incentivos para actualizarla. (Cconst, C-555-2013, M.P. G. Mendoza, p. 29)

La segunda vía interpretativa que pretendió darle el legislativo a la norma analizada produce, en contraposición a la anterior interpretación, efectos contrarios a la competencia. Como lo señaló la Corte Constitucional en la misma sentencia citada con anterioridad, que la norma modifique retroactivamente la cláusula de reversión de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de la *Ley 422 de 1998*, crearía una desproporcionada alteración a la condiciones de competencia. (Cconst, C-555-2013, M.P. G. Mendoza, p. 29)

Para la Corte es claro, que el legislativo no consideró que en este caso se genera una restricción a la competencia no tolerable dentro del ámbito de protección especial, que sobre el espectro electromagnético establece el artículo 75 de la Constitución Política, el cual específicamente indica que el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en su uso, garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso, y en definitiva garantizar el pluralismo informativo y competencia. Así se concluye cuando la Corte afirma:

sin perjuicio de la libertad de configuración reconocida al legislador en la regulación del servicio de telecomunicaciones y, en particular, en la asignación de derechos de uso sobre el espectro electromagnético, están excluidas las regulaciones que favorezcan la concentración de los medios o la ocurrencia de prácticas monopolísticas en el uso de dicho bien público, dado que la garantía de su acceso, en igualdad de condiciones, es a su vez, condición necesaria para asegurar bienes constitucionales especialmente valiosos como lo son, entre otros, el pluralismo informativo, la libertad de expresión y la de información. (Cconst, C-555-2013, M.P. G. Mendoza, p. 24)

Para la Corte, el aumento del capital de quienes son titulares de concesiones en materia de telecomunicaciones, acorde con contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de los textos legales debatidos, convenios en los cuales tenía lugar la reversión de bienes afectos al servicio, bien por mandato de la ley, bien por acuerdo entre las partes, o bien por ambas situaciones, sumado a las violaciones de la Constitución, descritas en el párrafo precedente, se constituyen en factores tendientes a prohijar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro, lo cual, también vulnera lo establecido en el varias veces citado artículo 75 de la Carta. (Cconst, C-555-2013, M.P. G. Mendoza, p. 34)

Ahora bien, las prácticas monopolísticas en el uso del espectro devienen, como se explicó en el acápite 2.1.2, de la gran barrera de entrada que significa para nuevos entrantes la construcción de una red propia lo suficientemente extendida geográficamente que permita competir con los establecidos, que al poseer una

infraestructura propia siempre contará con una mayor ventaja competitiva por el desarrollo de economías de escala o la aplicación de precios por encima del mercado para el acceso a la red.

2.2. Conclusión

Es importante destacar que el estado de competencia del mercado de telefonía móvil, el cual se describe como un mercado altamente concentrado, y donde efectivamente uno de sus participantes ya fue declarado con posición dominante, exige que las propuestas legislativas que han cursado o vayan a cursar en el Congreso de la República, integren un análisis desde la abogacía de la competencia.

Es importante traer de presente que el legislador en el trámite de la *Ley 1341 de 2009*, reiteró su intención de modificar, ya de manera expresa, las cláusulas de reversión de las concesiones suscritas en 1994, especificando en el inciso 4º del artículo 68 de dicha ley lo siguiente:

En las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones *al momento de la entrada en vigencia de la presente ley*, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial.
(L. 1341/2009, Art. 68-4. *Cursivas más*)

En este caso, la Corte Constitucional, en la misma sentencia C-555 de 2013, declaró la ineqüibilidad de la expresión en cursiva.

Tal insistencia del legislativo, también puede ser una manifestación de la gran presión que puede haber ejercido el grupo de interés que representa a los operadores de telefonía móvil, para el cambio definitivo de las cláusulas de reversión pactadas en 1994.

Es claro que en el trámite legislativo de la *Ley 422 de 1998* no se realizó un análisis extensivo de los posibles impactos que la norma podía generar sobre la competencia en el mercado de la telefonía móvil. La aplicación del procedimiento de abogacía de la competencia, hubiera asegurado la participación de un órgano con la capacidad técnica para realizar a profundidad un análisis de impacto competitivo, que permitiera identificar si las condiciones del mercado en términos de calidad, cobertura, innovación y competencia exigían la adopción de tal medida y si ésta aseguraba mayor un bienestar del consumidor.

