



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., Cuatro (04) de Julio de dos mil trece (2013)

Radicación Interna: 2138

Número Único: 11001-03-06-000-2013-00005-00

Referencia: La función de la abogacía de la competencia. Consecuencias jurídicas por prepermitir su trámite. Formalidades en la expedición del acto administrativo que se aparta del concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio.

El señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo consulta a la Sala sobre el alcance de la función de la abogacía de la competencia otorgada a la Superintendencia de Industria y Comercio en el artículo 7 de la ley 1340 de 2009 y las consecuencias jurídicas por prepermitir su trámite.

I. ANTECEDENTES

Señala el señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo lo siguiente:

1. El artículo 7 de la ley 1340 de 2009 le otorgó a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de abogacía de la competencia, de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio infiere las siguientes características:
 - a. Es obligatoria la remisión de los proyectos de regulación por parte de las entidades de regulación.
 - b. Es facultativo para la Superintendencia de Industria y Comercio expedir concepto sobre el proyecto de regulación remitido.
 - c. La entidad regulatoria no está obligada a adoptar las propuestas o medidas sugeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con el proyecto de regulación. Sin embargo, debe manifestar expresamente las razones por las cuales no acoge las recomendaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. Esta facultad legal es desarrollada por el artículo 7 del Decreto 2897 de 2010, que señala el procedimiento para hacer la consulta a la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Concordante con las anteriores normas, el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé la posibilidad de que cualquier persona demande la nulidad de un acto general por expedición irregular. Que al respecto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 20 de noviembre de 2008 consideró que: *“El vicio de forma o la expedición irregular del acto administrativo, se presenta cuando la Administración no se ajusta a los procedimientos establecidos para manifestar su voluntad, los cuales pretenden otorgar garantía a los administrados”*.

Con base en lo anterior, **PREGUNTA:**

1. *“¿Cuál es el efecto jurídico de no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia?”*

2. *“¿Se considera que el proyecto regulatorio que no surtió el trámite ante la Superintendencia de Industria y Comercio, es nulo de conformidad con el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por haber sido expedido en forma irregular?”*

3. *“En caso de que la entidad que elaboró el proyecto de regulación se aparte del concepto dado por la Superintendencia de Industria y Comercio, y no explique las razones de su disentimiento en el texto del proyecto, ¿se consideraría que el acto administrativo definitivo es nulo por expedición irregular?”*

4. *¿Es suficiente para efectos del artículo 7 del decreto 2897 de 2010, que la entidad regulatoria explique a la Superintendencia de Industria y Comercio sus razones para no aplicar las recomendaciones a la Superintendencia, o es necesario que dicha explicación se haga en el texto mismo de la regulación definitiva?”*

II. CONSIDERACIONES

A. Aclaración Previa y planteamiento del problema

En primer lugar, es necesario hacer una precisión en torno a algunos de los interrogantes de la consulta formulados en términos de la nulidad de los actos administrativos expedidos, o que puedan llegar a expedirse omitiendo

lo establecido en el artículo 7 de la ley 1340 de 2009. Al respecto, debe advertirse desde ahora, que el pronunciamiento que la Sala hace en este concepto no tiene la virtualidad de declarar la nulidad o la validez de dichos actos administrativos, pues la función consultiva no constituye un trámite controversial de tipo judicial ni administrativo¹. Por tanto, la correspondiente declaratoria de nulidad atañerá en cada caso a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Hecha esta salvedad, encuentra la Sala que de acuerdo con los antecedentes expuestos y las hipótesis contenidas en las preguntas que formuló el ministerio consultante, las cuestiones que deberán dilucidarse son las siguientes:

(i) Qué efecto jurídico podría tener no remitir un proyecto de acto administrativo con fines de regulación a la Superintendencia de Industria y Comercio.

ii) Qué efecto jurídico podría tener, si remitido el proyecto y proferido el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio, la entidad de regulación, al expedir el acto administrativo de regulación, se aparta de lo señalado en el mencionado concepto sin explicar las razones de su disentimiento.

iii) Qué formalidad requiere el acto en el cual la entidad de regulación manifiesta que se aparta del concepto rendido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para resolver los asuntos expuestos, la Sala analizará en un primer momento las características de la figura de la abogacía de la competencia que trae el artículo 7 de la ley 1340 de 2009 y su decreto reglamentario 2897 de 2010. Posteriormente revisará las causales de nulidad de los actos administrativos, particularmente las relacionadas con su expedición irregular, la falta de motivación y la omisión del deber de consulta en los casos en que ésta es obligatoria. Con base en lo anterior, se determinarán las consecuencias que se preguntan para cada una de las hipótesis planteadas.

