

1. FUNDAMENTO LEGAL DE LA FUNCIÓN DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019:

"(...) la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio los actos administrativos que 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" (subrayado fuera del texto).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó el efecto jurídico que podría tener sobre la norma regulatoria expedida por una autoridad de regulación el incumplimiento de las obligaciones del citado artículo en los siguientes términos:

"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 de 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 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"¹ (subrayado fuera del texto).

2

Adicionalmente, es importante mencionar que los conceptos de abogacía de la competencia cumplen labores preventivas de protección a la libre competencia y en ese sentido, el Consejo de Estado ha indicado que el objeto de la abogacía de la competencia es que el Estado no obstaculice las dinámicas del mercado con su actividad regulatoria. También pretende evitar que a través de actuaciones normativas se generen externalidades negativas o se incremente el costo social de la regulación.

De acuerdo con lo anterior, la abogacía de la competencia no interfiere en la autonomía de los reguladores, y su objetivo no es sugerir medidas regulatorias sino formular las recomendaciones que esta autoridad pueda considerar pertinentes respecto del Proyecto.

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

En efecto, el regulador mantiene la decisión final de expedir el acto administrativo acogiendo o no las recomendaciones de esta Superintendencia².

Finalmente, el artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015 estableció la obligación de las autoridades de regulación de dejar constancia del trámite de abogacía de la competencia. En cumplimiento de dicha obligación, en la parte considerativa del acto administrativo con posible incidencia en la libre competencia económica, la autoridad deberá consignar expresamente si consultó a la Superintendencia de Industria y Comercio y si esta entidad emitió recomendaciones o no.

Fundamento de la función oficiosa

Tal y como se mencionó en el aparte anterior, el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019 estableció la función de oficio para expedir conceptos de abogacía de la competencia a cargo de esta Superintendencia, conforme con lo dispuesto en la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 2897 de 2010.

De acuerdo con lo señalado, la función de abogacía de la competencia puede ser ejercida por la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de competencia, a través de dos vías: por solicitud del regulador o de manera oficiosa. En este sentido, cuando esta Entidad evidencie que existen proyectos regulatorios que puedan tener incidencia sobre la libre competencia económica podrá de oficio y de manera discrecional, analizar el proyecto regulatorio y emitir las recomendaciones a que haya lugar.

3

Sobre el particular y en línea con la denominada potestad discrecional o discrecionalidad administrativa, resulta necesario mencionar que esta se enmarca en la idea de Estado social de derecho. En efecto, es la propia ley la que reconoce de manera expresa la existencia de márgenes con que cuenta la administración para adoptar las decisiones que convengan al interés general y al cumplimiento de los cometidos estatales.

La Corte Constitucional ha manifestado, refiriéndose a la función discrecional, que: “ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público.”³. La discrecionalidad bien entendida otorga a la Administración Pública facultades para dar oportuna y eficaz respuesta a los retos que a menudo le plantean las diversas circunstancias de las distintas áreas en que desarrolla su actividad.

Por su parte, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, preceptúa que la función discrecional debe:

² Consejo de Estado, Auto del 30 de abril de 2018 por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 2163 de 2016 “Por la cual se reglamenta el Decreto 2297 de 2015 y se dictan otras disposiciones”, expedida por el Ministerio de Transporte. Radicado: 11001-03-24-000-2016- 00481-00.

³ Corte Constitucional C-031-95 M.P. Hernando Herrera Vergara.

- (i) Ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y en consecuencia al interés general. En el caso específico de la función de abogacía de la competencia este requisito se entiende cumplido en la medida que la emisión de conceptos debe responder a la necesidad “de “prevenir” que sea una regulación del propio Estado la que obstaculice la competencia económica”⁴.
- (ii) Ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, lo que necesariamente implica la existencia de una relación objetiva entre los hechos antecedentes o determinantes y la decisión discrecional que se adopta.