Es necesario y deseable, integrar este tipo de análisis al proceso legislativo para garantizar que el Congreso en el ejercicio de sus funciones legítimas no imponga barreras desproporcionadas a la libre competencia, y ésta se proteja y se promoció como un bien jurídico de la mayor importancia para el logro de los fines del Estado.

3. Propuesta para la extensión de la abogacía de la competencia al ámbito legislativo

En el capítulo anterior, desde la ausencia del análisis de impacto competitivo en la aprobación por el Congreso de la República de una norma de trascendencia en el sector de telecomunicaciones, se expone la necesidad de integrar al procedimiento legislativo colombiano la institución de la abogacía de la competencia.

El presente capítulo desarrolla el producto práctico de la investigación, es decir, en él se presentan los cambios institucionales y normativos necesarios para que la abogacía de la competencia se integre al procedimiento legislativo, analizando a su vez sus impactos en la estructura del Estado colombiano y de consuno en su sistema de pesos y contra pesos. Sin embargo, antes de proponer los cambios institucionales, se estudian comparadamente algunos modelos de abogacía de la competencia que integran el nivel legislativo, con la intención de establecer algunos elementos institucionales que hagan más efectiva a la abogacía de la competencia en el nivel legislativo.

3.1. La abogacía de la competencia a nivel legislativo

La OECD recomienda la implementación de la abogacía de la a nivel nacional, regional y local, logrando identificar de esta manera en todos los niveles las políticas gubernamentales que tengan potencial de generar restricciones substanciales y excesivas a la competencia (OECD, 2010, (1) p. 32). Cada país que implementa de alguna forma la abogacía de la competencia y da diferentes alcances a esta institución.

En este acápite, se estudian los casos de México, Perú y Australia, países donde la aplicación de la abogacía difiere sustancialmente, en tanto esta figura goza de diferente estatus normativo dentro de sus regímenes jurídicos. Este estudio comparado, permite identificar las características institucionales de la abogacía de la competencia en su alcance sobre la normatividad legislativa.

3.1.1. México

El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incorpora la libre competencia económica como un bien jurídico, y desarrolla desde este nivel la institucionalidad para su protección, otorgando especialmente esta función a la Comisión Federal de Competencia Económica – COFECE. (Congreso Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, (1917). Constitución Política. Art. 28)

El marco normativo mexicano de protección a la competencia, abarca, al igual que en Colombia, los ámbitos de protección (*enforcement*) y promoción de la competencia, este último desde los dos enfoques de la abogacía de la competencia, tanto en la promoción de conductas competitivas de los agentes privados y públicos del mercado.

En relación a los agentes públicos, la COFECE tiene especiales atribuciones para estudiar y emitir opiniones en materia de competencia económica sobre los programas y políticas de los diferentes niveles de gobierno, cuando estos puedan tener incidencia en el proceso de libre competencia y libre concurrencia.

A la vez, este organismo también puede emitir opiniones respecto iniciativas de leyes, ante proyectos de reglamentos, decretos, reglas, acuerdos, circulares y demás actos administrativos que puedan tener incidencia en el proceso de libre competencia.

Cabe destacar que tanto el gobierno federal, estatal y municipal están sujetos a lo dispuesto por la *Ley federal de competencia económica*, siendo sus opiniones no vinculantes sólo en los proyectos de iniciativas legislativas, decretos o reglamentos. (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. *Ley Federal de Competencia Económica*. Art. 3 y 24)

Se observa entonces, que el proceso de *competition advocacy* en México, integra todos los niveles de gobierno, tanto el federal, local y municipal, vinculando también a la rama legislativa federal, sobre cuya actividad puede emitir opiniones no vinculantes. Efectivamente la comisión ejerciendo esta función ha emitido opiniones sobre proyectos legislativos. Por ejemplo la comisión emitió opinión reciente sobre el decreto reformativo de la ley federal de radio y televisión, la ley federal de telecomunicaciones, y la ley federal de derechos de autor, presentado a la Cámara de Diputados el 15 de noviembre de 2012. (OECD, 2013, *annual report on competition policy developments in México -2012-*. p. 15)

3.1.2. Perú

La abogacía de la competencia no está incluida de manera explícita dentro de las funciones de la autoridad de competencia peruana –INDECOPI, sin embargo este organismo realiza un trabajo de promoción de la competencia dentro del

gobierno, de tal manera que provee regularmente al órganos del gobierno de análisis de competencia como insumos para el diseño de políticas, siendo el Congreso el órgano donde la mayoría de dichos análisis han sido puestos a consideración. (OECD, 2004, *Country Studies. Peru-Peer review of competition Law and policy 2004*. p.62).

Resalta en el caso peruano que aunque la abogacía de la competencia no es una función legal de la autoridad de competencia, esta si desempeña actividades propias de la abogacía, destacándose además su participación en la actividad legislativa mediante la presentación de opiniones y estudios de competencia.

3.1.3. Australia

Australia quizá sea el país donde más activamente se ha ejercido la abogacía de la competencia, en razón a que desde 1998 el gobierno australiano desarrolló el National Policy Program, el cual consistía en la revisión y reforma de cerca de 1800 normas legales (diferentes niveles de gobierno) que tenían impacto sobre la competencia. (OECD, 2009, *Country studies. Australia-The role of competition policy in regulatory Reform*, p. 50)

En el caso australiano las funciones de *enforcement* y *advocacy* residen en cuerpos diferentes, la primera de ellas en la *Australian Competition and Consumer Commission – ACCC*, y la segunda en la *Productivity Commission*. Esta última hace parte del *Treasury Portfolio Agencies*, el cual es un cuerpo de organizaciones gubernamentales cuyo objetivo es alcanzar un fuerte y sostenido crecimiento económico y el mejoramiento del bienestar de los australianos. (OECD, 2009, p. 49)

The productivity Commission actúa como un cuerpo consultivo y de educación, desarrollando así actividades propias de promoción de la competencia. Su actividad consultiva opera bajo el requerimiento del gobierno, quedando este obligado a dar respuesta en detalle a las recomendaciones hechas por la comisión. Finalmente, es importante señalar que las recomendaciones realizadas por la *Productivity Commision* cuentan con un peso relevante para los gobiernos de todos los estados australianos desde el nivel federal, estatal y en los cuerpos legislativos territoriales. (OECD, 2009, p.49)

Como se concluye de los anteriores casos comparados, la abogacía de la competencia juega un papel importante en la actividad legislativa. Aunque las opiniones de los órganos donde reside la función de abogacía de la competencia no sean de obligatorio cumplimiento en el nivel legislativo, si se convierte en un elemento importante para impedir que mediante normas de carácter legal se impongan restricciones desproporcionadas a la competencia.

Ahora bien, luego de esta revisión comparada de la abogacía de la competencia en el nivel legislativo, es importante señalar de forma precisa los elementos institucionales que hacen más efectiva esta institución en el nivel legislativo:

- I. Es preferible que el órgano con funciones de abogacía de la competencia pueda emitir opinión sobre los proyectos legislativos, de forma oficiosa o a solicitud de otro órgano del gobierno o del órgano legislativo.

- II. Las opiniones emitidas por el órgano con funciones de abogacía de la competencia, no son obligatorias para el órgano legislativo. Sin embargo, si es obligatorio en la mayoría de los casos responder en detalle a las observaciones anotadas en la opinión respectiva.
- III. Las opiniones y respuestas a las observaciones deben ser públicas.

3.2. Cambios normativos propuestos para la introducción de la abogacía de la competencia en el nivel legislativo

La introducción de la abogacía de la competencia en el nivel legislativo, debe partir desde el reconocimiento de la libre competencia económica como un bien jurídico de rango constitucional, que impone límites y responsabilidades a las actividades tanto de particulares como del Estado, especialmente a cada una de las ramas que tienen la capacidad de imponer restricciones sobre la competencia. (CN, Art. 333)

Lo anterior indica que el derrotero del cambio institucional debe iniciar en la norma constitucional que materializa la libertad económica como un bien jurídico, y que como en México, por ejemplo, de marca la estructura institucional para su protección.

Se propone entonces, como punto de partida para la introducción de la abogacía de la competencia en el ámbito legislativo, una adición al artículo 333 de la Constitución Política, en el sentido de establecer de forma clara que las leyes y regulaciones de carácter administrativo que puedan generar incidencia sobre la libre competencia, deberán ser consultadas con el órgano del gobierno nacional en

cargado de promover y proteger la libre competencia, sin que su concepto y recomendaciones sean de obligatorio cumplimiento.

Una vez realizada la modificación constitucional anteriormente descrita, es necesario ajustar la siguiente normativa legal para integrar la abogacía de la competencia con el procedimiento legislativo.

El cambio constitucional propuesto exigiría reformar de forma adicional el procedimiento legislativo, es decir reformar la *Ley 5 de 1993 “por la cual se expide el reglamento del congreso; senado y cámara de representantes”*, estableciendo en ella la forma como el órgano del gobierno nacional, encargado de promover y proteger la libre competencia, rendirá su concepto dentro del procedimiento legislativo, determinando entre otros aspectos un plazo razonable para rendir el concepto, y los criterios de publicación del mismo.

De igual manera, sería necesario reformar las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única de competencia encargada de promover y proteger la libre competencia, y responsable del trámite de abogacía de la competencia, todo esto adicionando el artículo 7 de la *Ley 1340 de 2009*, con un inciso en el sentido de que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, de oficio o a solicitud del Congreso de la República o del Gobierno Nacional, sobre los proyectos de ley que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no sería vinculante en consonancia con el precepto constitucional. Sin embargo, si el Congreso de la

República se aparta de dicho concepto, el mismo deberá expresar en la exposición de motivos de la respectiva ley, los motivos por los cuales se aparta.

Ahora bien, como se indicó en la parte inicial de este acápite, los cambios institucionales propuestos no escapan de la necesidad de realizar un análisis de su impacto en la estructura del Estado y el sistema de pesos y contrapesos, el cual se realizara en el siguiente acápite final de este capítulo.

3.3. La abogacía de la competencia en el nivel legislativo, la estructura del Estado y el sistema de pesos y contra pesos.

La introducción de la abogacía de la competencia como un requerimiento formal en el procedimiento legislativo colombiano, requiere sin duda alguna un análisis constitucional desde los principios que fundamentan la estructura del Estado, entre ellos el principio de la separación de poderes, el principio pesos y contra pesos, y el principio de colaboración armónica.

El artículo 113 de la Constitución Política de 1991 establece la organización del Estado en la modalidad de tridivisión del poder entre ramas, a saber: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Y Además reconoce la existencia de otros órganos autónomos e independientes que asumen también funciones estatales. (Santofimio. J, 2003, Tratado de derecho administrativo, (1), p. 390)

Dicha separación de poderes surge, como principio, bajo la necesidad de mecanismos institucionales que eviten la arbitrariedad de los gobernantes. Así las cosas, se asigna a cada una de las ramas funciones específicas, de tal manera que la función pública no descansa en las manos de una sola, y que los diversos órganos

de cada una de ellas se controlen recíprocamente bajo el principio de pesos y contra pesos, o *checkes and balances* como lo llaman los anglosajones. (Cconst, C-312/97, M.P. E. Cifuentes)

Ahora bien, La Constitución es asertiva al también indicar que sin perjuicio del principio de división de poderes, “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas *pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*” (CN. Art. 113, cursivas mías). Así mismo, en la misma constitución se desarrolla en numerosas disposiciones, la colaboración armónica entre diferentes órganos, es así por ejemplo que:

en el numeral 19 del artículo 150 se determina que el Congreso se limitará a dictar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno para organizar el crédito público, regular el comercio exterior, modificar el régimen de aduanas y regular las actividades relacionadas con el aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público. Igualmente, le corresponde al Gobierno velar por la estricta recaudación de los recursos y decretar su inversión de acuerdo con la ley (CP; art. 189, numeral 20). De la misma manera, el artículo 346 establece que el gobierno es el que elabora anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y lo presenta al Congreso para su aprobación. El Congreso no puede aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos presentado por el gobierno, ni incluir una nueva, a no ser que cuente con la aceptación escrita del ministro del ramo (CP, art. 351). Y, además, si el Congreso no expide el presupuesto regirá el presentado por el gobierno (CP, art. 348). Asimismo, el gobierno

elabora el plan nacional de desarrollo-después de un proceso en el que se cuenta con la participación activa de las autoridades de planeación de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura-y luego de oír la opinión del consejo nacional de planeación y de realizar los ajustes que considere pertinentes lo presenta al Congreso. El plan debe ser aprobado por el Congreso, pero si éste no lo hace en un término de tres meses, el gobierno podrá ponerlo en vigencia. En el debate sobre el proyecto, el Congreso puede variar el plan de inversiones públicas, pero bajo la condición de que se mantenga el equilibrio financiero. En caso de que no sea así, requerirá la autorización del gobierno CP, art. 341). (Cconst, C-312/97, M.P. E. Cifuentes)

Esta mezcla de funciones y responsabilidades, entre la rama legislativa y la ejecutiva, no son otra cosa más que la expresión del principio de colaboración, que a la vez amplifica el principio de pesos y contra pesos.

Bajo este contexto constitucional, la introducción de la abogacía de la competencia en el procedimiento legislativo, no afectaría negativamente la estructura del Estado, máxime cuando el tipo de colaboración armónica que establece la modificación constitucional propuesta tiene como fin la promoción y protección de un bien jurídico constitucional como lo es la libre competencia económica.

4. Conclusiones Generales

La aplicación de la abogacía de la competencia como una institución de la gestión pública, reconoce la necesidad de evaluar las intervenciones del Estado en el mercado, en el entendido que es éste el mayor creador de restricciones sobre la libre competencia, ya sea en aras de alcanzar objetivos socialmente legítimos, o por influencia de grupos de interés que se ven beneficiados con el mantenimiento de distorsiones en un mercado específico.

La adopción de la abogacía de la competencia a través de la *Ley 1340 de 2009*, exigiendo que los actos administrativos regulatorios, con posible impacto sobre la competencia que expidan las entidades regulatorias de carácter nacional, surtan el proceso de abogacía de la competencia, representó un gran avance hacia un Estado en el marco de la promoción y protección de la libre competencia como un bien jurídico fundamental para alcanzar el desarrollo y la superación de la pobreza. Sin embargo a este avance la reforma de 2009, dejó por fuera de dicho examen a uno de los actores regulatorios de mayor importancia como lo es el Congreso de la República.

El hecho que los actos regulatorios de carácter legal estén excluidos del proceso de la abogacía de la competencia, permite que el Congreso de la República tramite sin el análisis adecuado, iniciativas que pueden impactar significativamente en la competencia. El estudio del proceso de aprobación de la *Ley 422 de 1998*, logró identificar la ausencia del análisis del impacto competitivo en la aprobación de las leyes en nuestro país, a pesar que era claro el gran impacto que generaría

sobre la competencia la aplicación de lo indicado en el artículo 4 de dicha ley a las concesiones de telefonía móvil firmadas en 1994.

El análisis teórico, metodológico y práctico que se realizó en la investigación permite tener claridad sobre los beneficios que generaría la inclusión de la abogacía de la competencia en el procedimiento legislativo. La aplicación de la abogacía de la competencia a los proyectos regulatorios legales, mejoraría sin ninguna duda la producción legislativa, asegurando que no se impongan por esta vía, innecesarias y exageradas restricciones a la competencia, y a la vez mejoraría la efectividad de la regulación legal desde una perspectiva costo-beneficio.