¹ Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no constituyen sentencias judiciales, toda vez que no declaran derechos ni contienen condenas de carácter patrimonial. Tampoco son actos administrativos, ya que no expresan manifestaciones de voluntad de la administración. Sin embargo, nada obsta para que los asuntos sobre los cuales la Sala emite su concepto, posteriormente puedan ser objeto de debate judicial, pues no existe limitación para la competencia de la Sala en su tarea de absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el Gobierno Nacional sobre temas de administración; así lo ha señalado la jurisprudencia constitucional. Al respecto, se pueden ver las sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 1996 y C-636 de 1996.

B. La función de la abogacía de la competencia. Características y alcance.

1. El contexto general de la ley 1340 de 2009

La Constitución Política consagra la libertad económica y la iniciativa privada como elementos fundantes en la estructura del modelo económico, donde la empresa es base para el desarrollo del país (Artículo 333). Por tanto, resulta imprescindible garantizar la libre competencia y generar las medidas necesarias que impidan la presencia de prácticas restrictivas del comercio que distorsionen los mercados; además, la libre competencia no es solamente una condición necesaria para el ejercicio de la libertad de empresa, sino que también es un derecho de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios, cuya violación da acceso a la acción popular (artículo 88 ibídem).

En ese sentido en Colombia se han expedido disposiciones que conforman el régimen de la libre competencia económica², siendo la más reciente de los últimos años la ley 1340 de 2009 “*por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*”, propósito que fija claramente en su artículo primero, así:

“Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional”

El artículo 2 de la ley 1340 de 2009 delimitó el ámbito de aplicación de las normas de protección de la competencia y estableció que debe ser vigilada en todos los mercados y respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica (artículo 2). Dicha ley, también le otorgó a la Superintendencia de Industria y Comercio el carácter de “*autoridad única de la competencia*”, asignándole el conocimiento privativo de las investigaciones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia (artículo 6).

La ley consagra igualmente, entre otros temas, beneficios por colaboración con las autoridades en las investigaciones sobre violación de las normas de

² Ver ley 155 de 1959 y decreto 2153 de 1992.

la competencia (artículo 14), deberes de reserva en los procedimientos sancionatorios (artículo 15), garantías para terminación de actuaciones administrativas (artículo 16), reglas procedimentales (artículos 17 a 24) y una actualización de las multas imponibles a los infractores (artículos 25 y 26).

Como se señaló en el respectivo proyecto de ley, las normas expedidas por el Congreso tienen por objeto dotar de herramientas al Estado para garantizar la libertad económica y coordinar la actividad de las diferentes entidades públicas en la materia³. En este contexto, aparece la figura de la abogacía de la competencia que pasa a revisarse.

2. La abogacía de la competencia. Función preventiva y de coordinación interinstitucional para evitar que la restricción indebida de la competencia provenga de las propias autoridades públicas.

En concordancia con lo anterior, y en ejercicio de las funciones de la Superintendencia como autoridad única de la competencia, el legislador en el artículo 7 de la ley 1340 de 2009, desarrolló la figura de la abogacía de la competencia⁴, cuyo propósito justamente es el de "prevenir" que sea una regulación del propio Estado la que obstaculice la competencia económica. El artículo en mención señala:

³ Exposición de motivos, proyecto de ley 277 de 2008, senado, Gaceta del Congreso 157, p.11: "11. Garantizar la debida coordinación entre las distintas entidades que poseen atribuciones en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, y asegurar su continuo mejoramiento y fortalecimiento institucional, ya que se ha criticado, en medios especializados, la debilidad institucional de las autoridades colombianas".

⁴ De manera general, podemos señalar que la función administrativa denominada "abogacía de la competencia" o "*competition advocacy*", como se le conoce en el derecho anglosajón, "*consiste en el establecimiento o mantenimiento de una autoridad de competencia imparcial que sea independiente respecto a la interferencia política de cada país y que sea autorizada para realizar investigaciones de oficio apropiadas.*" Tomado de UNCTAD. Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo. "Fortalecimiento de instituciones y capacidades en el área de Políticas de Competencia y protección del Consumidor. Casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Perú". Editado por Philippe Brusick, Nana María Álvarez y Pierre M. Horna. New York y Ginebra 2004. Pág. 124. Documento consultado el 12 de marzo de 2013 en: http://www.unctad.org/es/Docs/ditccclp20043_sp.pdf. También ha sido definida por la *International Competition Network* (ICN) como: "El conjunto de actividades dirigidas por la autoridad de competencia relacionadas con la promoción de un ambiente competitivo para las actividades económicas, que no significa los mecanismos de aplicación, la cual se desarrolla principalmente a través de su relación con otras entidades gubernamentales y por la promoción de los beneficios de la competencia." Tomado del artículo "Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina" de Luis Fernando Álvarez Londoño. 259 Universitas. Bogotá, enero-junio de 2008.

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

En general puede decirse que la abogacía de la competencia es una *potestad* en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio que le permite participar, a través de un concepto, en los proyectos de regulación que puedan tener incidencia en la libre competencia.

La lectura detenida del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 permite destacar las siguientes características especiales de la abogacía de la competencia:

- (i) Crea un deber de información a la Superintendencia de Industria y Comercio por parte de las autoridades administrativas que tienen facultades de regulación.*

Como se observa, la actividad que deben desplegar las autoridades de regulación fue descrita en futuro indicativo (*informarán*) y sin condicionamiento alguno; impone entonces la obligación de dar noticia o poner en conocimiento de *la Superintendencia de Industria y Comercio el proyecto de regulación*, con el fin, de que dicho organismo tenga un espacio efectivo para emitir un concepto si lo considera pertinente⁵.

- (ii) El deber de información debe cumplirse de manera previa a la expedición de la regulación.*

Esta característica surge con claridad de las expresiones “*concepto previo*” y “*proyecto de regulación*”, los cuales denotan que el deber de información no

⁵ El Decreto 2897 precisa las autoridades que deben cumplir el deber de informar: “**Artículo 2°. Autoridades que deben informar sobre proyectos de regulación.** Para los fines a que se refiere el artículo 70 de la Ley 1340 de 2009 deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo con fines regulatorios que se propongan expedir los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias con o sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y los establecimientos públicos del orden nacional. Parágrafo. No estarán sujetos al presente decreto los organismos y entidades a que se refiere el artículo 40 de la Ley 489 de 1998.”

puede ser en ningún caso concomitante o posterior a la expedición de la respectiva regulación; además, la antelación con la que se informa debe ser *suficiente* para permitir la participación efectiva de la Superintendencia, en punto a lo cual deben tenerse en cuenta los plazos de 10 y 30 días que se conceden a dicho organismo para dictaminar (artículo 10 del Decreto Reglamentario 2897 de 2010⁶).

Por tanto, la respectiva regulación no se podrá expedir antes de cumplir este deber y de que venzan los plazos que la Superintendencia tiene para rendir su concepto.

(iii) El deber de información recae sobre proyectos de regulación administrativa

Si bien la primera parte del artículo 7º se refiere de manera general a los *proyectos de regulación estatal*, la segunda parte de la disposición hace la acotación de que se informarán a la Superintendencia "*los actos administrativos que se pretenda expedir*", lo que sin duda delimita el ámbito material de los proyectos de regulación que deberán cumplir este procedimiento, en particular, en cuanto a la exclusión de los proyectos de regulación de rango legal.

⁶ **Artículo 10. Plazo para rendir concepto.** Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio considere pertinente rendir concepto sobre un proyecto de acto administrativo con fines regulatorios, se aplicará lo siguiente:

1. Cuando se trate de un proyecto de regulación de cualquiera de las autoridades a que se refiere este decreto, diferente de las Comisiones de Regulación, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá pronunciarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquella someta el proyecto de acto administrativo a su consideración, junto con los demás documentos a que se refiere el artículo 80 del presente decreto.

2. Cuando se trate de una Comisión de Regulación:

a) Si el proyecto se refiere a un asunto diferente de tarifas, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá pronunciarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquella ponga el proyecto de acto administrativo en su conocimiento, junto con los demás documentos a que se refiere el artículo 80 del presente decreto.

b) Si el proyecto se refiere a tarifas, la Superintendencia podrá rendir concepto dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que la Comisión de Regulación le suministre el documento fonal preparado por el Comité de Expertos a que se refiere el numeral 11.6 del artículo 11 del Decreto 2696 de 2004 (...).

En relación con los proyectos de regulación que deben ser informados, deben tenerse en cuenta también las excepciones del artículo 4º del Decreto 2897 (regulación para conjurar hechos imprevisibles y/o irresistibles, cumplimiento de una orden judicial, etc.), caso en el cual, dicho artículo obliga a que, en todo caso, la autoridad de regulación *deje constancia* en la parte motiva del respectivo acto administrativo de las razones que sustentan la aplicación de la excepción invocada⁷. Como se verá, la omisión de este deber puede afectar la validez de la decisión adoptada.

(iv) Debe tratarse de un proyecto de regulación que puedan incidir en la libre competencia.

Por otra parte, los proyectos de regulación administrativa que deben informarse son aquéllos que “*pueden tener incidencia para la libre competencia de los mercados*”. Esta condición supone un *deber de evaluación previa* de cada autoridad de regulación sobre el impacto de ésta en la libre competencia, caso en el cual, de ser afirmativa la respuesta, es imperativo informar a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos en que ha quedado expuesto⁸.

Para el efecto, las autoridades de regulación deberán tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 3º del mismo decreto, que señala los casos en los cuáles se entiende que un proyecto de regulación tiene incidencia en la competencia de los mercados⁹. En ese sentido, la autoridad de regulación

⁷ Artículo 4º. Excepciones al deber de informar. (...) **Parágrafo.** En cualquiera de los anteriores eventos la autoridad de regulación deberá dejar constancia expresa en el acto administrativo de la razón o razones que sustentan la excepción que invoca para abstenerse de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto.

⁸ Decreto 2897 de 2010: “**Artículo 5º. Evaluación que debe realizar la autoridad que proyecta expedir un acto.** La autoridad que se proponga expedir un acto administrativo con fines regulatorios deberá evaluar su posible incidencia sobre la libre competencia con base en el cuestionario que adoptará la Superintendencia de Industria y Comercio mediante una resolución de carácter general. Esa evaluación deberá realizarla antes de someter a consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio el proyecto de acto regulatorio.

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

⁹ “**Artículo 3º. Proyectos de regulación que deben informarse a la Superintendencia de Industria y Comercio.** Las autoridades indicadas en el artículo 2º del presente decreto deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Se entenderá que un acto tiene esa incidencia cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga:

debe examinar previamente si se adecua a alguno de los criterios que señala dicho artículo y de esta manera cumplir, cuando sea procedente, con el deber de informar¹⁰.

(v) *Carácter potestativo de la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para emitir o no concepto sobre el proyecto de regulación.*

Si bien el deber de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio es perentorio, dicho organismo no está obligado a rendir concepto sobre el proyecto de regulación que se le remite. En este sentido, el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 arriba transcrito, señala que la Superintendencia “podrá rendir concepto previo”, lo que lleva implícita la posibilidad de no hacerlo.

Con base en lo anterior, el artículo 9° del Decreto Reglamentario 2897 de 2010 establece que una vez informada del proyecto de regulación, la Superintendencia podrá (i) rendir concepto en el sentido que el proyecto no tiene impacto negativo sobre la competencia; (ii) manifestar los efectos negativos del proyecto para la competencia; o (iii) “abstenerse de rendir concepto, caso en el cual se considerará, para todos los efectos legales, que no tiene observaciones sobre el proyecto”.

Sobre este aspecto cabe decir en todo caso, que como cualquier potestad discrecional, la posibilidad de la Superintendencia de no ejercer la competencia que le ha sido asignada, debe responder a su vez a una evaluación sobre la innecesaridad del concepto, lo cual debe revisarse en atención a los fines de la atribución que le ha sido asignada y de la relevancia de las regulaciones que le son puestas a consideración (artículo 44 del CPACA).

1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o

2. Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados.”

¹⁰ Cabe indicar que con el fin de hacer más minucioso el detalle sobre los proyectos que deben estar sometidos a la abogacía de la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la resolución 44649 de 2010 que adopta un cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios. En el cuestionario se esbozan las preguntas y los parámetros de respuestas que cada autoridad puede dar, para determinar si están o no sujetas al deber de informar a la Superintendencia.

De modo que si el proyecto de regulación es relevante desde el punto de vista de posibles impactos negativos para la competencia, el deber de la Superintendencia será rendir su concepto para advertir a la autoridad de regulación sobre esa circunstancia, pues como señala el numeral 3 del artículo 9º del decreto 2897 de 2010, el silencio de dicho organismo equivale a una presunción de inexistencia de observaciones negativas sobre el proyecto de regulación.

*(vi) Carácter no vinculante del concepto emitido por la Superintendencia.
Respeto de la autonomía normativa de las autoridades de regulación.*

Una de las características especiales de la abogacía de la competencia es lo relacionado con el carácter del concepto previo que puede proferir la Superintendencia de Industria y Comercio. La ley indica que este concepto *no será vinculante*¹¹, es decir, la opinión que pronuncie la Superintendencia a modo de concepto, puede ser seguida o no por la autoridad de regulación.

Se tiene entonces, que la abogacía de la competencia no interfiere sobre la autonomía funcional de las autoridades de regulación, en la medida que éstas mantienen la decisión final de expedir o no los actos generales que se derivan de sus competencias constitucionales y legales, y de acoger o no las observaciones hechas por la Superintendencia de Industria y Comercio desde la perspectiva de la libre competencia.

En este sentido, la abogacía de la competencia constituye un espacio preventivo y de coordinación interinstitucional, derivado directamente del artículo 113 de la Constitución Política, según el cual las autoridades de las ramas y órganos del poder público deben concurrir, desde sus competencias, al logro de los fines del Estado.

¹¹ "La doctrina ha distinguido tres clases de pronunciamientos: A) los dictámenes facultativos; b) los informes obligatorios, y c) los dictámenes vinculantes.

Los criterios de diferenciación tomados en cuenta para efectuar la distinción anterior son principalmente dos:

i) Un primer criterio de distinción representado por el **elemento posibilidad u obligatoriedad** que tiene el órgano de administración activa para consultar la opinión que configura el dictamen, y que le permite **optar entre pedir o no el parecer del órgano consultivo**, según lo estime conveniente. En este entendido serían facultativas aquellas consultas en que depende de la sola voluntad de la autoridad el requerirlas o no requerirlas, y **obligatorias**, en cambio, **aquellas que por disposición de la ley deben necesariamente preceder a la emisión del acto** de decisión de la administración activa;

ii) Un segundo criterio de diferenciación radica en la fuerza o potencia vinculatoria con que el dictamen emitido actúa o pesa sobre la resolución terminal". Tomado de MALDARIAGA GUTIERREZ, Mónica. Seguridad jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1993.

Así entonces, desde el punto de vista de las autoridades de regulación, la abogacía de la competencia les permite conocer a éstas la opinión cualificada de una entidad experta e imparcial, sobre las consecuencias de una eventual regulación en esa garantía constitucional, lo cual refuerza la legitimidad y legalidad de las normas a expedir; desde la perspectiva de la Superintendencia de Industria y Comercio, la figura fortalece el deber del Estado de asegurar la libre competencia, mediante la posibilidad de que su máxima autoridad de la competencia comparta su experticia y conocimiento con autoridades regulatorias encargadas de otras tareas públicas.

(vii) *Deber especial de motivación de la regulación que se expida separándose del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la norma analizada establece una condición especial relacionada con la *forma* en que la autoridad regulatoria puede disentir del concepto proferido por la Superintendencia, pues aún cuando el mismo no es vinculante, se establece que para separarse de él, la autoridad respectiva *“deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”*.

Esta circunstancia comporta una obligación especial de motivación del respectivo acto administrativo regulatorio, cuya inobservancia puede generar su nulidad, como se verá más adelante. Además, resulta claro que la motivación debe constar, como dice la norma, *en la parte considerativa* del propio acto regulatorio.

Respecto de este deber especial de motivación, es importante señalar que, viniendo el concepto de la máxima autoridad en materia de competencia económica, lo que hace presumir la idoneidad y consistencia de sus observaciones, la argumentación de la autoridad de regulación para separarse de dicho dictamen, ha de ser no sólo expresa sino suficiente, esto es, basada en razones constitucionales y legales de mayor peso que determinan la necesidad de expedir la regulación al margen de las consideraciones que le han sido expuestas por la Superintendencia.

Por lo anterior, se descartan de entrada las fórmulas genéricas, formales o retóricas que no explican de manera clara y de fondo los motivos de mayor peso que impulsan a la autoridad de regulación para disentir de la abogacía de la competencia.

B. Consecuencias jurídicas de pretermitir el trámite de la abogacía de la competencia.

Hechas las anteriores precisiones es necesario establecer si la omisión del *deber de informar* a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de regulación estatal, y la *desatención del concepto* o la *no motivación* de las razones para apartarse de él, constituyen elementos esenciales del acto administrativo, y en tal medida, si su omisión tiene la potencialidad de viciar la voluntad administrativa.

1. La nulidad de los actos administrativos por expedición irregular y violación de las normas en que deben fundarse.

Sea lo primero indicar que, por disposición de la ley, los actos administrativos nacen al mundo jurídico amparados por la presunción de legalidad y, por ende, gozando de fuerza jurídica, formal y material; por consiguiente, aún cuando tengan vicios en su formación, se reputan válidos hasta tanto se declare la extinción de sus efectos en vía administrativa o judicial. Este precepto de especial importancia fue consagrado de manera expresa en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

“Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

Ahora bien, a pesar de que existe una presunción de legalidad sobre los actos administrativos que expide la administración, todo el proceso de formación del acto administrativo debe estar rodeado del principio de legalidad como criterio de validez¹². Es por ello que la noción de validez del

¹² “Bástenos agregar sobre la idea de la vinculación conceptual entre validez, acto administrativo y principio de legalidad las siguientes autorizadas opiniones. Nos dice Garrido Falla que “la noción de acto administrativo es indudablemente una consecuencia de la sumisión de la Administración Pública a un régimen de Derecho” y que “el principio general, tantas veces aludido, de la legalidad de la actuación administrativa se resuelve, a la vista de cada concreto acto administrativo, en una cuestión de pura técnica jurídica, cuyo empleo se hace entonces indispensable para determinar con rigor qué actos administrativos son legalmente válidos y cuáles no”. GARRIDO FALLA, op. cit. p. 431 y 497. Al respecto MARIENHOFF añade que “la noción de acto administrativo es contemporánea al constitucionalismo, a la aparición del principio de separación de poderes y a la sumisión de la Administración Pública al derecho” y que “la legalidad es un requisito que rige genéricamente a todos y cualquiera de los elementos del acto administrativo, sea cual fuere su denominación o naturaleza, porque todos deben estar de acuerdo con la regla de derecho”. MARIENHOFF, op. cit. p. 220 y 274. Opina también Duque Pérez: “el acto administrativo está afectado cuando su contenido está en contradicción en todo o en parte con las normas jurídicas preestablecidas que constituyen las fuentes

acto administrativo, obliga siempre a examinar el ajuste de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico.

Al respecto, el artículo 137 del CPACA establece como causales de nulidad las siguientes:

*"ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos **con infracción de las normas en que deberían fundarse**, o sin competencia, o **en forma irregular**, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió".*

Adicionalmente, el artículo 46 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé que la pretermisión del trámite de consultas previas cuando la ley o la Constitución han impuesto esa obligación, constituye causal autónoma de nulidad:

"Artículo 46. Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar".

De manera que para que un acto administrativo exista jurídicamente y se le tenga por válido, tienen que concurrir en su formación una serie de *elementos esenciales*, cuya ausencia provoca "vicios" que afectan su legalidad. Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló recientemente lo siguiente:

"De manera particular, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla como vicios formales, los de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como vicios materiales: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

de la legalidad administrativa. Todas las causales de nulidad implican una violación, un desconocimiento de la Ley". DUQUE PEREZ (Jairo E.). Violación de la ley como causal de nulidad del acto administrativo. Revista Estudios de Derecho. Colombia. Vol. XXX No. 79, Marzo 1971, p. 135"
Tomado de Saborio Valverde, Rodolfo. Eficacia e invalidez del acto administrativo. 3ª. Ed.- San José, C.R.: Editorial Juricentro, 2002. Documento consultado el 14 de marzo de 2013 en:
<http://cesdepu.com/eficacia2002.pdf>

El vicio formal de infracción de las normas en las que el acto debe fundarse, referidas dichas normas, a todas aquellas que componen el ordenamiento jurídico, por manera que objetivamente implica la confrontación del acto con la norma superior, se trata entonces de un problema de derecho; la incompetencia, que consiste en que la autoridad administrativa adopta una decisión sin encontrarse legalmente facultada para ello, teniendo en cuenta que no se puede salir del marco constitucional y legal que le señala su competencia; y, la expedición irregular, que acontece cuando se emite el acto sin sujeción a un procedimiento y unas fórmulas determinadas.

El vicio material de desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, es una causal implícita en el Derecho administrativo, porque forma parte de la garantía constitucional básica al debido proceso; la falsa motivación, que se traduce en el error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y el desvío de poder, que es la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el Legislador”¹³.

El asunto que se trae a la Sala se enmarca de manera específica en lo que suele llamarse “*formalidades del acto administrativo*”¹⁴, y que, de no atenderse, pueden generar la nulidad de la decisión administrativa por *expedición de forma irregular*.

Por ello, cuando el orden normativo establece una serie formas y procedimientos que corresponde cumplir antes de emitir la voluntad administrativa, tales actos deben atenderse a fin de respetar el principio de legalidad y evitar vulneraciones al debido proceso¹⁵

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 27 de enero de 2011. Radicado interno: 0730-08. Consejo de Estado. Ver entre otras: Sección Quinta Sentencia del 5 de mayo de 2006. Radicado interno: 3933

¹⁴ En este punto cabe distinguir que dentro de la expresión general de formalidades se ha diferenciado tradicionalmente tres conceptos que la envuelven: El primero de ellos es el *procedimiento* que incluye las vías de producción del acto administrativo (las cuales estarían integradas por el conjunto de trámites legales para llegar al acto administrativo). El segundo concepto es *la forma* (que tiene que ver con los modos como la voluntad administrativa se manifiesta); y finalmente, *las formalidades* propiamente dichas (que definen el conjunto de requisitos que han de observarse para dictar el acto: requisitos que pueden ser anteriores, posteriores o concomitantes al acto). Al respecto ver la obra del doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo, procedimiento, eficacia, validez.” En: Colombia 2003. Editorial: Universidad Externado de Colombia. Pág. 157.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-640 del 13 de agosto de 2002: “Las actuaciones administrativas vinieron a ser reguladas por primera vez en el C.C.A., ante la necesidad sentida de establecer unas normas que se refirieran a la actividad de la Administración previa al acto administrativo. Esta etapa previa de formación del acto administrativo no había sido hasta entonces objeto de regulación específica, pues las leyes anteriores se limitaban a establecer las normas para impugnar tales actos mediante la llamada vía gubernativa. (...)” “8. A partir de una noción de “procedimiento” que sobrepasa el ámbito de lo estrictamente judicial, el procedimiento administrativo ha sido entendido por la doctrina contemporánea como el modo de producción de los actos administrativos¹⁵. Su objeto principal es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de

Además, téngase en cuenta que en todo caso, el acto administrativo será nulo cuando haya sido expedido "con infracción de las normas en que deberían fundarse".

2. La nulidad de los actos administrativos por falta de motivación y violación del debido proceso.

Sobre los motivos del acto y la forma en que deben presentarse, ha señalado la jurisprudencia que cuando la ley exija que un acto administrativo se motive, dicha motivación se convierte en un elemento esencial del mismo, cuya omisión lo haría anulable por la causal de expedición en forma irregular¹⁶. Al respecto, recientemente la Sección Primera del Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

"La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.

Los motivos del acto administrativo deben ser de tal indole, que determinen no sólo la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario, las razones de hecho y de derecho que inspiraron la producción de los mismos.

En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos

quienes ejercen funciones administrativas. La Constitución Política reconoce la existencia de este tipo de procesos en el mundo jurídico, cuando en el artículo 29 prescribe su sujeción a las garantías que conforman la noción de debido proceso. (...) "Así, a partir de una concepción del procedimiento administrativo que lo entiende como un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso."

¹⁶ "Cuando la ley exige que el acto debe ser motivado la expresión de las razones justificativas se convierte en un elemento formal cuya omisión lo hace anulable por expedición en forma irregular" Consejo de Estado. Sección Segunda, sentencia del 30 de agosto de 1977.
"La insuficiencia de los motivos es causal de nulidad del acto administrativo por desviación de poder, en tanto que la no expresión de los motivos cuando a ello hubiere lugar es causal también de anulación del acto pero por vicio de forma, es decir por expedición irregular del mismo" Consejo de Estado. Sección Primera, sentencia del 4 de julio de 1984.

*mandatos normativos, incurre en el vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo*¹⁷. (...)”¹⁸

La importancia de la motivación ha sido desarrollada también por la jurisprudencia constitucional, en la cual se ha señalado claramente que en el estado social de derecho, tal exigencia de motivación tiene relación directa con los principios constitucionales de publicidad, debido proceso y defensa:

*“La motivación de los actos administrativos responde a la garantía de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso”*¹⁹

Debe decirse además, que la motivación de los actos administrativos, si bien no necesariamente extensa, si debe ser pertinente y suficiente desde el punto de vista de la carga argumentativa que tiene la administración de hacer públicos los motivos que determinan la aplicación e interpretación de las normas jurídicas que regulan el caso concreto:

“4.2. Ahora bien, para que una autoridad cumpla con las exigencias de motivación de sus actos no basta con que exponga determinadas proposiciones, de hecho y de derecho, aunque luego extraiga una conclusión congruente con ellas. Esa es una condición necesaria pero insuficiente de una debida justificación, y obedece en parte a lo que en la teoría jurídica se conoce como justificación interna.^[9] Además de eso es indispensable que la autoridad pública explicité las razones por las cuales concluyó que las premisas jurídicas y fácticas usadas por él eran aceptables de acuerdo con la realidad probatoria y con el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la decisión también debe contar con una justificación externa.^[9] En consecuencia, por ejemplo las autoridades no pueden simplemente afirmar que el Derecho positivo ordena, prohíbe o permite determinada solución y a continuación tan sólo citar algunos artículos.^[10] El órgano encargado de aplicar el derecho en los casos concretos está en la obligación de exponer por qué esas referencias normativas autorizan una conclusión interpretativa como la que expone en su acto. En todo caso, deberá basarse en una evaluación que contenga razones y argumentos fundados no sólo en reglas de “racionalidad”, sino también en reglas de carácter valorativo, pues con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, y con la “razonabilidad”

¹⁷ Sentencia 16090 del 23 de junio de 2011, C.P. Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 31 de marzo de 2012. Expediente radicado: 11001-03-24-000-2005-00334-00(15895)

¹⁹ Sentencia de Unificación 917 de 2010, de la Corte Constitucional, con base, a su vez en Sentencia de Unificación SU 250 de 1998 de la misma corporación judicial.

*se pretende evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden parecer lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.*²⁰

De modo que cuando la ley exige la motivación del acto administrativo -como sucede con los actos de carácter particular y concreto (artículo 42 del CPACA) o con actos generales como el analizado en esta consulta- dicho requisito deja de ser un asunto irrelevante o de menor valía frente a la validez de la decisión administrativa²¹; la relación directa entre motivación y debido proceso, determinan entonces la nulidad de la respectiva decisión cuando no se cumple con ella.

3. El análisis del caso concreto: la nulidad derivada de la inobservancia del procedimiento señalado en el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009.

En punto a esta consulta, se tiene entonces que el artículo 7 de la ley 1340 de 2009 establece que las autoridades de regulación (i) informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los actos regulatorios que pretendan expedir y puedan tener impacto en la competencia económica y (ii) motivarán *de manera expresa* su decisión cuando decidan separarse del concepto que llegare a emitir dicha superintendencia²².

Además, como se señaló, el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010 obliga también a que el acto de regulación se motive de manera expresa cuando la autoridad regulatoria aplique alguna de las excepciones que, según dicho decreto, hacen innecesario informar del respectivo proyecto.

Es decir, las disposiciones en cita indican la forma específica en que debe expedirse el acto administrativo de regulación en lo que toca al agotamiento del procedimiento de la abogacía de la competencia y al deber de dar a conocer las razones de disenso en el texto mismo de la regulación, más específicamente, en la parte considerativa.

En consecuencia, a la luz de lo dispuesto en los artículos 46 y 137 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, puede concluirse que tanto el incumplimiento del deber de informar, como el hecho de expedir el acto de regulación sin las motivaciones que llevaron a la entidad a aplicar una excepción para no surtir dicho trámite o a apartarse del concepto de la Superintendencia, viciaría de nulidad la voluntad

²⁰ Sentencia T-472 de 2011.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-250 de 1998.

²² El decreto 2897 de 2010, que reglamentó el artículo 7 de la ley 1340, refuerza también estas obligaciones (Artículos 7 y 9).

administrativa por haberse expedido de forma irregular y con violación de las normas en que deben fundarse.

Cabe recordar que sobre las formalidades sustanciales del procedimiento y las que no lo son, la jurisprudencia ha sido coherente en señalar que las primeras tienen que ver, como en este caso, con las garantías mínimas de cada actuación, cuyo incumplimiento acarrea la nulidad de la decisión administrativa²³. La Sección Primera del Consejo de Estado ha manifestado al respecto:

"La segunda (se refiere a la causal de anulación por vicios de forma) se desprende de que los actos administrativos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley y de que la observancia de la forma es la regla general, no solo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es instrumental, para asegurar la certeza documental, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto a su validez (...).

*Para distinguir entre las formas sustanciales y las accidentales, los Tribunales deben examinar cada caso, con base en que sólo **las que constituyan una verdadera garantía y, por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad.** (negrilla fuera del texto)²⁴*

Recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró esta tesis al recordar que el legislador puede establecer requisitos para la formación de actos generales de regulación, cuyo incumplimiento acarrea su nulidad:

*"En cambio, en el ámbito de la producción de medidas regulatorias o reglamentarias, contenidas en actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, normalmente el ordenamiento jurídico no hace exigencias procedimentales especiales, más allá de exigir, obviamente, que el acto sea proferido en ejercicio de las competencias legalmente atribuidas a la respectiva autoridad, **lo cual no implica, desde luego, que el legislador carezca de la facultad de establecer, cuando así lo considere necesario, procedimientos especiales para la producción de tales actos administrativos, los cuales obviamente se tornarían obligatorios en tales casos.***

Consecuentemente, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de

²³ Al respecto ver las Sentencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia del 3 de septiembre de 1998, Radicado interno: 12547. Sección Segunda, sentencia del 29 de agosto de 2002, Radicado interno: 2589. Sección Cuarta, sentencia del 30 de abril de 1998, Radicado interno: 8719. Sección Quinta, sentencia del 22 de mayo de 2008, Radicado interno: 00035; entre otras.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de fecha 15 de marzo de 1991, Expediente No. 190.

carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma.²⁵ (negrilla fuera del texto).

Por tanto, la inobservancia del procedimiento de consulta que se deriva de la abogacía de la competencia en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando haya lugar a él, genera la nulidad de las respectivas decisiones administrativas de regulación.

Conforme a lo expuesto, la Sala **RESPONDE:**

1. *“¿Cuál es el efecto jurídico de no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia?”*

2. *“¿Se considera que el proyecto regulatorio que no surtió el trámite ante la Superintendencia de Industria y Comercio, es nulo de conformidad con el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por haber sido expedido en forma irregular?”*

3. *“En caso de que la entidad que elaboró el proyecto de regulación se aparte del concepto dado por la Superintendencia de Industria y Comercio, y no explique las razones de su disentimiento en el texto del proyecto, ¿se consideraría que el acto administrativo definitivo es nulo por expedición irregular?”*

El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación el no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o el apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta, en principio, sería la nulidad del acto administrativo de regulación por expedición irregular del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Radicación interna: 27832.

4. ¿Es suficiente para efectos del artículo 7 del decreto 2897 de 2010, que la entidad regulatoria explique a la Superintendencia de Industria y Comercio sus razones para no aplicar las recomendaciones a la Superintendencia, o es necesario que dicha explicación se haga en el texto mismo de la regulación definitiva?"

La forma que exige el artículo 7 de la ley 1340 de 2009 -que se reitera en los artículos 7 y 9 del decreto reglamentario 2897 de 2010-, para apartarse del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio es la de manifestar "de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta". Por tanto, la motivación debe constar en la parte considerativa del acto regulatorio y no serían suficientes las explicaciones o constancias que se dejen en otro documento.

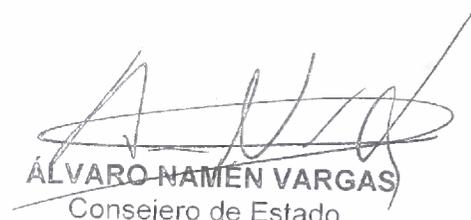
Remítase al señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala



AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala

LEVANTAMIENTO DE LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO NO. 019470 DEL
SIETE (07) DE OCTUBRE DE 20123