En consecuencia, esta Superintendencia considera que el Proyecto cumple con los requisitos para ser objeto de análisis en sede de abogacía de la competencia. En otras palabras, el Proyecto, conforme con el Decreto 2897 de 2010 cuenta con las siguientes características:

1. Corresponde a un acto administrativo⁵.
2. Tiene fines regulatorios de acuerdo con lo concluido por el Consejo de Estado⁶.
3. Tiene la potencialidad de incidir sobre la libre competencia económica de cara al cuestionario de abogacía de la competencia.
4. La autoridad requerida es de aquellas obligadas a remitir los actos administrativos a esta Superintendencia para obtener el concepto de abogacía de la competencia correspondiente.

4

Por lo anterior, esta Superintendencia encuentra méritos suficientes para proceder a emitir el concepto que en esta oportunidad nos ocupa.

2. ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El día 6 de octubre de 2020, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, envió a la Coordinadora del Grupo de Abogacía de la Competencia la solicitud⁷ de activar la función de oficio en materia de Abogacía de la Competencia respecto del Proyecto. En atención a lo anterior, el mismo día, esta Superintendencia requirió al MADS

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 12 de octubre de 2017, radicado interno No. 19950.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), radicado interno 2291.

⁷ Radicado No. 20-371238-0-0

para que allegara en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles, los documentos citados en el artículo 8 del Decreto 2897 de 2010, con excepción del cuestionario de abogacía de la competencia. El anterior requerimiento fue realizado en atención a lo preceptuado en el artículo 30 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.⁸

El día 19 de octubre esta Superintendencia recibió la respuesta de parte del MADS, de la que hacían parte los siguientes documentos: i) el proyecto de acto administrativo, ii) los estudios técnico-económicos realizado sobre el proyecto, y iii) las observaciones y sugerencias recibidas de terceros interesados. Con posterioridad a dicha respuesta, el día 26 de octubre de 2020, el MADS y el Grupo de Trabajo de Abogacía de la Competencia de esta Superintendencia sostuvieron una reunión en la que el equipo técnico del MADS, a cargo del Proyecto, expuso las disposiciones y motivaciones de éste. Adicionalmente, el MADS informó acerca del proceso de mesas de trabajo sectoriales que se venía realizando con posterioridad a la etapa de consulta pública. En este sentido, manifestó que dicho proceso podría dar lugar a modificaciones del articulado del Proyecto, razón por la cual, se concluyó en la reunión que la versión remitida por el MADS el día 19 de octubre podría no ser la final.

Por lo anterior, esta Superintendencia solicitó al MADS remitir la versión más definitiva del Proyecto. Este requerimiento fue atendido satisfactoriamente por parte del MADS el día 16 de diciembre de 2020.

5

Expuestos los antecedentes de la presente actuación administrativa, esta Superintendencia procede a emitir concepto de abogacía de la competencia a partir de la información obrante en el expediente, para lo cual dispone del término señalado en el artículo 10 del Decreto 2897 de 2010.

3. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Con el objeto de plantear el marco legal que regula la actividad de gestión integral de residuos de construcción y demolición en Colombia, a continuación, se exponen los antecedentes del Proyecto.

3.1. Resolución 0472 de 2017

En el artículo 1 de esta resolución se establecen las disposiciones para la gestión integral de los Residuos de Construcción y Demolición (en adelante “RCD”). Dichas disposiciones aplican a personas naturales y jurídicas que generen, recolecten, transporte, almacenen, aprovechen y dispongan RCD de obras civiles o de otras actividades en el territorio nacional. Del mismo modo, se definen, entre otros aspectos, los siguientes: i) las tipologías de RCD; ii) las actividades que componen la gestión integral de estos residuos; iii) las clases de generadores, de gestores, y sus obligaciones; iv) las obligaciones de los entes

⁸ “Artículo 30. Peticiones entre autoridades. Cuando una autoridad formule una petición de información o de documentos a otra, esta deberá resolverla en un término no mayor de diez (10) días. En los demás casos, resolverá las solicitudes dentro de los plazos previstos en el artículo 14.”

territoriales y las autoridades ambientales, y v) las medidas de manejo ambiental que debe incluir el generador en el Plan de Manejo Ambiental.