La necesidad de integración de la abogacía de la competencia al ámbito legislativo también la impone el trámite actual de numerosos proyectos de ley que impactan la competencia, entre otros el *Proyecto de Ley 172 de 2012* Cámara “por medio de la cual se dictan normas en materia de costos transaccionales y beneficios financieros a los usuarios y se dictan otras disposiciones”, el *Proyecto de Ley 095 de 2013* Cámara “por medio de la cual se profieren medidas para la protección de los derechos que les asisten a los consumidores de redes y servicios de telefonía móvil y se dictan otras disposiciones” y, el *Proyecto de Ley 181 de 2014* Senado “por medio de la cual se dictan medidas tendientes a promover el acceso a los servicios financieros transaccionales y se dictan otras disposiciones”, proyectos con los cuales el Congreso de la República pretende, por ejemplo, fijar directamente precios de bienes y servicios, o se constituyen barreras de entrada a ciertos mercados.

La propuesta normativa que esta investigación presenta como producto práctico, permite la inclusión de la perspectiva de la abogacía de la competencia en el procedimiento legislativo, de manera balanceada con la estructura del Estado Colombiano bajo los principios de división y separación de las ramas del poder público, y la colaboración armónica entre ellos.

Se plantea en primera medida una reforma constitucional que enmarque toda la actividad estatal, incluyendo la legislativa, dentro de la promoción y protección de la competencia. Luego se disponen las modificaciones legales respectivas, integrando de manera expresa la abogacía de la competencia al procedimiento legislativo mediante una reforma a la *Ley 5 de 1993*, a la vez que se precisa, con una reforma al artículo 7 de la *Ley 1340 de 1993*, la función de abogacía de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en el ámbito legislativo.

Es de reconocer que un cambio constitucional sería la oportunidad para adelantar una reforma a mayor profundidad al marco de protección y promoción de la competencia en nuestro país, asegurando por ejemplo, un rediseño institucional de la autoridad de competencia en torno a los criterios de independencia y autonomía. De igual forma, también se podría decir que la abogacía de la competencia, para su desarrollo integral no se agota en su extensión hacia el campo de las regulaciones de carácter legal, sino que también exige su extensión a las regulaciones en los niveles de gobierno departamental y municipal, como así lo sugiere la OECD.

Esta investigación deja abiertos estos los anteriores aspectos para el futuro estudio y diseño de nuevas reformas al marco de competencia en Colombia, más aun cuando, muy seguramente, en los próximos años la integración del país a la OECD, exigirá una evaluación a profundidad de toda la normatividad regulatoria del país desde la perspectiva de la competencia o *competition assesment*.

Bibliografía

- Acemogluo, D. y Robinson, J.A. (2012) Por qué fracasan los países. Bogotá: sexta reimpresión. Editorial Planeta.
- Álvarez, L. y Rojas, S. (2012). *Retrospectiva y prospectivas del derechos de la competencia en América Latina*. Bogotá: Universidad Javeriana-Ibañez.
- Baldwin, R. y Cave, M. (1999). *Understanding Regulation*. New York: Oxford University Press.
- Beneyto, J.M., y Maillo, J. (2005). *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*. V2. Barcelona: Bosch
- Constituyente, República de Colombia. (1991) *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Congreso de la República de Colombia. (24 de diciembre de 1959). *Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*. Recuperado de <http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/inicio4b8.asp>
- . (1996) *Proyecto de ley 165/1996 Cámara 164/1996 Senado*, Gaceta del Congreso No. 481.
- . (1997) *Ponencia para primer debate al proyecto de ley 165/1996 Cámara 164/1996 Senado*. Gaceta del Congreso No. 188.
- . (1997). Gaceta del Congreso No. 554.

---. (24 de julio de 2009) *Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.* Recuperado de <http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/lexbase/normas/leyes/2009/l1340de2009.html>

Congreso Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, (1917). *Constitución Política.* Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (24 de diciembre de 1992) *Ley Federal de Competencia Económica.* Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/104.pdf>

Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT. (2002). *El sector de las telecomunicaciones en Colombia 1998-2001.* Recuperado de <http://www.crcom.gov.co/?idcategoria=62356>

Eisenach y Lenard. (2003). *Telecom deregulation and the economy: the impact of “UNE-P” on jobs, investment and growth.* Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1260407

Federal Trade Commission-FTC. (2006). *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine.* Recuperado de http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/advocacy_documents/ftc-staff-report-concerning-enforcement-perspectives-noerr-pennington-doctrine/p013518enfperspectnoerr-penningtondoctrine.pdf

Flórez, D. (2011). *La empresa colombiana: ¿una víctima del Estado? Las ayudas del Estado a las empresas un debate sobre la libre competencia*. *Revista de Derecho Privado*, 45, 1-36. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de derecho.

Organization for Economic Co-operation and Development-OECD. (2004) *Country Studies. Peru-Peer review of competition Law and policy 2004*. Recuperado de <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/34728182.pdf>

---. (2004) *Latin American Competition Forum. Sesión III: competition advocacy in developing countries*. Recuperado de <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2004%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>

---. (2009). *Country studies. Australia-The role of competition policy in regulatory Reform*. Recuperado de <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/45170413.pdf>

---. (2010). *Herramientas para la evaluación de la competencia*. (1-2). Recuperado de <http://www.oecd.org/daf/competition/assessment-toolkit.htm>
Recuperado. 29-11-2013.

---. (2013). *annual report on competition policy developments in México -2012-*. Recuperado de

[http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2013\)7&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2013)7&docLanguage=En)

Office of Fair Trading-OFT. (2009). *Governments in markets. Why competition matters a guide for policy makers*. Londres: OFT.

Ordover, J. y Saloner, G. (1989). *Predation, monopolization, and antitrust*. En R. Schmalensee & R. Willing (Eds.). *Handbook of Industrial Organization*. (1), New York: Elsevier Science Publishers.

Presidente de la República de Colombia. (30 de diciembre de 1992). *Decreto 2153 de 1992, Por el cual se reestructura la superintendencia de industria y comercio y se dictan otras disposiciones*. Recuperado de <http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/inicio4b8.asp>

---. (5 de agosto de 2010). *Decreto 2897 de 2010. Por el cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009*. Recuperado de <http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/inicio4b8.asp>

Ramírez. M. (2004) *Regulación y Mercado*. En Lizarazo L. y Anzola. M, (Eds), *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá: Centro Editorial. Universidad del Rosario.

Rojas. S. (2012). *La abogacía de la competencia en el derecho colombiano. Reflexiones sobre su alcance y su ámbito de aplicación*. *Revista derecho de la competencia*, 8(8), 39-83. Bogotá: Universidad Javeriana.

Sala de Consulta y Servicio Civil. (2013) Consejo de Estado. Concepto del 4 de julio de 2013. Radicado 11001-03-06-000-2013-00005-00.

Santofimio. J. (2003). *Tratado de derecho administrativo*. (1). Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Sokol. D. (2009). *Limiting anti-competitive government interventions that benefit special interest*. *Working paper*. 02-09. *The Global Competition Law Center. Working Paper Series. College of Europe*. Recuperado de <https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Working%20Paper%2002-09%20-%20Daniel%20Sokol.pdf> recuperado. 29-11-2013

Superintendencia de Industria y Comercio. (25 de agosto de 2010). *Resolución 44649 de 2010. Por la cual se adopta el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios, a que hace referencia el artículo 5° del Decreto 2897 de 2010*. Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Resoluciones/2010/Resolucion_44649_2010.pdf

---, (14 de Abril de 2014), *Base de datos proyectos radicados competencia*. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/es/nvo-abogacia-de-la-competencia;jsessionid=DCSPSHLhdScSPigzjOJwmlp2.undefined>

---, *Cartilla para el ejercicio de la abogacía de la competencia: revisión de proyectos*

de regulación estatal. Recuperado de

[http://www.sic.gov.co/en/c/document_library/get_file?uuid=75724562-911e-](http://www.sic.gov.co/en/c/document_library/get_file?uuid=75724562-911e-4ec4-97a2-979aa068cf21&groupId=10157)

[4ec4-97a2-979aa068cf21&groupId=10157](http://www.sic.gov.co/en/c/document_library/get_file?uuid=75724562-911e-4ec4-97a2-979aa068cf21&groupId=10157)

Anexo I

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO N° _____ DE _____

“Por el cual se adiciona el artículo 333 de la Constitución Política de
Colombia”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1º- Adiciónese al artículo 333 de la Constitución Política de Colombia el siguiente inciso.

Las leyes y regulaciones de carácter administrativo que puedan generar incidencia sobre la libre competencia, deberán ser consultadas con el órgano del gobierno nacional en cargado de promover y proteger la libre competencia, sin que su concepto y recomendaciones sean vinculantes.

Artículo 2º- El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación

De los honorables congresistas.

PROYECTO DE LEY N° _____ DE _____

“Por del cual se integra la abogacía de la competencia al trámite legislativo”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1º- Adiciónese a la sección 2ª del capítulo sexto de la Ley 5 de 1993 el siguiente artículo nuevo.

Artículo 150-A: Una vez designados los ponentes, el coordinador ponente verificará si el proyecto de ley puesto a consideración puede generar incidencia sobre la libre competencia, si es así, este deberá remitir, por conducto del presidente de la comisión constitucional respectiva, el proyecto a la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad única de competencia, para que esta rinda el concepto de que trata el inciso 7º del artículo 333 de la Constitución. El concepto emitido no será vinculante.

Dicho concepto deberá ser remitido por escrito, en original y tres copias, dentro del plazo para rendir ponencia y deberá ser incluido por el ponente en su informe.

Artículo 2º- Adiciónese el siguiente inciso al artículo 7 de la ley 1340 de 2009.

En desarrollo del inciso 7 del artículo 333 de la Constitución, La Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, de oficio o a solicitud del Congreso de la República o del Gobierno Nacional, sobre los proyectos de ley o actos legislativos que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Este concepto se rendirá según el procedimiento estipulado en el reglamento del congreso.

Artículo 3º- Esta ley rige a partir de su promulgación.

Anexo II

Lista de verificación de competencia

(OECD, 2010. Principios para la Evaluación de la Competencia, p. 12-13)

Si la propuesta contiene cualquiera de los siguientes cuatro impactos sería necesario realizar una evaluación de los efectos sobre la competencia:

(A) Limita el número o variedad de proveedores

Es posible que esto suceda si la propuesta:

1. Otorga derechos exclusivos a un proveedor para prestar servicios u ofrecer bienes
2. Establece un proceso de obtención de licencias, permisos o autorizaciones como requisito para operar
3. Limita la capacidad de ciertos tipos de proveedores para prestar un servicio u ofrecer un bien
4. Eleva de forma significativa el costo de entrada o de salida para un proveedor
5. Crea una barrera geográfica a la capacidad de las empresas de ofrecer bienes o servicios, invertir en capital u ofrecer mano de obra

(B) Limita la capacidad competitiva de los proveedores

Es posible que esto suceda si la propuesta:

1. Limita la capacidad de los vendedores para establecer los precios de bienes o de servicios
2. Limita la libertad de los proveedores de promocionar o de comercializar sus bienes o servicios
3. Establece normas de calidad de los productos que sean más ventajosas para algunos proveedores que para otros o que superen el nivel que elegiría un gran número de consumidores bien informados
4. Eleva de manera significativa la producción de algunos proveedores con respecto a otros (en especial al tratar a los operadores actuales del mercado de manera diferente con respecto a los nuevos)

(C) Reduce los incentivos de los proveedores de competir vigorosamente

Es posible que esto suceda si la propuesta:

1. Genera un régimen de autorregulación o corregulación
2. Exige o fomenta la publicación de información sobre producción, precios, ventas o costos de los proveedores
3. Exime la actividad de los proveedores de un grupo o industria en particular a operar bajo los lineamientos de la ley general de competencia

(D) Limita las alternativas e información disponible para los consumidores

Es posible que esto suceda si la propuesta:

1. Limita la capacidad de los consumidores para decidir de quien comprar
2. Reduce la movilidad de los clientes entre proveedores de bienes o prestadores de servicios mediante el incremento de los costos explícitos o implícitos de un cambio de proveedor
3. Modifica fundamentalmente la información necesaria para que los compradores compren de manera efectiva