

ANÍBAL ZÁRATE

*La protección constitucional de la rivalidad
en el mercado como interés de las actuaciones
administrativas en materia económica*

Sumario: Introducción. I. La eficiencia de los mercados como deber de las actuaciones administrativas en materia económica. A. La protección de una pluralidad de oferentes en igualdad de condiciones como bien tutelado por las actuaciones administrativas. 1. La policía y la regulación de los mercados como medidas de protección de la competencia económica. 2. El fomento y la actividad industrial y comercial como mecanismos para ampliar la oferta de bienes y servicios. B. La libertad de elección de los consumidores como objeto de las actuaciones administrativas económicas. 1. La protección de la parte débil de la relación de consumo a través de la regulación y la policía de los mercados. 2. La innegable relación entre el derecho del consumo y la cláusula social del Estado. II. La eficiencia de los mercados como límite de las actuaciones administrativas en materia económica. A. La empresa pública está sujeta a las mismas reglas que sus competidores privados. 1. El régimen de los actos y contratos es determinado por los intereses constitutivos del mercado. 2. La aplicación por igual de las normas de competencia y consumo. B. La rivalidad en el mercado como límite a las actuaciones administrativas sobre la economía. 1. La abogacía de la competencia como presupuesto procedimental de la regulación del mercado. 2. Libre competencia y sectores protegidos. Conclusiones. Bibliografía. Contribuciones del autor al grupo de investigación.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 no prescribe un sistema que sirva de marco para las actuaciones públicas en la economía. Es a partir del reconocimiento de un catálogo de derechos y libertades de contenido económico¹, y de las

1 Además de derechos como la propiedad (art. 58 C.P.; CC., Sentencia C-133 de 2009; véase HÉCTOR SANTAELLA, “Notas sobre el concepto y garantía de la propiedad en la Constitución colombiana”, *Revista de Derecho Privado*, n° 21, 2011, p. 233.), encontramos un principio *pro libertate* según el cual la actividad económica y la iniciativa privada son libres. Las garantías que permiten concurrir en el mercado con el propósito de obtener cuotas o partes del mismo (CC., Sentencia C-992 de 2006), son una estructura compleja que integra libertades reconocidas desde las revoluciones liberales como las de asociación y elección de profesión u oficio, así como la autonomía de la voluntad privada, y otras acuñadas en época más reciente como la libre competencia. Puesto que algunas de estas libertades son necesarias para el ejercicio de otras, ellas tienden a confundirse bajo el término más amplio de libertad de empresa, que permite a agentes económicos afectar o destinar recursos de cualquier tipo para la realización de actividades de producción e intercambio de bienes y servicios (véase CC., Sentencia C-830 de 2010). Con el tiempo, la libertad de

reglas que conforman la llamada cláusula social del Estado colombiano², que la jurisprudencia advierte un modelo de *economía social de mercado*³. De esta manera, la ordenación constitucional del funcionamiento de la actividad productiva resulta incompatible tanto con un sistema que proscribe la intervención estatal⁴, como con modalidades de economía de planificación

emprender se sobrepondría a la concepción clásica de la libertad de comercio y de industria, al menos en el aspecto original de ejercer actividades económicas, quedando constitucionalmente protegida frente a restricciones abusivas; MARTINE LOMBARD, “Introduction”, en *Les libertés économiques*, Paris: éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 20; de igual modo, “la liberté d’entreprendre, de valeur constitutionnelle, a ainsi un caractère général et comprend la liberté du commerce et de l’industrie, la liberté professionnelle et la liberté de la concurrence”; GUILLAUME DRAGO, “Pour une définition positive de la liberté d’entreprendre”, *Les libertés économiques, op. cit.*, p. 30.

- 2 Esta cláusula, compuesta por preceptos como la función social y ecológica de la propiedad o el carácter social inherente a los servicios públicos, opera como un principio que orienta las actuaciones públicas en la economía, en un marco de igualdad de oportunidades y de promoción de los derechos de las personas menos favorecidas o en situación de debilidad manifiesta (véase CC., sentencias C-161 de 2016; C-288 de 2012; C-1064 de 2001). No solo no puede interpretarse como asistencialismo, sino que además el grado de protección requerido depende del contexto en el que objetivamente se presentan las necesidades insatisfechas (Cfr. CC., Sentencia C-1064 de 2001). “Se trata de un criterio de naturaleza constitucional que reconoce la escasez de los recursos públicos y pretende asegurar las condiciones para que el Estado garantice la prestación del conjunto de derechos reconocidos en la Constitución”; CC., Sentencia C-250 de 2012. Por ende, “en el Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación”; CC., Sentencia T-505 de 1992. Postulado este último que no es ajeno a críticas, en la medida en que lo indeterminada de la clausula lleva a que sea el juez constitucional quien diseñe la política económica según la interpretación que haga sea la más acorde al principio del Estado social y en contravía de la potestad de configuración del legislador. Se cuestiona por tanto la *neutralidad* de la Constitución en lo económico (Cfr. HÉCTOR SANTAELLA, “El modelo económico en la Constitución de 1991”, *Revista de Derecho del Estado*, n° 11, 2001, p. 90).
- 3 Por ejemplo, CC., Sentencia C-032 de 2017; sobre los orígenes de este modelo en la escuela alemana de Friburgo, véase BARRY J. RODGER, “Competition Policy, Liberalism and Globalization: A European Perspective”, *Colum. J. Eur. L.*, n° 6, 2000, p. 289. Fruto del *ordoliberalismo*, expresa la idea de una conciliación de las fuerzas del mercado con los fines de cohesión social, esto es, una media vía “entre una economía de mercado basada en el *laissez faire* y otra planificada desde el centro” (LÁSZLÓ ANDOR, *Building a SocialMarketEconomy in the European Union*, discurso en la Escuela de Negocios de Manchester de 20 de octubre de 2011, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-695_en.htm, [consultado: 21-03-2019]). En otras palabras, “The social requires continued marketization in order to yield economic growth, prosperity, and jobs; the market requires continued attention to social cohesion in order to compensate for its exclusionary excesses”; ALEXANDER EBNER, “The Intellectual Foundations of the Social Market Economy: Theory, Policy, and Implications for European Integration”, *J. of Econ. Stud.*, 33, 2006, pp. 206-216.
- 4 La Constitución económica o conjunto de normas que “establecen el marco jurídico esencial para el funcionamiento de la actividad productiva” (véanse, entre otras, CC., sentencias C-865

centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y el titular de la producción de bienes y servicios⁵. Desde el modelo económico constitucional vigente, el propósito de la intervención del Estado es la de realizar equilibrios entre objetivos como la libre competencia, la rentabilidad y el crecimiento económico y otros imperativos de interés general, cada vez que el mercado no pueda asegurarlos, así como la implementación de políticas públicas para garantizar la progresividad de derechos y la igualdad de oportunidades.

Como función, la *regulación* expresa la idea de una mutación de las actuaciones económicas de los actores públicos⁶. Esta acepción de la regulación, no solo cuestiona la representación que se tiene del Estado⁷, sino que además

-
- de 2004; C-228 de 2010), señala que corresponde al Estado una actuación general tendiente a procurar, entre otros fines, un orden económico y social justo y a salvaguardar las libertades de agentes económicos y la soberanía del consumidor (arts. 333, 334 C.P.). Al lado de esta, se señalan actuaciones especiales, como en los servicios públicos domiciliarios, que encuentra sus fundamentos en los artículos 2, 334 y 365 y siguientes de la Constitución, y en donde el grado de intervención estatal se dice es más intenso (CC., sentencias C-150 de 2003; T-338 de 2017).
- 5 CC., Sentencia C-032 de 2017; es el caso de las industrias en redes y otros servicios públicos, en donde se explicó la titularidad pública por las altas inversiones en infraestructura y las fuertes dimensiones sociales y ambientales de las externalidades negativas y positivas asociadas a su prestación. Sin embargo, los problemas crecientes en el modelo de prestación estatal de estos servicios hicieron palpables las ineficiencias derivadas de años de malas prácticas, observándose tarifas que no cubrían el costo de prestación, falta de continuidad y una baja cobertura y calidad en su provisión. Estos resultados suscitaron serios cuestionamientos desde la economía y la ciencia política sobre la capacidad de producción y planificación del Estado y acerca de los posibles efectos dañinos que la titularidad pública tiene como alternativa para corregir fallas en las industrias en redes. En el marco de las reformas emprendidas por diferentes países para hacer frente a estas críticas, el constituyente de 1991 optó por la apertura al sector privado de esos mercados, creando por ende un escenario de libre competencia para la prestación de estos servicios; *Cfr.* ANÍBAL ZÁRATE, “La relativa especialidad de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios”, en *El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 774.
 - 6 El Estado no es por ende ni liberal, puesto que interviene *en* la economía, ni intervencionista, puesto que su acción *sobre* la economía está limitada; véase en un mismo sentido, CC., Sentencia C-1041 de 2007. La regulación sería característico del modelo de *economía social de mercado* en la Constitución; CC., Sentencia C-150 de 2003.
 - 7 Los análisis jurídicos se unen a aquellos en ciencia política y ciencia administrativa que buscan demostrar la aparición de un *Estado regulador* posterior al Estado gendarme y al Estado providencia, encargado de mantener grandes equilibrios económicos y sociales. JACQUES CHEVALLIER va más allá, ubicando la existencia de este *Estado regulador* en el marco de las reflexiones del *Estado postmoderno*. Se trata de un nuevo modelo de Estado, cuya función consiste en mantener la cohesión social y arbitrar el juego económico, JACQUES CHEVALLIER, “L’État régulateur”, *Régulation économique et démocratie*, París, Dalloz, 2006, p. 17.

suscita, en el campo del derecho, una serie de interrogantes alrededor de su naturaleza. La indeterminación del concepto y los escasos desarrollos acerca de las autoridades encargadas de su arreglo⁸ hacen que parte de la doctrina considere la regulación como un nuevo tipo de actuación sobre los dispositivos económicos⁹, mientras que otros autores encuentran que esta es solo la forma que la policía de los mercados adopta en industrias abiertas a la libre competencia¹⁰, como los servicios públicos domiciliarios¹¹.

Esta dificultad a la hora de definir el concepto puede explicarse por la asimilación de la regulación a una función general del Estado en la economía¹², que atiende a diversos fines y es capaz de designar numerosas intervenciones¹³. Entre las finalidades que persigue la *regulación* está la de asegurar la

- 8 Los trabajos en el derecho nacional se interesan por lo general a la actividad (CAMILO PERDOMO, *Regulación económica: caracterización y control*, Bogotá: Universidad Externado, 2014), o los instrumentos de la regulación (HUGO MARÍN, “Norma regulatoria: ¿mito o realidad?” *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 3, 2010, p. 31). Aquellas obras que tratan del regulador se detienen sin embargo en una descripción de sus órganos de dirección (LORENZO VILLEGAS, “La Ley de TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones”, en *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC*, 2010, p. 505-539), o constituyen un examen de las funciones que realiza (JULIÁN PIMIENTO, “Regulación. Análisis desde las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”, *Revista Digital de Derecho administrativo*, 9, 2013, pp. 15-44).
- 9 GÉRARD MARCOU, “L’ordre public économique aujourd’hui. Un essai de redéfinition”, *Annales de la régulation*, IRJS éditions, 2, 2009, p. 96. En derecho colombiano se destaca la tesis de CAMILO PERDOMO precitada.
- 10 Sobre la política de liberalización económica de principios de la década de los noventa, véase OCDE, BID, *Derecho y política de la competencia en Colombia*, París, OCDE, Examen inter-pares, 2009, p. 7.
- 11 Cfr. GEORGES DUPUIS, MARIE-JOSÉ GUEDON & PIERRE CHRISTIEN, *Droit administratif*, París, Sirey, 10ª ed., 2007, p. 505; PIERRE DEVOLVÉ, *Droit public de l’économie*, París, Dalloz, 1998, p. 42; YVES GAUDEMET, *Droit administratif*, París, LGDJ, 2005, p. 389-391.
- 12 Ciertos autores ven la regulación como “una función general del Estado en la economía”; véase SOPHIE NICINSKI, *Droit public des affaires*, París, Montchrestien, 2ª ed., 2010. “En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social”, CC., Sentencia C-150 de 2003.
- 13 Una acepción amplia de la regulación apela tanto a mecanismos de intervención tradicionales, como a una actividad administrativa específica de organización de condiciones de competencia en ciertos mercados, antes bajo la forma de monopolios de titularidad pública. Asimismo, la jurisprudencia constitucional menciona que la regulación puede ser transversal o sectorial, en razón de si recae o no sobre una misma área de actividad. O bien directa o indirecta, atendiendo si está principalmente orientada a la actividad o su resultado, o si el Estado se convierte en agente del mercado o actúa a través de particulares (CC., sentencias C-150 de 2003, C-228 de 2010). Esta investigación no busca revelar las distintas caras de la *regulación* económica. Tampoco pretende agotar el examen de las actuaciones públicas en sectores económicos concretos. Las referencias

rivalidad en el mercado, pieza indefectible del modelo económico¹⁴. Como escenario de intercambio de bienes y servicios, las reglas de organización del mercado pueden versar a su vez sobre la oferta, la demanda o el proceso de interacción de estos elementos¹⁵. No obstante, la organización que realiza el ordenamiento jurídico puede atentar contra la eficacia de sus mecanismos naturales, agravando asimetrías u otras fallas de mercado¹⁶, de modo que la cuestión está en los medios que se eligen para alcanzar un óptimo desempeño. El reconocimiento constitucional de la libre competencia económica, como proceso que debe servir para promover una pluralidad de oferentes¹⁷ que

a actuaciones *en y sobre* la economía están articuladas alrededor de un objeto: determinar cómo la definición constitucional de elementos propios de una economía de mercado condiciona las actuaciones administrativas en el terreno económico.

- 14 “Sin la regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir, ni funcionar”; CC., Sentencia C-150 de 2003. Incluso partidarios acérrimos del liberalismo admiten que puede ser necesario organizar ciertos mercados con el fin de asegurar un óptimo funcionamiento. Por lo que “*it is the character rather than the volume of government activity that is important*” (EUGENE F. MILLER, *Hayek's The Constitution of Liberty*, London, IEA, 2010, p. 138. Desde la economía, hay un consenso en diferentes escuelas de pensamiento sobre la necesidad de que existan reglas del juego claras en los mercados, y que estos estén regidos por un marco institucional que permita su funcionamiento. La segunda razón es de naturaleza política, y surge de constatar que la mejor distribución de recursos no es el único fin, sino que el óptimo desempeño del mercado se topa con otros intereses, a veces contradictorios. De ahí que las reglas de funcionamiento de los mercados posean una dimensión política que les es consubstancial. En todo caso, estiman que dicha labor debería ser conforme a los principios de una economía de mercado, de manera que estas reglas no se sustituyan a los mecanismos que le son propios. “*L'organisation des marchés doit rester compatible avec une économie de marché*”; CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC & GILBERT PARLEANI, *Droit du marché*, París, Puf, 2002, p. 151.

- 15 *Ibidem*, p. 151.

- 16 Los economistas suelen considerar que existen cuatro categorías de fallas: 1. aquellas relacionadas con las externalidades, esto es, cuando se produce un beneficio o un perjuicio para un agente económico que no participó en un proceso, como por ejemplo los daños ambientales causados por la actividad productiva; 2. las derivadas del poder o concentración de partes de mercado, ya que uno de los agentes presentes en ese mercado posee una ventaja o capacidad superior a la de los demás y esto puede generar abusos en variables como los precios; 3. la distribución inequitativa o la exclusión de los beneficios de los procesos económicos, como es el caso de la falta de acceso al consumo de bienes y servicios a parte de la población; 4. las asimetrías o falta de información de las que puede ocasionarse un perjuicio potencial o presente para alguna de las partes, como por ejemplo los derivados de las tasas ajustables de créditos hipotecarios en el mercado financiero estadounidense, que pudo haberse evitado si el consumidor financiero hubiese contado con información adecuada; ION BUCUR, “The State and Market Failures”, *Manager*, University of Bucharest, n° 8, 2008, p. 47; CARLOS E. RODRÍGUEZ, “Las fallas del mercado”, [en línea], Universidad Católica de Argentina, en <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fallas-mercado-carlos-rodriguez.pdf>>, consulta el 2 de abril de 2019.

- 17 El juez constitucional reconoce que, en una perspectiva objetiva, la libre competencia económica

hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores¹⁸, implica por tanto que las normas sobre el funcionamiento del mercado no puedan substituirse a sus propios mecanismos, esto es, constituye un marco para el ejercicio de competencias de intervención económica de poderes públicos y órganos autónomos.

La *regulación* envuelve al menos la actuación de dos ramas del poder público¹⁹. Si un rol protagónico corresponde sin duda al legislador mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica, dicha actuación tiene que obedecer “al principio de solidaridad o algún otro principio o finalidad expresamente señalados en la Constitución”²⁰ y

es una pauta de comportamiento a ser respetada por todos los sujetos económicos y preservada por los poderes públicos con el fin de asegurar mercados libres. Desde un punto de vista subjetivo, la libre competencia es un derecho individual que supone responsabilidades (art. 333 CP). Y como principio estructural de la economía social de mercado, la libre competencia “no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado, sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia”; CC., sentencias C-616 de 2001, C-516 de 2004, C-228 de 2010, entre otras. De ahí que pueda afirmarse que el objeto tutelado es el proceso mismo de la competencia o rivalidad, CC., Sentencia C-535 de 1997.

- 18 Los diversos planos que conforman la protección de la demanda, esto es, el derecho de los consumidores a acceder a bienes y servicios de calidad, ha hecho que la jurisprudencia constitucional le reconozca un carácter poliédrico que incorpora pretensiones, situaciones e intereses de orden sustancial –como es el deber de información–, de orden procesal –como es la exigibilidad judicial de garantías–, de orden participativo frente a la Administración pública y los reguladores; CC., sentencias C-1141 de 2000, C-909 de 2012.
- 19 CC., Sentencia C-150 de 2003; “En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos”, CC., Sentencia C-228 de 2010.
- 20 La jurisprudencia constitucional reconoce por ejemplo un margen amplio de configuración legislativa para el ejercicio del poder de policía en sectores como los servicios públicos o la seguridad social. A pesar de que la Constitución fija reglas, estas no impiden una intervención del legislador para configurar, coordinar y asegurar la prestación de estos servicios a través de estructuras o sistemas que considere idóneos y que permitan dar desarrollo a los principios de universalidad y eficiencia en su prestación; CC., Sentencia C-623 de 2004. “Ha sido unánime la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de concluir que la Constitución confirió al legislador un importante margen de libertad –no de arbitrariedad– para configurar el sistema de seguridad social en salud y, en particular, para regular el modelo de participación de los particulares y el Estado en la prestación del servicio público de salud, lo que significa que la ley puede modular el grado de concurrencia de los particulares en la prestación del mismo, pero dentro de los principios y valores previstos en la Constitución para el efecto”; CC., Sentencia C-869 de 2010.

responder “a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”²¹. En todo caso, la regulación que por vía legal se haga deberá respetar el núcleo esencial de la libre competencia, lo cual supone una igualdad de condiciones y la ausencia de barreras no justificadas para el ejercicio de una actividad económica, y de la libertad de elección de los consumidores²². En este sentido, las leyes que determinen que una autoridad administrativa cumpla con el mandato de intervención, su ámbito de acción y sus competencias deberá observar estas restricciones, de modo que es posible afirmar que la protección constitucional de la oferta y la demanda condicionan las intervenciones de las autoridades administrativas, las cuales se ejercen por mandato de la ley y dentro de los parámetros que esta le señale.

Ahora bien, en la medida en que el alcance de la potestad de configuración del legislador varía en función del mercado que se trate, se podría pensar que deben existir tantas regulaciones especiales como mercados. No solo esta interpretación desconoce la existencia de reglas comunes o transversales a todos ellos, bajo la forma de principios económicos estándar, sino que además parece olvidar que no todos los mercados deben estar regulados de forma especial por el derecho. Este capítulo hará referencia tanto a los

21 Es el caso de las concesiones portuarias, en donde la Corte constitucional encontró que el simple hecho de que en la norma se plantee la posibilidad de prorrogar el término de los contratos no implica en sí una limitación a la libre competencia, puesto que la entidad contratante conserva la posibilidad de otorgar o no la prórroga. Por el contrario, y en la medida en que la competencia es *por el mercado*, “las prorrogas sucesivas resultan violatorias del derecho a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio a quienes no participaron o resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria”. De este modo, no es razonable, ni proporcionada la indeterminación en el número de prórrogas al contrato de concesión; CC., Sentencia C-068 de 2009. Sobre la intensidad del test de proporcionalidad, véase CC., Sentencia C-618 de 2012.

22 CC., sentencias C-616 de 2001, C-1125 de 2008. O con ocasión del estudio de la ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia: “Las leyes de intervención suelen tener efectos variados en la oferta y demanda de bienes y servicios en un mercado de libre competencia. Sin embargo, trasciende este efecto normal, la norma de intervención que dentro de un determinado mercado establece ventajas jurídicas para unos operadores que de hecho y previamente a la medida, ya se encuentran en una situación privilegiada por su mayor capacidad de inversión. El legislador crea así privilegios adicionales para quienes se encuentran en una situación ventajosa, y excluye, sin razón válida, a operadores económicos respecto de los cuales incluso, estaría más legitimada una acción estatal orientada a fines promocionales”, CC., salvamento de voto, Sentencia C-242 de 2006.

mercados organizados bajo reglas especiales, como aquellos sujetos a normas transversales, siempre que estos sean escenario de las actuaciones económicas de órganos que de manera directa, inmediata y continua cumplan o desarrollan el régimen fijado por el legislador²³. Sin embargo, no es fácil identificar plenamente todas las actividades económicas que se encuadran materialmente bajo el concepto de función administrativa²⁴. El conjunto de actuaciones administrativas en el ámbito del orden público económico es en efecto bastante diverso²⁵: de un lado, estas actuaciones nunca se sustituyen completamente con el paso del Estado de bienestar a uno regulador y, de otro lado, las cuestiones de interés general dejan de ser un monopolio estatal dando paso a la implicación directa de sujetos privados en su realización²⁶. Más allá de las discusiones en torno a quién ejerce la función administrativa, o aquello que constituye el programa histórico de las intervenciones de autoridades administrativas en materia económica²⁷, se trata de mostrar cómo el reconocimiento constitucional de la oferta (conurrencia de una pluralidad de oferentes en igualdad de condiciones) y de la demanda (posibilidad de escoger y acceder libremente a bienes y servicios de calidad) definen las actuaciones administrativas en el campo económico. Este

23 O función administrativa, esto es, “un conjunto de actividades particulares, disímiles entre sí, pero diversas de aquellas generales del Estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del Estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política”; ALBERTO MONTAÑA, *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 124. Ahora bien, esto no excluye referencias puntuales en este capítulo a la intervención del legislador, en la medida en que es este quien determina las bases de las actuaciones económicas de las autoridades administrativas (arts. 6, 150-7, 150-23 CP). No hacen parte de este trabajo las funciones jurisdiccionales que cumplen algunas superintendencias en materia de competencia y consumo.

24 Algunas de las características señaladas por la doctrina apuntan a criterios funcionales, sustanciales y materiales, diferenciando dichas actividades de aquellas genéricas y abstractas de la función legislativa y de las específicas y resolutorias de conflictos de la judicial; JUAN CARLOS COVILLA, “Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la Administración Pública desde una perspectiva funcional”, *Revista digital de Derecho administrativo*, n° 12, 2014, p. 172.

25 El conjunto de actuaciones administrativas en el ámbito del orden público económico; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *Derecho administrativo económico*, Madrid, La Ley, 1988.

26 HÉCTOR SANTAELLA, “Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 5, 2011, p. 89.

27 Tema que ha sido abordado por la jurisprudencia y la doctrina ampliamente; véase, sobre los cambios en los modos de actuar de la Administración en materia económica, GASPAR ARIÑO, *Principios de derecho público económico*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

condicionamiento, derivado de la fuerza normativa de estos preceptos²⁸, opera por una doble vía, hasta el punto de que toda actuación de la Administración, puede decirse, obedece a una finalidad de orden público de regulación o de promoción de los mercados²⁹. La definición constitucional del mercado procede de esta manera como un mandato que, dentro del marco fijado por el legislador, consiste en la obligación de mantener una pluralidad de oferentes en igualdad de condiciones para lograr eficiencias en cada etapa de la cadena de valor³⁰, e igualar y proteger en sus derechos a la parte débil de la relación de consumo (I). Pero las reglas constitucionales que confirman el sistema económico vigente también constituyen un verdadero límite a las actuaciones de la Administración tanto *en* la economía, como un agente más del mercado, como cuando incide *sobre* los mecanismos económicos (II).

28 Se trata de una manifestación de la llamada constitucionalización del derecho administrativo, eje de este primer tomo. Por constitucionalización se entiende “una irradiación de la Constitución en el derecho ordinario”. Más concretamente, se trata de “una adaptación, orientación y reorganización del ordenamiento jurídico ordinario a los parámetros de la Constitución que no se agotan en los estrictos y simples mandatos y prohibiciones”; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo”, *La constitucionalización del derecho administrativo*, 2014, p. 27. Enseñar un reorganización y adaptación de las actuaciones administrativas desde la protección constitucional de la rivalidad en el mercado se alista como propósito del presente escrito.

29 Aquí el mercado aparece como un proyecto político, en el que una concepción renovada de orden público es condición de su existencia. Esta concepción renovada, no solo contiene una dimensión de dirección, encaminada a la construcción de un mercado en libre y leal competencia, sino que además incluye aspectos que son propios de la protección del interés general, entre los cuales se destacan la continuidad y calidad en la prestación de servicios y la protección de los consumidores; ROMAIN RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation*, Paris: L'Harmattan, 2012, p. 502. En la dimensión de protección del interés general incluimos el funcionamiento de los mercados y la corrección de las fallas presentes en los mismos. Hay que aclarar que este trabajo aborda los efectos de la constitucionalización de elementos del mercado sobre las actuaciones administrativas. Otras exigencias para la Administración sin duda se derivan a partir de reglas en la Constitución económica que integran la denominada cláusula social del Estado. Algunas menciones puntuales a estos imperativos se harán en la medida en que sirvan para establecer el alcance de la fuerza normativa constitucional que adquieren la oferta y la demanda, y cómo el marco que consecuentemente fija el legislador condiciona la actividad de la Administración pública en materia económica.

30 De acuerdo con la resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) n° 10930 de 2015, entiéndase por cadena de valor “el conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser el insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le agrega sucesivamente valor al producto, desde su creación hasta que llega al consumidor final”.

I. LA EFICIENCIA DE LOS MERCADOS COMO DEBER DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA ECONÓMICA

Entre los fines de las actuaciones administrativas en materia económica está propiciar y mantener condiciones de generación de eficiencias en la producción, la reducción de precios de bienes y servicios y lograr mejores productos para los consumidores gracias a la innovación³¹. En este orden de ideas, estas autoridades no solo tienen la facultad, sino también el deber de intervenir la economía para corregir fallas de mercado y promover el desarrollo económico y social³²; de conformidad con lo establecido en las disposiciones que señalen su ámbito de acción y atribuciones³³. La realización de estas eficiencias solo es posible cuando hay posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas³⁴, y una multiplicidad de empresarios o competidores que libremente ofrecen los bienes y servicios que producen con las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas (A). Pero la posibilidad efectiva que tienen los participantes del mercado, de concurrir en contienda con otros oferentes y de formar y conservar una

31 CDE, *Competition Assessment Toolkit*, París, OCDE, 2017, en <<http://www.oecd.org/daf/competition/46193173.pdf>>, consulta el 5 de abril de 2019. Asimismo, la OCDE afirma que la evidencia sugiere que hay efectos positivos a nivel macroeconómico de una mayor competencia, al incrementarse la productividad y el crecimiento económico.

32 CC., Sentencia C-263 de 2011.

33 Algunas normas constitucionales prevén la intervención de autoridades administrativas en ciertos sectores económicos o industrias, como los servicios públicos domiciliarios (arts. 365, 370 CP), o tratándose de cualquier actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público (art. 189-24). Estas competencias se deberán en todo caso ejercer de acuerdo con lo establecido en las leyes de intervención económica que señalan su ámbito de acción y sus competencias. En el caso del Banco de la República, sus funciones de regulación monetaria, crediticia y cambiaria están también previstas constitucionalmente (art. 371 CP). Puesto que sus actuaciones se proyectan en el ámbito de la ejecución directa de políticas estatales sobre la economía, hay una “necesidad constitucionalmente explícita de que la ley al desarrollar los enunciados constitucionales plasme la sujeción del Banco de la República a un régimen legal propio”. Pero la especial autonomía reconocida a la banca central no opera solo como un mandato, sino que es también un límite para el legislador y para el ejecutivo, cuyas actuaciones deberán adelantarse sin desconocer su núcleo esencial o la existencia de una porción distinta del interés general representada en las materias confiadas, y que implica plena independencia frente otras autoridades para el cumplimiento de las misiones reconocidas en la Constitución; C.C., Sentencia C-827 de 2001.