4. Concepto de Abogacía de la Competencia radicado No. 17-286051

El proyecto de decreto “Por el cual se adiciona el Decreto 1076 de 2015, Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con la gestión integral de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (en adelante “RAEE”), y en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 1672 de 2013” fue conocido por esta Superintendencia en sede de abogacía de la competencia. Producto de lo anterior, se profirió el concepto identificado con radicado No. 17-286051 en el cual esta Superintendencia hizo énfasis en que, desde el punto de vista ambiental y de eficiencia, es justificable que los RAEE sean dispuestos, reciclados, recuperados, o exportados por los gestores autorizados por las autoridades ambientales y no enterrados en celdas de seguridad por varios años en un relleno de seguridad con los riesgos ambientales que de ahí se pueden derivar. Teniendo esto en cuenta, la Superintendencia decidió no realizar recomendaciones en materia de libre competencia económica frente al establecimiento de licencias, permisos y la limitación condicionada para los rellenos de seguridad.

5. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El Proyecto está compuesto por un total de 12 artículos que incorporan las siguientes modificaciones a la Resolución 472 de 2017: (i) define los conceptos de almacenamiento, gran generador de RCD, simbiosis industrial y tercero receptor; (ii) incorpora la actividad del tercero receptor como parte de la etapa de aprovechamiento de RCD; (iii) establece las medidas mínimas de manejo ambiental en los sitios de disposición final de RCD; (iv) define la obligación de formular, implementar y mantener el programa de manejo ambiental de RCD; (v) modifica las obligaciones de los generadores de RCD; (vi) amplía las obligaciones de los gestores de RCD; (vii) establece obligaciones en cabeza de los departamentos, municipios y distritos en materia de RCD; (viii) desarrolla las obligaciones de la autoridad ambiental competente; (ix) reforma las metas de aprovechamiento de RCD; (x) modifica los anexos de la Resolución 472 de 2017; (xi) define la metodología de control y seguimiento de lo dispuesto en el Proyecto, y (xii) determina la fecha de su entrada en vigencia.

6

Por consideración a sus potenciales efectos en la competencia, en la descripción del Proyecto esta Superintendencia hace énfasis en los siguientes dos aspectos: (i) en la definición de la figura de tercero receptor y en su autorización para participar en la etapa de aprovechamiento de RCD, y (ii) en la obligación de los pequeños generadores de entregar los RCD a un gestor de RCD.

El artículo 1 del Proyecto incorpora la figura de tercero receptor y la define como aquella “persona natural o jurídica que, sin tener la gestión de RCD como su actividad principal, recibe para su aprovechamiento de manera directa en el ejercicio de sus actividades, agregando valor a través de procesos de simbiosis industrial, bajo las condiciones establecidas en esta resolución”. Como resultado de su incorporación al mercado de

gestión integral de RCD, el Proyecto, en su artículo 2, dispone que los terceros receptores podrán participar de la etapa de aprovechamiento de RCD⁹.

Por otro lado, el artículo 5 del Proyecto, relativo a las obligaciones de los generadores de RCD, dispone que los pequeños generadores¹⁰ tendrán la obligación de entregar los RCD a un gestor de RCD¹¹ para que se realicen las actividades de recolección y transporte hasta los puntos limpios, sitios de aprovechamiento o disposición final.

Por último, resulta pertinente mencionar que el Proyecto modifica las metas de aprovechamiento de RCD generados en la obra y que se encuentran actualmente vigentes para grandes generadores, tomando en consideración la categoría de municipio y el año de terminación del proyecto de construcción.

4. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

4.1. El mercado de gestión integral de RCD

7

El presente aparte busca caracterizar el funcionamiento del mercado de gestión integral de RCD con base en lo dispuesto en la Resolución 472 de 2017 y las modificaciones incluidas por el Proyecto.

De acuerdo con la Resolución 472 de 2017, el mercado de gestión integral de RCD está compuesto por las siguientes cinco actividades:

⁹ De acuerdo con el artículo 2 del Proyecto, la etapa de aprovechamiento de RCD se realizará en plantas de aprovechamiento fijas o móviles y deberá contar como mínimo con las áreas de operación de recepción y pesaje; separación y almacenamiento por tipo de RCD aprovechables; aprovechamiento, y almacenamiento de productos.

¹⁰ La Resolución 472 de 2017 define a los pequeños generadores de RCD como aquellos que cumplen con alguna de las siguientes condiciones: 1) que no requieren la expedición de licencia de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencia de intervención y ocupación del espacio público, o 2) que requieren de la expedición de licencia de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencia de intervención y ocupación del espacio público y la obra tiene un área construida inferior a 2,000 m². Por su parte, la misma resolución define a los grandes generadores de RCD como aquellos que cumplen las siguientes dos condiciones: 1) requieren la expedición de licencia de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencia de intervención y ocupación del espacio público, así como los previstos en el inciso 2 del numeral 7 del artículo 2.2.6.1.1.7. y las entidades a que se refiere el parágrafo 2 del artículo 2.2.6.1.1.12. del Decreto 1077 de 2015 o la norma que lo modifique o sustituya y los proyectos que requieren licencia ambiental y 2) que la obra tenga un área construida igual o superior a 2,000 m².

¹¹ De acuerdo con el artículo 1 de la Resolución 472 de 2017, los gestores de RCD son las personas que realizan las actividades de recolección, transporte, almacenamiento, aprovechamiento y/o disposición final de RCD.



De acuerdo con la Resolución vigente y el Proyecto, los agentes que participarían en el mercado de gestión integral de RCD son: el gestor de RCD, el gran generador de RCD, el pequeño generador de RCD y el tercero receptor. Los generadores de RCD son definidos como la persona natural o jurídica que genera RCD con ocasión de la realización de las actividades de construcción, demolición, reparación o mejoras locativas. Los gestores de RCD son definidos como la personas que realizan las actividades de recolección, transporte, almacenamiento, aprovechamiento y/o disposición final de RCD. Los grandes generadores de RCD son aquellos que cumplen con alguna de las siguientes condiciones: (i) requieren la expedición de licencia de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencia de intervención y ocupación del espacio público, así como los previstos en el inciso 2° del numeral 7° del artículo 2.2.6.1.1.7 y las entidades a que se refiere el parágrafo 2° del artículo 2.2.6.1.1.12 del Decreto 1077 de 2015 o la norma que lo modifique o sustituya, (ii) los proyectos que requieren licencia ambiental, (iii) las obras que tengan un área construida igual o superior a 2.000 m².

Por su parte, los pequeños generadores de RCD son definidos como aquellos generadores de RCD que cumplen con alguna de las siguientes condiciones: (i) que no requieren la expedición de licencia de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencia de intervención y ocupación del espacio público, y (ii) que requieren la expedición de licencia de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencia de intervención y ocupación

del espacio público, y que la obra tenga un área construida inferior a 2,000 m². Finalmente, el Proyecto, tal como se puso de presente en su descripción, incorpora la figura de los terceros receptores y los define como aquellas personas naturales o jurídicas que sin tener la recepción y tratamiento de RCD como su actividad principal, los gestionan para su aprovechamiento de manera directa en el ejercicio de sus actividades.

4.2. Consideraciones sobre el articulado del Proyecto

A continuación, se adelantará el análisis relacionado con los efectos sobre la libre competencia económica de las disposiciones del Proyecto

4.2.1. Creación de la figura del “Tercero receptor”

El artículo 1 del Proyecto modifica el artículo 2 de la Resolución 472 de 2017 al incluir la figura de tercero receptor. La creación de este nuevo agente en el mercado de RCD es valorado positivamente por esta Superintendencia por sus potenciales efectos de eficiencia reflejados en un mayor aprovechamiento de RCD, así como por la disminución de las externalidades negativas ambientales derivadas de la generación de RCD. En efecto, con la normativa vigente, no existe la posibilidad de que una persona natural o jurídica incorpore de manera directa RCD a la actividad que realiza, en todo caso tendrá que acudir a un gestor de RCD con el fin de adquirir este tipo de bienes. En este sentido, el Proyecto elimina la intermediación en los casos referidos, permitiéndolo que los generadores se contacten de manera directa con aquellos agentes económicos que tienen la capacidad de realizar un aprovechamiento directo de los recursos. Con lo anterior, como se señaló, se alcanzan mayores eficiencias en el aprovechamiento de los RCD y se mitigan las externalidades negativas que en materia ambiental se crean producto la generación de RCD.