34 Siendo esta posibilidad parte del núcleo esencial de la libre competencia; CC., Sentencia C-228 de 2010.

clientela, no podría darse sin la libertad de los consumidores o usuarios para elegir el producto que más le convenga, de acuerdo con sus intereses y para contratar con cualquiera de los agentes oferentes los bienes o servicios que requieren³⁵(B).

A. LA PROTECCIÓN DE UNA PLURALIDAD DE OFERENTES EN IGUALDAD DE CONDICIONES COMO BIEN TUTELADO POR LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Las políticas de competencia basadas en la liberalización de los mercados y de competitividad de los bienes y servicios nacionales han remplazado progresivamente aquellas de protección de la industria nacional y control de precios³⁶. En el marco de estas políticas, diferentes leyes de intervención económica señalan las competencias de organismos y entidades administrativos para dictar normas de carácter general o particular y para controlar estructuras y comportamientos de los oferentes presentes en los mercados, con el propósito de amparar la libre participación de empresas en igualdad de condiciones y la no utilización abusiva de la posición de dominio³⁷ (I). En sectores económicos en los que los niveles de competencia no son

35 CC., Sentencia C-1125 de 2008.

36 De acuerdo con el informe del examen inter-pares de la OCDE y el BID de 2008, y pese a que nuestra ley de competencia es una de las más antiguas de la región, durante la mayor parte del siglo XX la economía nacional se caracterizó por una serie de fusiones y adquisiciones, la protección de la industrial nacional y el fomento de la formación de conglomerados. Esto tuvo un impacto general positivo en el crecimiento industrial del país, que fue del 83 % entre 1929 y 1957 y siguió creciendo hasta finales de la década de 1970, cuando las limitaciones de una política de sustitución de la importación y de proteccionismo de la producción y los mercados nacionales comenzaron a vislumbrarse. Esta situación cambiaría enormemente desde comienzos de la década de 1990 debido a la introducción de una política de liberalización económica y las importantes reformas en sectores como los servicios públicos. Sin embargo, en 2004 las deficiencias del modelo de los años noventa se harían visibles, por lo que fue necesario renovar el sistema de protección de la competencia, integrando una política de competitividad de la producción nacional; OCDE, BID, *op. cit.*, p. 7.

37 Por ejemplo, el art. 3 de la ley 1340 de 2009 señala que son objetivos de las actuaciones administrativas en materia de competencia “velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”; en un mismo sentido, el numeral 6 del art. 2 de la Ley 142 de 1994

adecuados, o por su inherente vinculación a los fines sociales del Estado³⁸, el ordenamiento jurídico autoriza actividades administrativas de fomento, prestacionales y de carácter industrial y comercial (2).

I. LA POLICÍA Y LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS COMO MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

El régimen general de protección de la competencia³⁹ establece en primer lugar una actuación administrativa tendiente a vigilar las estructuras de los mercados nacionales⁴⁰, esto es, a controlar *ex ante* aquellas concentraciones económicas que puedan implicar riesgos significativos para la libre competencia⁴¹. La atribución de esta competencia administrativa se

señala que son fines de la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante.

- 38 Como es el caso de los servicios públicos; véase art. 365 CP.
- 39 Conforme a lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 1340 de 2009, la ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y las demás disposiciones que las modifiquen o adicioneen constituyen el régimen general de protección de la libre competencia. Al lado de este régimen general, que es aplicable a todos los sectores y actividades económicas, hay otros especiales, en sectores o industrias reguladas, como ocurre en materia de servicios públicos domiciliarios. DIONISIO DE LA CRUZ, “Régimen sancionatorio en la nueva ley de competencia en Colombia”, *Revista e-mercatoria*, vol. 8, n° 2, 2009, p. 13.
- 40 El ámbito espacial de aplicación de la Ley se amplía con el art. 2 de la Ley 1340 de 2009, pues con independencia de cuál sea la relación entre los investigados y de dónde se lleve a cabo la operación de integración o el comportamiento anticompetitivo, si los efectos se dan en los mercados nacionales, será competente la SIC y les serán aplicables las disposiciones colombianas. Para EMILIO ARCHILA, es novedosa esta norma toda vez que se habla de todo efecto y no se distingue entre efectos principales y secundarios. Además, el término “mercado nacional” no necesariamente coincide con el territorio colombiano. Hay mercados nacionales que pueden no cubrir todo el territorio colombiano, al tiempo que otros pueden cubrirlo junto con parte de territorio foráneo. EMILIO ARCHILA, “Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el régimen de protección de la competencia”, *Revista Contexto*, n° 32, 2010, p. 19. No hace parte de la presente investigación el análisis de las normas de comercio internacional que buscar garantizar una igualdad entre oferentes foráneos y nacionales.
- 41 Pese a que las concentraciones económicas generan un impacto positivo en términos de fortalecimiento de las empresas, diversificación de la producción y ampliación de su alcance geográfico, estas operaciones pueden afectar la estructura de los mercados y pueden llegar a reducir la competencia, CC., Sentencia C-228 de 2010. El interrogante que se plantea es el de si hay que impedir una posición monopolística o incluso dominante de un mercado por un operador. La respuesta está lejos de ser evidente. La situación de monopolio o de dominación es susceptible de aparecer de forma natural en todos los mercados. Bajo este enfoque, la concentración aparece

encuentra justificada por la necesidad de “evitar que determinados modos de integración empresarial tenga[n] un grado de incidencia del mercado que imposibilite la efectiva competencia entre oferentes y la garantía de los derechos de los consumidores”⁴². Para esto, se establece la obligación legal, para las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor⁴³, de informar a la SIC sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo y a través de las cuales busquen crear una estructura de negocios para desarrollar actividades conjuntamente o

como el resultado ineluctable de la competición entre empresarios, de manera que las empresas que adquieren una posición dominante serían *a priori* aquellas que son más eficientes. La teoría económica clásica de la escuela de Chicago se inclina por la confianza al mercado, admitiendo sin embargo que, en ciertos contextos, reacciones puntuales de las autoridades de policía puedan ser necesarias (como cuando hay altas barreras de entrada y de salida del mercado). Según el análisis opuesto, las concentraciones excesivas pueden siempre considerarse como una amenaza a la estructura del mercado que requiere de una reacción preventiva o *ex ante*, a través del control de integraciones. En lo que podría asimilarse a una postura intermedia, el art. 12 de la Ley 1340 de 2009 incluye la llamada excepción de eficiencia, bajo la cual la SIC no puede objetar una integración cuando los interesados demuestren que los efectos benéficos de la concentración para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que dichos efectos no pueden alcanzarse por otros medios. Para que esta excepción proceda, la operación debe: 1. Producir eficiencias, esto es, utilizar menos recursos para producir bienes y servicios de igual calidad; 2. Ahorros de costos para las empresas integradas (economías de escala, mejoras en logística y reducción de costos de venta, etcétera); 3. Las eficiencias deben ser significativas; 4. Las eficiencias no pueden ser alcanzadas por otros medios; 4. Debe existir un mecanismo efectivo para asegurar que la oferta de productos no se disminuirá; 5. Deben ser trasladadas al consumidor; 6. Se entienden condicionada la operación, por lo que los interesados deberán comportarse de acuerdo a lo señalado en los estudios. Según la SIC, “las consideraciones sobre eficiencia [...] se realizan desde la óptica del interés público, por lo tanto, no es suficiente que esas eficiencias sean beneficiosas para las partes que se integran, sino también deben traducirse en ventajas económicas para el mercado respectivo o los relacionados con el mismo”; SIC, concepto n° 03020597 de 26 de mayo de 2003.

42 CC., Sentencia C-228 de 2010. A juicio de la Corte, las normas que confieren a la autoridad administrativa el control de integraciones empresariales no son ni desproporcionadas, ni innecesarias, toda vez que no desconocen la posibilidad de que se efectúen integraciones empresariales, incluso aquellas que por su extensión configuran posición de dominio, solo que las somete al control administrativo, como mecanismo adecuado para cumplir con la finalidad de promoción de la libre competencia, conforme a los parámetros que a esta garantía fija el constituyente.

43 Art. 9, Ley 1340 de 2009. Se trata del supuesto subjetivo. Bajo el régimen anterior, las integraciones verticales, esto es, aquellas que se presentan entre agentes de mercado que participan en eslabones distintos de la misma cadena de valor, se entendían excluidas, toda vez que el art. 4 de la Ley 155 de 1959 solo se refería a “las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado”.

adquirir el control⁴⁴ de un tercero en el mercado⁴⁵. Pero esta obligación de informar también está sujeta a que las empresas intervinientes en conjunto o individualmente consideradas hayan tenido, durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales o activos totales⁴⁶ iguales o superiores al monto en salarios mínimos que fije la SIC⁴⁷. En todo caso, si las empresas que cumplen con alguna de estas condiciones cuentan con menos del 20 % del mercado relevante, se entenderá aprobada la operación que preparan realizar⁴⁸.

44 El num. 4, art. 45, Decreto-Ley 2153 de 1992 lo define como “la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”. También puede ser ejercido conjuntamente por dos o más empresas sobre otra del mercado.

45 No son objeto de control las operaciones de integración entre empresas que están en situación de grupo empresarial, la cual se presenta cuando entre una sociedad matriz y sus subordinadas y/o filiales existe un vínculo de subordinación y una unidad de propósito y dirección (art. 28, Ley 222 de 1995). Es el caso de la solicitud de examen de la operación de concentración entre las empresas ACE Seguros S.A. y CHUBB de Colombia Compañía de Seguros S.A., en donde una vez analizado el registro mercantil de la sociedad CHUBB de Colombia, se encontró que esta empresa ejerce situación de control indirecta sobre la sociedad ACE, a través de Ace Group Holding Inc., por lo que la SIC comunicó a la Superintendencia Financiera que la fusión entre las dos empresas se encuentra exenta de control previo; SIC, 29 de abril de 2016, rad. 16-93305-2-0.

46 Es por ejemplo el caso en el que se notificó a la SIC una operación de concentración económica entre las sociedades Bogotá Beer Company (BBC), Cervecería BBC S.A.S, Cervecería de la Sabana S.A.S. y Ambev S.A.S., a través de la cual esta última proyectaba adquirir el 100 % de la participación accionaria en BBC y en Cervecería. De acuerdo con la información notificada en marzo de 2015 por las intervinientes, la SIC encuentra que estas empresas no cumplen con el supuesto objetivo, toda vez que tenían conjuntamente unos activos totales para el año de 2014 por un valor de 40.065.935.801 e ingresos operacionales para ese mismo año por un valor de 41.779.483.000, montos inferiores a aquellos fijados por la SIC mediante resolución n° 82040 de 2014. De ahí que la SIC concluya que la operación notificada está exenta del control previo de integraciones empresariales; SIC, respuesta de 15 de abril de 2015, rad. 15-73529-1-0.

47 Mediante Sentencia C-228 de 2010, la Corte estableció que la competencia atribuida a la SIC para establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para determinar cuándo una operación de concentración debe ser informada, no viola la reserva de ley. Para la Corte, la deferencia para la definición de dichos criterios e ingresos a la autoridad administrativa se soporta en considerar la naturaleza eminentemente técnica, flexible y cambiante de la materia a definir por parte de la Superintendencia. Además, el legislador estableció los aspectos generales del control, dejando solo este criterio para el control a la definición de la SIC. Mediante resolución n° 93503 de 27 de diciembre de 2018, la SIC fijó en 60.000 SMMLV los ingresos operacionales y los activos totales que se tendrán en cuenta para el control de integraciones empresariales entre el 1 de enero y 31 de diciembre de 2019.

48 Ahí tendrán que notificar a la SIC. De acuerdo con la guía de integraciones empresariales de la Superintendencia, la notificación es una de las modalidades del deber de informar previsto en la

La actuación administrativa consiste en un trámite en el que se hace un examen o evaluación preliminar de la operación de concentración informada, y solo en caso de que la autoridad competente encuentre riesgos sustanciales para la competencia que puedan derivarse de la operación propuesta por las intervinientes, continuará con el estudio de fondo de la solicitud⁴⁹. Además de autorizarla, la autoridad administrativa podrá objetar la operación cuando encuentre que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia⁵⁰ o podrá sujetarla al cumplimiento de condiciones u obligaciones

ley de competencia, la resolución n° 10930 de 2015 y demás normas concordantes, y consiste en la obligación de notificar a la SIC de una operación de integración que cumpla con los supuestos previstos en el art. 9 de la Ley 1340 de 2009 y en la cual las empresas que intervienen cuenten en conjunto con menos del 20 % en cada uno de los mercados involucrados; SIC, *Guía de análisis de integraciones empresariales (trámites de pre-evaluación)* de 31 de julio de 2018, en <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones/Guia_Integraciones_Empresariales_31-07-2018.pdf>, consultado el 3 de abril de 2019. Este deber se deberá cumplir presentando ante la autoridad de competencia un documento que contenga la información señalada en el punto 3.2. de la resolución n° 10930 de 2015 y podrá ser remitida a través de la plataforma tecnológica que dispone la SIC en su página Web. Si dentro del término de 10 días hábiles que tiene la SIC para revisar la información notificada, esta no encuentra elementos que permitan validar que las cuotas de mercado son inferiores al 20 %, debe informar a las empresas intervinientes para que presenten una solicitud de pre-evaluación.

- 49 El art. 10, Ley 1340 de 2009 señala un procedimiento administrativo particular para la pre-evaluación y examen de fondo de las operaciones de integración empresarial. Esta norma establece los plazos y etapas en la que la autoridad de competencia debe examinar y pronunciarse sobre las operaciones de concentración proyectadas, y dispone tanto el silencio administrativo positivo (autorización de la operación) cuando la SIC no la hubiere objetado o condicionado dentro de los 3 meses siguientes al momento en que los interesados allegaron toda la información, como el desistimiento de las intervinientes derivado de su inactividad por más de 2 meses. Asimismo, los numerales 15 y 17 del Decreto 4886 de 2011 señalan que es función del Superintendente “pronunciarse sobre las operaciones de concentración empresarial, y expedir las guías en las que se establezcan los documentos y la información que deben aportar las empresas intervinientes en un proceso de concentración”. Mediante resolución n° 10930 de 2015, la SIC modificó su Circular Única, con el objeto de actualizar el régimen de información de concentraciones económicas, tal como lo había recomendado la OCDE. Esta resolución reglamenta el procedimiento administrativo y da instrucciones a las empresas acerca de los documentos que debe contener la solicitud de pre-evaluación (anexo 1), la publicación del anuncio de la información de la operación, la información adicional que deberán allegar las intervinientes para la etapa de examen de fondo (anexo 2), y el trámite de proposición de condicionamientos, entre otros. En lo no regulado en este procedimiento especial se aplican las disposiciones del CPACA.
- 50 Art. 11, Ley 1340 de 2009. Se duda el carácter de sanción de la objeción a una integración empresarial. En el derecho español, la jurisprudencia ha indicado que “no todo acto administrativo de contenido o consecuencias desfavorables para los particulares puede considerarse que constituya una sanción, sino que existen otros supuestos distintos de restricción de su esfera jurídica, como es el de la licencia municipal que crea una relación estable y bilateral entre el autorizado y la

que permitan asegurar de forma idónea la preservación efectiva de la concurrencia entre oferentes⁵¹.

Como autoridad nacional de protección de la competencia, la SIC conoce de forma privativa el control previo de las integraciones empresariales⁵². Sin embargo, se exceptúan las concentraciones en las que ambas intervinientes son entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, autoridad que será competente para conocer y decidir sobre dichas operaciones⁵³. Se trata de un reparto de competencias bajo un criterio orgánico que incluye un mecanismo de coordinación administrativa, de modo que la Superfinanciera debe requerir el análisis de la SIC antes de tomar una decisión⁵⁴.

Administración otorgante, que se otorga sometida al cumplimiento de determinadas condiciones, procediendo a revocarla si no siguen cumpliéndose aquellos requisitos, y el consecuente acto de revocación no tiene la naturaleza de sanción administrativa”, STS de 16 de diciembre de 2004, en MANUEL REBOLLO-PUIG, MANUEL IZQUIERDO, LUCÍA ALARCÓN & ANTONIO BUENO, *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 67. El procedimiento debe en todo caso garantizar el derecho al contradictorio; (véase, por ejemplo, el caso de la fusión entre Schneider y Legrand, en el que la justicia europea condena a la Comisión a reparar a Schneider por los perjuicios sufridos tras objetar la fusión con Legrand. Para el Tribunal de primera instancia, “la grave y manifiesta vulneración del derecho de defensa de Schneider por parte de la Comisión constituye una infracción del derecho comunitario suficientemente caracterizada para justificar la indemnización”; Sentencia del TPI, asunto T-351/03, *Schneider Electric/Comisión*).

51 De acuerdo con la resolución SIC n° 10930 de 2015, las intervinientes pueden proponer acciones o comportamientos de su parte, tendientes a neutralizar las posibles restricciones de la competencia derivadas de la operación. Conforme a la guía de integraciones empresariales, los condicionamientos “son obligaciones a las que se comprometen las intervinientes en una operación de integración económica, con el fin de obtener la aprobación de dicha operación por parte de la SIC”; SIC, *Guía de análisis de integraciones empresariales (trámites de pre-evaluación)*, precitada. Estos condicionamientos pueden por lo demás ser estructurales o de comportamiento. En las integraciones horizontales el efecto es el aumento del poder de mercado, por lo que es común que el condicionamiento estructural para mantener la competencia sea la desinversión de activos (véase, por ejemplo, SIC, resolución n° 54253 de 4 de octubre de 2010, Protabaco/Coltabaco; resolución n° 20968 de 23 de abril de 2013, Nestlé/Pfizer). Por su parte, en las verticales, el efecto estará sobre los procesos competitivos en la misma cadena de valor, aquí los condicionamientos suelen ser de comportamiento.

52 Art. 6, Ley 1340 de 2009.

53 Art. 9, Ley 1340 de 2009. Se trata de un reparto de competencias bajo un criterio orgánico que incluye un mecanismo de coordinación administrativa, de modo que la Superfinanciera debe requerir el análisis de la SIC antes de tomar una decisión.

54 La SIC podrá incluso sugerir condicionamientos tendientes a la preservación de la libre competencia. Aunque el análisis de la SIC no es vinculante, consideramos que la Superintendencia Financiera deberá indicar en la parte motiva de su decisión las razones por las cuales decide apartarse del mismo. Puesto que la decisión de la Superintendencia financiera presupone el ejercicio previo de una competencia de la SIC, si omite pedir el concepto la consecuencia será la nulidad por expedición irregular del acto. Ahora bien, si la Superintendencia financiera realiza la solicitud pero

La competencia de la Aeronáutica Civil para conocer ciertas operaciones comerciales entre explotadores de aeronaves⁵⁵ continúa en cambio siendo problemática⁵⁶. Aunque el Consejo de Estado definió el conflicto de competencias administrativas de carácter positivo entre estas autoridades⁵⁷, y señaló que la Aeronáutica Civil conserva su competencia para conocer de todas las integraciones del sector aeronáutico –toda vez que se trata de un sector especializado que demanda de un conocimiento específico para las decisiones que lo afectan–, con esta decisión el alto tribunal desconoce

desconoce o adopta otra decisión sin explicar las razones por las cuales se aparta, la consecuencia será la nulidad del acto por indebida motivación. Se trata de consecuencias que buscan dotar de eficacia a la intervención de la autoridad de competencia. Estamos en presencia de aquellos actos que la doctrina francesa califica como “determinantes”, esto es, aquellos conceptos que no son obligatorios, pero que exigen a su destinatario que exponga las razones por las cuales se aparta de su contenido, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, “Le droit de la Régulation”, *Dalloz*, 2001, chron., p. 616. En el proyecto de ley 038 de agosto de 2015 se establecía que el concepto que rinde la SIC frente a las integraciones de los sectores financiero y aeronáutico, relacionado con los efectos que dichas operaciones puedan tener sobre la libre competencia, tenga carácter vinculante, de manera que la operación debía ser negada o condicionada por la autoridad sectorial si la SIC la objeta o la condiciona. El proyecto fue sin embargo retirado por el gobierno nacional durante su trámite en el Congreso.

- 55 Consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, e intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves; parágrafo, art. 8, Ley 1340 de 2009.
- 56 Como lo ilustra el caso de la integración entre Avianca y Aces (con Sam incluida), en el que la SIC conoció inicialmente de la operación y la objetó por los riesgos que acarrearía para la libre competencia en el mercado aéreo doméstico. Cuando estaba a punto de resolverse la reposición, y ante la eventualidad de que se ratificara la decisión anterior en el sentido de que la operación no era conveniente, las intervinientes recusaron al Superintendente de industria y comercio. El ministro de desarrollo, en ese entonces superior funcional de la SIC, mediante resolución 0764 de 2001 separó del cargo al superintendente de industria y designó al entonces superintendente de sociedades como superintendente *ad hoc*, funcionario que estimó que la autoridad competente era la Aeronáutica Civil. La decisión terminaría por tomarla esta última entidad, la cual, basada sobre cuestiones técnicas, pero sin hacer un análisis exhaustivo de los efectos de la operación sobre la competencia, autorizó la integración entre las dos empresas. Esta situación condujo a la renuncia del superintendente de industria y comercio. Pese a que la ley 1340 de 2009 quiso acabar con este problema, asignando a la SIC la competencia de conocer integraciones y prácticas comerciales restrictivas en cualquier sector de la economía (Art. 6), en el parágrafo de su art. 8, dejó en cabeza de la aeronáutica el conocimiento de algunas integraciones que se realicen en ese sector.
- 57 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 18 de noviembre de 2011. En la especie, se trataba de determinar la autoridad competente para conocer las actuaciones administrativas relativas a la integración por medio de un contrato de *joint venture* entre las empresas Air France S.A., Delta Airlines Inc., KLM Cía. Holandesa de Aviación y Alitalia Líneas Aéreas Italianas S.P.A.

abiertamente lo señalado en la ley de competencia⁵⁸. Asimismo, esta línea argumentativa ignora el hecho de que no solo las autoridades de competencia están equipadas para conocer las integraciones de cualquier sector de la economía, para lo cual se pueden apoyar en entidades sectoriales⁵⁹, sino que además la Aeronáutica Civil no tiene la misma especialización en materia de derecho de la competencia que la SIC, régimen que puede ser incluso más complejo que el aeronáutico. El modelo institucional anterior a 2009, en el que varias autoridades administrativas eran competentes para sancionar prácticas restrictivas o abuso de posición dominante y tener control sobre concentraciones económicas, resultó por lo demás en una aplicación débil de las normas de competencia a ciertos sectores, en cuanto las autoridades sectoriales no contaban con el peritaje para aplicarlas y tendían a ejecutarlas de manera más flexible sobre sus vigilados⁶⁰.

58 Según el Consejo de Estado, “consideramos que la Aeronáutica Civil conserva su competencia en materia de aprobación de acuerdos entre explotadores de aeronaves, incluidas las integraciones empresariales, manteniéndose la manera como se estaba tratando este tema desde antes de la promulgación de la ley 1340 de 2009, la cual adicionalmente amplió el catálogo de actividades sobre dicha competencia y complementó el art. 1866 del Código de Comercio”. Interpretación cuestionable en la medida que con la expedición de la Ley 1340 de 2009 se debe entender todo lo contrario, esto es, que la Aeronáutica conservó competencia para estudiar algunas operaciones que están señaladas de forma expresa en la Ley de competencia, que es especial y posterior, pero perdió competencia para estudiar aquellas que esta ley no señaló en el parágrafo de su art. 8. Conforme a la jurisprudencia constitucional, las excepciones a una norma deben interpretarse de forma restrictiva y estricta, lo cual impide extender una excepción que está relacionada con una competencia de una autoridad administrativa (CC., Sentencia C-568 de 2000).

59 Se trata de un deber que opera en doble vía. De un lado, el parágrafo del art. 6 de la Ley 1340 de 2009 señala que las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y el control y vigilancia en sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que le sea requerido por la SIC. De otro lado, el art. 8 de la Ley 1340 de 2009 indica que la SIC deberá dar aviso a otras autoridades de ciertas de sus actuaciones, las cuales podrán rendir un concepto técnico en relación con el asunto puesto a su conocimiento. Si la SIC decide apartarse de dicho concepto deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión. Uno de los casos en que el aviso a otras autoridades es obligatorio para la SIC es cuando el control de una integración empresarial entra en etapa dos o examen de fondo (num. 4, art. 10, Ley 1340 de 2009).

60 Es en observancia de recomendaciones internacionales que exhortan a los países a tener una autoridad de competencia transversal a todos los sectores de la economía que la ley de competencia designó a la SIC como autoridad única; Exposición de motivos, Ley 1340 de 2009, disponible en <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/EXPOSICION_DE_MOTIVOS.pdf>, consultado el 21 de marzo de 2019; *cf.* examen inter-pares de la OCDE y el BID, precitado. Aunque el nuevo reparto de funciones es claro, encontramos en la práctica casos en los que los sujetos investigados continuaron alegando la falta de competencia de la SIC, como ocurrió durante la investigación y sanción a varias empresas, entidades distritales y personas naturales, incluido el ex alcalde de

La atribución de competencias de policía administrativa a una autoridad única también es defendida por quienes sostienen el carácter transitorio de la actividad de regulación, la cual es definida legalmente como la facultad que tienen ciertas autoridades para dictar normas de carácter general o particular para someter la conducta de los agentes del mercado a las reglas, principios y deberes establecidos en la ley y en los reglamentos⁶¹. De cara a la construcción y mantenimiento de la libre competencia, estas reglas pueden consistir en obligaciones estructurales o de comportamiento y harán parte del régimen especial de competencia⁶², cuyo cumplimiento supervisa la autoridad única.

Bogotá Gustavo Petro, por la comisión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia en el mercado de la prestación del servicio de aseo en Bogotá. En la especie, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP del Distrito argumentó en sus observaciones al informe motivado de la Delegatura para la Protección de la Competencia que “todos los actos de competencia desleal del servicio público domiciliario de aseo deben ser conocidos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”, pues considera que las conductas que atentan contra la libre competencia que sean desplegadas por las empresas de servicios públicos son objeto de conocimiento de la SSPD (SIC, resolución n° 25036 de 21 de abril de 2014, punto 8.26). Sin embargo, hoy no cabe duda que el legislador nacional buscó concentrar en la SIC las funciones administrativas orientadas a proteger la libre y leal competencia, incluso en el ámbito de los servicios públicos. Para la Corte constitucional, el control atribuido de manera privativa a la SIC en materia de libre competencia corresponde a la potestad de configuración del legislador para asignar y distribuir funciones entre distintos órganos y autoridades de la administración pública nacional; CC., Sentencia C-172 de 2014.

61 Sentido estricto de *regulación*; *cf.* art. 14, num. 18, Ley 142 de 1994. La política de liberalización de los noventa significó la creación de organismos reguladores sectoriales con un mandato general de intervención *ex ante* para reforzar la competencia y evitar prácticas monopolísticas en sectores como los servicios públicos domiciliarios que la legislación colombiana define como los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible y para otros servicios en redes, como son los del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). En el marco de estos procesos, se señaló el régimen jurídico para estos servicios, con una definición que vincula la regulación al cumplimiento de la norma jurídica, o que la incorpora a una función delegada del presidente para señalar políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos. Sin embargo, como lo señala EDGAR GONZÁLEZ, se trata de una aproximación restrictiva de su contenido y características. El reglamento no sería sino uno de los instrumentos de la regulación, de modo que “es también una de sus modalidades la adopción o eliminación de incentivos para los operadores” y la resolución de controversias entre ellos. Entre las cuestiones pendientes en la doctrina están justamente “la dificultad y necesidad de precisar la competencia para resolver controversias, su finalidad no enmarcada en la promoción de la competencia, y los efectos en el tiempo de su decisión”; EDGAR GONZÁLEZ, “Presentación”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 12, 2014, p. 9-14.

62 Por oposición al general definido en el art. 4, Ley 1340 de 2009; véase, sobre el alcance de las regulaciones en derecho de la competencia, Claude Lucas de LEYSSAC, Gilbert PARLEANI, *op. cit.*, p. 703. Por ejemplo, en materia de servicios públicos domiciliarios el régimen especial está compuesto por normas que prohíben, entre otras conductas, prácticas tarifarias restrictivas de la

Como entre los fines de esta actuación administrativa está la de generar condiciones y estimular la libre competencia⁶³ e impedir prácticas restrictivas o el abuso de la posición de dominio en sectores o industrias regulados⁶⁴, algunos sostienen que al instaurarse niveles de competencia adecuados, las regulaciones sectoriales deben con el tiempo desaparecer en beneficio de las solas restricciones que imponen las normas transversales de defensa de la competencia⁶⁵. Lo que equivale a decir que la función de regulación es transitoria, mientras que la de policía es permanente. En una postura más enérgica se cuestiona incluso la idoneidad de las medidas regulatorias para dinamizar la competencia en los sectores en los que están llamadas a intervenir⁶⁶. Sin embargo, los objetivos de la regulación —al menos en sectores como

competencia (art. 98, Ley 142 de 1994). En lo no previsto en el régimen especial, la SIC aplicará el régimen general de competencia.

- 63 Como por ejemplo las funciones para definir periódicamente formulas tarifarias a las que deberán ceñirse las empresas para fijar sus tarifas, para que estas respondan a criterios de eficiencia y permitan el acceso a facilidades esenciales de competidores en igualdad de condiciones. Además de estas funciones, las comisiones de regulación cumplen otras encaminadas a asegurar la correcta prestación del servicio en condiciones de seguridad, como cuando señalan los requisitos técnicos para obras, equipos y procedimientos que utilicen las empresas del sector (Art. 67, num. 1, Ley 142 de 1994).
- 64 El Art. 2 de la Ley 142 de 1994 incluye dentro de los principios que orientan la intervención del Estado en materia de servicios públicos la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante. Conforme a estos principios, las comisiones de regulación pueden por ejemplo obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario (art. 18). Del mismo modo, al art. 3 de la Ley 143 de 1994, señala que le corresponde al Estado en relación con el servicio público de electricidad promover la competencia en las actividades del sector, impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado y regular aquellas situaciones en que por razones de monopolio natural la libre competencia no garantice su prestación eficiente en términos económicos; *cfr.* arts. 2 y 22, Ley 1341 de 2009, para el sector de las TIC.
- 65 A una mayor desregularización corresponde una mayor libertad en el ejercicio de la actividad económica. Véase entre otros, LAURENT RICHIER, “Droit d’accès et service public”, *AJDA*, 2006, p.74; YVES GAUDEMET, “La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction”, en *Régulation. Nouveaux modes? Nouveaux territoires?*, *REAP*, n° 109, 2004, p. 13-16; LUCIEN RAPP, “Le droit des communications entre réglementation et régulation”, *AJDA*, p. 2047-2058; MARTINE LOMBARD, “Régulateurs indépendants, mode d’emploi”, *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, pp. 203-217.
- 66 Por lo que la regulación de autoridades sectoriales ha sido calificada de “competencia sintética”: “*In fact, regulatory agencies may adopt policies that reduce allocative efficiency, either by inducing and subsidizing an inefficient level of entry or by constricting entry below the level that would obtain in an unregulated market*”; DOUGLAS H. GINSBURG, “Synthetic Competition”, *Media L. & Pol’y*, article, 2006, p. 1. O como lo ilustra la crítica hecha en 2014 por la OCDE en relación a las medidas

los servicios públicos domiciliarios— se muestran más complejos que la sola protección y arreglo entre libertades económicas e individuales que soporta la idea de una policía de la Administración sobre actividades económicas organizadas⁶⁷. La irreductibilidad de la regulación con relación a la función de policía administrativa⁶⁸ permite advertir otros intereses protegidos, pero que no excluyen de ningún modo los fines que legítimamente persiguen las disposiciones sobre protección de la competencia⁶⁹.

Es importante aclarar que los calificativos *ex ante* y *ex post* estructuran solo parcialmente el derecho de la regulación, puesto que designan procedimientos o actuaciones administrativas, más que definir la función como tal. De una parte, esta división no toma en cuenta que el régimen común de

diferenciales de cargos de acceso asimétricos impuestas a Comcel para que acabara el efecto club entre sus usuarios y pudieran sus competidores lanzar ofertas y captar más usuarios comentado en el texto de las jornadas de 2018; *cf.* ANÍBAL ZÁRATE, “La relativa especialidad de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios”, *op. cit.*, p. 779.

67 *Cfr.* ANÍBAL ZÁRATE, “La relativa especialidad de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios”, *op. cit.*, p. 784; Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, París, LGDJ, 1984, pp. 501–506.

68 La regulación puede ocupar y servirse de los instrumentos propios de la actividad tradicional de policía administrativa, pero no por ende se reduce a ella. La sanción impuesta con el propósito de corregir, superar o disuadir comportamientos contrarios a los deberes legales y reglamentarios permite dar señales a las empresas y agentes del mercado acerca de la importancia de que todos los participantes en el juego económico sigan las mismas reglas en un contexto de competencia leal y no falseada, pero está lejos de ser la única herramienta con la que cuentan los reguladores para alcanzar sus objetivos. Estas técnicas pueden ser variadas. MARTIN COLLET define la regulación desde los instrumentos que emplea como “el conjunto de técnicas tendientes a hacer participar a los destinatarios de normas unilaterales, blandas o duras, a su elaboración, así como al conjunto de normas unilaterales blandas, esto es, formalmente no imperativas, pero que tienen vocación a ser seguidas”; MARTIN COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2003, p. 47.

69 Según el Art. 3 de la ley 1340 de 2009 el propósito de las actuaciones administrativas de la SIC es velar por la observancia de las normas de competencia para asegurar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Si bien estos fines no son ajenos a la regulación en materia de servicios públicos domiciliarios, ellos no son los únicos que ésta persigue. Junto con la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante, el Art. 2 de la Ley 142 de 1994 indica como finalidades de las actuaciones públicas en el área de los servicios públicos domiciliarios asegurar la calidad del bien objeto del servicio y su disposición final para alcanzar mejoras en la calidad de vida de los colombianos, la ampliación permanente de la cobertura gracias a sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios, la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico, la prestación continua, eficiente e ininterrumpida de los servicios públicos, el acceso de los usuarios a los servicios y su participación en la gestión de los mismos y un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos.

la competencia, lejos de intervenir *a posteriori* para sancionar los comportamientos de las empresas en mercados competitivos, participa también de la construcción misma de los mercados. De otra parte, omite que la función de regulación, lejos de intervenir sobre las estructuras *a priori*, también puede incluir mecanismos de intervención posteriores que se ejercen por medio de competencias de resolución de controversias o de potestades sancionatorias. Estas medidas *ex post* pueden incluso producir los mismos resultados de la regulación *ex ante*, solo que los procedimientos a través de los cuales se adelantan son diferentes.

Las actuaciones administrativas que recaen sobre las conductas de los agentes del mercado comprenden las investigaciones en materia de prácticas comerciales restrictivas, y abuso de posición de dominio⁷⁰. Estas actuaciones emplean un conjunto de facultades de naturaleza administrativa encaminadas a hacer cumplir las disposiciones que regulan las actividades económicas, dentro de la cuales encontramos la posibilidad de imponer sanciones⁷¹. Como especie de la función de policía, la represión de las infracciones al régimen de la libre competencia es una potestad administrativa transversal en cabeza de la SIC que, lejos de ser discrecional, debe ser reglada, sobre todo en lo que se refiere a la garantía del derecho fundamental al debido proceso. El procedimiento de investigación por infracción al régimen de la libre competencia está regulado en normas especiales⁷² y, en lo no

70 En principio, los comportamientos por competencia desleal dan lugar a las acciones preventiva y declarativa y de condena previstas en la Ley 256 de 1996. Sin embargo, el Art. 143 de la Ley 446 de 1998 señala que la SIC tendrá respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En estas investigaciones, la SIC sigue el procedimiento sancionatorio previsto para el control de las infracciones de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (Art. 144, Ley 446 de 1998). En la práctica las investigaciones por competencia desleal administrativa son extremadamente raras.

71 CC., Sentencia C-412 de 2015. Actividades que son función de policía. La función de policía consiste en la facultad de hacer cumplir las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía, mediante la expedición de reglamentos generales y de acciones apropiadas para garantizar el orden público en sus diferentes dimensiones; CC., Sentencia C-825 de 2004; Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 21 de abril de 1982, art. 16 Ley 1801 de 2016 (Código Nacional de policía). Esta función comprende la vigilancia, inspección y control de los mercados. La diferencia entre estos conceptos radica en el grado de intensidad en las medidas y restricciones que comportan, CC., Sentencia C-936 de 2003.

72 De acuerdo con estas disposiciones, el procedimiento se inicia con una etapa de averiguación preliminar que adelanta la Delegatura para la protección de la competencia de oficio, por queja o denuncia de un tercero o por remisión hecha por otra autoridad administrativa. Durante

previsto por ellas, en las normas de la primera parte del CPACA. No solo el procedimiento administrativo sancionatorio tiene un carácter subsidiario y supletorio⁷³, sino que además las reglas de competencia remiten de forma expresa al procedimiento administrativo general⁷⁴ y al procedimiento administrativo sancionatorio del Código⁷⁵. Tratándose de las conductas de personas jurídicas que resultan contrarias a las normas sobre protección de

esta etapa, la SIC puede solicitar información, realizar visitas, tomar declaraciones y decretar, practicar y recaudar toda la información conducente a verificar el cumplimiento de las reglas de competencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 15 de la CP y en los numerales 62, 63 y 64 del Decreto 4886 de 2011. Si luego de analizada la información la entidad encuentra mérito suficiente procederá a iniciar una investigación formal a través de la formulación de cargos, para lo cual debe con claridad y precisión señalar los hechos que la originan, las personas objeto de investigación, las disposiciones presuntamente infringidas y las medidas o sanciones procedentes. Dentro de las modificaciones al procedimiento operadas por el Decreto-Ley 019 de 2012, encontramos que se establece un término de 20 días hábiles para que los investigados puedan solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer, una vez se les notifique personalmente la apertura de la investigación. Asimismo, luego de publicado el pliego de cargos en la página web de la autoridad, los terceros que se consideren interesados en la actuación administrativa tienen 15 días para manifestar tal interés ante la SIC (art. 19, Ley 1340 de 2009, modificado por el art. 157, Decreto-Ley 019 de 2012). Las modificaciones contenidas en el Decreto 019 de 2012 introducen en esta segunda etapa del procedimiento una audiencia que tendrá lugar una vez instruidas las investigaciones y en donde las personas investigadas y los terceros reconocidos dentro del trámite podrán presentar de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer con relación a los hechos o a la actuación en curso. Concluida esta audiencia, el Superintendente delegado presenta un informe motivado al Superintendente con los resultados de la investigación y con la recomendación de sancionar o de archivar la respectiva investigación para todos o algunos de los investigados. En una tercera etapa, el Superintendente estudia las observaciones de las partes, el contenido del informe motivado y las pruebas que obran en el expediente con el fin de determinar si debe archivar la investigación o si, por el contrario, hay que convocar al Consejo Asesor para que se pronuncie sobre el caso. Expedida la resolución de sanción la misma podrá ser recurrida a través de recurso de reposición. En firme la decisión, esta puede ser demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

- 73 Art. 47 CPACA. El procedimiento administrativo sancionatorio del CPACA es subsidiario porque se aplica en ausencia de leyes especiales que regulen la materia y es supletorio puesto que cumple funciones de integración normativa frente a lo no previsto en regímenes especiales.
- 74 Art. 54 Decreto 2153 de 1992. Además, en materia de notificaciones y comunicaciones, el art. 23 de la Ley 1340 de 2009 indica que “las notificaciones electrónicas estarán sujetas a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.
- 75 El art. 155 del Decreto 019 de 2012, que regula el procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas, dispone que “en lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo”. Para una crítica de la falta de separación interna entre la autoridad que investiga y la que decide, de cara a las exigencias derivadas del debido proceso y, concretamente, aquellas del art. 8.1 de la CIDH y del art. 10 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, véase ANÍBAL ZÁRATE, “La relativa especialidad de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios”, *op. cit.*, p. 832.

la competencia, la ley sanciona con multa cada violación a cualquiera de estas disposiciones, incluidas la omisión de acatar las solicitudes de información o las instrucciones que imparta la SIC, así como el incumplimiento de los condicionamientos y de los compromisos bajo los cuales se aprueba una integración empresarial⁷⁶ o se termina una investigación por aceptación de garantías⁷⁷. Estas disposiciones sobre protección de la competencia aplican a todo el que desarrolle o pueda afectar una actividad económica⁷⁸, incluso cuando es la misma Administración la que cumple con la actividad.

2. EL FOMENTO Y LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL Y COMERCIAL COMO MECANISMOS PARA AMPLIAR LA OFERTA DE BIENES Y SERVICIOS

Las actuaciones de regulación y de policía administrativa pueden ser insuficientes para asegurar una pluralidad de oferentes, dadas las características técnicas y económicas de ciertos mercados o cuando se persiguen fines sociales. En estos casos, la ley puede contemplar medidas de fomento encaminadas a ampliar la oferta de bienes y servicios y a promover la productividad y la competitividad⁷⁹. Contrario a lo que sucede con las actividades de regulación y policía, en donde se espera una respuesta similar del

76 Con independencia de la posibilidad de ordenar la reversión de la operación prevista en el art. 13, Ley 1340 de 2009. Aquí ya no se trata de policía *ex ante*, sino del ejercicio de competencias de control *ex post*.

77 Art. 25, Ley 1340 de 2009. En esta norma se determina además el monto de estas sanciones, indicando que la Entidad podrá imponer multas a cada infractor hasta por la suma de 100 mil SMLMV o hasta por el 150 % de la utilidad derivada de la conducta, si resulta mayor. Asimismo, se prevén multas en contra de cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia (art. 26, Ley 1340 de 2009).

78 Art. 2, Ley 1340 de 2009.

79 CC., Sentencia C-1108 de 2001. Aunque los fines pueden ser múltiples: acceso a la cultura, impulso a sectores económicos, del mercado laboral, de la ciencia y la tecnología, seguridad alimentaria, ampliación de cobertura y calidad de la educación, zonas de frontera, o incluso lograr una paz estable y duradera y la no repetición por parte de desmovilizados de grupos ilegales. Sobre este último punto, es posible consultar los casos de emprendimientos inclusivos como *Café Kogi* o *Moralife*, así como la estrategia del gobierno anterior y la Andi de compras inclusivas en el estudio preparado con ocasión de las jornadas de 2016, véase ANÍBAL ZÁRATE, “De la exclusión a la participación: consumidores, empresas y mantenimiento del orden público económico para la paz”, en *La constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz*, 2016, p. 241-308.

ordenamiento de cara a su congruencia y lógica y en razón de los principios de imparcialidad y neutralidad que se imponen a todo agente público⁸⁰, las actuaciones de fomento por lo general entrañan un trato desigual o una ventaja competitiva para ciertos agentes económicos en detrimento de otros⁸¹. En la medida en que con el fomento se busca encaminar la acción económica de los particulares hacia la producción o consumo de determinados bienes y servicios⁸², este implica beneficios económicos relacionados con ingresos o gastos públicos⁸³ o de carácter jurídico⁸⁴ para incidir sobre los mecanismos del mercado (oferta y demanda) que no necesariamente se asignan por igual a todos sus partícipes. Además, la atribución de ayudas

80 Véase STÉPHANE MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif français*, Thèse de doctorat, Université de Paris II, 1995, p. 31-34. El art. 24 de la Ley 1340 de 2009 ordena a la SIC actualizar periódicamente las actuaciones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia y dispone que tres actuaciones ejecutoriadas de la autoridad de competencia en un mismo sentido constituyen doctrina probable. Se busca así satisfacer las exigencias del principio de confianza legítima de los investigados; véase CC., Sentencia C-537 de 2010.

81 GASPAR ARIÑO, *op. cit.*, p. 295.

82 *Idem*.

83 Las fórmulas económicas de intervención para fomento de la economía o de un sector de ella, pueden revestir diversas modalidades. Por ejemplo, el legislador puede estimular un sector económico mediante la política tributaria, adoptando exenciones, tasas o tarifas reducidas aplicables al sector económico que considera oportuno fomentar; CC., Sentencia C-1297 de 2001. Estas medidas pueden tener diferentes denominaciones como subsidios, tasas, contribuciones, subvenciones, que generan problemas a la hora de distinguirlas; véase, sobre la potestad del legislador en materia tributaria y la libre competencia, CC., Sentencia C-766 de 2013, a propósito de la exención tributaria en operaciones de *factoring* por entidades vigiladas por las Superintendencias financiera, de sociedades y de economía solidaria. Para el juez constitucional, “en este caso, al igual que ocurrió en la Sentencia C-1021 de 2012, la Corte encuentra que se está en presencia de un principio de inequidad en las expresiones demandadas, por una parte, porque se excluye de la exención del GMF a las empresas, sociedades, entidades o personas que no se encuentran sometidas a la vigilancia de ninguna de las superintendencias señaladas en el artículo 132 de la Ley 1607 de 2012, y por la otra, porque sin razón alguna se exceptúa de este beneficio tributario a otro tipo de instituciones financieras, distintas de las carteras colectivas y de los patrimonios autónomos, que también realizan operaciones de *factoring* y están sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera”.

84 Eliminación de un trámite, licencia o autorización o la posibilidad de formas organizativas más flexibles para materializar factores de capital y encaminarlos a una actividad productiva, como es el caso de las Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), tipo societario que ha sido juzgado como “fomento de creación de empresa a través de instrumentos más ágiles y flexibles”, CC., sentencias C-090 y C-237 de 2014; O a través de reconocimientos que implican la autorización al gobierno para contribuir al fomento, protección, conservación, divulgación y financiación de manifestaciones culturales, como las fiestas patronales de San Francisco de Asís en Quibdó; CC., Sentencia C-111 de 2017.

económicas como subvenciones o subsidios puede permitir a una empresa producir una mayor cantidad de bienes manteniendo su costo de producción, circunstancia que podría llevar a una distorsión de la competencia a través de una reducción en los precios. Por sus posibles restricciones a las libertades económicas y a la libre competencia, las medidas de fomento deben necesariamente estar previstas en la ley y no puede comportar barreras de acceso al mercado para oferentes que sean injustificadas⁸⁵. Al respecto, el juez constitucional encuentra que la tarifa diferencial de derechos de explotación que debe pagar el operador de apuestas hípcas que tenga hipódromos en Colombia y el mero operador de carreras foráneas no resulta contraria a la libre competencia, pues si bien significa una ventaja competitiva para los operadores de apuestas hípcas nacionales, “esta ventaja se ve compensada por el riesgo que supone esta operación nacional, riesgo que no es asumido por la otra clase de explotadores de apuestas hípcas foráneas”⁸⁶. Se da así un trato desigual entre diferentes⁸⁷.

Pero las características técnicas y económicas de los mercados hacen que a veces sea incluso más eficiente la intervención del Estado como agente económico, por lo que la ley autoriza que los servicios públicos domiciliarios sean prestados directamente por los municipios cuando habiendo hecho estos invitación pública a las empresas de servicios públicos no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo, o respuesta adecuada de otros municipios, la nación o personas particulares y públicas para constituir una empresa; o cuando incluso habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por la SSPD que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer⁸⁸. En este caso, se impone a

85 En cada caso, el juez constitucional examina si la restricción, la cual debe estar justificada en el principio de solidaridad o en un fin de interés general y no estar prohibida en la Constitución, es potencialmente adecuada para conseguir el objetivo propuesto. Asimismo, se revisa si hay proporcionalidad en esa relación, es decir, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. En todo caso, el núcleo esencial del derecho no debe ser desconocido con la restricción legal; CC., sentencias C-228 de 2010; C-618 de 2012.

86 La fijación de los derechos de explotación diferentes en cada uno de los casos reseñados persigue un fin legítimo: fomentar la hípica nacional; CC., Sentencia C-1108 de 2001.

87 En aplicación de un test *intermedio* de igualdad; véase, por ejemplo, sentencia CC., Sentencia C-1021 de 2012.

88 Art. 6, Ley 142 de 1994. En este caso, corresponde a las Comisiones de Regulación establecer las

los municipios una separación entre la contabilidad general del respectivo ente territorial y la que corresponda a la prestación del servicio, de manera que los recursos provenientes de rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades locales no sean empleados para acomodar las evaluaciones de la eficiencia⁸⁹ en su actividad prestacional⁹⁰. La separación contable es además un requisito que se exige en varias disposiciones para el manejo de los recursos destinados a subvencionar el acceso de las personas de menores ingresos a los servicios públicos domiciliarios, de modo que todos los prestadores deberán informar periódicamente la utilización que dieron a los subsidios presupuestales⁹¹ y hacer los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores fijados para dar los subsidios a los estratos menos favorecidos, para lo cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas⁹².

metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios. Ahora bien, esta autorización para que el municipio preste los servicios públicos de forma directa no debe entenderse como autorización para constituir un monopolio de derecho, toda vez que el artículo 365 de la CP señala que si por razones de soberanía o interés social el Estado decide reservarse una actividad estratégica o la prestación de los servicios públicos, debe hacerse mediante ley de iniciativa del gobierno, aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara y, en todo caso, se deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de la actividad que venían desempeñando.

89 Que condicionan la vigencia de la autorización (art. 6, Ley 142 de 1994). Y los municipios están además sometidos a las mismas reglas que aplican para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y no podrán otorgar ni recibir de las empresas privilegio o subsidio distinto de los que la Ley 142 de 1994 precisan (art. 27.1). Asimismo, el art. 36-6 prohíbe a las entidades financieras celebrar contratos con empresas de servicios públicos oficiales para facilitarles recursos, cuando se encuentre en incumplimiento de indicadores de gestión y mientras no acuerden un plan de recuperación con la comisión respectiva.

90 La liberalización operada por el art. 365 de la CP generó una importante discusión acerca de la naturaleza de los servicios públicos. Algunos autores sostienen que se trata de actividades económicas, industriales y comerciales (véase GUILLERMO SÁNCHEZ, ¿Las empresas prestadoras de servicios públicos privadas son entidades estatales?, *Revista Contexto*, 2008, p. 57-100), otros que son función administrativa, lo cual no impide que sea ejercida por particulares (art. 210 CP). Nos adherimos a la postura del profesor ALBERTO MONTAÑA, según la cual la actividad prestacional o actividad de carácter no autoritativo y de interés general que puede ser realizada por actores público o privados, tiene una doble dimensión económica y como función administrativa; ALBERTO MONTAÑA, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 179. Consideramos precisamente que esa doble connotación garantiza la vigencia de la institución de acuerdo al nuevo modelo de economía social de mercado que es propio al *Estado regulador*. Varias reflexiones consignadas en este trabajo ejemplifican esa doble connotación.

91 Art. 53, Ley 142 de 1994.

92 Conforme a las reglas del art. 89 de la Ley 142 de 1994. Es competencia de las comisiones de regulación exigir gradualmente a todos quienes presten servicios públicos que, al cobrar tarifas

Se busca de esta manera garantizar la igualdad entre los diferentes competidores, de manera que los recursos destinados a asegurar la universalidad del servicio no sean utilizados para distorsionar la competencia⁹³. Con esta misma intención, las Comisiones de Regulación podrán ordenar medidas estructurales como la escisión de una empresa prestadora de otras que tengan el mismo objeto, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando encuentren que se está usando la posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia o cuando la prestadora otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tienen amplia competencia a otro servicio que sí tiene, lo cual es considerado una práctica restrictiva de la competencia⁹⁴.

Las reglas de gestión y representación de las participaciones que la nación⁹⁵ y los entes territoriales tienen en prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sociedades públicas y otras formas empresariales a través de las cuales adelantan actividades industriales y comerciales en competencia con particulares o en mercados regulados⁹⁶, establecen que estas inversiones

que estén en vigencia al promulgarse la ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los estratos 1 y 2 y las condiciones para otorgarlos al estrato 3.

93 CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC & GILBERT PARLEANI, *op. cit.*, p. 627.

94 Art. 70-13, Ley 142 de 1994; como es el caso de la sanción impuesta a la Empresa de energía de Boyacá que se analiza en la segunda parte de este capítulo.

95 De acuerdo con el Ministerio de Hacienda, la Nación tiene inversiones superiores a los 70 billones de pesos en empresas, de acuerdo a su valor patrimonial. Estas empresas empleaban en 2017 a unas 27.844 personas, de los cuales el 39,2 % son mujeres. Ministerio de Hacienda, *Reporte anual de empresas de la Nación 2017*, Bogotá, 2018, p. 12. Según el Conpes 3851 de 2015, al término del año 2014 el valor de los activos de las participaciones accionarias del gobierno nacional en empresas estatales de ese orden equivalía a 240 billones de pesos, es decir, al 32 % del producto interno bruto, cifras que permiten evidenciar la magnitud de esta actividad en la economía nacional. Ahora bien, como lo expresa el documento citado, “la capacidad de generar valor de estas empresas se encuentra afectada por debilidades en el gobierno corporativo de las mismas, y rigideces en el complejo y disperso marco normativo que les aplica”. Conpes 3851, “Política general de propiedad de empresas estatales del orden nacional”, Bogotá, 2015, p. 3.

96 Situación que determina el régimen jurídico aplicable (por ejemplo, art. 87, Ley 489 de 1998; art. 93, Ley 1474 de 2011), tal como se estudia en la segunda parte de este trabajo. Bajo el modelo de economía social de mercado, los monopolios públicos y la titularidad pública de los servicios constituyen la excepción (art. 336, 365 CP). Esto, por el alcance de la restricción que comportan a las libertades económicas y a la iniciativa privada. No es un objetivo del presente trabajo hacer un inventario ni de estas formas empresariales, ni de las actividades económicas de la administración. De acuerdo con la OCDE, en algunos mercados la firma dominante es una empresa pública. El ejemplo más claro es en la producción de petróleo, en donde Ecopetrol tiene una cuota del mercado del 63 %. La actividad empresarial del Estado incluye sectores como los

deben perseguir la corrección de fallas y distorsiones de mercado o la participación en sectores clave para el desarrollo, la economía o la seguridad del país⁹⁷. Asimismo, están aquellas que generan una rentabilidad financiera mayor a la Tasa Social de Descuento (TSD) y al costo de capital para el Estado como inversionista⁹⁸. Ahora bien, en el marco del proceso de incorporación de Colombia a la OCDE, el gobierno nacional recibió numerosas recomendaciones para fortalecer y adecuar a la competencia económica y buenas prácticas empresariales el ejercicio de su rol como propietario de empresas y participaciones accionarias⁹⁹; y en donde se desataca la necesidad de disminuir el riesgo de conflicto de interés que la presencia de los ministros en las juntas directivas de esas empresas puede causar. Para el organismo, además de una falta de independencia y transparencia, “los procesos encaminados a la nominación de miembros de junta directiva no tienen el nivel de formalidad y estructura idóneo”¹⁰⁰. Si estas influencias verticales apuntalan los efectos que la definición constitucional del mercado tiene sobre la actividad administrativa, ellas responden también a un conjunto de deberes, principios y garantías constitucionalmente reconocidos en beneficio de los

de la producción de gas y petróleo, minería, financiero y asegurador, generación y distribución de energía, fondos de pensión, salud, industria militar, transporte, telecomunicaciones y agricultura. Las empresas controladas por entidades territoriales son principalmente compañías que proveen servicios públicos domiciliarios y telefonía fija; OCDE, *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy*, OECD, 2016, p. 12.

- 97 Conpes 3851, “Política general de propiedad de empresas estatales del orden nacional”, Bogotá, 2015, p. 3.
- 98 Conpes 3927, “Estrategia de gestión del portafolio de empresas y participaciones accionarias de la Nación”, Bogotá, 2018, p. 2.
- 99 Para la OCDE, “El Estado colombiano carece de una política clara, consistente y explícita sobre los objetivos que pretende cumplir a través de sus participaciones accionarias” (OCDE, *Boards of Directors of State Owned Enterprises: An Overview of National Practices*, París, OCDE Publishing, 2013). Dentro de las recomendaciones de la OCDE se destacan: 1) la implementación de un proceso transparente, estructurado y basado en el mérito para la nominación de miembros de junta directiva; 2) que las juntas tengan un rol más activo en la nominación, evaluación y remoción de los gerentes/presidentes de las empresas; 3) el desarrollo de reformas legales que permitan a las empresas estatales competir en igualdad de condiciones con sus pares del sector privado; 4) mejorar las prácticas de gobierno corporativo y de revelación de información que contenga los objetivos de política pública de las empresas y los costos relacionados para su logro; 5) fortalecer el ejercicio de propiedad a través de la creación de una entidad que centralice las empresas de la Nación; OCDE, *Review of the Corporate Governance of State Owned Enterprises: Colombia*, París, 2013).
- 100 Informe OCDE de 2013, *Review of the Corporate Governance of State Owned Enterprises: Colombia*, precitado.

particulares y necesarios para materializar los fines del Estado¹⁰¹. La *buena administración* es de este modo presupuesto para el respeto de la igualdad entre competidores públicos y privados. Sin embargo, el remedio del gobierno consistente en reemplazar a los ministros por viceministros o por un delegado no cambia radicalmente la situación actual, ni significa el cumplimiento de la recomendación dada por esa organización. El ministro continúa siendo, al menos *de iure*, juez y parte del juego económico, y su presencia simultánea en juntas o colegios de empresas reguladas y órganos reguladores podría derivar en conductas que atenten contra la igualdad de los oferentes en el mercado¹⁰². Con las buenas prácticas empresariales recomendadas al país se buscan mayores niveles de competitividad, mejorar la capacidad de reacción

101 Véase ANDRÉS OSPINA, “Presentación”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 21, 2019 p. 9-11; RHITA BOUSTA, “Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration”, en el mismo número de esta publicación, p. 23-45.

102 El 23 de noviembre de 2015 el gobierno expedía el Conpes 3851 y anunciaba que los ministros saldrían de las juntas directivas de las empresas del Estado, de acuerdo con las medidas que hacen parte para ingresar a la OCDE. Sin embargo, a reglón seguido se afirma: “que los viceministros o las personas que los ministros designen podrán pertenecer a las juntas directivas” (El Espectador, *Ministros saldrán de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado: Santos*, 23 de noviembre de 2015). Si bien gradualmente algunos ministros han salido de las juntas de estas empresas y se han buscado mecanismos para dar mayor autonomía y flexibilidad a sus juntas, particularmente en materia de aprobación de presupuestos y vigencias futuras (art. 8, Ley 1837 de 2017), son los viceministros o sus delegados los que en varios casos han ido reemplazando a los ministros. Esto llevó a que el país obtuviera en abril de 2016 el visto bueno en el capítulo de gobierno corporativo y empresas estatales por parte de la OCDE, tras haber creado la dirección general de participaciones estatales al interior del ministerio de hacienda y la desvinculación gradual de los ministros de las juntas directivas de las empresas. Sin embargo, nos preguntamos cómo el nombramiento de viceministros o de delegados del ministro en estas juntas disminuye el riesgo de conflicto de interés, sobre todo porque estos mismos funcionarios, que son de libre nombramiento y remoción y que representan los intereses del ministerio, también pueden hacer parte, como delegados suyos, en las juntas y colegios de órganos reguladores (art. 20, Ley 1341 de 2009; art. 4, literal a, Ley 1507 de 2012). Aunque varias normas autorizan esta delegación (arts. 6 y 7, Decreto-Ley 128 de 1976; arts. 75, 89, y 99, Ley 489 de 1998, y art. 24 de la Ley 819 de 2003), en el momento en el que se expidieron tales disposiciones, no se tenía en cuenta la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico a los estándares de la OCDE. ¿Será que la OCDE sí conoce cuál es el alcance del término delegación en derecho administrativo colombiano? Esta crítica se efectúa, sin perjuicio de la conveniencia de los procesos internos de selección (un comité de designación conformado no obstante por el ministro y sus subalternos), y programas de entrenamiento, autoevaluación y capacitación para los representantes del ministro de hacienda en las juntas de empresas del orden nacional, que informa ha implementado la dirección de participaciones de esa cartera (véase, sobre estos programas, el *Reporte anual de empresas de la Nación 2017*, del Ministerio de Hacienda, precitado).

de las empresas estatales ante los cambios en la operación y en el mercado en el que actúan, y asegurar que compitan en las mismas condiciones en que participan las empresas privadas, para generar de ese modo eficiencias que maximicen la satisfacción del consumidor.

B. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES COMO OBJETO DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS ECONÓMICAS

El reconocimiento constitucional de la parte débil de la relación de consumo¹⁰³ y un trato diferenciado a favor de los consumidores se justifica por el desequilibrio que ocasiona la asimetría en la información que poseen oferentes y demandantes de bienes y servicios¹⁰⁴. Es así como el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias que constituyen el régimen de protección al consumidor consagran¹⁰⁵ diferentes mecanismos de

103 La jurisprudencia constitucional reconoce dos dimensiones al derecho del consumo: una objetiva, como interés general o garantía de todos los consumidores a la libre elección, acceso a productos en condiciones de seguridad y calidad adecuadas, satisfacción y reclamo ante productores y proveedores. Y una subjetiva, primero como interés de un grupo de consumidores y luego como posición particular de un consumidor para hacer valer sus intereses y ejercer las acciones para hacer valer sus derechos cuando estos resulten vulnerados; véase CC., Sentencia C-178 de 2014; véase JULIÁN TOLE MARTÍNEZ, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. Un Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, n° 17, 2006, p. 1-64.

104 Cfr. JOSÉ FÉLIX CHAMIE, “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”, *Revista de Derecho Privado*, n° 24, 2013, p. 126; véase además, DANIEL OSSA GÓMEZ, “Protección, garantía y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, n° 112, 2010, p. 203. Tratándose de los usuarios de servicios públicos domiciliarios públicos el num. 13 del art. 14 de la Ley 142 de 1994 indica que es posición dominante la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios. Es importante tomar como punto de partida la naturaleza de las relaciones de consumo, en la medida en que cualquier reflexión que se intente realizar acerca de los mecanismos de protección administrativos en derecho colombiano no puede hacerse sin tener en cuenta la desigualdad en que se encuentran las partes que en ella participan.

105 El art. 5 de la Ley 1480 de 2011 define los términos consumidor y usuario como sinónimos. Conforme a esta disposición, se considera consumidor o usuario toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Esta norma incluye el concepto de usuario en el de consumidor, de manera que el primero no sería sino una especie del segundo. En todo caso, por el carácter especial que tienen los servicios públicos domiciliarios y su consumo para la satisfacción y ejercicio de derechos fundamentales, el usuario

protección¹⁰⁶, dentro de los que se destacan actuaciones administrativas de regulación y de vigilancia y control (1), así como aquellas medidas de fomento para facilitar el acceso y el ejercicio de la libertad de elección de los consumidores (2).

I. LA PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL DE LA RELACIÓN DE CONSUMO A TRAVÉS DE LA REGULACIÓN Y LA POLICÍA DE LOS MERCADOS

El estatuto del consumidor¹⁰⁷ atribuye a la SIC un conjunto de facultades administrativas reglamentarias y de inspección, vigilancia y control. A través

de los mismos recibe una especial protección. Para una definición doctrinal de consumidor, véase CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC & GILBERT PARLEANI, *op. cit.*, p. 438.

106 Las diferentes dimensiones constitucionalmente reconocidas al consumo, en la práctica se traducen en la existencia de tres vías de protección de los derechos de los consumidores. En primer lugar, un conjunto de competencias y actuaciones administrativas, transversales o diferenciadas por sector, para regular y controlar el comportamiento de los agentes del mercado que pudieran lesionar al conjunto de la demanda en un mercado (Ley 1480 de 2011). En segundo lugar, a través del ejercicio de acciones populares y de grupo, medio procesal constitucionalmente previsto para la protección de intereses colectivos o particulares de sectores específicos de la población (Art. 78 CP, Ley 472 de 1998; véase CC., Sentencia C-215 de 1999). En tercer lugar, mediante las acciones jurisdiccionales en responsabilidad ante la jurisdicción ordinaria por daños originados por productos defectuosos; y la acción de protección al consumidor, mediante la cual se ventilan los asuntos contenciosos que tengan como fundamento: a) la vulneración de los derechos del consumidor por violación a normas de protección de consumidores y usuarios; b) la aplicación de las disposiciones sobre protección contractual; c) para hacer efectiva una garantía; d) los encaminados a obtener la reparación por daños causados a bienes en los servicios que suponen la entrega de un bien; e) o por información o publicidad engañosa. Si bien el art. 56 de la Ley 1480 señala que la acción de protección al consumidor ante la delegatura de asuntos jurisdiccionales de la SIC procede en estos supuestos, con independencia del sector de la economía en que se haya vulnerado los derechos del consumidor, el art. 57 mantiene en cabeza de la Superfinanciera el control jurisdiccional del cumplimiento de las obligaciones contractuales de sus vigiladas. A diferencia de la policía administrativa en donde opera una especialidad, en materia jurisdiccional la SIC tiene una competencia a prevención que comparte con el juez ordinario. El presente escrito solo se ocupa de la protección de la dimensión objetiva del derecho del consumo, esto es, de las actuaciones administrativas de regulación y policía. Sobra indicar que, en términos prácticos, la protección que de una de estas dimensiones se haga tienen incidencia sobre la otra. Además, la SIC es clara en expresar que la presentación de una demanda en sede jurisdiccional no excluye su competencia para iniciar de oficio o en virtud de una queja de un consumidor el trámite administrativo correspondiente.

107 Contenido en la Ley 1480 de 2011 y normas concordantes. El nuevo estatuto es una norma con mejor técnica legislativa que el Decreto 3466 de 1982 (régimen anterior), que adecua las normas de consumo a las exigencias constitucionales de protección y en donde se incluyen en

de actos administrativos de contenido general y abstracto, la autoridad de consumo es competente para impartir instrucciones acerca de cómo deben observarse las disposiciones de protección al consumidor, fijando los criterios y procedimientos que faciliten su cumplimiento, y para establecer qué información tienen que señalar determinados productos que puedan afectar a la salud o seguridad de los consumidores, o cuando se trate de prevenir prácticas que puedan inducirlos al error¹⁰⁸. Asimismo, la SIC debe difundir el conocimiento de las normas sobre protección al consumidor y publicar periódicamente la información relativa a las personas que han sido sancionadas por violación a dichas disposiciones y las causas de la sanción¹⁰⁹.

Por su parte, las competencias de inspección atribuidas a la SIC para realizar visitas, decretar y practicar pruebas y recaudar informaciones, y para solicitar el suministro de datos e informes, fueron recientemente declaradas

la legislación colombiana temas como la responsabilidad por producto defectuoso y la regulación de formas modernas de contratos de consumo (comercio electrónico, venta a distancia); DIONISIO DE LA CRUZ, “La garantía legal y la responsabilidad por producto defectuoso en el nuevo Estatuto del consumidor”, *Revista Contexto*, n° 37, 2012, p. 13.

108 Estas competencias reglamentarias incluyen la atribución para fijar el término de la garantía legal, conforme a lo dispuesto por el art. 8 de la Ley 1480 de 2011, o por el cual los productores y proveedores deben disponer de repuestos, partes, insumos y mano de obra capacitada para garantizar el correcto funcionamiento de los productos que ponen en circulación. Es así como el título II de la Circular Única de la SIC contiene capítulos dedicados a las condiciones de la información que debe suministrarse al consumidor y los requisitos mínimos de idoneidad y calidad de determinados bienes y servicios. En el ejercicio de sus facultades reglamentarias la SIC debe observar lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 para expedición de los actos administrativos de carácter general, y en especial los deberes de información del proyecto al público (art. 8.8), debida motivación, respeto del contradictorio, actuar en el marco de sus competencias y respetando las atribuciones de autoridades sectoriales de consumo, y cumplir con cualquier otra condición o presupuesto procedimental cuya inobservancia implique la nulidad del acto. Al ser una entidad del sector descentralizado de la Rama ejecutiva del orden nacional, debe además observar las disposiciones reglamentarias de los decretos 1609 de 2015 (decreto de técnica normativa) y 270 de 2017 (participación ciudadana en los proyectos de regulación). Dentro de las funciones del Grupo de trabajo de regulación la SIC están precisamente “proyectar las circulares y resoluciones externas de carácter general para la instrumentalización del ejercicio de las funciones asignadas a la Superintendencia” y “realizar la publicación previa, recepción de comentarios y análisis de los aportes de terceros a las iniciativas de regulación de esta Superintendencia, de acuerdo a las disposiciones aplicables a la materia”; SIC, resolución n° 101164 de 2015; *Manual específico de funciones y de competencias laborales*, p. 277.

109 Art. 59-10, Ley 1480 de 2011. No conocemos cuestionamientos a la facultad de publicar estas listas. La educación de los consumidores hace parte de los principios generales y derechos que consagra el Estatuto del consumidor, de manera que “los ciudadanos tienen derecho a recibir educación sobre los derechos de los consumidores, formas de hacer efectivos sus derechos y demás materias relacionadas” (art. 3, Ley 1480 de 2011).

exequibles por la Corte Constitucional¹¹⁰ bajo el entendido de que ellas sean ejercidas de conformidad con lo establecido en el CPACA y en Código General del Proceso, y que no comprendan la realización de interceptaciones, registros o actividades probatorias que, de acuerdo con la Constitución, se encuentran sometidas a reserva judicial¹¹¹. El fallo de la Corte implica que la SIC, en el ejercicio de sus facultades administrativas de inspección¹¹², no puede interceptar, hacer registros o llevarse computadores sin una orden judicial. Aunque la decisión judicial cobija una norma del estatuto del consumidor, y tendrá efectos en las investigaciones que se adelantan en esa materia, es posible interrogarse si también afectará aquellos procedimientos administrativos relacionados con la protección de la libre competencia. En declaraciones públicas, exfuncionarios de la entidad manifestaron que para destapar los grandes carteles no hubo allanamientos ni interceptaciones, y que cuando se hacen las diligencias de visita los computadores y otros dispositivos no se recaudan a través de la fuerza, sino que son entregados voluntariamente¹¹³. Estas declaraciones chocan en cierta manera con la decisión de la SIC de multar a la Alcaldía de Cartagena por obstruir una visita administrativa del grupo de colusiones de la Delegatura de Protección de la Competencia¹¹⁴, durante la investigación de 2015 relacionada con los procesos de contratación de la secretaría de infraestructura de esa ciudad, y en la cual se reprochó a funcionarios del ente territorial no haber suministrado

110 El num 4, art. 59 del estatuto del consumidor fue demandado ante la Corte constitucional por considerar que las facultades de inspección atribuidas a la SIC son excesivamente indeterminadas, al no precisar las pruebas que pueden practicarse y la información susceptible de ser solicitada, contrariando así el art. 15 de la CP que reconoce el derecho a la intimidad. Además, la posibilidad de acceder a documentos, locales, correos y archivos, sería contraria al debido proceso y desconoce disposiciones constitucionales que imponen, para esas actuaciones, la existencia de autorización o control judicial.

111 CC., comunicado de prensa Sentencia C-165 de 10 de abril de 2019. La Corte parece acoger lo expresado por un grupo de intervinientes que solicitó a la Corte declarar la constitucionalidad condicionada, indicando que el ejercicio de facultades probatorias no autoriza la práctica de las pruebas que regula el Código de procedimiento penal, sino únicamente las previstas en el CPACA y, adicionalmente, que solo puede comprender documentos de comercio o de interés público.

112 Creemos que la decisión también cobija las facultades que la Ley 1778 de 2016, por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional, asigna a la Superintendencia de Sociedades.

113 *El Espectador*, “Superintendencias no pueden dar aviso de sus inspecciones”, 12 de abril de 2019, en <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/superintendencias-no-pueden-dar-aviso-de-sus-inspecciones-pablo-felipe-robledo-articulo-850230>>, [consulta: 12/04/2019].

114 SIC, resolución n° 11397 de 2018.

voluntariamente los computadores durante una inspección¹¹⁵. Frente a una posible multa por obstrucción de la visita de inspección o a que por falta de colaboración no proceda una atenuación de la sanción, las empresas venían entregando –salvo contados casos, como el de la Alcaldía de Cartagena–, de forma voluntaria sus equipos y otras informaciones a la SIC. La decisión de la Corte preocupa, ya que las visitas administrativas de inspección en la etapa preliminar son fundamentales para las autoridades de competencia y consumo, en la medida en que constituyen una oportunidad idónea para encontrar información sobre la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia o contraria a los derechos de los consumidores que por su naturaleza tiende a ser oculta o mantenida en secreto por los agentes del mercado¹¹⁶. Por tanto, eliminar el factor sorpresa de las visitas administrativas puede restar eficacia a las actuaciones de la Superintendencia¹¹⁷. Es imperativo revisar el tema y encontrar un mecanismo que garantice los derechos tutelados por el juez constitucional, pero sin que deje sin dientes a la autoridad de policía.

Durante el procedimiento administrativo que se surte ante de la autoridad transversal de consumo¹¹⁸, esta puede ordenar varias medidas

115 Después de abrir una investigación por obstrucción a las inspecciones de la SIC, y solicitar las aclaraciones correspondientes, la autoridad impuso una multa por 3 SMMLV a la Alcaldía. ¿Si la entrega de información es voluntaria, por qué se impone la multa? Entre las conductas reprochadas a la administración local está la de no suministrar la información requerida, ni autorizar la inspección de los equipos de cómputo o entregar la información en estos equipos relacionada con su trabajo, pero también porque no comparecieron varios de los funcionarios citados para la práctica de testimonios, entre esos el secretario de infraestructura de la época. La información solicitada era la siguiente: a) el organigrama de la secretaría, con nombre e identidad de las personas adscritas a ella, incluyendo funcionarios y contratistas; b) hoja de vida de funcionarios y contratistas que han laborado en los últimos 3 años en la secretaría de infraestructura; c) inventario de los equipos de cómputo asignados a contratistas y funcionarios de la secretaría de infraestructura; d) actas de supervisión del contrato derivado de la licitación LP-001-INFRA 2014; e) documentos físicos relacionados con el proceso de selección contractual causados en la secretaría de infraestructura; f) copia de los contratos de varios ex-contratistas.

116 FRANÇOIS MÉLIN, *Les programmes de clémence en droit de la concurrence*, París: Joly éditions, 2010, p. 3.

117 Se espera aún la publicación del fallo para conocer los efectos que esta sentencia va a tener sobre aquellos procesos que están para decisión de la SIC e investigaciones futuras. Los efectos no son retroactivos salvo que la misma Corte lo disponga en su fallo; y en ese caso servirían para pedir la nulidad de lo actuado.

118 Excluimos del objeto de la presente investigación el trámite de peticiones, quejas y reclamos (PQR) en sede de empresa, requisito de procedibilidad ante las autoridades de consumo transversal y sectoriales. Estos procedimientos pueden estar regulados por normas sectoriales como el

preventivas para evitar que se cause un daño o perjuicio por la violación de normas sobre protección al consumidor, tales como el cese y la difusión correctiva de publicidad que no cumpla con las disposiciones del estatuto del consumidor. Para la Corte Constitucional, pese a que con estas órdenes se pueden adoptar decisiones de fondo, se trata de actos de trámite frente a los cuales no proceden recursos, ni es posible acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹¹⁹, de manera que excepcionalmente pueden ser atacados por vía de tutela¹²⁰. Es el caso de la tutela interpuesta por Educar Consumidores contra la resolución por medio de la cual la Delegatura de Protección al Consumidor ordenaba el cese inmediato de la difusión del comercial de televisión sobre el consumo de bebidas azucaradas y remitir a la dirección de investigaciones de esa Delegatura toda pieza publicitaria relacionada con estas bebidas que se pretendiera transmitir¹²¹. En la especie, la orden de la SIC paradójicamente restringía el derecho a la información que es clave para el ejercicio de la libertad de elección de los consumidores, ya

estatuto del consumidor financiero o por la Ley 142 de 1994 (art. 152, “Defensa de los usuarios en sede de empresa”), y por las normas del derecho de petición de la primera parte del CPACA. En el trámite ante la SIC se aplican las disposiciones generales del CPACA, por expresa remisión del artículo 6o del estatuto del consumidor. Algunas disposiciones especiales pueden regular aspectos del trámite administrativo ante autoridades sectoriales.

119 Entendidos “como aquellos que no expresan en concreto la voluntad de la administración, sino que simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y en la mayoría de los casos no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas”; C.C., Sentencia T-945 de 2009. La Corte rechaza los argumentos de la Superintendencia de que las cricunstancias que dan lugar a las órdenes preventivas pueden ser contestadas luego a través de los recursos de la vía gubernativa y demandadas ante el juez administrativo. Según la Corte, excepcionalmente se ha admitido que algunos actos de trámite o preparatorios puedan amenazar los derechos fundamentales de una persona, admitiendo la procedencia de la acción de tutela. Es procedente además “por cuanto esta clase de actos no son susceptibles de acción contenciosa administrativa y, en tal virtud, no existe medio alternativo de defensa judicial que pueda ser utilizado para amparar derechos constitucionales vulnerados de manera inmediata”; CC., Sentencia SU-201 de 1994.

120 CC., Sentencia T-543 de 2017. En este fallo, el juez constitucional atribuye al derecho a acceder y a difundir información la categoría de derecho fundamental. Esto, porque la información no solo aparece como necesaria para satisfacer necesidades, incluidas las más básicas, que son a su vez derechos como categorías jurídicas, sino porque además ella se confunde o fusiona con la libertad de expresión. Resuelve que la resolución de la SIC vulnera derechos fundamentales y es contraria a la prohibición de censura.

121 SIC, resolución n° 59176 de 2016.

que de cierta forma vetaba datos de otras fuentes distintas a los proveedores del producto¹²².

Contrario al carácter privativo de la actuación de la SIC en materia de la libre competencia, las facultades administrativas de la autoridad transversal de consumo para velar por la observancia de las disposiciones del estatuto del consumidor, dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento e imponer sanciones¹²³ son residuales, es decir, se ejercen siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad¹²⁴. Según el modelo institucional vigente, las autoridades nacionales sectoriales competentes actúan como superior funcional de sus vigiladas¹²⁵. A la incertidumbre que los conflictos de competencia generan en los operadores del mercado, se suman los casos en los que un productor o un proveedor terminan siendo sancionado por dos autoridades diferentes. En estos supuestos parece existir

122 Desde el derecho de la organización, es posible cuestionar que la misma autoridad que protege la marca *Postobón* sea la que ordene retirar la publicidad sobre bebidas azucaradas de EDUCAR CONSUMIDORES. Admitiendo que ambas delegaturas puedan operar *de facto* separadas, ellas están *de iure* comprometidas a los mismos objetivos institucionales y bajo de jerarquía del mismo funcionario que delegó y es titular de las funciones. ¿Hubiera llegado la autoridad de consumo a la misma conclusión si operara con plena independencia de la encargada de la propiedad industrial?

123 El art. 61 de la Ley 1480 de 2011 contempla las sanciones que puede imponer la SIC, entre las que se encuentran multas para personas naturales o jurídicas o por incumplimiento de órdenes de la SIC, el cierre temporal o definitivo de establecimientos, la prohibición temporal o definitiva de ofrecer al público determinados productos o para ejercer el comercio, y ordenar la destrucción de un determinado producto que sea perjudicial para la salud o seguridad de los consumidores. La norma también regula los criterios que debe tener en cuenta la Superintendencia para la graduación de la sanción, las causales de exoneración de responsabilidad y la destinación del 50 % los montos de las sanciones pecuniarias impuestas por desconocimiento de las normas de protección al consumidor para la operación de la Red Nacional de Protección al Consumidor (RNPC).

124 Art. 59, Ley 1480 de 2011. Varias entidades sectoriales organizadas como superintendencias, unidades administrativas especiales o establecimientos públicos son competentes en materia de protección de los derechos de los consumidores: 1. Superintendencia Financiera (Ley 1328 de 2009); 2. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994); 3. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada (Decreto 2355 de 2006); 4. Superintendencia de Puertos y Transporte (Ley 01 de 1991, Decreto 2741 de 2001); 5. Superintendencia Nacional de Salud (Ley 1438 de 2011); 6. Superintendencia de Economía Solidaria (Ley 454 de 1998); 7. Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos – Invima (Ley 100 de 1993); 8. Aeronáutica Civil (Ley 105 de 1993, Ley 336 de 1996, ley 1558 de 2012); 9. Autoridad Nacional de Televisión – ANTV (Ley 1507 de 2012).

125 *Cfr.* 74 del CPACA, norma que señala dentro de los recursos que proceden contra los actos administrativos: “El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito”.

una especie de zona gris en la que la legalidad de la actuación está condicionada por la existencia de dos o más intereses o bienes jurídicos diversos, que se tutelan por vías administrativas distintas. Mientras que con relación al control de autoridades sectoriales y transversal se sostiene que un mismo comportamiento descrito como contrario al régimen de protección de los consumidores puede perseguir distintos fines¹²⁶—por lo que si dos autoridades nacionales sancionan dicha conducta no están desconociendo el principio de *non bis in idem*—, bajo el anterior reparto competencial entre la autoridad transversal nacional y entidades territoriales¹²⁷ no le es permitido a la SIC multar a una empresa que ya había sido sancionada por un alcalde por los mismos hechos¹²⁸. Hay que aclarar que con la expedición de la Ley 1480

126 Es el caso en materia de servicios de telecomunicaciones, en el que la SIC decide dejar en firme la resolución que impone una sanción a Avantel por no emplear la estructura de códigos cortos para el envío de mensajes de contenido comercial y/o publicitarios previstos en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, siendo que el Ministerio de TIC había sancionado a esta empresa por los mismos hechos. Según los argumentos de la recurrente, “la SIC pretende legitimar su actuación al señalar que se trata de dos actuaciones administrativas con motivos de inicio diferentes, por tratarse de violación de normas regulatorias de naturaleza distinta, sin embargo, la resolución recurrida de manera sistemática se ocupa de reprochar un pretendido incumplimiento del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y de manera superficial indica que ello conllevó a la violación del principio de libre elección de los usuarios así como a las disposiciones del RNE, porque asume la conducta de Avantel ‘permite pasar por alto los controles establecidos en el RNE para impedir la recepción de este tipo de mensajes a los usuarios que soliciten la exclusión de su abonado’”. Para la SIC, existe una diferencia en los fines perseguidos, en la medida en que la investigación adelantada por el Ministerio tiene como fin determinar si Avantel hizo o no uso de los códigos cortos, y no establecer si hubo una vulneración a los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones. Por tanto, con lo antes expuesto, se aclara que pese a que las investigaciones adelantadas en las dos entidades tuvieron como causa los hechos denunciados por Comcel en contra de Avantel, las actuaciones administrativas aludidas no guardan similitud en su finalidad, ni en el bien jurídico tutelado, ni mucho menos en la norma sobre la cual se fundamentó la investigación”; Superintendencia de Industria y Comercio, resolución n° 58194 de 31 de agosto de 2016. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido que un mismo hecho dé lugar a varias respuestas del Estado, incluso varias sanciones, a condición que estos instrumentos se funden en normas diferentes, que pertenezcan a distintas áreas del derecho, persigan fines y tengan una causa jurídica diferente. En estos casos, y ante la presencia de varias respuestas del Estado, la coordinación administrativa entre autoridades generales y sectoriales se vuelve una exigencia; CC., sentencias C-632 de 2011; C-870 de 2002 y C-478 de 2007.

127 Art. 44, Decreto 3466 de 1982.

128 La multa impuesta por la SIC a Autos y Camiones de Colombia S. A. por violación de las condiciones mínimas de calidad de los buses marca Ford Superduty se juzgó contraria al principio del *non bis in idem*. “Siendo ello así, se vulneró el principio del *non bis in idem*, pues éste se configura cuando por unos mismos hechos se sanciona a una persona natural o jurídica dos o más veces, en una misma modalidad, como ocurrió en este caso, en que se impuso la sanción

de 2011, los alcaldes ejercen en sus respectivas jurisdicciones las mismas facultades administrativas de control y vigilancia de la SIC, pero solo pueden imponer multas hasta de 100 SMLMV. Si estos funcionarios consideran sancionar con una multa mayor u otra medida, deberán remitir lo actuado a la SIC¹²⁹. El estatuto del consumidor establece por lo demás mecanismos de cooperación administrativa entre las distintas autoridades para el ejercicio de las funciones de policía en materia de consumo¹³⁰.

2. LA INNEGABLE RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DEL CONSUMO Y LA CLÁUSULA SOCIAL DEL ESTADO

A través de regímenes tarifarios proporcionales para los sectores de bajos ingresos y otras medidas de fomento, estas personas tienen acceso efectivo a bienes y servicios básicos. Es por ejemplo el caso de los mercados de servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas combustible, en los que por los costos e inversiones asociados a la construcción, operación y mantenimiento de redes e infraestructuras a través de las cuales se prestan estos servicios, existen altas barreras de entrada y pocos incentivos para que los particulares los presten, situación que tiende a empeorar en zonas marginales, rurales o con escasa población (mercados con baja demanda)¹³¹.

administrativa de multa a la demandante por parte de la Alcaldía de Barrancabermeja y la Superintendencia de Industria y Comercio. En consecuencia, son válidas las consideraciones que tuvo el a quo para hallar probada la violación del principio del non bis in idem, a que se contrajo el cargo primero de la demanda, lo que amerita la confirmación de la sentencia apelada, y releva a la Sala de pronunciarse respecto de las demás censuras planteadas en aquélla”; CE, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de 29 de noviembre de 2001. Hay que advertir que el reparto competencial entre alcaldes y la SIC cambió con la expedición de la Ley 1480 de 2011.

129 La SIC es el superior funcional de los alcaldes. No sólo procede recurso de apelación contra la decisión de los alcaldes ante la SIC, sino que además esta autoridad puede avocarse la competencia y conocer de las actuaciones adelantadas por los alcaldes en cualquier momento, de manera que estos últimos deberán suspender y poner a disposición de la SIC lo actuado. Con el nuevo reparto funcional entre autoridades residuales se buscó acabar con la doble imposición de multas por los mismos hechos, de manera que es la SIC quien coordina el procedimiento administrativo.

130 Como la Red Nacional de Protección al Consumidor (RNPC); art. 75, Ley 1480 de 2011.

131 En efecto, algunos servicios públicos en redes son considerados monopolios naturales cuyas características tecnológicas hacen que la competencia no sea efectiva. Además, las economías de escala para la producción y distribución de los servicios son a veces tan significativas que resulta más eficiente que una sola empresa los provea. Bajo estas circunstancias, la competencia acarrearía un aumento en los costos promedio de producción y sin necesidad duplicaría las

Para ampliar la demanda y como el Estado debe por mandato constitucional asegurar la correcta prestación de estos servicios¹³², le corresponde sea prestarlo directa o indirectamente o acudir a herramientas de fomento, como es el otorgamiento de subsidios a personas de menores ingresos previsto en la Ley 142 de 1994 para que ellas puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas¹³³. El artículo 11 de la Ley 142 de 1994 establece dentro de las obligaciones derivadas de la función social de la propiedad de las empresas de servicios públicos domiciliarios “facilitar a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades”. Aquí un trato distinto entre consumidores, de acuerdo con su nivel de ingresos, parte de reconocer que hay condiciones diferenciales de existencia entre los distintos grupos sociales que requieren medidas especiales para asegurar una igualdad de oportunidades¹³⁴. En este sentido, la facultad de dirección e intervención en la economía que se reconoce al Estado social de derecho, con miras a facilitar su función de promotor de la dinámica colectiva hacia la consecución de las condiciones materiales que garanticen la eficacia real de los derechos fundamentales de la población, puede también llevarse a cabo a través de actividades de fomento¹³⁵.

infraestructuras necesarias para atender a los usuarios. La paradoja consiste en que la ausencia de competencia da la oportunidad al monopolio natural de producir menos o a baja calidad y cargar más por el servicio, de manera que la regulación se justifica como un sustituto de la competencia. MARC E. LEWIS, “Basis of Public Utility Regulation”, *E. Min. L. Found*, Proceedings of the 12th Annual Institute, Chapter 8, § 8.02, 1991, p. 1.

¹³² Art. 365 CP.

¹³³ Art. 86, Ley 142 de 1994. Constituye uno de los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios “establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad” (art. 2, Ley 142 de 1994). Dentro de las funciones de autoridades administrativas relacionadas con estos subsidios, tenemos que los ministerios deben “identificar el monto de los subsidios que debería dar la Nación para el respectivo servicio público, y los criterios con los cuales deberían asignarse; y hacer las propuestas del caso durante la preparación del presupuesto de la Nación” (art. 67-4). Asimismo, corresponde a las Comisiones de Regulación, “Definir cuáles son, dentro de las tarifas existentes al entrar en vigencia esta Ley, los factores que se están aplicando para dar subsidios a los usuarios de los estratos inferiores, con el propósito de que esos mismos factores se destinen a financiar los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, y cumplir así lo dispuesto en el numeral 87.3 de esta ley”. Y por último, es función de la SSPD, “vigilar que los subsidios presupuestales que la Nación, los departamentos y los municipios destinan a las personas de menores ingresos, se utilicen en la forma prevista en las normas pertinentes”, entre otras.

¹³⁴ CC., Sentencia C- 220 de 2017.

¹³⁵ Art. 334 CP; “El fomento económico, en los términos del art. 334 de la C.P., constituye una forma legítima de intervención del Estado en la economía y corresponde a una técnica de dirección y

Los subsidios o medidas, en las que la diferencia del costo de un bien o de un servicio la asume un tercero¹³⁶, pueden constituir pagos directos a las empresas o a las personas que rompen con las dinámicas naturales del mercado al hacer que el precio que pague el consumidor sea inferior al precio de equilibrio. En estos escenarios el trato diferencial se justifica por la necesidad de balancear la relación de consumo a favor del consumidor, pero sobre todo porque el acceso a ciertos bienes y servicios considerados esenciales¹³⁷ tiene un estrecho vínculo con la realización de los derechos fundamentales de los ciudadanos¹³⁸. Es por esto que la Corte Constitucional se aparta de la lógica del mercado y de los procesos naturales de confrontación de la oferta y la demanda, para indicar que aunque la onerosidad del contrato de prestación de servicios públicos faculta a las empresas prestadoras a cobrar un precio a la parte suscriptora o al usuario, como contraprestación por el servicio que le suministra¹³⁹, “en determinadas hipótesis, el menoscabo que representa la suspensión de los servicios para ciertos derechos fundamentales es desproporcionado, si se lo compara con el beneficio reportado por la suspensión”¹⁴⁰. Es el caso del servicio público de acueducto, el cual tiene una directa relación con el disfrute y la materialización de otros derechos fundamentales como la salud, la educación, la salubridad pública y la vida en condiciones dignas¹⁴¹.

manejo de los agentes y variables que en ella inciden, que por su eficacia resulta imprescindible en las actuales condiciones”; CC., Sentencia C-254 de 1996.

136 Cfr. CC., Sentencia C-440 de 2011.

137 Como es el caso de los servicios públicos domiciliarios. En efecto, el art. 4 de la Ley 142 de 1994 señala que estos servicios se consideran esenciales, en los términos del art. 56 de la CP.

138 MAGDALENA CORREA, “El estatuto del consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas”, *Perspectivas del derecho del consumo*, 2013, p. 141.

139 Esto no significa que las empresas de servicios públicos puedan imponer sanciones de tipo pecuniario a los usuarios del servicio, puesto que ninguna disposición en el régimen de los servicios públicos domiciliarios determina conductas frente a las cuales las empresas puedan ejercer dicha potestad; CC., Sentencia SU. 1010 de 2008.

140 La Corte en reiterados fallos ha sostenido que “la suspensión de los servicios públicos domiciliarios no puede tener lugar, pese al incumplimiento sucesivo en el pago de los servicios, si la suspensión se efectúa en cualquiera de dos clases de hipótesis: (i) o con violación de las garantías del derecho al debido proceso o (ii) bajo el respeto del debido proceso, pero con la consecuencia aneja de: (a) suponer ‘el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos’, (b) ‘imp[edir] el funcionamiento de hospitales y otros establecimientos también especialmente protegidos’ o (c) ‘afect[ar] gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad’”, CC., sentencias T-717 de 2010; T-573 de 2013.

141 CC., sentencias T-578 de 1992, T-163 de 2014 y T-242 de 2013. En algunos casos esta protección

De manera que la suspensión de este servicio debe operar con precaución cuando se encuentra frente a sujetos de especial protección¹⁴², toda vez que en estas personas tienen derecho a un contenido mínimo de agua que no es susceptible de restricción bajo ninguna hipótesis. Por consiguiente, “no resulta aceptable que, por mora en el pago de las facturas del servicio público se impida, por parte de la empresa prestadora del servicio, el acceso al líquido de los sujetos de especial protección constitucional”¹⁴³.

Bajo nuestro modelo económico, el consumo envuelve buena parte de la satisfacción de necesidades e intereses próximos a la subsistencia y a la dignidad humana, en el sentido de que a través de los actos de consumo es que se concreta el acceso a los bienes y servicios con los que se satisfacen las necesidades básicas, así como a las condiciones materiales con las cuales se concretan las opciones de libertad individual, igualdad material y no discriminación que definen el ideal de existencia de las personas dentro de los estados sujetos a una Constitución. El desconocimiento o la afectación ilegítima de los derechos del consumidor reclama por tanto de mecanismos de acceso a la justicia eficaces, capaces de disolver el conflicto, restablecer sus derechos y reparar las lesiones o perjuicios producidos con ocasión de la mala calidad o deficiente información de los productos recibidos¹⁴⁴. Los

se ha extendido a los servicios públicos de alcantarillado y energía eléctrica; CC., Sentencia T-761 de 2015.

142 CC., Sentencia T-761 de 2015. En consecuencia, “el juez que analice una eventual suspensión de este servicio, debe tener especial precaución cuando se encuentra frente a niños o niñas, personas de la tercera edad, discapacitadas o gravemente enfermas, mujeres en estado de embarazo o lactancia, o en condición de debilidad manifiesta, así como cuando se trata de hospitales, centros penitenciarios o carcelarios o establecimientos educativos”.

143 CC., Sentencia T-188 de 2018. En efecto, “el legislador no reconoce facultades a las empresas de servicios públicos domiciliarios para imponer sanciones pecuniarias, por razón del incumplimiento del contrato, y por tanto, tampoco reguló un procedimiento para ejercer dicha facultad. Por lo tanto, de la Ley 142 de 1994 no se deriva la competencia de las empresas de servicios públicos para imponer sanciones pecuniarias a los usuarios”; Corte Constitucional, sentencia S.U. 1010 de 2008. Del mismo modo, el Consejo de Estado sostiene que hay una imposibilidad para las empresas de servicios públicos domiciliarios de imponer multas a los usuarios por concepto de fraude (CE, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 22 de octubre de 2012; sobre este punto, la jurisprudencia constitucional expresó que, aunque la posibilidad de imponer multas se encuentre pactada en el contrato de servicios públicos, la inexistencia de una disposición legal que habilite a la empresa para ejercitar esa prerrogativa pública, hace inviable esa posibilidad; CC., Sentencia T-720 de 2005.

144 ANÍBAL ZÁRATE, “Relatoria grupo mediación y relaciones de consumo”, en *Global Mediation Rio*, 2014, p. 138. Como lo recuerda CRISTIANO HEINECK, a propósito de los planes y seguros de salud, en donde existe además un vínculo entre la relación de consumo y la realización y protección

contornos a las actuaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos, y de aquellas que en general ofrecen bienes y servicios en los mercados, se aplican con independencia de si son o no entidades oficiales.

II. LA EFICIENCIA DE LOS MERCADOS COMO LÍMITE DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA ECONÓMICA

En un mercado competitivo la elección de los consumidores queda garantizada por la acción del mercado al que confluyen vendedores y compradores, de manera que estos últimos pueden escoger alternativamente entre varios proveedores. En este proceso de confrontación de la oferta y la demanda aquellos proveedores que concuerden con las preferencias de los compradores tendrán éxito, de modo que los esfuerzos que hacen para cautivar dichas preferencias se traducen en eficiencias que, en circunstancias normales, deberían trasladarse a los consumidores. Sin la igualdad entre oferentes dichos procesos competitivos no podrían darse. Es por esto que las actuaciones de la Administración como agente del mercado o sobre sus mecanismos no deben romper con dicha igualdad, ni crear barreras injustificadas para que nuevos oferentes concurren. En este orden de ideas, no solo la actividad industrial y comercial de la Administración está sujeta a las mismas reglas que sus competidores particulares (A), sino que también las actuaciones administrativas *sobre* la economía encuentran límites en la preservación de esta rivalidad por una mayor cuota o participación en el mercado (B).

A. LA EMPRESA PÚBLICA ESTÁ SUJETA A LAS MISMAS REGLAS QUE SUS COMPETIDORES PRIVADOS

A las empresas con capital mayoritariamente estatal¹⁴⁵ la ley les reconoce los mismos privilegios y prerrogativas que el ordenamiento jurídico confiere

del derecho fundamental a la salud, tal como es reconocido por el art. 196 de la Constitución brasilera; *cf.* CRISTIANO HEINECK, “Mediação em contratos de planos e de seguros de saúde”, *Global Mediation Rio, op. cit.*, p. 86.

¹⁴⁵ La Corte Constitucional señaló que cualquiera que sea el porcentaje de participación estatal en una entidad, por ese solo hecho hace parte de la Administración pública con todas las consecuencias jurídicas que ello implica (CC., Sentencia C-953 de 1999; y Sentencia C-736 de 2007, a propósito de las empresas mixtas y privadas de SPD). Sin importar su naturaleza, y salvo para

a otras personas de derecho público¹⁴⁶, pero limita su ejercicio al no menoscabo de los principios de igualdad y libre competencia frente a las empresas privadas. En términos prácticos esto significa que las empresas públicas están en principio sometidas al mismo régimen jurídico que sus competidores privados (1), incluyendo el cumplimiento de aquellas normas transversales y sectoriales de protección de la oferta y de la demanda (2).

I. EL RÉGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS ES DETERMINADO POR LOS INTERESES CONSTITUTIVOS DEL MERCADO

La igualdad entre competidores es base de la economía de mercado y un postulado que orienta la actividad estatal, de manera que se no se produzcan excepciones que sirvan para privilegiar a unos oferentes, respecto del trato dado a otros que se encuentran en circunstancias idénticas¹⁴⁷. Para asegurar dicha igualdad, distintas leyes remiten o disponen un régimen de derecho privado para las entidades estatales que cumplen actividades industriales y comerciales. Es así como los actos que las empresas del Estado suscriban para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica, se sujetan a las normas de derecho privado¹⁴⁸. Aunque por disposición general los contratos que las empresas con participación mayoritaria pública celebren para el desarrollo de su objeto se rigen por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹⁴⁹, el respeto de la igualdad entre competidores progresivamente implicó excepciones que, como consecuencia de los procesos de liberalización descritos en la primera parte de este trabajo, puede decirse hoy aplican a un gran número de empresas en las que el Estado tiene participación mayoritaria. Es así como

algunos actos jurídicos puntuales, las empresas con participación estatal minoritaria tienen un régimen de derecho privado. En efecto, el art. 97 de la Ley 489 de 1998 señala que las sociedades de economía mixta son organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Asimismo, el art. 461 del Código de comercio indica que las sociedades de economía mixta son aquellas que se constituyen con aportes estatales y de capital privado y que están sujetas a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.

146 Art. 87, Ley 489 de 1998.

147 CC., Sentencia C-242 de 2006.

148 Art. 93, Ley 489 de 1998.

149 Art. 2, Ley 80 de 1993; art. 93, Ley 489 de 1998.

el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, excluye de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y demás entidades financieras de carácter estatal, entidades que compiten con particulares que se dedican a actividades aseguradoras o de manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público¹⁵⁰. Con un alcance más general, el estatuto anticorrupción indica, como excepción al régimen contractual de las empresas y filiales de empresas con participación mayoritaria del Estado, que estarán sometidas a las reglas del derecho privado o las que regulan su actividad industrial y comercial aquellas que compitan en mercados con actores nacionales o internacionales, públicos o privados, o que se desarrollen su objeto social en mercados regulados¹⁵¹. Esto no quiere decir que las empresas estatales, incluidas las de servicios públicos domiciliarios¹⁵²,

150 El art. 2 de la Ley 80 de 1993, ubica dentro de las entidades estatales a las que se aplica el estatuto de la contratación pública a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al 50 %. Mediante Sentencia C-629 de 2003 la Corte Constitucional declaró exequible esta norma y señaló que “es evidente que la sujeción de las sociedades de economía mixta a un determinado régimen jurídico y administrativo en función de la participación estatal, circunscrito, por efectos de la disposición acusada, a la contratación de las sociedades de economía en las cuales el aporte estatal sea igual o inferior al 50 %, en ningún momento afecta el carácter institucional de la sociedad como vinculada al Estado”. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, lo que determina la naturaleza es que hayan aportes o participación estatal, así esta sea minoritaria, y con independencia del régimen jurídico aplicable (*cf.* CC., Sentencia C-736 de 2007). Es preciso indicar que los aportes públicos no pueden ser inversiones temporales de carácter financiero (art. 97, Ley 489 de 1998). En un mismo sentido, el art. 32 de la Ley 142 de 1994 sostiene que: “la regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce”.

151 Artículo 93, Ley 1474 de 2011, norma que modifica el art. 14 de la Ley 1150 de 2007.

152 Nos apartamos del concepto n° 6 de 2014 de la Superintendencia de servicios públicos en donde se indicó que el art. 13 de la Ley 1150 de 2007 no es aplicable a los contratos de las empresas prestadoras ya que el régimen de los servicios públicos domiciliarios es especial. No solo los principios de la gestión fiscal aplican a todo el que maneja recursos públicos, con independencia del régimen jurídico que les sea aplicable, sino que también, en razón de la doble connotación de actividad económica y función administrativa de los servicios públicos domiciliarios, aplican los principios que enmarcan el ejercicio de esta función. Lo dicho por la Superintendencia en ese concepto, contraría además lo manifestado por esa misma entidad en otras ocasiones (concepto n° 45 de 2013, en donde se señala que las excepciones al régimen contractual pueden provenir de la ley 142 de 1994 o de normas constitucionales). Los principios de la gestión fiscal y de la Función Pública están ambos consagrados en la Constitución política. Para la doctrina, la constitucionalización de estos principios hace que no solo funjan como pautas de aplicación e interpretación para las entidades estatales, sino que “se trata, entonces, de auténticas normas jurídicas, por lo que los órganos públicos no deben entenderlas como meros estándares retóricos

puedan desconocer los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, pues la misma ley de contratación pública así lo dispone¹⁵³. Por lo que “también puede darse aplicación de los mecanismos de control de legalidad a los actos de las empresas prestadoras, teniendo en cuenta las prerrogativas, derechos y privilegios otorgadas a estas entidades”¹⁵⁴.

En cuanto a disposiciones sectoriales¹⁵⁵, la ley de servicios públicos domiciliarios dispone que los actos y contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios en los mercados de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible no estarán sujetos a las normas del derecho público, salvo las contadas excepciones que la misma ley señala¹⁵⁶. El principio de igualdad entre competidores se manifiesta en

sin ningún tipo de peso en la realidad jurídico-práctica”; DAVID SERRANO, “La empresa pública en la prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia. Una aproximación al régimen contractual general”, *Revista de Derecho Público*, n° 36, 2016, p. 18. Si bien la Superintendencia se mostraba reacia a la aplicación de deberes como la publicidad en el Secop por las prestadoras, en un concepto n° 8 de 2014, manifiesta que: “No obstante lo anterior, consideramos que el alcance de la Circular Externa No. 1 del 21 de junio de 2013, expedida por Colombia Compra Eficiente, deberá delimitarse por dicho organismo, en razón a que esta Superintendencia carece de competencia para tal señalamiento”. La agencia de contratación a su vez indicó que las entidades estatales, independientemente del régimen jurídico aplicable o su naturaleza jurídica, tienen la obligación de publicar toda su actividad contractual en el Secop desde la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 (circular n° 20 del 27 de agosto de 2015). Se precisa que las empresas de servicios públicos que solicitaron antes del 30 de noviembre de 2015 el hipervínculo que comunica el Secop con sus sistemas de información, pueden seguir utilizándolos “siempre que dichos sistemas permitan hacer el proceso de contratación en línea, además de permitir a los proveedores y al público en general tener acceso oportuno, permanente e ininterrumpido a la información de su actividad contractual” (Circular única Colombia Compra Eficiente, p. 10). A propósito del alcance los actos de Colombia Compra, véase MÓNICA SAFAR, “La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado: ¿nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 19, 2018, p. 159-179.

153 Art. 13, Ley 1150 de 2007.

154 CC., Sentencia C-263 de 1996.

155 Varias normas especiales también consagran un régimen de derecho privado sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de estas empresas. Es el caso del art. 55, Ley 1341 de 2009, norma que señala que los actos y contratos de los proveedores de las tecnologías de la información y las comunicaciones, cualquiera que sea la composición de su capital y su naturaleza, se regirán por las normas del derecho privado. En un mismo sentido, el art. 8, Ley 1369 de 2008 indica que todos los operadores postales tendrán el régimen contractual de derecho privado. También se dispone un régimen contractual de derecho privado para las Empresas sociales del Estado (art. 195-6, Ley 100 de 1993) y para Ecopetrol (art. 6, Ley 118 de 2006).

156 Art. 31, Ley 142 de 1994. “Para el análisis del régimen de actos y contratos de las empresas

un régimen que pretende unificar en lo posible las disposiciones aplicables a todos los prestadores, y con independencia del porcentaje de participación pública en su composición accionaria. Estas reglas no hacen referencia al contrato uniforme que regula la relación entre empresas prestadoras y suscriptores y usuarios que reciben el servicio a cambio de un precio en dinero¹⁵⁷, sino a los contratos que regulan las relaciones de la empresa con sus contratistas para la consecución de los bienes y servicios necesarios para el desarrollo de su objeto social y el desenvolvimiento de la empresa, o aquellos a través de los cuales las prestadoras son autorizadas o asumen la prestación del servicio en determinados mercados geográficos.

También se aplica un régimen de derecho privado a los contratos especiales que la ley autoriza celebrar a las empresas prestadoras para la gestión de los servicios públicos, como son los contratos de administración de acciones y los contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente para prestar los servicios públicos domiciliarios¹⁵⁸. En esta materia, la ley hace énfasis en que las normas sobre los contratos de las empresas prestadoras deben interpretarse de acuerdo con los principios que orientan las actuaciones públicas en dicho sector de la economía, y “en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como lo ordena el artículo 333 de la Constitución política”¹⁵⁹. Es por esto que se prohíbe a las empresas recurrir a privilegios y discriminaciones injustificadas o a cualquier práctica que tenga capacidad, propósito o como

prestadoras de servicios públicos debe partirse de una regla general: aplica el ‘derecho privado’. Y sólo deben aplicarse las disposiciones del ‘derecho público’ cuando así lo señale de manera expresa la misma ley 142 de 1994 o una disposición constitucional”; Superintendencia de servicios públicos, concepto n° 45 de 2013, p. 2.

157 Contrato que es definido y regulado por los arts. 128 y siguientes de la Ley 142 de 1994. Este contrato se rige por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, el las regulaciones de la comisión respectiva y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil, salvo lo relacionado con algunos actos derivados del mismo, tal como se estudia en este mismo aparte. Asimismo, la Ley 1480 de 2011 tiene una aplicación suplementaria con relación al régimen de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, esto es, se aplica en aquello que no esté regulado, con la finalidad última de protegerlos integralmente.

158 Art. 39, Ley 142 de 1994, con la salvedad de que cuanto esta transmisión implica que una empresa prestadora asuma la prestación del servicio, dicha situación se rige por lo dispuesto en el parágrafo del art. 31 de la misma ley.

159 Art. 30, Ley 142 de 1994.

efecto generar una competencia desleal o restringir de forma indebida la libre competencia económica¹⁶⁰.

Las excepciones al régimen de derecho privado de los actos y contratos de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios son puntuales. Entre ellas encontramos en primer lugar los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o el medio ambiente¹⁶¹ y aquellos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman o sustituyan a una empresa concesionaria en la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios¹⁶². En este último caso el municipio es dueño de la infraestructura que se utiliza para prestar el servicio y busca dar acceso a esta facilidad esencial a una empresa prestadora para que asuma su prestación. Como lo que se da en concesión es la infraestructura y no el servicio —ya que bajo el régimen constitucional

160 Son consideradas restricciones indebidas a la competencia: a. el cobro de tarifas que no cubren los gastos de operación de un servicio; b. la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo de servicios adicionales a los que contempla la tarifa; c. los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios o para fijar precios, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia; d. las normas que describe el código de comercio sobre competencia desleal; e. cualquier clase de acuerdo con potenciales competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en el que deba haber citaciones al público o a eventuales competidores y que tenga como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia; f. el abuso de la posición de dominio, en cualquiera que sea la parte contratante y en cualquier clase de contrato (art. 34, Ley 142 de 1994).

161 Como lo explica JULIÁN PIMIENTO, el medio ambiente y la protección de los bienes de uso público gozan de una doble protección en tanto que derecho fundamental o colectivo. En este orden de ideas, la Ley 142 es enfática en que para el uso de recursos hídricos deben celebrar concesiones con las autoridades ambientales competentes, y en las que se señalen las condiciones en las que el permiso para el aprovechamiento del agua expirará al vencimiento del plazo establecido. Sin embargo, hay que aclarar que estas concesiones no se refieren al contrato de concesión previsto en la Ley 80 de 1993. De acuerdo con el profesor PIMIENTO, la regulación incluida en el Decreto-Ley 2411 de 1974, Código de Recursos Naturales Renovables, y reglamentada por el Decreto 1541 de 1978 en materia de explotación de los recursos naturales, distingue tres posibles usos de las aguas según el nivel de aprovechamiento del recurso natural: 1. una habilitación directa de la ley (usos domésticos); 2. un permiso; 3. una concesión, según la denominación contemplada en la ley. “No se trata de una diferencia profunda, puesto que la concesión puede tomar la forma de un contrato o de un acto administrativo, el CRNR hace implícitamente referencia a la cuestión de la duración, siendo la concesión más durable, y de control de la actividad de explotación. En los dos casos, concesión-contrato y concesión-autorización, el beneficiario será quien ‘ofrezca y asegure las mejores condiciones para el interés público’ (art. 55 del CRNR), lo que quiere decir que la elección proviene de un procedimiento de selección en condiciones de libre competencia, en los casos en que su realización sea posible”, *Cfr.* JULIÁN PIMIENTO, *Derecho administrativo de bienes*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 372.

162 Parágrafo, art. 31, Ley 142 de 1994.

vigente, los servicios públicos no se prestan bajo la figura de concesión, ni son de titularidad pública¹⁶³—, la competencia es por el mercado, es decir, para acceder a la infraestructura que es de propiedad del municipio, de manera que otra empresa podrá prestar el servicio en el mismo mercado geográfico, siempre y cuando no exista restricción o barreras de entrada desde las solas infraestructuras. Situación distinta ocurre cuando la entrega de la infraestructura a la empresa se hace en calidad de aporte al capital social en consideración a que el municipio sea socio de la misma. En este supuesto, el avalúo y la manera de realizar el aporte se rigen por las normas del derecho privado y sin que el ente territorial tenga que realizar licitación pública¹⁶⁴.

Se excluyen también los contratos donde se ejerciten o pacten cláusulas exorbitantes reguladas en la Ley 80 de 1993¹⁶⁵. Si las excepciones se han justificado desde la necesidad de asegurar la continuidad y la calidad en la prestación de los servicios¹⁶⁶, el régimen también pretende que las prerrogativas

163 Con la excepción del caso de las áreas de servicio exclusivo, que en todo caso deberán ceñirse a lo dispuesto por el art. 40 de la Ley 142 de 1994; *cf.* art. 365 CP.

164 Arts. 19 y 27, Ley 142 de 1994. Esto no significa que el régimen privado restrinja la posibilidad de procesos competitivos, que aseguren la prevalencia del interés general. Es por tanto posible acudir a mecanismos regulados por el derecho privado como la licitación del código de comercio. En todo caso, deberá haber separación contable entre las actividades de gestión de la red y de prestación del servicio, y de abstenerse de realizar cualquier práctica discriminatoria que impida el acceso a la infraestructura a nuevos competidores. Además, el art. 18 de la Ley 142 de 1994, dispone que las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presenten. Corresponde a la SSPD, establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar las empresas prestadoras, de acuerdo a los principios de contabilidad generalmente aceptados (art. 79-3, Ley 142 de 1994).

165 El régimen aplicable a estas cláusulas se encuentra en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993. Esta disposición consagra los medios que pueden utilizar las entidades del Estado para el cumplimiento de su objeto contractual: a. la terminación, interpretación y modificación unilateral del contrato; b. el sometimiento a las leyes nacionales; c. la cláusula de reversión en los contratos de concesión y explotación de bienes estatales; y d. la caducidad de los contratos; véase CE, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 6 de abril de 2011, rad. 19483.

166 “Que si bien los contratos están sometidos al derecho privado por disposición legal, la facultad discrecional de pactar las cláusulas exorbitantes dota a las empresas de herramientas especiales para garantizar determinados fines, obviamente dentro de la órbita del interés general. En efecto, la interpretación, la modificación y la terminación unilaterales, así como la caducidad del contrato, permiten hacer derivar efectos precisos al contrato en procura de la protección de los intereses públicos”; Superintendencia de servicios públicos, concepto n° 8 de 2014. En un mismo sentido, CE, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 24 de enero de 2011, rad. 15940 “se trata de poderes públicos, conferidos por la ley o autorizados por ella, en atención a los cuales el Estado adquiere la facultad de dirigir la ejecución de los contratos, con

y controles de derecho público se otorguen a los oferentes competidores en igualdad de condiciones, por lo que la ley únicamente permite la inclusión de aquellas cláusulas que impongan de manera forzosa o que autoricen, previa solicitud expresa, las comisiones de regulación¹⁶⁷. Como la norma señala un régimen de derecho público y la competencia del juez de lo contencioso administrativo en lo relacionado con las cláusulas que establezcan las comisiones de regulación como obligatorias, surgió la duda acerca de conocer cuál es el régimen aplicable a estas cláusulas cuando son autorizadas. Este punto fue definido por vía jurisprudencial, estableciéndose que “el mismo régimen

miras a que prevalezca el interés general que subyace en todo negocio público, en determinadas situaciones materiales, pues en caso de no intervenir se podría afectar la ejecución normal del mismo, e incluso conducir a la paralización de un servicio público. Se trata, por tanto, de un conjunto de poderes de intervención unilateral del contratante sobre el contrato, potestad de la cual no pueden hacer uso los contratistas –particulares–, porque tratándose de la ley 80 no se contemplan estas prerrogativas en favor suyo. Sin embargo, en otros regímenes contractuales especiales –como en la ley 142 de 1994–, existen normas que permiten que empresas privadas prestadoras de ciertos servicios públicos sean titulares de estos poderes”.

- 167 Las comisiones de regulación son las únicas entidades competentes para imponer o autorizar cláusulas exorbitantes en los contratos de servicios públicos. En el caso de las autorizaciones, la ley señala que opera el silencio administrativo positivo. Ahora bien, el art. 195 de la Ley 100 de 1993 autoriza a las Empresas Sociales del Estado (ESE), a pesar de que pueden estar en competencia y sometidas a un régimen contractual de derecho privado, a utilizar en sus contratos las cláusulas exorbitantes. “Desde esta perspectiva se observa nuevamente que no es el régimen de contratación estatal el que abre la puerta a las potestades exorbitantes del Estado; el criterio que ha seguido el legislador para establecer dichas potestades exorbitantes en el contrato, es el servicio público comprometido en el objeto contractual”; CE, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 9 de julio de 2014, rad. 33831. Asimismo, el Tribunal administrativo de Cundinamarca encuentra que una entidad promotora de salud puede declarar la caducidad administrativa de un contrato de seguros, pese a que estos contratos se encuentren sometidos al derecho privado, y a la prohibición contenida en la ley 80 de 1993. Para el tribunal: 1. la facultad discrecional de pactar las cláusulas exorbitantes dota a los administradores de las ESE de herramientas especiales para garantizar determinados fines; 2. la norma especial prevalece sobre la general; TAD-CUN Sentencia n° 2000-1490 de 17 de febrero de 2011. Ahora bien, podemos cuestionar este fallo y preguntarnos si la discrecionalidad que estipula el art. 195-6 de la Ley 100 no hace más bien referencia a la posibilidad de usar dichas cláusulas y no a los límites en su utilización (contratos excluidos por la ley 80 de 1993). En el caso de las empresas de servicios públicos, mientras que la CREG no ha hecho obligatoria de manera general la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las empresas prestadoras, por lo que la empresa solicitante deberá acreditar que se dan las condiciones caso por caso para la autorización de la inclusión de dichas cláusulas (concepto CREG n° 2277 de 13 de agosto de 2001; concepto SSPD unificado n° 20, disponible en: https://www.notinet.com.co/administrativo/servicios_publicos/Regimen%20juridico%20de%20las%20empresas%20prestadoras, consulta: 04-10-2019), la CRA dispuso cuáles son los contratos que forzosamente incluyen las mismas (resolución n° 293 de 2004, véase también concepto unificado n° 20 SSPD).

de derecho público contenido en la ley 80 resulta aplicable en los casos, en que previa consulta expresa, se incorporen en ejercicio de la autonomía de la voluntad, con autorización de las comisiones de regulación, las cláusulas excepcionales en los contratos diferentes a aquellos en que su inclusión sea forzosa”¹⁶⁸. Y lo relacionado con el juez competente primero por vía jurisprudencial¹⁶⁹, y luego por el numeral 3, del artículo 104 del CPACA, norma que incluye como asunto de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo las controversias y litigios “relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes”. Queda por mencionar que las comisiones de regulación también podrán establecer que los contratos de empresas prestadoras se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia entre oferentes. Se trata de una situación distinta a la de inclusión forzosa de cláusulas exorbitantes que solo aplica a aquellas empresas que tengan posición dominante en el mercado y que tengan como actividad principal la distribución de bienes o servicios provistos por terceros¹⁷⁰.

Pero el régimen de los actos y contratos de las entidades que desarrollan actividad prestacional, o industrial y comercial no solo lo condiciona la búsqueda de una igualdad efectiva entre competidores. La protección de categorías específicas de consumidores admite un régimen diferenciado para ciertos actos derivados de la relación contractual entre usuarios y proveedores de ciertos productos. Junto con los deberes generales de información, buena fe y transparencia del estatuto de la protección del consumidor, existen regulaciones especiales que incluyen obligaciones adicionales tanto para empresas públicas como privadas, que surgen de reconocer el papel preponderante que tienen los proveedores en la modelación de ciertos servicios, imponiendo condiciones para su acceso, uso y goce¹⁷¹. Es por ejemplo el régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, en donde se prohíbe incluir en los contratos de prestación del servicio disposiciones que limiten el derecho del

168 CE, Sala de consulta y Servicio Civil, junio 28 de 2001, rad. 1353.

169 CE, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia de 26 de marzo de 1997, rad. 17234-2000.

170 Art. 35, Ley 142 de 1994, consagra el deber para las prestadoras de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas.

171 CC., Sentencia C-909 de 2012, a propósito del estatuto de protección del consumidor financiero.

usuario a elegir libremente entre operadores, planes y servicios o equipos o establezcan cláusulas de permanencia o exclusividad¹⁷². Aunque el ámbito de protección contractual en el nuevo estatuto del consumidor incluye el reconocimiento de una interpretación favorable al consumidor, las reglas mínimas de contenido para los contratos de adhesión y la ineficacia de pleno derecho de las cláusulas abusivas¹⁷³, la exclusión del régimen de derecho privado para los trámites de expedición, notificación y recursos de ciertos actos de los proveedores de servicios, con independencia de su naturaleza o composición accionaria, se justifica desde la dimensión de interés general que adquieren ciertas actividades económicas. En materia de servicios públicos domiciliarios, los actos de negativa del servicio, suspensión, terminación del contrato, corte del servicio y facturación están sometidos a un régimen de derecho público. De esta manera, se someten estas decisiones, en principio propias de la relación comercial entre usuarios y prestadores, al control de legalidad¹⁷⁴. Asimismo, se establecen prohibiciones específicas como la imposibilidad de exigir la cancelación de la factura como requisito para atender un recurso relacionado con la misma¹⁷⁵; la regla de no terminación, corte o suspensión del servicio hasta tanto no se haya notificado al suscriptor o usuario de la decisión de los recursos que fueron interpuestos en forma oportuna¹⁷⁶; o el silencio administrativo positivo frente a las reclamaciones elevadas en sede de empresa¹⁷⁷. Es así como la Superintendencia de

172 Art. 2.1.3.1, resolución de la CRC n° 5111 de 2017.

173 JOSÉ FÉLIX CHAMIÉ, “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”, *op. cit.*, p. 127.

174 Por tanto, “si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados”; CC., Sentencia C-263 de 1996.

175 Art. 155, Ley 142 de 1994.

176 Regla que solo admite como excepción aquellos casos de suspensión en interés del servicio, o cuando el corte, suspensión o terminación pueda hacerse sin que sea falla del servicio.

177 “(...), lo cual implica que cuando se trata de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, debe acudirse al régimen de actos y contratos, salvo las excepciones expresamente señaladas, que se encuentra regulado por la Ley 142 de 1994, en el cual se prevé el silencio administrativo positivo en favor de los suscriptores o usuarios de conformidad con lo previsto en su art. 158”, CE, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 13 de diciembre de 2001, rad. 20822. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 158, Ley 142 de 1994, “(pasado ese término, salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspicó la demora

Servicios Públicos sanciona a Electricaribe S. A., por no garantizar de forma efectiva el derecho de defensa de sus usuarios, al no notificarles debidamente a los afectados sobre la iniciación formal de una actuación. Para la entidad, “la empresa prestadora, no puede olvidar que los usuarios de sus servicios en su mayoría no tienen la suficiente información jurídica que les permita inferir que la elaboración del acta de anomalías genera de forma automática la apertura de una actuación administrativa, en este sentido el respeto por el derecho de defensa exige de la empresa que ilustre y notifique legalmente al afectado sobre la iniciación formal del citado proceso”¹⁷⁸.

2. LA APLICACIÓN POR IGUAL DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y CONSUMO

Los regímenes de protección de la libre competencia y de los derechos de los consumidores tienen como propósito común facilitar el ejercicio de la soberanía del consumidor. Una efectiva elección de los consumidores requiere tanto de una variedad de opciones a través de la competencia, como la posibilidad de elegir libremente entre las mismas¹⁷⁹. Bajo este paradigma económico, la aplicación por igual de las normas de competencia y consumo a agentes públicos y privados es condición para una efectiva rivalidad que permita generar eficiencias en los mercados¹⁸⁰.

o que se requirió la práctica de pruebas se entenderá que la petición, queja o recurso ha sido resuelto en forma favorable. Dentro de las 72 horas siguientes al vencimiento del término de los 15 días hábiles, la entidad prestadora del servicio público domiciliario reconocerá al suscriptor o usuario los efectos del silencio administrativo positivo. Si no lo hiciere, el peticionario podrá solicitar de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la imposición de las sanciones a que haya lugar conforme a la, ley, sin perjuicio de que ella adopte las decisiones que resulten pertinentes para hacer efectiva la ejecutoriedad del acto administrativo presunto”. En lo relacionado con investigaciones por silencio administrativo positivo, entre 2011 y 2019 se encuentran 31.875 sanciones, entre amonestaciones y multas, a 505 empresas del sector; Superintendencia de servicios públicos, comunicación de 12 de marzo de 2019, rad. 20195290210042.

178 Se concluye que no informar al suscriptor, cliente o usuario sobre la iniciación de la actuación administrativa tendiente a la imposición de una penalidad contractual es una irregularidad que constituye fraude en los términos de la cláusula cuadragésima sexta del contrato de prestación del servicio público de distribución y/o comercialización de energía eléctrica; Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, resolución n° SSPD-20172400167735 de 25 de septiembre de 2017.

179 NEIL W. AVERITT & ROBERT H. LANDE, “Consumer Choice: The Practical Reason for Both Antitrust and Consumer Protection Law”; *Loy. Consumer L. Rev.*, 10, 1998, p. 44.

180 NEIL W. AVERITT & ROBERT H. LANDE, “Using the Consumer Choice Approach to Antitrust

Son varios los ejemplos de empresas públicas investigadas por infringir el régimen de protección de los consumidores¹⁸¹. Estas empresas pueden ser sancionadas en su calidad de productores¹⁸² o de proveedores¹⁸³ de bienes y servicios. En otros casos estas empresas son solo amonestadas, como ocurrió con la Electrificadora de Santander, empresa de servicios públicos mixta, por haber remitido de forma extemporánea tres expedientes relacionados con recursos de apelación interpuestos por sus usuarios contra decisiones adoptadas por ella¹⁸⁴. Vale indicar que estas normas no solo protegen la libertad de elección de los consumidores, sino que además buscan que los bienes y servicios suministrados se hagan en condiciones de seguridad y calidad idóneas¹⁸⁵. En otros escenarios, se tutela el acceso a determinados servicios que, como el transporte, son indispensables para asegurar liberta-

Law”, *Antitrust L.J.*, 74, 2007, p. 175.

- 181 El cual incluye las normas sectoriales de protección de los consumidores. Es así por ejemplo que la SSPD sancionó a la Empresa de Energía de Pereira S.A. E.S.P., (empresa mixta de servicios públicos), mediante Resolución 20112400028815 del 26 de septiembre de 2011, con multa de 21.424.000 pesos, por infringir el régimen de usuarios. Mediante resolución 20112400020335 de julio 25 de 2011, sancionó a la empresa mixta Transelca S.A. E.S.P., con multa de 28.922.400 pesos por falla en la prestación del servicio (art. 136, ley 142 de 1994). Entre 2011 y 2019, es posible encontrar sanciones en firme de solo la delegatura para energía y gas a 54 empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios, y a 16 empresas oficiales. Las conductas sancionadas más comunes incluyen falla en la prestación del servicio, violaciones al régimen regulatorio, e infracción al régimen de usuarios; Superintendencia de servicios públicos, comunicación de 12 de marzo de 2019, rad. 20195290210042.
- 182 Según el art. 5 de la Ley 1480 de 2011, productor es “quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”. Están cobijadas dentro de esta definición tanto empresas públicas o privadas que se dediquen a cualquiera de estas actividades.
- 183 El proveedor o expendedor es definido por el art. 5 de la Ley 1480 de 2011 como “quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro”. Esta definición no distingue en razón de la naturaleza o composición accionaria de quienes realicen la actividad económica. Hay que precisar que, conforme a ese mismo artículo, producto designa todo bien o servicio.
- 184 “La conducta descrita implicó una violación al Boletín Jurídico n.º 3 artículo 159 de la Ley 142 de 1994, interpretado de conformidad con lo dispuesto en la Circular Externa SSPD 000003 de 2004 y en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia”; Superintendencia de Servicios Públicos, Boletín jurídico n.º 3, 2017; resolución SSPD n.º 20172400080715 de 19 de mayo de 2017.
- 185 En su informe 2002-2010 la SSPD indica que sancionó con multa a varias empresas prestadoras del servicio de acueducto por suministrar agua no apta para el consumo humano a los usuarios. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Balance de gestión, retos y expectativas de los servicios públicos 2002-2010*, agosto de 2010, p.18.

des¹⁸⁶ y derechos fundamentales¹⁸⁷. Conviene comentar el caso que inició con la queja presentada contra Transmilenio por obligar a los usuarios del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá a adquirir la tarjeta inteligente Tullave como condición para acceder al sistema. En este caso se presentó un conflicto negativo de competencias entre la dirección de investigaciones de protección al consumidor de la SIC y la Superintendencia de Puertos y Transportes que el Consejo de Estado resolvió indicando que era la autoridad transversal la competente, ya que “la queja no concierne ni al medio de transporte, ni al acto de transportar, ni a las sociedades que prestan el servicio”¹⁸⁸.

Con una mayor rivalidad entre oferentes, los consumidores tienen acceso a mayor variedad de productos y pueden encontrar más información que les permita hacer mejores comparaciones entre las distintas opciones que

186 La Corte Constitucional es reiterativa en señalar que el servicio de transporte es un medio indispensable para garantizar la libertad de locomoción, por lo cual estimó que empresas como Transmilenio cumplen con una función social muy significativa, “porque genera procesos de integración social que permiten el goce efectivo de varias garantías constitucionales” (Sentencia T-066 de 1992). Asimismo, se vulneran los derechos a la libertad de locomoción e igualdad cuando una empresa de transporte masivo no adecua rutas alimentadoras del sistema para personas en silla de ruedas (Sentencia T- 595 de 2002); *cf.* Sentencia T-747 de 2015.

187 CC., Sentencia T-309 de 2018, en donde se analiza el alcance del servicio de transporte de pacientes como medio de acceso al servicio de salud.

188 Según el CE, “Los hechos que describe la queja, presuntamente violarían las normas sobre protección al consumidor, y requieren según lo expresan los quejosos, la implementación de un sistema que proteja los derechos del consumidor para que no tenga que asumir cargos adicionales a los necesarios para acceder al servicio de transporte y no esté obligado a adquirir la tarjeta Tullave, respecto de la cual presumen una venta atada que debería también ser objeto de análisis por la autoridad competente. De manera que, en criterio de la Sala, los hechos y las peticiones de la queja corresponden a situaciones generales, que afectan a todos los usuarios del SITP, y que requieren igualmente medidas de carácter general que eliminen o reduzcan las incomodidades, abusos o alteraciones en los derechos de dichos usuarios. [...] La solicitud de implementación de sistemas que mejoren las condiciones de la reglamentación del medio de pago y acceso al servicio de transporte, Tullave, a que se contrae la queja, se encamina a promover actuaciones administrativas de protección al interés general y a los derechos de los consumidores usuarios del SITP y, por consiguiente, debe activar el ejercicio de las funciones de control y vigilancia propiamente administrativas, de competencia de la Superintendencia de Industria y comercio, de que trata el artículo 59 de la Ley 1480 en cita”; CE, Sala de consulta y Servicio Civil, 23 de enero de 2019. En este mercado la competencia es por acceder al sistema, esto es, por el mercado. El ejemplo de la queja contra Transmilenio muestra como la protección de los consumidores va más allá de la libertad de elección de los consumidores. Aquí la determinación de la intervención pública deriva también de la cláusula social en el modelo económico.

se ofertan¹⁸⁹. La protección constitucional de esta rivalidad tiene como consecuencia que la legalidad de las actuaciones administrativas en materia económica no solo esté formada por las normas que rigen específicamente a la Administración, sino que también abarque a todas aquellas normas que están encaminadas a la protección de la oferta y la demanda. Comparativamente, el Consejo de Estado francés es categórico al afirmar que el Decreto-Ley relativo a la libertad de precios y de competencia¹⁹⁰ se aplica a todas las actividades de servicio, producción y distribución, incluyendo aquellas que corran a cargo de personas públicas, y aun en el marco de los convenios de delegación de un servicio público¹⁹¹. En un mismo sentido, el Art. 2 de la Ley 1340 de 2009 estipula que las disposiciones del régimen general de protección de la libre competencia se aplican a todo aquel que desarrolle una actividad económica o pueda afectar ese desarrollo, con independencia de su forma y naturaleza jurídica. Están por ende comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación de las reglas de competencia las empresas estatales, sin importar la composición de su capital accionario o el sector económico en el que desarrollen su objeto social.

En consecuencia, corresponde a la autoridad nacional de competencia conocer las operaciones de concentración económica que puedan afectar la estructura de mercados relevantes geográficos o de productos en las que intervengan empresas estatales. Encontramos casos como la fusión por absorción¹⁹² entre UNE, sociedad anónima de carácter público perteneciente

189 SIC, *Protección al consumidor en Colombia*, 2017, p. 251, en <[http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf)>, consultado el 10 de abril de 2019.

190 Decreto-Ley del 1 de diciembre de 1986.

191 CE francés, fallo de 3 de noviembre de 1997, *Société Million et Marais*; *cfr.* art. 106-2 del Tratado UE, que dispone que las empresas responsables de la gestión de servicios de interés económico general están sujetas a las normas del tratado sobre promoción de la competencia. La competencia entre empresas surge también cuando una persona pública desarrolla una actividad de producción, distribución y servicios (Tribunal de conflictos francés, sentencia de 4 de noviembre de 1991, *Coopérative de consommation des adhérents de la Mutuelle assurance des instituteurs de France*, rec. 476).

192 En los términos expuestos por las intervinientes a la SIC, la operación de fusión por absorción es descrita en el art. 172 del Código de comercio como aquella en la que una o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. “En una segunda fase del proceso, es probable que las partes del acuerdo macro de fusión decidan también fusionar a UNE y Tigo, para que las partes que celebran el acuerdo de fusión tengan una sola sociedad operadora y prestadora de los servicios de telecomunicaciones en Colombia”; véase SIC, resolución n° 24527 de 15 de abril de 2014.

al grupo empresarial EPM, y la sociedad Tigo, en el que las empresas intervinientes: 1) se dedicaban a la misma actividad económica, esto es, la prestación y comercialización de servicios de tecnologías de la información y las telecomunicaciones; 2) sus ingresos operacionales o activos totales durante el año fiscal anterior al de la operación proyectada, en conjunto o individualmente considerados, superaron los 100.000 SMLMV¹⁹³; 3) contaban con una cuota de participación superior al 20 % en algunos de los mercados de producto relevantes¹⁹⁴. Se daban por tanto los supuestos objetivo y subjetivo y se cumplía con el umbral de porcentaje de participación o cuota en el mercado para que la operación sea objeto de control por parte de la autoridad de competencia.

En el control de integraciones empresariales, la imparcialidad en cada una de las etapas de definición del mercado relevante¹⁹⁵, de análisis de la estructura del mercado definido y de examen de los posibles riesgos que la operación proyectada trae para la competencia¹⁹⁶, es indispensable para asegurar la igualdad entre competidores públicos y privados. Aunque son cuestionables los efectos de las medidas que buscaban dotar de mayor independencia *de iure* a la autoridad de competencia¹⁹⁷, en la práctica casos

193 Monto señalado por la SIC para 2012, ya que la operación fue presentada a la SIC a finales de 2013.

194 En la especie, los mercados comprendían los servicios de acceso a infraestructura para la provisión de servicios de telecomunicaciones, de acceso a redes o servicios portador, servicios mayoristas de larga distancia internacional entrante – LDIE, servicios minoristas de larga distancia internacional saliente – LDIS, servicios minoristas de telefonía móvil, servicios minoristas de acceso a internet móvil por suscripción (IMS), servicios minoristas de acceso a internet móvil por demanda (IMD), servicios mayoristas de operador móvil virtual (OMV). En cuanto al mercado geográfico relevante se tiene que varía para cada uno de estos servicios. La SIC decide autorizar la integración con un condicionamiento estructural que consiste en devolver a la Nación el espectro radioeléctrico para bandas altas que supere el tope máximo permitido por proveedor de redes y servicios móviles; resolución n° 24527 de 15 de abril de 2014.

195 La guía de integraciones empresariales de la SIC define el mercado relevante como aquel en el que se afectaría la competencia como consecuencia de la operación de integración. Se compone del mercado de producto, es decir, los bienes y servicios coincidentes de las intervinientes y el mercado geográfico, o el área donde las actividades de las intervinientes se traslapan; SIC, *Guía de análisis de integraciones empresariales*, precitada, p. 7.

196 En función de la complejidad del caso, el análisis también podrá incluir el estudio de las eficiencias que contrarresten los riesgos para la competencia que se deriven de la operación proyectada.

197 En varias ocasiones hemos manifestado nuestras reservas al procedimiento de nominación, período y régimen de remoción del cargo que contiene el decreto 1817 de 2015. Aunque para la OCDE este decreto permitiría solucionar los reparos hechos durante el proceso de incorporación de Colombia ante esa organización (OCDE, *Colombia: Assessment of Competition Law and*

como el del control previo a la venta de las acciones ordinarias que la Nación poseía en Isagén (equivalentes en ese entonces al 57,61 % del capital suscrito y pagado de la sociedad¹⁹⁸), revelan una aplicación uniforme *de facto* de los criterios de análisis que usualmente emplea la SIC para determinar si con una operación proyectada puede producirse una indebida restricción de la libre competencia. Las diversas fases del procedimiento de evaluación y las etapas del análisis económico se desarrollaron para cada una de las empresas interesadas en participar en la venta de estas acciones, atendiendo el nivel de complejidad y la situación de las interesadas en cada caso, sin que su naturaleza pública o privada haya incidido en la decisión¹⁹⁹.

Policy, OECD, 2016, p. 5), lo cierto es que no contribuye a asegurar una independencia orgánica de estas entidades, por las siguientes razones: 1. Las condiciones para el ejercicio de la facultad de nominación y remoción de los empleos de Superintendente de industria y comercio, Superintendente financiero y Superintendente de sociedades están en un decreto reglamentario expedido por el órgano nominador y no son fijadas por la ley, por lo que su observancia y vigencia están supeditadas a la buena voluntad de los próximos mandatarios; 2. el procedimiento de nominación depende completamente del presidente y la participación de otros actores o de organizaciones ciudadanas, sociales, universitarias o académicas no es obligatoria, sino que es a su entera discreción; 3. para la remoción de cualquiera de estos superintendentes antes de que termine su período solo se exige que el acto de insubsistencia sea motivado. En otros sistemas, como el estadounidense la remoción está limitada por ley a motivos graves como la negligencia o dolo durante el mandato (véase *Humphrey's Executor vs. United States* (1935) 295 U. S. 602, 55 S. Ct. 869, 79 L. Ed. 1611); 4. el período fijo es el mismo del período presidencial, lo cual confirma que estos funcionarios son agentes del ejecutivo. En el informe de la OCDE no se evidencia un análisis de ninguno de estos elementos.

198 Con relación a esta empresa, correspondió al Ministro de Hacienda, como representante de los aportes de la Nación, presentar a la SIC la información relacionada con la estructura del negocio de la interviniente, la operación proyectada y sus posibles efectos sobre la libre competencia (información presentada bajo el radicado 14-50829-13).

199 Si la autoridad de competencia encuentra que con la adjudicación de las acciones a la empresa Brookfield no se producirían efectos restrictivos de la competencia en el mercado de generación de energía eléctrica, ni aumentos en los precios para los consumidores, puesto que dicha empresa solo participa en los mercados de transmisión, distribución y comercialización de energía a través de la Empresa de energía de Boyacá (ebsa), solución distinta se plantea para el caso de las empresas públicas de Medellín (epm) o de la Empresa de energía de Bogotá (EEB), y en donde los condicionamientos de tipo estructural (desinversión de activos) se explican por las participaciones que estas empresas tenían en el mercado de generación de energía eléctrica, los límites regulatorios impuestos por la CREG (Resolución 024 de 2009) y por los problemas que una mayor participación en ese mercado podía implicar para la libre competencia. Se trata de elementos objetivos en donde el carácter público o privado de la empresa interesada en participar en la subasta no es siquiera considerado en el análisis de la autoridad de competencia; SIC, resoluciones n° 38982 de 24 de junio de 2014 (EPM), n° 32184 de 19 de mayo de 2014 (EEB). Se advierte en todo caso que el presente análisis solo coteja la evaluación hecha por la SIC para cada una de las empresas interesadas en adquirir las acciones de Isagén, que está contenida en

Con relación al control de los comportamientos de organismos públicos que pueden restringir la libre competencia²⁰⁰, encontramos en primer lugar casos en los que se sanciona a entidades estatales que desarrollan una actividad económica en los mercados²⁰¹. Es posible mencionar la multa por 8.066 SMLMV impuesta a EBSA por abusar de su posición dominante en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica en el Departamento de Boyacá. Aunque la conducta desplegada por EBSA le generó una ventaja competitiva en ese mercado, dicha ventaja resultó ser injustificada²⁰². La autoridad de competencia determinó que la prestadora abusó de la posición de dominio que ostenta en el mercado de la distribución de energía eléctrica para generar una ventaja competitiva injustificada en el mercado de la calibración de medidores de energía, en el cual tiene una participación minoritaria²⁰³. Pero las normas de competencia también cobijan a los organismos

los actos administrativos que deciden sus solicitudes individuales de evaluación. Aquí, la SIC se muestra imparcial frente actores públicos y privados. Otras consideraciones podrían sin embargo indicar que la SIC carece de independencia frente al ejecutivo, lo que podría derivarse por ejemplo de una comparación de las decisiones del caso Isagén con las adoptadas, en casos similares, en países donde la autoridad de competencia cuenta con garantías orgánicas de independencia que no tiene la SIC. Por lo demás, y desde las herramientas propias del derecho administrativo, hay que insistir en que la Ley 1340 de 2009 incluye la figura del precedente administrativo (art. 24, doctrina probable de la SIC) que, de acuerdo al juez constitucional busca satisfacer las exigencias del principio de confianza legítima de los agentes del mercado en sus actuaciones frente a esta autoridad; véase CC., Sentencia C-537 de 2010.

- 200 Y que, en concordancia con lo dispuesto en el Código Civil, se consideran de objeto ilícito (art. 46, Decreto-Ley 2153 de 1992).
- 201 Sin que importe la actividad o sector económico. Art. 2 Ley 1340 de 2009. En cada sector, la SIC deberá aplicar las normas sectoriales y, en lo no previsto por estas, las disposiciones generales de protección de la competencia.
- 202 El despacho aclara que “el cobro de medición de los medidores si le genera a EBSA una ventaja competitiva en el mercado de calibración de medidores, y genera obstáculos para sus competidores (los demás laboratorios de calibración), puesto que no tienen forma de competir contra EBSA, que no sea recortando sus márgenes de rentabilidad en niveles que probablemente los podrían llevar a tener pérdidas, o trasladándole los sobrecostos de la homologación a los usuarios finales de los medidores, que son los usuarios del servicio público de energía”. Sin embargo, una ventaja competitiva es contraria a la competencia cuando es adquirida de manera injustificada y artificial, esto es, que no se explique por consideraciones de eficiencia de la empresa, sino por determinaciones que no tienen explicación económica suficiente. En la especie, la ventaja se adquiere por una decisión artificial (un acto de gerencia de 2010), sin un sustento económico suficiente.
- 203 De acuerdo con el numeral 6 del art. 50 del Decreto 2153 de 1992, constituye abuso de la posición dominante “obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”; SIC resolución n° 3694 de 2013.

y entidades del Estado que, sin participar en el mercado o desarrollar una actividad económica, afecten o puedan afectar la competencia al interior del mismo²⁰⁴. En este orden de ideas, varias regulaciones sectoriales contienen obligaciones expresas como la prohibición para las autoridades municipales de negar o condicionar a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios las licencias o permisos cuya expedición sea de su competencia para favorecer monopolios o limitar el número de oferentes en el mercado²⁰⁵, o atribuirse la prestación exclusiva del servicio en aquellos casos en los que existan competidores dispuestos a prestar el servicio²⁰⁶ o establecer áreas de servicio exclusivo en los servicios de acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental y distribución domiciliaria de energía eléctrica y gas cuando no hayan motivos de interés social y no obedezca al propósito de extender la cobertura a las personas de menores ingresos²⁰⁷. Es por desconocer abiertamente estas

204 Art. 2, Ley 142 de 1994. Por ejemplo, en el mercado de la contratación de la prestación de los servicios de salud entre empresas sociales del Estado y empresas prestadoras de salud, la SIC decide sancionar con multa de 32 SMMLV a la Asociación de EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE ANTIOQUÍA - AESA por influenciar a sus agremiadas respecto de la negociación y contratación de los servicios de salud, falseando el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud e interrumpiendo su prestación. Aquí la SIC encuentra que la conducta de AESA está relacionada con sus actividades como representante de los intereses de sus asociados y que incluso en ese caso “una asociación debe abstenerse de ciertas actividades que puedan representar una extralimitación en sus funciones como lo es, por ejemplo, el intercambio de información privilegiada o relacionada con precios o condiciones de comercialización o negociación”; SIC, resolución n° 56816 de 2014. O el caso también de la multa impuesta a la Asociación de hospitales y empresas sociales del Estado del Departamento del Valle del Cauca - Asosohval en el mercado de los servicios de salud incluidos en el POS- Subsidiado, ofrecidos por las IPS públicas y privadas y contratados por las EPS-S para la atención de sus afiliados en el Departamento del Valle del Cauca. En el informe motivado del Superintendente delegado se citan varias actas de la junta directiva de la asociación investigada y reuniones extraordinarias y asambleas generales de asociados en la que se hace referencia a condiciones de negociación y contratación de sus asociadas; SIC, resolución n° 2587 de 30 de enero de 2013. Además de las sanciones pecuniarias, la SIC ordena a estas asociaciones publicar en un diario de amplia circulación nacional aviso de que fueron multadas por la entidad por haber infringido lo dispuesto en el art. 4 del decreto 1663 de 1994.

205 Art. 26, Ley 142 de 1994.

206 Como se indicó en la primera parte de este trabajo, el art. 6 de la Ley 142 de 1994 señala las condiciones para que los municipios puedan prestar el servicio de forma directa.

207 Artículo 40, Ley 142 de 1994. Corresponde a las comisiones de regulación definir cómo se verifican en cada caso la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos y validar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos: “Para que un municipio pueda honrar el principio de la libre competencia mediante la asignación de áreas de servicio exclusivo vía licitación, deberá contar obligatoriamente con el concepto favorable de la CRA en donde dicha Entidad certifique que

disposiciones legales que fueron multados en 2014 la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y un exalcalde de Bogotá, al exigir de las empresas prestadoras autorizaciones no previstas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios y por “haber desplegado conductas que resultaron en un bloqueo para que competidores legítimamente interesados y facultados legalmente para prestar el servicio de aseo público en Bogotá, pudieran hacerlo”²⁰⁸. La libre competencia económica impone así límites a las actuaciones administrativas *sobre* la economía²⁰⁹.

B. LA RIVALIDAD EN EL MERCADO COMO LÍMITE A LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS SOBRE LA ECONOMÍA

Aunque el ejercicio de los poderes de policía, la función de regulación u otras actuaciones administrativas *sobre* los mercados tienen un propósito legítimo en la protección o la promoción del orden público económico, los derechos de los usuarios u otros intereses, la salvaguarda de intereses especiales que compete a la Administración proteger o garantizar, no exime a la autoridad a la que incumben estas misiones de tener asimismo en cuenta las reglas de la competencia²¹⁰. Con este propósito, el artículo 7 de Ley 1340 de 2009

existen motivos para que el servicio público en determinado municipio se preste mediante la asignación de áreas de servicio exclusivo es decir, en libre competencia ‘por el mercado’ y no en libre competencia ‘en el mercado’, como sería la regla general”. SIC, resolución n° 25036 de 21 de abril de 2014, p. 35.

- 208 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución n° 25036 de 21 de abril de 2014, p. 38. También fueron sancionadas la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), la empresa Aguas de Bogotá y otras personas naturales.
- 209 Es posible citar también el caso de la investigación hecha a la alcaldía de la Mesa, en la que la delegatura de protección de la competencia de la SIC le imputa cargos por propiciar un escenario adverso a la libre competencia económica, ya que “(i) se eligió y se privilegió a las firmas instaladoras Reingegas, Seg 3A y Aribuk, (ii) se indujo a los consumidores a contratar con las referidas firmas y, finalmente, (iii) existió una participación activa en la suscripción del acuerdo anticompetitivo”. Por haber participado y auspiciado el acuerdo anticompetitivo, contrariando lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 155 de 1959, la SIC impone una multa de 355 SMLMV a la alcaldía de la Mesa; SIC, resolución n° 91153 de 14 de diciembre de 2018.
- 210 Como lo expresa el CE francés a propósito de autorizaciones y de reglamentaciones, las cuales deben respetar el derecho de la competencia, complemento necesario de la libertad de comercio e industria, CE, decisión *Million et Marais*, precitada. En un mismo sentido, CE francés Secc. [dictamen] 22 de nov. de 2000, *Société L. et P. Publicité*, n° rad. 223645; por lo que un alcalde que desee reglamentar las condiciones para las zonas de publicidad restringida debe tomar en

introdujo el trámite administrativo de abogacía de la competencia como presupuesto procedimental para el ejercicio de la potestad reglamentaria, que desafortunadamente tiene aún un alcance reducido (1). Por el contrario, ciertos instrumentos de fomento excluyen o restringen la aplicación del régimen general de la competencia en sectores especialmente protegidos (2).

I. LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA COMO PRESUPUESTO PROCEDIMENTAL DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO

El trámite de abogacía de la competencia es un mecanismo no coercitivo y preventivo²¹¹ que contribuye a la legitimidad de la actividad administrativa sobre la economía por medio de la colaboración que se impone a autoridades sectoriales y a la autoridad nacional de competencia durante el ejercicio de sus potestades reglamentarias²¹². Se trata precisamente de que la SIC concorra a que los actos administrativos expedidos por autoridades de regulación sectoriales alcancen los objetivos de política pública previstos en

consideración la libertad de comercio y de industria y las reglas de la libre competencia, de manera que la libre competencia constituye una fuente de la legalidad administrativa. O incluso las normas de consumo (CE francés Secc. 11 de jul. de 2001, *Société des eaux du Nord*, Rec. 348, n.º 95.7). No hay con relación a este último interés un mecanismo equivalente al de la abogacía de la competencia en el derecho colombiano. Sin embargo, el art. 75 de la Ley 1480 de 2011 incluyó actuaciones coordinadas bajo la RNPC en materia de policía.

211 “Así las cosas, la función de abogacía de la competencia cumple una labor preventiva de protección de la libre competencia económica, esto, comoquiera que previene que sea el mismo Estado el que, a través de sus actividades regulatorias, obstaculice la dinámica competitiva en el mercado. Dicho en otras palabras, esta función busca advertir ex ante a los reguladores sobre las potenciales afectaciones de la libre competencia económica que podrían causarse bien directamente con sus normas o mediante la creación de condiciones que potencialmente pueden propiciar conductas anticompetitivas de los particulares”; SIC, *Guía práctica trámite abogacía de la competencia*, 2017, p. 1.

212 En nuestros días, el procedimiento administrativo no solo es un instrumento de aplicación de la ley democrática, sino que además contribuye a fortalecer la legitimidad de la actividad administrativa a través de la participación de diferentes actores públicos e incluso privados. En efecto, frente a un contexto económico y social incierto, el legislador optará progresivamente por disponer la forma en qué deberá adoptarse tal decisión o resolverse un problema futuro, más que por decidir cuál debe ser la exacta solución de un determinado caso. El procedimiento aquí se emplea para compensar la pérdida de capacidad de la ley para dirigir la actividad administrativa, por lo que su objeto se localiza tanto en la creación, como en la aplicación del derecho; *cfr.* JAVIER BARNÉS, “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21, 2019, pp. 82-83.

las leyes, pero sin imponer restricciones indebidas a la libre competencia²¹³. El procedimiento de abogacía de la competencia consiste en un deber para las autoridades de regulación de solicitar a la SIC concepto con relación a los proyectos de actos administrativos de contenido general que pretendan expedir²¹⁴ y que puedan tener incidencia sobre la libre competencia. Se trata precisamente de aquellas regulaciones que, con independencia del fin constitucional o legal que persigan, puedan tener como objeto o como efecto limitar el número o la variedad de competidores en uno o en varios mercados relevantes; o aquellas que imponen conductas a las empresas o a los consumidores o que modifican las condiciones en las cuales son exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o por un acto administrativo; y que tengan como resultado una disminución de la capacidad de las empresas para competir o que restrinja la libre elección o la información disponible para los consumidores²¹⁵. Una vez informada, la autoridad de competencia podrá rendir concepto sobre el proyecto de acto administrativo, el cual única-

213 Considerando, Decreto de Presidencia 2897 de 5 de agosto de 2010.

214 De acuerdo con el CE, “si la expresión “proyectos específicos de regulación” se determina a la luz del sentido general del término regulación, debe concluirse que dichos proyectos hacen referencia a la propuesta de norma jurídica que busca expedir la autoridad administrativa, sin que se limite o restrinja únicamente a la regulación económica-social. A juicio de la Sala, esta aproximación es la que debe acogerse, pues: i) es coherente y hace efectivo el principio democrático y la democracia participativa que acoge la Constitución de 1991, ii) está acorde con una interpretación sistemática de otras normas del ordenamiento nacional, iii) materializa los principios de transparencia, publicidad, participación, eficacia y seguridad jurídica que guían la actividad administrativa, iv) es afín con los conceptos de gobernanza y buen gobierno, y v) permite mejorar la calidad regulatoria en Colombia”, CE, Sala de consulta y Servicio Civil, 14 de septiembre de 2016, rad. n° 2291. En un mismo sentido, el parágrafo 1 del art. 1 del Decreto 270 de 2017, por el cual se reglamenta la participación de los ciudadanos o grupos de interesados en la elaboración de proyectos específicos de regulación, estipula que por proyecto de regulación debe entenderse “todo proyecto de acto administrativo de contenido general y abstracto que pretenda ser expedido por la autoridad competente”. De esta manera, el num. 3, del art. 4 del Decreto reglamentario 2897 de 2010, excluye del deber de información para efectos del trámite de abogacía de la competencia los actos de carácter particular y concreto que tengan por finalidad resolver un conflicto entre empresas. Una aclaración: como la definición propuesta de proyecto de regulación no se centra en el tipo de actividad sino en el mecanismo, solo los actos que no están llamados a producir efectos jurídicos frente a terceros escapan del control del cumplimiento de la abogacía de la competencia. Sin embargo, con la expedición del CPACA y ante un uso cada vez más recurrente de instrumentos blandos o informales, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido que todo acto de contenido general y abstracto, cualquiera que sea su contenido o denominación, puede ser susceptible de control judicial; CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Primera, sentencia de 27 de noviembre de 2014, rad. n° 2012-00533-01.

215 Art. 3 del Decreto 2897 de 2010.

mente será determinante en la medida en que, si la autoridad de regulación respectiva se aparta del mismo, “deberá manifestar de forma expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuáles se aparta”²¹⁶.

El respeto del deber de información exige en primer lugar que la autoridad que se proponga expedir el acto administrativo de carácter general remita a la autoridad de competencia: 1) el proyecto de regulación; 2) las respuestas al cuestionario de la SIC con la evaluación del posible impacto a libre competencia del proyecto²¹⁷; 3) los estudios técnico-económicos realizados²¹⁸, 4) las observaciones y sugerencias que haya recibido de terceros interesados, si las hubo²¹⁹. Salvo las excepciones expresamente señaladas

216 Art. 7, Ley 1340 de 2009. Con excepción de los actos tarifarios de las comisiones de regulación, la SIC tiene 10 días hábiles, contados a partir de la recepción completa del proyecto y las demás informaciones soporte, para rendir concepto. Si el proyecto versa sobre las tarifas de estas comisiones, el plazo será de 30 días hábiles; art. 10, Decreto 2897 de 2010; sobre el alcance de este tipo de actos *determinantes*, véase *supra* nota 54.

217 | El cuestionario de la SIC está contenido en la resolución n° 44649 de 2010. De acuerdo con la guía de abogacía de la competencia, si la respuesta a las preguntas del cuestionario es negativa, el regulador podrá considerar que el proyecto de regulación no afecta indebidamente la libre competencia económica, por lo que se podría pensar que no deberá informarlo. En este caso, sería facultativo de la autoridad de regulación informar a la SIC el proyecto y sus soportes. Sin embargo, y teniendo en cuenta que las preguntas del cuestionario no son las únicas situaciones anticompetitivas que se pueden presentar, consideramos que informar a la SIC el proyecto permite a esta última verificar el alcance de los efectos del proyecto sobre la competencia. Por el contrario, si la respuesta a algunas de las preguntas es positiva, el regulador tendrá las siguientes opciones: 1. modificar el proyecto de regulación; 2. considerar alternativas al proyecto de regulación; 3. informar obligatoriamente el proyecto regulatorio a la SIC, sobre todo si se siguen generando uno o varios efectos sobre la libre competencia. Se exige que la entidad respalde sus respuestas con los estudios técnico-económicos necesarios para tal fin (art. 6, Decreto 2897 de 2010); SIC, *Guía práctica trámite abogacía de la competencia*, 2017, p. 3-4.

218 De acuerdo con la SIC, las respuestas que la autoridad de regulación hace del cuestionario son una primera aproximación a los posibles efectos anticompetitivos que el proyecto de regulación puede comportar. Cuando una de las preguntas es afirmativa, debe la autoridad correspondiente explicarle a la autoridad de competencia porqué es necesaria la regulación pese a esos efectos anticompetitivos. Este análisis deberá incluir como mínimo las alternativas regulatorias que se tomaron en consideración para la elaboración del proyecto de regulación, incluida la opción de “no regular”. Esto último permite ver a la SIC cómo estima el regulador que se comportarían los agentes del mercado en ausencia de la intervención regulatoria; SIC, Grupo de trabajo para la abogacía de la competencia, *Pautas generales para los estudios técnico-económicos en el trámite de abogacía de la competencia*, disponible en: http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Abogacia_de_la_competencia/2017/Estudios-Tecnico-Economicos-15-01.pdf, [consultado: 04-04-2019].

219 Por lo que este trámite será posterior al deber de información previsto en el art. 8-8 del CPACA. De acuerdo con el parágrafo 2 del art. 1 del Decreto reglamentario 270 de 2017, la publicación del proyecto de regulación para comentarios del público deberá contener como mínimo: a. los

por el decreto reglamentario²²⁰, la inobservancia de este deber implica que el acto administrativo adoptado que incide sobre la libre competencia puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo²²¹. Por consiguiente, la autoridad de regulación “deberá dejar constancia expresa en la parte considerativa [del acto administrativo] acerca de si consultó a la Superintendencia de Industria y Comercio o no y si esta emitió concepto o no”²²². No está de más advertir que el deber de informar y solicitar el concepto a la autoridad de competencia es con relación a cada proyecto de resolución que se pretende expedir, de manera que “tampoco es de recibo el argumento de la no necesidad del concepto sobre el proyecto de resolución, porque ya existía un concepto previo de la Superintendencia acerca del Decreto reglamentado con la resolución demandada, pues ello no se enmarca en ninguna de las excepciones legales para que el acto de

antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición de norma; b. el ámbito de aplicación del proyecto de regulación y los sujetos a va dirigida; c. un estudio preliminar sobre la viabilidad jurídica de la disposición; d. un estudio preliminar sobre su posible impacto económico; y e. un estudio preliminar sobre posible impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación, si fuere caso. En el caso de las comisiones de regulación, el procedimiento de publicitación de los proyectos de actos administrativos de carácter general y abstracto están regulados por el Decreto 2696 de 2004.

- 220 Además de los actos de carácter particular y concreto, están exceptuados de este deber los actos regulatorios que tengan un origen en hechos imprevisibles y/o irresistibles, y la regulación busque preservar la estabilidad de la economía o de un sector o garantizar la seguridad en el suministro de un bien o servicio público esencial. Tampoco deben informar las autoridades de regulación los proyectos de actos administrativos que se limiten a ampliar plazos, o aclarar las condiciones en que son exigibles conductas previamente impuestas; ni aquellos que establezcan un área de servicio exclusivo o se adopten en cumplimiento de una orden judicial o una norma legal o reglamentaria de vigencia inmediata, siempre que dicho cumplimiento no sea posible sin la expedición del acto; art. 4, decreto reglamentario 2897 de 2010.
- 221 El CE ha indicado que cuando la autoridad reguladora pretermite el trámite de la abogacía de la competencia, la consecuencia jurídica es la nulidad del acto administrativo por expedición irregular y violación de las normas en que deben fundarse, así como por falta de motivación y violación del debido proceso; CE, Sala de consulta y Servicio Civil, 4 de julio de 2013, rad. 2138.
- 222 Art. 7, Decreto 2897 de 2010. Recordemos que las directrices de técnica normativa señalan que los actos de carácter general deben estar precedidos de un análisis previo de viabilidad jurídica, que incluye, además del análisis de las normas que otorgan competencia para la expedición del acto, sus efectos sobre otras disposiciones, la revisión de los fallos de órganos jurisdiccionales de cierre y la vigencia de la norma reglamentada, “la advertencia de cualquier otra circunstancia jurídica que pueda ser relevante para la expedición del acto”. De esta manera, en la memoria justificativa en lo relativo a la viabilidad jurídica deberá constar el trámite de abogacía de la competencia; CE, Sala de consulta y Servicio Civil, 3 de agosto de 2015, rad. n° P004.

regulación se pueda expedir sin el concepto”²²³. Además del registro de la actuación, la autoridad de regulación debe siempre dejar constancia expresa en el acto administrativo de la razón o razones que sustentan la excepción que invoca para abstenerse informar a la SIC²²⁴.

Si en su concepto, la SIC señala que el proyecto de regulación tiene una incidencia negativa sobre la competencia, la autoridad de regulación que se propone expedir el acto deberá señalar de manera expresa en las consideraciones del mismo las razones por las cuales se aparta del análisis de la autoridad de competencia²²⁵. Por incumplir este deber, el Consejo de Estado decreta la suspensión provisional de la Resolución 2163 del 27 de mayo de 2016 del Ministerio de Transporte, mediante la cual se reglamentó el ofrecimiento y prestación del servicio público de transporte terrestre automotor de la modalidad individual en el nivel de lujo. Como el Ministerio buscaba reglamentar un decreto que ya había sido objeto de pronunciamiento por parte de la Superintendencia, consideró que era suficiente con comunicarle a dicha autoridad su intención de expedir la reglamentación de ese servicio²²⁶. Aunque en la especie la SIC había expresado que era necesario rendir concepto sobre los efectos que la resolución ministerial podía tener sobre la libre competencia, para lo cual requirió el envío de la documentación faltante al Ministerio, esta última autoridad expidió la resolución sin esperar el concepto de la abogacía de la competencia. En su decisión, el juez recuerda de manera categórica que el trámite de abogacía de la competencia no se satisface con el simple hecho de informar a la SIC, “pues ello supondría que se trataría de un requisito meramente formal”, que dejaría sin posibilidad de participación real a la autoridad de competencia.

El alcance de la disposición es sin embargo limitado por vía reglamentaria, toda vez que al definir respecto de qué autoridades administrativas que expidan regulación deberá ejercerse la función, la norma señaló que únicamente

223 CE, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, auto de 30 de abril de 2018.

224 *Ibid.*

225 Art. 7, Ley 1340 de 2009; art. 9, Decreto 2897 de 2010.

226 En la especie, “la entidad demandada se limitó a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio que pretendía expedir una regulación como reglamentación del Decreto, el cual también había sido objeto de concepto previo de abogacía de la competencia, pero no por ello puede entenderse satisfecho el requisito legal para la nueva regulación, como pareció entenderlo el Ministerio de Transporte”; CE, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, auto de 30 de abril de 2018.

están obligadas a informar a la SIC los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y unidades administrativas especiales con o sin personería jurídica, y los establecimientos públicos del orden nacional²²⁷. Mediante un proyecto de ley se buscó ampliar el espectro de la competencia de la autoridad transversal, estipulando que esta pudiera pronunciarse sobre los actos de cualquier organismo del orden nacional, incluidos aquellos que otorguen subsidios, y, de oficio o a petición de autoridades departamentales o municipales, sobre los proyectos de regulación de estas autoridades que puedan incidir en la libre competencia²²⁸. En un auto del 8 de febrero de 2016, el Consejo de Estado niega la solicitud de suspensión provisional de los efectos de una circular de la Comisión Nacional de Precios y Medicamentos, al considerar que la naturaleza jurídica de esta última no corresponde a ninguna de las categorías de organismos y entidades contemplados por el decreto reglamentario de la abogacía de la competencia²²⁹. Sin embargo, esta comisión intersectorial cuenta entre sus miembros las cabezas de los ministerios de Salud e Industria y Comercio²³⁰, autoridades que sí deben informar a la SIC los proyectos de regulación que pretendan expedir y que puedan incidir sobre la libre competencia. Al fijar el decreto, aquello que debe entenderse por autoridad de regulación dejó por fuera estas figuras de coordinación, las cuales podrían convertirse en un medio para evitar el trámite de abogacía de la competencia en aquellas funciones reglamentarias que correspondan por disposición legal a dos o más ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas²³¹. Vista la importancia de las temáticas que estas comisiones y sus miembros regulan, las restricciones a

227 Art. 2, Decreto 2897 de 2010.

228 Proyecto de ley 038 de 4 de agosto de 2015 radicado ante el Senado, “por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”. Este proyecto fue retirado durante su trámite en el Congreso por el gobierno el día 7 de abril de 2016.

229 “Para la Sala, de una primera lectura del artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, que se estima infringido y del Decreto 2897 de 2010 que lo reglamentó, no surge la violación alegada como sustento de la medida cautelar, si se tiene en cuenta que en el acto de creación de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos no se estableció que su naturaleza jurídica correspondiera a una de las entidades a las que se refiere el artículo 2° del aludido Decreto 2897 de 2010 y que están obligadas a informar a la SIC sobre los proyectos que afecten la libre competencia”; CE, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, auto de 8 de febrero de 2016, rad. 11001-03-24-000-2015-00265-00

230 Art. 245, Ley 100 de 1993; art. 87, Ley 1438 de 2011.

231 El art. 45 de la Ley 489, autoriza al gobierno nacional para crear comisiones intersectoriales para

la abogacía de la competencia deben ser solo las que están puntualmente señaladas en las leyes de protección de la libre competencia.

2. LIBRE COMPETENCIA Y SECTORES PROTEGIDOS

Las normas que constituyen el régimen de protección de la libre competencia contienen excepciones a su aplicación para ciertos sectores o actividades económicas²³², como expresión de la aproximación constitucional al manejo de la economía en donde convergen medidas de intervención con la garantía de libertades económicas²³³. Desde sus inicios, las prohibiciones de acuerdos y otras conductas anticompetitivas fueron complementadas para incluir herramientas encaminadas a defender la estabilidad de sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés general para la economía, que aparecen como una excepción a la aplicación de estas normas²³⁴. Aunque los programas de protección y estabilización pueden implementarse sobre cualquier actividad económica o sector que sea crucial para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes y servicios indispensables al bienestar general²³⁵, lo cierto es que en la práctica su aplicación ha sido casi nula. Además de las desigualdades que

coordinar asuntos que correspondan a dos o más ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas, sin perjuicio de las competencias específicas de cada uno de ellos.

232 Aunque en la legislación colombiana no hay una indicación normativa del tamaño del mercado o del porcentaje de participación como criterio para la aplicación de las disposiciones de protección de la competencia, el artículo 1-3 del Decreto 4886 de 2011 indica que la SIC debe investigar aquellas conductas que son significativas para el mantenimiento de la rivalidad entre competidores o para promover la eficiencia o el bienestar de los consumidores. De ahí que los acuerdos que no tengan un impacto significativo sobre la competencia, puedan ser considerados sin interés por la autoridad de competencia, en ejercicio de su discrecionalidad para aplicar las normas de competencia, y sin que en principio sea relevante el sector o actividad económica en donde se lleve a cabo la conducta.

233 Art. 333 CP.

234 Cuatro años después de la adopción de la prohibición general (art. 1, Ley 155 de 1959), se expiden los decretos 3307 de 1963 y 1302 de 1964. Estas normas permiten al gobierno autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

235 Art. 1, Decreto 1302 de 1964. Esta norma establece como sectores básicos de la economía: a. El proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana; y b; La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros.

estas medidas pueden tener entre competidores nacionales y foráneos²³⁶, los acuerdos o convenios para estabilizar un sector económico son capaces de suprimir los incentivos que las empresas tienen, en condiciones normales de competencia, para generar eficiencias y para hacer frente a las variantes condiciones del mercado²³⁷. La autoridad de competencia, como entidad responsable de autorizar los acuerdos o convenios que tengan como finalidad la estabilización de sectores económicos básicos, exige la presentación de un plan de seguimiento de la medida y de sus efectos, así como de un análisis detallado del programa, y de la manera en que afectaría la competencia y los beneficios o eficiencias que generaría²³⁸. El control que ejerce la autoridad de competencia ha sido crucial para evitar que sectores económicos escapen a la aplicación de las normas de competencia.

Estos acuerdos de estabilización tienen un desarrollo propio para el sector agropecuario, considerado como un sector básico de interés para la economía general²³⁹. Lo estipulado en el artículo 5 de la Ley 1340 de 2009 tiene como resultado excluir de las normas de protección de la competencia cualquier acuerdo o convenio que se adopte como mecanismo de estabilización en esa industria. Esta norma señala que corresponde al ministro de Agricultura y Desarrollo Rural emitir concepto previo, vinculante y motivado en relación con la autorización de medidas que tengan por objeto estabilizar el sector agrícola. Con relación a este último punto, la OCDE recomendó en 2016 al gobierno nacional modificar el alcance del concepto del Ministerio, de manera que la última palabra corresponda a la autoridad de competencia.

236 MICHAEL J. TREBILCOCK & ROBERT HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 2005, p. 321: la negativa de algunas economías a abrir sus sectores agrícolas a una mayor competencia internacional, es motivo de disputas y negociaciones multilaterales al interior de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

237 BRIAN L. BUHR, “Economics of Antitrust in an Era of Global Agri-food Supply Chains: Litigate, Legislate and/or Facilitate”; *Drake J. Agric. L.*, 15, 2010, p. 43.

238 SIC, Circular única, título VII, capítulo 1. Corresponde al Superintendente delegado para la promoción de la competencia examinar las propuestas de acuerdos, convenios o programas de estabilización y expedir una recomendación al Superintendente de industria y comercio, autoridad que decide (arts. 9, 3-10, decreto 4886 de 2011).

239 Art. 5, Ley 1340 de 2009. Esta disposición deroga el Decreto 3280 de 2005, norma que establecía que la SIC, para poder autorizar acuerdos o convenios de estabilización en el sector agrícola, debía solicitar un concepto previo no vinculante al ministerio de agricultura y al ministerio de industria y comercio. La recomendación de la OCDE con relación al art. 5 de la Ley 1340 de 2009, es la de retomar el reparto funcional entre autoridades sectoriales y transversal previsto en el decreto de 2005.

De acuerdo con el organismo, “no hay una justificación válida para que los reguladores sectoriales creen exclusiones de manera discrecional a las normas de competencia, y sin ninguna intervención ni del Congreso o de la SIC”²⁴⁰. Como el proyecto de ley radicado por la ministra de Comercio en agosto de 2015 derogaba el artículo 5 de la Ley 1340 de 2009²⁴¹, se consideró que el país cumplió con dicha recomendación²⁴². Sin embargo, con el retiro del proyecto durante su trámite en el Congreso en 2016, la adopción de esta recomendación entra a agrandar la lista de “tareas pendientes” que tiene Colombia ante esa organización.

En la práctica, los mecanismos de intervención en el sector agropecuario se han dado a través de herramientas distintas a los acuerdos o convenios de estabilización económica, como son los fondos parafiscales para el fomento agropecuario²⁴³, fondos de estabilización de precios²⁴⁴, el establecimiento de precios mínimos de garantía, los acuerdos de cadena en el sector agropecuario, el régimen de salvaguardias y los demás mecanismos previstos en las normas sectoriales²⁴⁵. Estos mecanismos no suprimen del todo las competencias de la autoridad de competencia. Según lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009, el ejercicio de estos mecanismos de intervención es una restricción al derecho a la competencia constitucionalmente fundada²⁴⁶. Asimismo, las actuaciones administrativas a través de las cuales se corrigen afectaciones o distorsiones en el mercado originadas de situaciones externas o ajenas a los productores locales, restringen la apli-

240 OCDE, *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy*; *op. cit.*, p. 88.

241 Art. 24, proyecto de Ley 038 de 2015, “por el cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”.

242 Según la OCDE, “*The SIC’s legislative proposal has a provision that extends further than the Secretariat’s original recommendation by eliminating Article 5 entirely*”; *ibidem*, p. 89.

243 CC., Sentencia C-1067 de 2002.

244 Estos fondos, creados por la Ley 101 de 1993, intervienen en sectores como la palma de aceite, cacao, carne, algodón, caña de azúcar y algunos productos lácteos. Se trata de un mecanismo complejo que consiste en recolectar una cuota de las ventas en el mercado nacional para subsidiar con esos recursos las exportaciones de los productores colombianos; véase CC., Sentencia C-644 de 2016.

245 Leyes 81 de 1998, 101 de 1993, Decreto 2478 de 1999, entre otros. Véase, además, CC., Sentencia C-1067 de 2002.

246 Arts. 333 y 334 CP. Según la OCDE, “This language appears to recognise that the establishment of an intervention programme does not oust application of the competition law altogether, but rather ‘limits’ its application ‘in terms of the intervention’”; OCDE, *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy*; *op. cit.*, p. 89.

cación de la libre competencia. Sin embargo, estas medidas que competen al ministerio del ramo correspondiente, deberán garantizar la equidad y la competitividad de la producción nacional²⁴⁷. Si la competencia produce eficiencias y aporta beneficios a los consumidores, las actuaciones de agentes públicos o privados que rompen con la igualdad entre oferentes en el mercado deberían ser sancionadas por la ley²⁴⁸. ¿Qué tiene entonces de peculiar la industria agropecuaria que justifique que la aplicación de las normas de protección de libre competencia tenga un alcance limitado en ese sector? Lo atomizada de la industria, la relativa inelasticidad de la demanda por estos productos, una oferta impredecible y por temporadas de cosechas, o la incapacidad de almacenar por largos períodos la producción, son algunas de las razones dadas en diferentes jurisdicciones para justificar una aplicación limitada de las normas de competencia en el sector agropecuario²⁴⁹, esto es, para autorizar actuaciones administrativas regulatorias o de fomento, incluso cuando estas implican la asignación desigual de recursos públicos o de ventajas jurídicas. Como las medidas enunciadas en el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009 no excluyen sino que limitan las funciones de policía que tiene la SIC, esta autoridad conserva su competencia tanto para pronunciarse *ex ante* sobre los proyectos de regulación que pretenda expedir el Ministerio de Agricultura²⁵⁰, así como para sancionar *ex post* los comportamientos de las empresas del sector que sean contrarios a la libre competencia²⁵¹.

247 Art. 32 Ley 1340 de 2009.

248 “Competition is seen as the pillar of modern market economies and the foundation of capitalism, in that it stimulates innovation, encourages efficiency, and drives down prices. According to microeconomic theory, in general, no system of resource allocation is more efficient than competition. It causes commercial firms to develop new products, services, and technologies, which in turn gives consumers greater selection and better products. The greater selection typically causes lower prices for the products compared to what the price would be if there was no competition. While competing firms have a clear interest in restricting competition to capture monopoly or monopsony rents at the expense of consumers or suppliers, respectively, the general efficiency of a society requires that such strategic behavior is prevented so that competition is preserved”; ARIE REICH, “The Agricultural Exemption in Antitrust Law: A Comparative Look at the Political Economy of Market Regulation”, *Tex. Int’l L.J.*, 42, 2007, p. 847.

249 *Ibidem*.

250 Sobre la función de abogacía de la competencia, véase *supra*, punto 2.a, de la segunda parte.

251 Por ejemplo: mediante resolución n° 103652 del 30 de diciembre de 2015, la SIC confirma las sanciones impuestas a Asocaña, Ciamsa, Dicsa y a 12 ingenios y a personas naturales, por haber actuado coordinadamente en el mercado, eliminando la competencia en el sector, como por ejemplo la estrategia de bloquear la entrada al país de azúcar proveniente de otros países.

CONCLUSIONES

Las actuaciones administrativas en competencia y consumo persiguen fines distintos, pero complementarios. Al mantener una pluralidad de opciones competitivas en el mercado se permite a los consumidores una elección libre y racional entre las mismas, sin restricciones derivadas de la ausencia o error en la información disponible. La rivalidad en el mercado es por tanto un componente insustituible del modelo económico, que es amparado a través de la definición constitucional de una serie de principios, derechos y libertades. Aunque las eficiencias y beneficios que produce esta rivalidad no son el único propósito de las intervenciones económicas, por lo que puede legítimamente encontrar restricciones desde otros intereses constitucionalmente protegidos, la ausencia de barreras de acceso injustificadas y una igualdad entre competidores si condicionan el ejercicio de las competencias de poderes públicos y órganos autónomos. No solo las actuaciones públicas no pueden sustituirse totalmente a los mecanismos naturales del mercado, sino que también su correcto funcionamiento es indispensable para el desarrollo y la cohesión social.

Es por esto que la rivalidad en el mercado se impone antes que nada como un mandato de actuación para las autoridades administrativas, encaminado a componer y defender una pluralidad de oferentes y la soberanía de los consumidores. Ahora bien, la eficacia en la aplicación transversal de las normas de competencia y consumo, contrasta con un control menos estricto por parte de algunas autoridades sectoriales sobre sus vigilados. Es por esto que un mejor arreglo institucional, que pase por una definición clara de competencias entre autoridades a favor de la SIC, pero también entre las dependencias y delegaturas que las integran, es aún una tarea pendiente. Esta determinación de la estructura requiere por lo demás reglar el ejercicio de poderes de inspección y vigilancia, de cara a los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional que imponen, desde el respeto del debido proceso y la intimidad, mayores contornos a estas atribuciones; que sin embargo preocupan por los efectos que puedan tener sobre los resultados y la práctica de pruebas en materia de competencia y consumo. Enmarcar estas funciones permitiría un mejor seguimiento y control judicial de las actuaciones de *regulación y protección del orden público de los mercados*, compensando así los riesgos que subsisten por el hecho de que el Estado sea juez y parte del juego económico. Se insiste en asegurar una mayor autonomía

de iure de reguladores y superintendencias, máxime cuando estas normas se deben aplicar por igual a actores económicos públicos y privados.

Pero la protección constitucional de la rivalidad entre competidores también pasa por *la promoción del orden público de los mercados*. Las medidas de fomento y regulatorias encaminadas a dinamizar la oferta o la demanda de ciertos servicios y actividades económicas clave pueden, sin embargo, comportar un trato desigual e incidir negativamente sobre la rivalidad que se protege como condición misma de los mercados. La fijación de precios y otras medidas proteccionistas solo suponen información completa, ya que en la práctica no parece posible tener toda la información para establecer las condiciones del mercado, en la medida en que es este con todos sus agentes y variables quien las va definiendo. De ahí que estas intervenciones deban ser excepcionales. Siguiendo este enfoque, conviene ampliar la función de abogacía de la SIC e implementar de forma completa y juiciosa las recomendaciones hechas por la OCDE encaminadas a que no solo la autoridad de competencia sea quién defina los posibles acuerdos de estabilización en sectores como el agrícola, sino a que además la representación de los aportes que la nación tiene en las empresas públicas no se convierta en un eventual escenario de ruptura de la igualdad entre los agentes del mercado.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES

OBRAS GENERALES Y ESPECIALIZADAS

ARIÑO, GASPAR. *Principios de derecho público económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

COLLET, MARTIN. *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, París, LGDJ, 2003.

DE LEYSSAC, CLAUDE LUCAS & PARLEANI, GILBERT. *Droit du marché*, París, Puf, 2002.

DEVOLVÉ, PIERRE. *Droit public de l'économie*, París, Dalloz, 1998.

DUPUIS, GEORGES; GUEDON, MARIE-JOSÉ & CHRISTIEN, PIERRE. *Droit administratif*, 10ª ed., París, Sirey, 2007.

GAUDEMET, YVES. *Droit administratif*, París, LGDJ, 2005.

MÉLIN, FRANÇOIS. *Les programmes de clémence en droit de la concurrence*, París, Joly éditions, 2010.

MILLER, EUGENE F. *Hayek's The Constitution of Liberty*, London, IEA, 2010, p. 138.

MONTAÑA, ALBERTO. *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

MONTAÑA, ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

NICINSKI, SOPHIE. *Droit public des affaires*, 2ª ed., París, Montchrestien, 2010.

PICARD, ÉTIENNE. *La notion de police administrative*, París, LGDJ, 1984.

PIMIENTO, JULIÁN. *Derecho administrativo de bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 372.

REBOLLO-PUIG, MANUEL; IZQUIERDO, MANUEL; ALARCON, LUCÍA & BUENO, ANTONIO. *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

RETORTILLO BAQUER, MARTIN. *Derecho administrativo económico*, Madrid, La Ley, 1988.

TREBILCOCK, MICHAEL J. & HOWSE, ROBERT. *The Regulation of International Trade*, Routledge, 2005.

TESIS Y MONOGRAFÍAS

PERDOMO, CAMILO. *Regulación económica: caracterización y control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

RAMBAUD, ROMAIN. *L'institution juridique de régulation*, París, L'Harmattan, 2012.

CAPÍTULOS DE INVESTIGACIÓN, ARTÍCULOS Y CONTRIBUCIONES

ARCHILA, EMILIO JOSÉ. “Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el régimen de protección de la competencia”, *Revista Contexto*, n.º 32, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 7-46.

- AVERITT, NEIL W. & LANDE, ROBERT H. “Consumer Choice: The Practical Reason for Both Antitrust and Consumer Protection Law”, *Loy. Consumer L. Rev.*, n.º 10, 1998, pp. 44-63.
- AVERITT, NEIL W. & LANDE, ROBERT H. “Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law”, *Antitrust L. J.*, n.º 74, 2007, pp. 175-239.
- BARNÉS, JAVIER. “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 77-123.
- BOUSTA, RHITA. “Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019, pp. 23-45.
- BUCUR, ION, “The State and Market Failures”, *Manager*, n.º 8, University of Bucharest, 2008, pp. 47-52.
- BUHR, BRIAN L. “Economics of Antitrust in an Era of Global Agri-food Supply Chains: Litigate, Legislate and/or Facilitate”, *Drake Journal of Agricultural Law*, n.º 15, 2010, pp. 33-59.
- CHAMIE, JOSÉ FÉLIX. “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 115-132.
- CHEVALLIER, JACQUES. “L’État régulateur”, en *Régulation économique et démocratie* (pp. 10-16), París, Dalloz, 2006.
- CORREA, MAGDALENA. “El estatuto del consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas”, en *Perspectivas del derecho del consumo* (pp. 141 y ss.), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- COVILLA, JUAN CARLOS. “Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la Administración Pública desde una perspectiva funcional”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 12, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 23-63.
- DE LA CRUZ, DIONISIO. “La garantía legal y la responsabilidad por producto defectuoso en el nuevo Estatuto del consumidor”, *Revista Contexto*, n.º 37, 2012, pp. 11-36.

- DE LA CRUZ, DIONISIO. “Régimen sancionatorio en la nueva ley de competencia en Colombia”, *Revista e-mercatoria*, vol. 8, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 2-32.
- DRAGO, GUILLAUME. “Pour une définition positive de la liberté d’entreprendre”, en *Les libertés économiques* (pp. 25-40), París, éditions Panthéon-Assas, 2003.
- EBNER, ALEXANDER. “The Intellectual Foundations of the Social Market Economy: Theory, Policy, and Implications for European Integration”, *Journal of Economic Studies*, vol. 33, 2006, pp. 206-216.
- FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE. “Le droit de la Régulation”, *Dalloz*, 2001, chron., pp. 610-616.
- GINSBURG, DOUGLAS H. “Synthetic Competition”, *Media Law and Policy*, 2006, pp. 1 y ss.
- GAUDEMET, YVES. “La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction”, en *Régulation. Nouveaux modes? Nouveaux territoires?* (pp. 13-16), *REAP*, n.º 109, 2004.
- GONZÁLEZ, EDGAR. “Presentación”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 12, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 9-14.
- HEINECK, CRISTIANO. “Mediação em contratos de planos e de seguros de saúde”, *Global Mediation Rio*, *op. cit.*, pp. 86-98.
- LEWIS, MARC E. “Basis of Public Utility Regulation”, *E. Min. L. Found, Proceedings of the 12th Annual Institute*, cap. 8, § 8.02, 1991.
- LOMBARD, MARTINE. “Introduction”, en *Les libertés économiques* (pp. 9-25), París, éditions Panthéon-Assas, 2003.
- LOMBARD, MARTINE. “Régulateurs indépendants, mode d’emploi”, *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, pp. 203-217.
- MARCOU, GÉRARD. “L’ordre public économique aujourd’hui. Un essai de redéfinition”, *Annales de la régulation*, vol. 2, IRJS éditions, 2009, pp. 79 y ss.
- MARÍN, HUGO. “‘Norma regulatoria’: ¿mito o realidad?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 31-70.
- OSPINA, ANDRÉS. “Presentación”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 9-11.

- OSSA GÓMEZ, DANIEL. “Protección, garantía y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, n.º 112, 2010, pp. 203-240.
- PIMIENTO, JULIÁN. “Regulación. Análisis desde las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 9, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 15-44.
- RAPP, LUCIEN. “Le droit des communications entre réglementation et régulation”, *AJDA*, pp. 2047-2058.
- REICH, ARIE. “The Agricultural Exemption in Antitrust Law: A Comparative Look at the Political Economy of Market Regulation”, *Texas International Law Journal*, vol. 42, 2007, pp. 842-874.
- RICHER, LAURENT. “Droit d'accès et service public”, *AJDA*, 2006, pp. 73 y ss.
- RODGER, BARRY J. “Competition Policy, Liberalism and Globalization: A European Perspective”, *Columbia Journal of European Law*, n.º 6, 2000, pp. 289 y ss.
- SAFAR, MÓNICA. “La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado: ¿nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 19, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 159-179.
- SÁNCHEZ, GUILLERMO. “¿Las empresas prestadoras de servicios públicos privadas son entidades estatales?”, *Revista Contexto*, 2008, pp. 57-100.
- SANTAELLA, HÉCTOR. “Notas sobre el concepto y garantía de la propiedad en la Constitución colombiana”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 233-253.
- SANTAELLA, HÉCTOR. “Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 87-105.
- SANTAELLA, HÉCTOR. “El modelo económico en la Constitución de 1991”, *Revista de Derecho del Estado*, n.º 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 85-93.

SERRANO, DAVID. “La empresa pública en la prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia. Una aproximación al régimen contractual general”, *Revista de Derecho Público*, n.º 36, 2016, pp. 4-32.

TOLE MARTÍNEZ, JULIÁN. “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. Un Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, n.º 17, 2006, pp. 1-64.

VILLEGAS, LORENZO. “La Ley de TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones”, en *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC* (pp. 505-539), 2010.

ZÁRATE, ANÍBAL. “La relativa especialidad de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios”, en *El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción* (pp. 773-853), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

ZÁRATE, ANÍBAL. “Relatoría grupo mediación y relaciones de consumo”, en *Global Mediation Rio* (pp. 137-139), 2014.

INFORMES, ESTUDIOS Y DOCUMENTOS DE INTERÉS

ANDOR, LÁSZLÓ. *Building a SocialMarketEconomy in the European Union*, discurso en la Escuela de Negocios de Manchester, el 20 de octubre de 2011, en <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-695_en.htm>.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). Documento Conpes 3851, “Política general de propiedad de empresas estatales del orden nacional”, Bogotá, 2015.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). Documento Conpes 3927, “Estrategia de gestión del portafolio de empresas y participaciones accionarias de la Nación”, Bogotá, 2018.

MINISTERIO DE HACIENDA. *Reporte anual de empresas de la Nación 2017*, Bogotá, 2018.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Competition Assessment Toolkit*, París, OCDE, 2017, en <<http://www.oecd.org/daf/competition/46193173.pdf>>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy*, OECD, 2016, en <<https://www.oecd.org>>.

org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>, consultado el 3 de abril de 2019.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Boards of Directors of State Owned Enterprises: An Overview of National Practices*, París, OCDE Publishing, 2013.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Review of the Corporate Governance of State Owned Enterprises: Colombia*, París, 2013.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) & BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Derecho y política de la competencia en Colombia*, París, OCDE, Examen inter-pares, 2009.

RODRÍGUEZ, CARLOS E. “Las fallas del mercado”, Universidad Católica de Argentina, en <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fallas-mercado-carlos-rodriguez.pdf>>, consultado el 2 de abril de 2019.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Guía de análisis de integraciones empresariales (trámites de pre-evaluación)*, de 31 de julio de 2018, en <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones/Guia_Integraciones_Empresariales_31-07-2018.pdf>, consultado el 3 de abril de 2019.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Protección al consumidor en Colombia*, 2017, p. 251, en <[http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf)>, consultado el 10 de abril de 2019.

SIC, GRUPO DE TRABAJO PARA LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA. *Pautas generales para los estudios técnico-económicos en el trámite de abogacía de la competencia*, en <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Abogacia_de_la_competencia/2017/Estudios-Tecnico-Economicos-15-01.pdf>, consultado el 04 de abril de 2019.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Guía práctica trámite abogacía de la competencia*, Bogotá, 2017.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. *Boletín Jurídico n.º 3*, Bogotá, 2017.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. *Balance de gestión, retos y expectativas de los servicios públicos 2002-2010*, agosto de 2010.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional, Sentencia SU-1010 del 16 de octubre de 2008, exp. T-1.410.120.

Corte Constitucional, Sentencia SU-201 del 21 de abril de 1994, exp. T-19567.

Corte Constitucional, Sentencia C-220 del 19 de abril de 2017, exp. D-11626.

Corte Constitucional, Sentencia C-111 del 22 de febrero de 2017, exp. D-11485.

Corte Constitucional, Sentencia C-032 del 25 de enero de 2017, exp. D-11430.

Corte Constitucional, Sentencia C-644 del 23 de noviembre de 2016, exp. D-11232.

Corte Constitucional, Sentencia C-161 del 7 de abril de 2016, exp. D-10945.

Corte Constitucional, Sentencia C-412 del 1 de julio de 2015, exp. D-10485.

Corte Constitucional, Sentencia C-237 del 9 de abril de 2014, exp. D-9884.

Corte Constitucional, Sentencia C-178 del 26 de marzo de 2014, exp. D-9874.

Corte Constitucional, Sentencia C-172 del 19 de marzo de 2014, exp. D-9827.

Corte Constitucional, Sentencia C-090 del 19 de febrero de 2014, exp. D-9769.

Corte Constitucional, Sentencia C-766 del 6 de noviembre de 2013, exp. D-9595.

Corte Constitucional, Sentencia C-1021 del 28 de noviembre de 2012, exp. D-9172.

Corte Constitucional, Sentencia C-909 del 7 de noviembre de 2012, exp. D-9075.

Corte Constitucional, Sentencia C-618 del 8 de agosto de 2012, exp. D-8893.

Corte Constitucional, Sentencia C-288 del 18 de abril de 2012, exp. D-8690.

Corte Constitucional, Sentencia C-250 del 28 de marzo de 2012, exp. D-8590, 8613, 8614.

Corte Constitucional, Sentencia C-632 del 24 de agosto de 2011, exp. D-8379.

Corte Constitucional, Sentencia C-440 del 25 de mayo de 2011, exp. D-8330.

Corte Constitucional, Sentencia C-263 del 6 de abril de 2011, exp. D-8270.

- Corte Constitucional, Sentencia C-869 del 3 de noviembre de 2010, exp. D-8102.
- Corte Constitucional, Sentencia C-830 del 20 de octubre de 2010, exp. D-8096.
- Corte Constitucional, Sentencia C-537 del 30 de junio de 2010, exp. D-7942.
- Corte Constitucional, Sentencia C-228 del 24 de marzo de 2010, exp. D-8102.
- Corte Constitucional, Sentencia C-133 del 25 de febrero de 2009, exp. D-7385.
- Corte Constitucional, Sentencia C-068 del 10 de febrero de 2009, exp. D-7345.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1125 del 12 de noviembre de 2008, exp. D-7075.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1041 del 4 de diciembre de 2007, exp. D-6756.
- Corte Constitucional, Sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, exp. D-6675, 6688.
- Corte Constitucional, Sentencia C-478 del 13 de junio de 2007, exp. D-6564.
- Corte Constitucional, Sentencia C-992 del 29 de noviembre de 2006, exp. D-6348.
- Corte Constitucional, Sentencia C-242 del 29 de marzo de 2006, exp. D-5932.
- Corte Constitucional, Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, exp. D-5057.
- Corte Constitucional, Sentencia C-825 del 31 de agosto de 2004, exp. D-5082.
- Corte Constitucional, Sentencia C-623 del 29 de junio de 2004, exp. D-4933.
- Corte Constitucional, Sentencia C-516 del 25 de mayo de 2004, exp. D-4998.
- Corte Constitucional, Sentencia C-936 del 15 de octubre de 2003, exp. D-4468.
- Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003, exp. D-4194.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1067 del 3 de diciembre de 2002, exp. D-4081.
- Corte Constitucional, Sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, exp. D-3987.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1297 del 6 de diciembre de 2001, exp. D-3559.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1108 del 24 de octubre de 2001, exp. D-3507.

Corte Constitucional, Sentencia C-1064 del 10 de octubre de 2001, exp. D-3449.

Corte Constitucional, Sentencia C-616 del 13 de junio de 2001, exp. D-3279.

Corte Constitucional, Sentencia C-1141 del 30 de agosto de 2000, exp. D-2830.

Corte Constitucional, Sentencia C-568 del 17 de mayo de 2000, exp. D-2688.

Corte Constitucional, Sentencia C-953 del 1 de diciembre de 1999, exp. D-2521,2525,2540,2553.

Corte Constitucional, Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999, exp. D-2176, 2184,2196.

Corte Constitucional, Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997, exp. D-1598.

Corte Constitucional, Sentencia C-263 del 13 de junio de 1996, exp. D-1059.

Corte Constitucional, Sentencia T-309 del 27 de julio de 2018, exp. T- 6.660.325

Corte Constitucional, Sentencia T-188 del 10 de mayo de 2018, exp. T- 6.483.452

Corte Constitucional, Sentencia T-543 del 25 de agosto de 2017, exp. T-6.029.705, 6.139.760.

Corte Constitucional, Sentencia T-338 del 19 de mayo de 2017, exp. T-5.405.154.

Corte Constitucional, Sentencia T-761 del 11 de diciembre de 2015, exp. T- 5.073.877

Corte Constitucional, Sentencia T-163 del 17 de marzo de 2014, exp. T- 4.108.697

Corte Constitucional, Sentencia T-573 del 26 de agosto de 2013, exp. T- 3.868.137

Corte Constitucional, Sentencia T-242 del 19 de abril de 2013, exp. T- 3.718.557, 3.723.692.

Corte Constitucional, Sentencia T-717 del 8 de septiembre de 2010, exp. 2649572, 2652463.

Corte Constitucional, Sentencia T-945 del 16 de diciembre de 2009, exp. T- 1711686.

Corte Constitucional, Sentencia T-720 del 7 de julio de 2005, exp. T- 1069707, 1070216.

Corte Constitucional, Sentencia T-578 del 3 de noviembre de 1992, exp. T-1848.

Corte Constitucional, Sentencia T-505 del 28 de agosto de 1992, exp. T-2535.

Corte Constitucional, Sentencia T-066 del 12 de mayo 1992, exp. T-221.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 27 de noviembre de 2014, rad. n° 2012-00533-01.

CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 29 de noviembre de 2001, rad. n° 25000-23-24-000-1996-8048-01(6075).

CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto del 30 de abril de 2018, rad. n° 11001-03-24-000-2016-00481-00.

CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto del 8 de febrero de 2016, rad. n° 11001-03-24-000-2015-00265-00.

CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de julio de 2014, rad. n° 33831.

CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de octubre de 2012, rad. n° 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2011, rad. n° 15940.

CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 1997, rad. n° 17234-2000.

CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 23 de enero de 2019, rad. n° 11001-03-06-000-2018-00027-00(C).

CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 14 de septiembre de 2016, rad. n° 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291).

CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 3 de agosto de 2015, rad. n° 11001-03-06-000-2015-00135-00(P 0004).

CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 4 de julio de 2013, rad. n° 2138.

CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 18 de noviembre de 2011, rad. n° 11001-03-06-000-2011-00047-00(C).

CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, junio 28 de 2001, rad. n° 1353.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca (TAD-CUN), Sentencia n° 2000-1490 del 17 de febrero de 2011.

ACTOS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Resolución n° 93503 del 27 de diciembre de 2018.

Resolución n° 91153 del 14 de diciembre de 2018, *Alcaldía La Mesa*.

Resolución n° 11397 del 20 de febrero de 2018.

Resolución n° 59176 del 7 de septiembre de 2016, *Educación consumidores*.

Resolución n° 103652 del 30 de diciembre de 2015, *Asocaña y otros*.

Resolución n° 10930 del 11 de marzo de 2015.

Resolución n° 38982 del 24 de junio de 2014, *EPM/Isagén*.

Resolución n° 32184 del 19 de mayo de 2014, *EEB/Isagén*.

Resolución n° 25036 del 21 de abril de 2014, *Esquema de Basuras Bogotá*.

Resolución n° 24527 del 15 de abril de 2014, *UNE/Tigo*.

Resolución n° 56816 del 24 de septiembre de 2014, *Aesa*.

Resolución n° 20968 del 23 de abril de 2013, *Nestlé/Pfizer*.

Resolución n° 3694 del 5 de febrero de 2013, *EBSA*.

Resolución n° 2587 del 30 de enero de 2013, *Asosval*.

Resolución n° 54253 del 4 de octubre de 2010, *Protabaco/Coltabaco*.

Concepto n° 03020597 del 26 de mayo de 2003.

Comunicación de 29 del abril de 2016, rad. 16-93305-2-0, *ACE Seguros S. A. y CHUBB de Colombia Compañía de Seguros S. A.*

Comunicación de 15 del abril de 2015, rad. 15-73529-1-0, *Bogotá Beer Company (BBC), Cervecería BBC S.A.S, Cervecería de la Sabana S.A.S. y AMBEV S.A.S.*

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Resolución SSPD n° 20172400080715 del 19 de mayo de 2017, *Electrificadora de Santander.*

Resolución SSPD n° 20112400028815 del 26 de septiembre de 2011, *Empresa de Energía de Pereira.*

Resolución SSPD n° 20112400020335 del 25 de julio de 2011, *Transelca S.A. MK.*,

Concepto SSPD n° 45 del 1 de febrero de 2013.

Concepto SSPD n° 8 del 14 de enero de 2014.

Comunicación SSPD del 12 de marzo de 2019, rad. n° 20195290210042.

CONTRIBUCIONES DEL AUTOR AL GRUPO DE INVESTIGACIÓN

“El eufemismo del término agencia en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *El Derecho administrativo como idea* (pp. 341-402), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Col. Serie de Derecho administrativo.

“La relativa especialidad de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios”, en *El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción* (pp. 773-853), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

“Estudio preliminar. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos: la necesidad de un enfoque integral en la lucha anticorrupción” (coautoría con JUAN CARLOS HENAO), en *Corrupción en Colombia. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, t. 4 (pp. 19-58), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

“Relaciones peligrosas: corrupción y captura del regulador por grupos de intereses” (coautoría con CAMILO PERDOMO), en *Corrupción en Colombia. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, t. 4 (pp. 155-224), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

- “De la exclusión a la participación: consumidores, empresas y mantenimiento del orden público económico para la paz”, en *La constitucionalización del derecho administrativo*, t. II (pp. 241-308), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- “La eficacia de la acción administrativa frente al fenómeno de procesalización”, en *La constitucionalización del derecho administrativo*, t. I (pp. 567-592), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- “La mediación como alternativa informal de los conflictos de consumo en Colombia”, en *Mediação e Relações de consumo*, t. III (pp. 33-56), Río de Janeiro, Global Mediation Rio, 2014.
- “¿Qué metodología utilizar para la elaboración de monografías del nivel de maestría?”, *Revista Docencia y Derecho*, n.º 7, Universidad de Córdoba, diciembre de 2013.
- “Análisis económico por el juez de lo contencioso administrativo. Prácticas restrictivas a la competencia. Acuerdos de fijación de precios”, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana* (p. 409), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- “La cláusula general de competencia de los entes territoriales en materia de intervención económica”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, julio de 2012.
- “Presentación”, en *Mediação e Relações de consumo* (pp. 7-8), Río de Janeiro, Global Mediation Rio, 2014.
- “Relatoría Grupo Mediación y relaciones de consumo”, en *Mediação e Relações de consumo* (pp. 137-139), Río de Janeiro, Global Mediation Rio, 2014.
- Editoriales n.º 9 a 22, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013 a 2019.
- Actualidad Extranjera n.º 12 a 21, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014 a 2019.
- “Presentación”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 8, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, diciembre de 2012.
- “Subprime Predatory Lending: How to Protect Consumers without Harming the Market?”, en Blog de la Asociación de Antiguos del Master de Derecho Público Interno de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II, 2007, en <http://dpa.u-paris2.fr/rubrique.php?id_rubrique=19>.

La incorporación constitucional de los principios de eficacia y eficiencia administrativa, Coll.
Tesis de Grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.