9

Adicionalmente, el Proyecto no establece porcentajes que pudieran llegar a limitar la actividad de este tercero receptor. Se observa entonces, que el Proyecto permite que el mercado establezca si los RCD serán tratados por un gestor de RCD o aprovechados directamente por un tercero receptor. De esta manera, será el mercado el que establezca las condiciones, respecto de los niveles de RCD objeto de aprovechamiento, en las cuales se desarrollará la actividad.

En relación con este aspecto, el MADS argumentó que pese a los avances alcanzados en materia de gestión de RCD, aún existen barreras en su implementación, siendo una de estas la limitación a la gestión exclusiva de RCD en puntos de aprovechamiento. De acuerdo con la misma entidad, esta barrera estaría “cerrando la puerta a escenarios de simbiosis industrial¹² como intercambios de material aprovechable entre proyectos inmobiliarios, venta de chatarra metálica a siderúrgicas o a esquemas logísticos

¹² El Proyecto define el concepto de simbiosis industrial en los siguientes términos: “Estrategia colaborativa para el intercambio de flujos físicos de materiales, energía o agua y el compartir de servicios entre actores, para contribuir al uso eficiente de recursos y la reducción de impactos ambientales de sistemas industriales”.

regionales...”.¹³ En la misma línea, el MADS pone de presente que la ampliación a la posibilidad de certificar el aprovechamiento de RCD mediante la modalidad de tercero receptor tiene como fin motivar la simbiosis industrial y la reutilización de materiales, tanto en ausencia de infraestructura física para el aprovechamiento como de posibilidades ambientales más efectivas y eficientes de aprovechamiento.¹⁴

Dicho lo anterior, esta Superintendencia no formulará recomendación alguna en relación con la creación de la figura del tercero receptor y su rol dentro del mercado colombiano de gestión de RCD.

4.2.2. Obligación de los pequeños generadores de entregar los RCD a un gestor

En el numeral 2 del artículo 5 del Proyecto, relativo a las obligaciones de los generadores de RCD, se establece que: “Los pequeños generadores tienen la obligación de entregar los RCD a un gestor de RCD para que se realicen las actividades de recolección y transporte hasta los puntos limpios, sitios de aprovechamiento o disposición final según sea el caso”. Para esta Superintendencia, la limitación propuesta podría inicialmente ser considerada una limitación al número o variedad de las empresas en este mercado, en atención al trato exclusivo otorgado al gestor en detrimento del tercero receptor. Sin embargo, esta Superintendencia atendiendo a las calidades del grupo que constituye los pequeños generadores (por citar un ejemplo, el habitante de zona rural que realiza una pequeña mejora locativa en su vivienda), encuentra la disposición del Proyecto justificada y valora el efecto positivo que podría generarse al otorgar mayor claridad respecto del mecanismo de gestión de residuos provenientes de los pequeños generadores, tal y como lo manifestó el MADR en reunión sostenida con este despacho y así facilitar la disposición final de RCD provenientes de esta fuente.

10

Adicionalmente observa esta Superintendencia que, los pequeños generadores, atendiendo a las cantidades de RCD que generan, podrían tener problemas si se les obligará a gestionar directamente el aprovechamiento de dichos residuos.

En virtud de lo anterior, esta Superintendencia no formulará recomendación alguna frente a la disposición que obliga a los pequeños generadores de RCD a entregar los RCD a un gestor de RCD.

5. CONCLUSIÓN

Por las consideraciones expuestas en el presente concepto de Abogacía de la Competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio no formulará recomendaciones al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

¹³ Cfr. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2020). Documento Técnico de Soporte: De la norma por la cual se modifica la Resolución 472 de 2017 sobre la gestión integral de residuos de construcción y demolición – RCD y se adoptan otras disposiciones. Pág. 7

¹⁴ Ibid. Pág. 10

Finalmente, agradecemos al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita una copia al correo electrónico arincon@sic.gov.co

Cordialmente,

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA
Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

Elaboró: María Alejandra Baquero M. | Andrés Felipe Suárez G.

Revisó: Ana María Pérez | Aura Elena Rincón

Aprobó: Juan Pablo Herrera Saavedra

Es importante para nosotros conocer su percepción sobre la atención de su solicitud, por esta razón lo invitamos a evaluar el servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio siguiendo el siguiente enlace:

