

CAPÍTULO TERCERO
LA PROTECCIÓN DE LOS MERCADOS MEDIANTE
LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA¹

ISMAEL BELTRÁN PRADO²
AURA ELENA RINCÓN PEÑA³

RESUMEN

En este capítulo se explican las nociones legales y económicas que fundamentan la abogacía de la competencia de que trata el artículo 7.º de la Ley 1340 de 2009. En tal sentido, en él se describen las causas que, según la experiencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), llevan a las autoridades de regulación a expedir regulaciones potencialmente restrictivas de la competencia. Así mismo, se ilustra la metodología que aplica la SIC para evaluar los proyectos de regulación con incidencia en la libre competencia y se presentan los elementos que deberían tener en cuenta las

-
- 1 Las opiniones que aquí se expresan son personales y no representan en ningún sentido la visión de las entidades que representan los autores. Cualquier imprecisión es responsabilidad exclusiva de los autores. Para cualquier duda, sugerencia, corrección o comentario, favor escribir a <ibeltran@sic.gov.co> o <arincon@sic.gov.co>.
 - 2 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Tiene una especialización en Derecho de Sociedades de la misma universidad y cuenta con una maestría en Derecho (LL. M.) de la Universidad de Columbia (Nueva York). Es candidato a la Maestría en Economía Aplicada (MEcA) de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como coordinador del Grupo de Trabajo Élite contra Colusiones de la Superintendencia de Industria y Comercio. Correo electrónico: <ibeltran@sic.gov.co>.
 - 3 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, con especialización en Derecho Comercial y en Derecho de la Empresa de la Universidad del Rosario. Actualmente se desempeña como coordinadora del Grupo de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Correo electrónico: <arincon@sic.gov.co>.

autoridades regulatorias para expedir regulaciones armónicas con el régimen de la libre competencia económica. En el capítulo se exponen las fallas de mercado tradicionalmente identificadas por la literatura económica, pues estas constituyen el fundamento económico del análisis de la abogacía de la competencia. Finalmente, se presentan algunas conclusiones y unas sugerencias que deberían tenerse en cuenta para el desarrollo futuro de la abogacía de la competencia en Colombia.

Palabras clave: abogacía de la competencia, libre competencia económica, regulación, fallas de mercado, fallas de Estado.

ABSTRACT

In this chapter we explain the legal and economical notions related to the competition advocacy function under article 7 of Law 1340/2009. To that end, in this writing we describe the causes, which, based on the experience of the Superintendence of Industry and Commerce, take Regulators to issuing potential anticompetitive regulations. In addition, we illustrate the methodology that the SIC uses to evaluate the regulatory drafts that might have an impact on competition and we present the elements that Regulators should take into account to issue fully harmonized regulations with the Economic Competition Regime. We explain the market failures that the economic literature traditionally identifies, because they constitute the economic ground of the competition advocacy analysis. Finally, we present some conclusions and recommendations that we believe should be taken into account in the future to develop the competition advocacy in Colombia.

Keywords: competition advocacy, antitrust, regulation, market failures, state failures.

INTRODUCCIÓN

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), autoridad de competencia de Colombia, se ha hecho célebre principalmente por las sanciones que desde el 2009 ha impuesto a las compañías que han incurrido en la cartelización empresarial, y también por aquellas sanciones impuestas a las empresas que se coluden para resultar adjudicatarias de manera anticompetitiva de los contratos estatales.

Así pues, y aunque se debe continuar fortaleciendo la facultad sancionatoria de la SIC para reprimir efectivamente conductas anticompetitivas, lo mismo debe hacerse con las funciones preventivas de la entidad, puesto que estas son igualmente importantes para preservar el derecho colectivo a la libre competencia. Puntualmente, la abogacía de la competencia puede generar beneficios para la economía y para los consumidores en una magnitud igual de significativa que las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia (The World Bank y OECD, 1998).

De cualquier forma, aun con las dificultades que implica cuantificar los beneficios de una función preventiva como la de la abogacía de la competencia, lo cierto es que la experiencia de estos diez años de aplicación del artículo 7.º de la Ley 1340 de 2009 permite reconocer, por lo menos cualitativamente, los beneficios de esta herramienta. En este contexto, la abogacía de la competencia ha servido para prevenir que el Estado vulnere el régimen de la libre competencia y también ha fungido como un instrumento para evitar que los mercados sean distorsionados, y además para impedir que se propicien entornos que faciliten las conductas anticompetitivas (SIC, 2016)^[4].

4 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto de abogacía de la competencia 16-129322-6 del 1.º de septiembre de 2016. En este concepto la Delegatura para la Protección de la Competencia, refiriéndose a la función de abogacía de la competencia, señaló: “Además de ser una obligación legal,

Este capítulo busca contextualizar brevemente a los lectores sobre lo que significa la abogacía de la competencia. Además, se relacionan algunas de las circunstancias o causas que llevan a las autoridades de regulación a expedir regulaciones con riesgos para la libre competencia. Luego se explica cómo deben elaborarse regulaciones armónicas con el régimen de protección de la competencia, para lo cual se relacionan algunas de las fallas de mercado que se pueden presentar en los mercados, y para este fin se presenta una generalización teórica y metodológica del análisis que hace la SIC de tal forma que sirva como guía a las autoridades de regulación. Finalmente, se mencionan algunos de los retos que la SIC deberá enfrentar en el futuro para modernizar y profundizar la función de abogacía de la competencia.

I. CONTEXTUALIZACIÓN

La SIC ejerce su función preventiva mediante dos instrumentos. El primero corresponde a la evaluación *ex ante* de las integraciones jurídico-económicas⁵, el cual será tratado en un siguiente capítulo, y que valga decirlo, tiene una importancia crucial en preservar la dinámica competitiva de los mercados. El segundo, que es el objeto de estas páginas, es la llamada función de abogacía de la competencia. Al respecto, es preciso aclarar que dicha función se concentra sobre todo en lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley 1340 de 2009.

Pese al alcance de este capítulo, en el contexto internacional la “abogacía de la competencia” comprende una noción

la importancia del ejercicio de la abogacía de la competencia se asocia con el desarrollo de mejores políticas públicas de tal manera que estas no tengan como objeto o efecto limitar la libre competencia económica con todas las consecuencias negativas que de ello se derivan y que son bien conocidas en economía”.

5 Artículo 9.º, Ley 1340 de 2009.

mucho más amplia (International Competition Network [ICN, 2019]). En efecto, es usual que el término se utilice comúnmente para referirse a todas aquellas actividades encaminadas a promover y crear una cultura de competencia.

En contraste, en el caso colombiano la expresión se utiliza de manera más específica para hacer referencia a la función relacionada con los conceptos que emite la SIC respecto de proyectos de regulación estatal con potencial incidencia en la libre competencia en los mercados. De cualquier forma, también conviene mencionar que la SIC despliega, en el marco de sus funciones, distintas actividades que se enmarcan en el concepto más amplio de abogacía de la competencia.

II. NOCIÓN LEGAL DE LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

El artículo 7.º de la Ley 1340 de 2009 contiene el alcance de la función de abogacía de la competencia en los siguientes términos:

Artículo 7.º.— *Abogacía de la competencia.* Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2.º del Decreto Ley 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.

Del artículo 7.º se desprende lo siguiente:

— La función de abogacía de la competencia es una facultad potestativa, pues la SIC tiene la opción de no pronun-

ciarse sobre el proyecto de regulación que le sea enviado. No obstante, el silencio de la SIC tiene una consecuencia. En efecto, si se trata de un proyecto de regulación con potencial incidencia en la competencia, el silencio implicaría que la SIC no tiene observaciones sobre el proyecto⁶.

— Se refiere a proyectos de regulación estatal, concepto que es bastante amplio, aunque limitado principalmente por el artículo 2.º del Decreto 2897 de 2010, en tanto que solo son las autoridades ahí mencionadas las que deben informar a la autoridad de competencia las normas que se proponen expedir. De cualquier forma, debe referirse a “proyectos” de regulación estatal, es decir, futuras regulaciones.

— Los proyectos de regulación estatal deben tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Es así como cualquier efecto de un proyecto regulatorio en cualquiera de los factores que incidan en la libre competencia debe ser informado a la SIC. Para tal efecto, esta entidad cuenta con un cuestionario para que la autoridad regulatoria efectúe el análisis sobre si un proyecto de regulación se debe o no notificar⁷.

— Los conceptos que emite la SIC no son vinculantes, lo cual implica, como es evidente, que la autoridad regulatoria que haya informado un proyecto de regulación y cuente con dicho concepto, no está en la obligación de acogerlo.

— A diferencia de la posibilidad de apartarse de los conceptos de la SIC, no sucede lo mismo con la necesidad de motivar las razones por las cuales la autoridad regulatoria decide no acoger el concepto. Así pues, la autoridad regulatoria debe incluir, en la parte considerativa del acto

6 Numeral 3, artículo 9.º, Decreto 2898 de 2010.

7 El cuestionario fue expedido mediante la Resolución 44649 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio y se encuentra disponible en la página web de la SIC: <<http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/PC01-F02.pdf>>.

administrativo, las razones por las cuales decidió no acoger las recomendaciones (Consejo de Estado, 2013)^[8].

III. CIRCUNSTANCIAS O CAUSAS DE LAS REGULACIONES ANTICOMPETITIVAS

Usualmente, cuando se hace referencia a las vulneraciones del Régimen de Libre Competencia, el lector pensará en los carteles empresariales. No obstante, lo cierto es que el Estado, mediante sus regulaciones, puede distorsionar los mercados de manera importante.

En efecto, las regulaciones son, para bien o para mal, poderosos mecanismos para interferir en el funcionamiento de los mercados. En tal sentido, conviene llamar la atención sobre el hecho de que muchas autoridades con facultades regulatorias fallan constantemente por medio de sus intervenciones (sic, 2017a)^[9].

- 8 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 4 de julio de 2013. Al respecto, la máxima autoridad de lo contencioso-administrativo manifestó: “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 solo 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*” (bastardilla fuera de texto).
- 9 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto de abogacía de la competencia 16-457103 del 8 de febrero de 2017, p. 13. Al respecto, señaló la Delegatura para la Protección de la Competencia refiriéndose a la fijación de requisitos para la prestación del servicio de transporte especial: “En opinión de esta Superintendencia, lo que se plantea mediante el Proyecto se podría asemejar a una ‘falla de gobierno’ consistente en una ineficiente asignación de cargas y recursos y un potencial declive en el bienestar económico originado por una intervención estatal excesiva quizás incompatible con el funcionamiento de un mercado en libre competencia económica”.

En este contexto, mediante la práctica de la abogacía de la competencia de la SIC, se observan con frecuencia distintas situaciones que pueden dar origen a regulaciones potencial o manifiestamente anticompetitivas. A continuación se explican estas circunstancias, puesto que de esta forma es posible comprender mejor qué puede llevar a las autoridades regulatorias a expedir regulaciones con efectos potencialmente anticompetitivos. Con fundamento en esta descripción, es posible presentar una propuesta respecto de cómo las autoridades regulatorias deben aproximarse a los fenómenos objeto de regulación, con el fin de tomar medidas preventivas para reducir la probabilidad de proyectar regulaciones potencialmente anticompetitivas.

A. Captura regulatoria

El fenómeno conocido como “captura regulatoria” se refiere a aquella circunstancia en la que las autoridades regulatorias se vuelven serviles o simplemente ceden a las presiones de grupos de interés en los sectores que precisamente pretenden regular y, por tanto, aquellas reducen su posibilidades de intervenir los mercados con criterios técnicos (Posner, 1974). Tirole (2017) clasifica a este fenómeno, aunque con otro nombre, dentro la categoría de fallas de Estado

En la práctica, es difícil identificar cuándo un regulador ha sido objeto de captura regulatoria. Así las cosas, son muchas las ocasiones en las que un regulador puede aducir razones técnicas que sirvan para legitimar sus decisiones, pese a que pueden responder en realidad a la agenda de un interés particular.

De cualquier forma, el objeto de discusión en este aspecto es la falta de independencia del regulador frente a una decisión regulatoria que termina por beneficiar a un grupo de interés en perjuicio de los intereses de la sociedad (SIC,

2017b)^[10]. Además, una regulación diseñada de esta manera produce ineficiencias, puesto que los beneficios del grupo de interés usualmente generan costos que debe soportar la sociedad (Dunne, 2015).

La creación de entidades regulatorias independientes institucionalmente es, por supuesto, parte de la solución. Sin embargo, no todas las funciones regulatorias pueden trasladarse a este tipo de entidades, por lo que existirán otras autoridades con mayores riesgos de presiones políticas de parte de grupos de interés. El fortalecimiento institucional, así como incentivos adecuados para atraer a profesionales técnicos, idóneos y éticos, es necesario para reducir el riesgo de “captura regulatoria”.

B. Ausencia o deficiencia de estudios

El requisito de los estudios técnico-económicos, como expresamente lo señala el numeral 3 del artículo 8.º del Decreto 2897 de 2010, es uno de los documentos que la autoridad regulatoria debe aportar en su solicitud de trámite de abogacía de la competencia.

10 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto de abogacía de la competencia 17-116087 del 17 de julio de 2017, p. 8. Al respecto, señaló la Delegatura para la Protección de la Competencia refiriéndose al trato discriminatorio respecto de los vehículos registrados antes y después de la expedición del proyecto regulatorio analizado: “De cualquier forma, si existieran otras razones de orden social o de otra índole para esta distinción, tal y como esta se encuentra planteada, no es suficiente para los propósitos de garantizar el libre acceso a los mercados en igualdad de condiciones y, a la luz de la libre competencia económica, es discriminatoria. Si el Ministerio de Transporte pretende proteger a un sector económico de la sociedad por advertir que con la medida se generarían traumatismos sociales o de otra índole, el Ministerio de Transporte debería en todo caso elegir opciones regulatorias que armonicen esos otros fines sociales con la menor distorsión sobre la libre competencia económica la cual, además, es un derecho colectivo protegido por la Constitución Política en su artículo 88”.

Estos estudios son motivo de debate entre la SIC y distintas autoridades regulatorias. Existe una gran confusión sobre el alcance y profundidad que deben tener los estudios. Por tal razón, la SIC ha procurado explicar en distintos documentos qué deberían incluir dichos estudios para que la SIC pueda iniciar su análisis desde el punto de vista de la libre competencia económica¹¹. Así las cosas, lo primero que deben incluir los estudios son las consideraciones y observaciones que llevaron a la autoridad regulatoria a diligenciar el cuestionario de abogacía de la competencia antes referido¹². Además, los estudios deben servir para respaldar los análisis señalados en el artículo 6.º del Decreto 2897 de 2010¹³.

En línea con lo dispuesto en el artículo 6.º del Decreto 2897 de 2010, la SIC ha efectuado algunas recomendaciones adicionales que consisten en informarle las alternativas regulatorias que se consideraron antes de enviar el proyecto de acto administrativo con fines de regulación. Esta es una buena práctica porque permite conocer el análisis que hizo la autoridad desde su perspectiva de regulador sectorial. En muchas ocasiones la SIC puede usar estas alternativas como insumo para robustecer sus propias recomendaciones. Las comisiones de regulación del país suelen ser particularmen-

11 Pauta Generales para la elaboración de los Estudios Técnico-Económicos. En <<http://www.sic.gov.co/abogacia-de-la-competencia/documentos-de-analisis>>.

12 Numeral 3, artículo 6.º, Decreto 2897 de 2010.

13 "(i) la respuesta fundada a cada una de las preguntas del cuestionario debe estar soportada en los estudios que sean necesarios. (ii) cuando la respuesta dada por el regulador a cualquiera de las preguntas del cuestionario resulte afirmativa, antes de remitir el proyecto a la SIC, podrá modificarlo o considerar otras opciones regulatorias, procurando en todo caso compensar o mitigar las restricciones a la libre competencia de manera que logre los fines regulatorios que se propone restringiendo de la menor manera posible la libre competencia en el mercado o mercados relevantes relacionados en los cuales la regulación puede producir efectos, dichas consideraciones deberán también estar soportadas en estudios serios y juiciosos".

te rigurosas en explicar estas alternativas regulatorias y las incluyen en el estudio técnico-económico. Bien convendría que esta práctica fuera adoptada por otros reguladores.

Aunque parte de estos aspectos se desarrollarán más adelante, la SIC ha recomendado incluir en los estudios técnico-económicos: 1) la explicación económica que justifica la regulación, con la inclusión de las correspondientes fallas de mercado (SIC, 2018b)^[14]; 2) las demás razones de política pública que justifican la propuesta regulatoria; y 3) un análisis costo-beneficio que puede ser cuantitativo o simplemente cualitativo.

Con el ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y mediante los esfuerzos adicionales de mejora normativa liderados por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), las entidades de regulación cuentan con más elementos para desarrollar estos estudios.

De cualquier forma, para efectos de este capítulo conviene subrayar que la ausencia o deficiencia de estudios es un obstáculo para el éxito de la regulación y también para el análisis de competencia de la SIC, que sin conocer

14 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto de abogacía de la competencia 18-128057 del 10 de mayo de 2018, p. 13. Al respecto, señaló la Delegatura para la Protección de la Competencia: “Esta Superintendencia comprende que mercados como el de servicios móviles o el de venta de ETM y, en general, los relacionados con las telecomunicaciones, suelen requerir una mayor intervención regulatoria que otros cuyas características se asemejan en mayor medida a mercados competitivos. No obstante, del hecho de que se trate de situaciones en las que las fallas de mercado son más generalizadas, no se colige que el regulador quede, por lo menos en términos de la libre competencia económica, exonerado de la carga de identificar concretamente, para un proyecto regulatorio en particular, cuál es la falla de mercado que pretende corregir para evitar en la medida de lo posible regulaciones que distorsionen el mecanismo de funcionamiento natural de una economía de mercado, y de qué manera el instrumento regulatorio elegido soluciona de forma eficiente y efectiva dicha falla. Así pues, en esta oportunidad, la Superintendencia de Industria y Comercio echa de menos la identificación específica de la falla de mercado que justifique una intervención regulatoria”.

las explicaciones de la autoridad regulatoria, en muchas ocasiones debe priorizar la defensa de la libre competencia sobre proyectos de regulación indebidamente sustentados en estudios insuficientes (sic, 2016)^[15]. En otras palabras: una adecuada y sustentada explicación de las razones del porqué un proyecto regulatorio debe imponer algunas restricciones puede implicar que la sic no tenga que emitir recomendaciones.

Así pues, buena parte de las fallas regulatorias que más adelante se explican provienen de la improvisación regulatoria y de la falta de consideración y análisis respecto de las razones que motivan la regulación.

C. Desconocimiento del funcionamiento de los mercados

Aunque este punto está relacionado con la falta de estudios, en realidad se trata de algo más simple. La práctica de la abogacía de la competencia ha permitido observar que existe cierta inclinación de muchos reguladores a desconfiar de los mecanismos de ajuste y autorregulación propios de los mercados.

Aun en ausencia de fallas de mercado, sorprenden algunos esfuerzos elaborados para justificar regulaciones que interfieren innecesariamente con los mecanismos propios de ajuste de los mercados mediante la interacción de la oferta y

15 Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto de abogacía de la competencia 16-197623 del 8 de agosto de 2016. Al respecto, señaló la Delegatura para la Protección de la Competencia refiriéndose a la regulación del valor que la empresa de transporte debía pagar al transportador de carga en ciertas rutas nacionales: “Ahora bien, esta Superintendencia no encontró dentro de los antecedentes de los Proyectos sometidos a examen, ninguna información que permita dar crédito a que la fijación del Valor a Pagar sea el mecanismo idóneo para dar remedio al alegado problema de información asimétrica entre el Intermediario y la Oferta”.

la demanda¹⁶. Tal como lo ha dicho en distintas oportunidades la SIC, esa no puede ser la premisa en una economía de mercado que además incorpora una disposición de rango constitucional que la reafirma, como lo es el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, al señalar que “[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

Una manera de reducir esta desconfianza sobre el funcionamiento de los mercados se puede lograr mediante la promoción de la cultura de competencia en el país. La SIC destina algunos recursos a este propósito, pero existen autoridades en el mundo que por diversas razones cuentan con una institucionalidad más desarrollada en este sentido. A título de ejemplo se puede mencionar la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), órgano constitucional autónomo que tiene a su cargo vigilar, promover y garantizar la libre competencia y concurrencia en el mercado mexicano.

IV. CÓMO REGULAR DE FORMA ADECUADA DESDE UNA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA. UNA PROPUESTA SUSTENTADA EN EL ANÁLISIS DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA DE LA SIC

Se han expuesto algunas circunstancias que favorecen la producción anticompetitiva de regulaciones, y para ello se han ofrecido algunas sugerencias muy generales de cómo

16 Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto de abogacía de la competencia 17-359378 del 30 de enero de 2018. En este concepto la SIC se pronunció sobre las tarifas propuestas para el transporte de alcohol carburante e indicó: “En ese orden de ideas, esta Superintendencia, luego de realizar el análisis correspondiente, y, a partir de la aplicación del índice HHI teniendo como fundamento la información relacionada en el gráfico anterior, concluye que el mercado de transporte terrestre de Etanol, es un mercado moderadamente concentrado. De aquí que, la intervención del Estado en este sector, deba estar suficientemente y debidamente justificada, teniendo en cuenta que, por lo menos, desde la perspectiva de la libre competencia económica, se hace menos evidente la necesidad de interferir los mecanismos de formación de los precios de Etanol en condiciones de competencia”.

abordar esos entornos desfavorables a una regulación armónica con el régimen de la libre competencia económica. A continuación se presenta la descripción teórica y metodológica que utiliza la SIC en ejercicio de la función de abogacía de la competencia.

A. La premisa para el análisis de abogacía de la competencia de la SIC

Para el análisis de los proyectos de regulación la SIC comienza su estudio con fundamento en la premisa constitucional de que los mercados no deben ser intervenidos hasta que se demuestre, o al menos se explique, por qué debe hacerse la intervención.

Desde una perspectiva de la libre competencia económica, tal premisa en el contexto colombiano tiene un origen constitucional, pues el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia precisa:

Artículo 333.— La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

[...] El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. [Bastardilla fuera de texto].

Ahora bien, el hecho de que los mercados no deban ser intervenidos hasta que se demuestre por qué debe hacerse la intervención es el punto de partida del análisis de competencia, puesto que en un Estado social de derecho la in-

tervención en la economía es perfectamente posible a la luz del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, según el cual la dirección general de la economía está a cargo del Estado.

Desde una perspectiva de política económica, se puede afirmar que los artículos 333 y 334 tienen una inspiración ordoliberal, conforme con la cual la libre competencia es un presupuesto fundamental que a su vez admite una intervención estatal con fundamento en unas reglas duraderas y responsables (Rösner, 2001). Por lo anterior, según esta visión, el Estado no puede intervenir de cualquier modo y sin respetar unos mínimos que tomen en consideración la integridad de los mercados.

B. Identificación de fallas de mercado

Una vez que la autoridad regulatoria comprende el punto de partida según el cual la intervención en la economía no puede ser de cualquier manera —pues con ello no solo se distorsionan innecesariamente los mercados, sino que se puede desconocer el régimen de protección de la competencia—, el siguiente paso consiste en identificar las fallas de mercado.

En efecto, aunque usualmente se supone que los mercados funcionan por sí solos y que son el mecanismo generalmente más efectivo para asignar los recursos de una economía, lo cierto es que los mercados fallan y estos defectos deben corregirse (Tirole, 2017). En el mismo sentido (Arjona y Rubio, 2002), aunque reconocen los beneficios del mercado en la asignación eficiente de recursos, llaman la atención sobre el hecho de que la existencia de fallas de mercado es más común de lo que suele creerse. Además, manifiestan que la corrección de estas fallas debe hacerse teniendo en cuenta sus efectos sobre variables como la distribución o la justicia, y no solo la eficiencia. Incluso, valga decir, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido el concepto de

fallas de mercado y se ha pronunciado sobre la oportunidad que estas representan para abrir paso a una intervención responsable en la economía (Corte Constitucional, 2003).

De ahí que una de las maneras más efectivas para justificar una regulación en el contexto de una economía social de mercado sea justamente mediante la identificación concreta, precisa y aplicada de la falla de mercado que se pretende corregir con la propuesta regulatoria. Pero si los mercados fallan, también fallan a menudo los reguladores en identificar y presentar a la SIC cuáles son los defectos de mercado que buscan corregir. En efecto, el Estado falla y a veces estas fallas pueden ser más costosas (Spulber, 1989).

La identificación de las fallas de mercado permite un análisis más preciso de la SIC, puesto que si la falla está correctamente identificada, el resultado del estudio jurídico-económico se resuelve en el plano de la razonabilidad y la proporcionalidad y no en el de debatir si existe o no una razón para intervenir regulatoriamente los mercados. En efecto, el análisis en este punto es si esa medida regulatoria sometida a consideración de la SIC es lo menos restrictiva posible de la libre competencia.

La literatura económica suele catalogar las siguientes fallas de mercado:

— Externalidades: en el libro *La firma, el mercado y la ley*, del premio nobel de economía Ronald Coase, se señala que una externalidad es “el efecto de la acción de un agente en el bienestar de otro” —Coase citando a Hahn—. En palabras de Coase: “[u]na externalidad es usualmente definida como el efecto de la decisión de una persona sobre alguien que no es parte de esa decisión” (Coase, 1988, pp. 24-25)¹⁷. En tanto que las externalidades generan resultados ineficientes, por lo general se acepta que se justifique la intervención del Estado —aunque se debate constantemente cuál es la

17 Traducción de los autores.

herramienta más apropiada para tal fin— ante la presencia de una externalidad.

— Bienes públicos: se definen como aquellos bienes que son no rivales en el consumo y no excluyentes. Lo primero se refiere a que el consumo de una persona no implica que otro individuo pueda consumir menos de ese bien. Lo segundo significa que es costoso prohibir el consumo del bien por personas que no pagan por este (Carden y Horwitz, 2013). Los bienes públicos suelen ser subvalorados y producidos en cantidades inferiores a las necesarias (Dunne, 2015); de ahí que muchas veces se requiera una intervención del Estado.

— Información asimétrica: en una transacción económica casi siempre una de las partes tiene mayor información que la otra. Tal vez el ejemplo más conocido provenga del premio nobel de economía George Akerlof en su famoso ensayo *El mercado de los cacharros: incertidumbre en las calidades y el mecanismo de mercado*. En efecto, en el mercado de los carros usados, los vendedores están mejor informados que los compradores sobre la calidad de dichos vehículos (Akerlof, 1970). Corregir este desequilibrio de información puede requerir la intervención del Estado.

— Poder de mercado¹⁸: “[...] es decir, de la capacidad de hacer pagar a los consumidores precios muy superiores a los costes y ofrecer productos de mediocre calidad. Es lo que ocurre cuando los mercados se monopolizan; por ejemplo, debido a fuertes rendimientos de escala” (Tirole, 2017, p. 176). El poder de mercado es, por excelencia, una razón poderosa para intervenir en el funcionamiento de los mercados.

18 La literatura económica para medir la concentración del mercado presenta numerosos índices de concentración. Para tal fin véase (LIS-GUTIÉRREZ, 2013).

El anterior listado contiene las fallas de mercado que la literatura económica suele definir como tales. Por consiguiente, la presencia de una o más de estas fallas —o incluso de otras que no se encuentren en esta lista—, junto con una adecuada justificación de la autoridad regulatoria que busca someter un proyecto de regulación al análisis de la SIC, permite un mejor estudio desde la perspectiva de la libre competencia económica y es el primer paso hacia un concepto positivo.

Para cerrar este punto, es importante acentuar que lo que subyace a cada falla de mercado es en últimas un problema de eficiencia, y por tanto, la profundidad e intensidad de la falla dan cuenta de qué tan alejado está un mercado del ideal de la competencia perfecta (Dunne, 2015). Como bien se dijo, la hipótesis que hay que desvirtuar es que el funcionamiento libre del mercado es inadecuado para alcanzar resultados eficientes, y justamente, la presencia de una falla de mercado sirve para vencer esa premisa.

C. Identificación complementaria de otros objetivos de política pública que justifican la intervención regulatoria

No obstante lo explicado, incluso ante la ausencia de fallas de mercado la intervención regulatoria puede estar justificada. Por tanto, la autoridad regulatoria debería indicar en su solicitud de concepto de abogacía de la competencia cuál o cuáles son los otros objetivos de política pública que justifican un proyecto regulatorio en particular.

La literatura económica ha reconocido —quizás cada vez con menos temor— que existen otras razones de política pública para intervenir los mercados que no obedecen necesariamente al objetivo de corregir fallas de mercado. Sobre este particular, Dunne (2015) expone las razones por las cuales las anteriores explicaciones suelen estar enmarcadas en un contexto neoclásico de la economía y también

indica por qué pueden ser insuficientes. Sin embargo, lo cierto es que la complejidad de los mercados actuales puede requerir intervenciones que no están necesariamente dirigidas a obtener un resultado eficiente. Esta concepción se acomoda bien en la economía social de mercado que inspira la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, aun si el analista de la competencia suele ser reticente a aceptar estas justificaciones como sustento de una intervención regulatoria —la sic lo hace de manera excepcional—, tales explicaciones por fuera del marco tradicional de las fallas de mercado pueden ser aceptadas.

Retomando a Dunne (2015), serían tres las razones por las cuales otros objetivos de política pública son admisibles para justificar regulaciones que interfieran los mercados (pp. 10-14):

— El concepto de eficiencia económica no suele involucrar consideraciones de equidad, y por tanto, un resultado eficiente puede ser incompatible con objetivos deseables como la equidad social. Estas consideraciones se vuelven particularmente problemáticas precisamente en el contexto de los análisis jurídico-económicos que involucran nociones como la “justicia”, que suelen ser, por decirlo de alguna manera, menos aceptadas y utilizadas en la jerga de la literatura económica tradicional.

— El análisis convencional de la oferta y la demanda involucra un análisis estático, por lo que, en muchas ocasiones, la eficiencia dinámica —entendida en este caso como el progreso técnico que mide la innovación— no se toma en cuenta y, por consiguiente, los modelos estáticos de competencia no logran comprender todo el proceso económico.

— Por último, el equilibrio de mercado y la eficiencia son un modelo idealizado que en innumerables ocasiones no se presenta a plenitud en la realidad. Por tal razón, los decisores de política pública deben sacrificar la eficiencia por el segundo mejor resultado posible de política pública —*second best*—.

La SIC ha reconocido expresamente otras justificaciones para intervenir los mercados al señalar: “De manera semejante, existen otras razones de política pública que pueden no enmarcarse dentro de las fallas de mercado y que, excepcionalmente, se reconocen para efectos de justificar la intervención del Estado en la economía pero que, en todo caso, deben estar adecuadamente justificadas para efectos de admitirlas como una excepción al funcionamiento de la libre competencia económica” (SIC, 2018a, p. 17).

En esta categoría pueden incluirse las fallas de gobierno o fallas de Estado, que se presentan cuando este fracasa en un su intento de proveer las condiciones para que los mercados funcionen de forma adecuada. Una manera con la cual el Estado falla es justamente mediante regulaciones distorsionantes que menguan la capacidad de los mercados de obtener resultados eficientes. Así pues, cuando los proyectos regulatorios buscan restablecer el correcto y libre funcionamiento de los mercados, la SIC puede emitir un concepto positivo de abogacía de la competencia en la medida en que esa regulación efectivamente busque corregir esa falla de Estado.

D. Identificación de las disposiciones legales que sustentan la propuesta regulatoria

En el sistema jurídico colombiano, las normas que lo integran se relacionan unas con otras sobre la base de un principio de jerarquía, el cual se manifiesta en una prevalencia de normas sobre otras normas. Por citar un ejemplo, el artículo 4.º de la Constitución Política preceptúa que la Constitución es norma de normas. Así las cosas, existen ciertas formas jurídicas tales como la Constitución y la ley que tienen la capacidad de incidir en el contenido de normas de inferior jerarquía (decretos, resoluciones), en aras de conservar la coherencia del sistema jurídico.

Así pues, las normas jurídicas con carácter legal (ley, decretos con fuerza de ley) procurarán desarrollar los preceptos constitucionales, e igualmente, los decretos reglamentarios procurarán desarrollar y precisar las disposiciones legales, y así también las resoluciones y acuerdos, respetando toda la normatividad constitucional y legal.

Con fundamento en lo anterior y partiendo del principio de jerarquía normativa, el cual organiza toda la actividad productora de derecho, la SIC en algunas ocasiones se enfrenta a un proyecto de regulación restrictivo de la libre competencia, el cual se limita a desarrollar estrictamente una norma de categoría superior como una ley. Es prudente que la autoridad regulatoria sea explícita al indicar dicha circunstancia. Este reconocimiento facilita que la SIC module su análisis de conformidad con las disposiciones legales superiores.

E. La valoración jurídico-económica de la propuesta regulatoria

Con fundamento en los anteriores elementos, la SIC adelanta su análisis desde la perspectiva de la libre competencia económica. Se trata de un estudio jurídico-económico que considera los principios y objetivos del régimen de protección de la competencia y los distintos elementos que aquí se han esbozado.

Es a su vez un análisis complejo, pues implica evaluar no solo si un proyecto regulatorio puede ser *per se* anti-competitivo, sino que busca anticipar cómo dicha norma podría llegar a distorsionar los mercados en el futuro. Este aparte del concepto de abogacía contiene el soporte de la recomendación.

F. Recomendación

Por último, la SIC rinde su concepto después de haber efectuado un cuidadoso estudio del proyecto de regulación

estatal. A la luz del artículo 8.º del Decreto 2897 de 2010, la SIC puede, en esta etapa del trámite: 1) rendir concepto favorable, esto es, manifestar que el proyecto de regulación carece de incidencia sobre la libre competencia; 2) indicar que el proyecto de regulación tiene una incidencia negativa, evento en el cual la autoridad regulatoria podrá apartarse del concepto pero deberá, como se mencionó, manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones del acto administrativo las razones por las cuales toma la determinación de alejarse del concepto de la SIC¹⁹; y 3) abstenerse de rendir concepto, caso en el cual se entenderá para todos los efectos que la SIC no tiene observaciones respecto del proyecto de regulación.

CONCLUSIONES

Este capítulo ha buscado contextualizar desde un enfoque jurídico y económico la función de abogacía de la competencia que ejerce la SIC desde el 2009. Así mismo, se ha pretendido recoger la experiencia de estos años en el sentido de precisar cuáles se consideran las causas más comunes que llevan a las autoridades regulatorias a proponer y expedir regulaciones restrictivas de la competencia.

Además, en este capítulo se han descrito los fundamentos teóricos que orientan la metodología analítica conforme con la cual se ejerce la abogacía de la competencia en la SIC. Se espera que estas consideraciones sirvan de ilustración a

19 Resulta pertinente reiterar, tal como lo ha manifestado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que tanto el incumplimiento del deber de informar existiendo la obligación para el regulador de hacerlo como el hecho de expedir el acto de regulación sin las motivaciones que llevaron a la autoridad regulatoria que lo expide a aplicar una excepción para no surtir el trámite de abogacía de la competencia o a apartarse del concepto de la Superintendencia viciarían de nulidad el acto administrativo por haberse expedido de forma irregular y con violación de las normas en que debe fundarse. Nulidad que deberá ser declarada judicial o administrativamente.

quienes ejercen funciones de regulación y a quienes asesoran a las autoridades regulatorias en esa labor.

Hacia el futuro, la SIC, como muchas autoridades de competencia del mundo, enfrentan retos como el efecto de la economía digital en los mercados, así como una mayor demanda de la sociedad para que estos funcionen en beneficio de todos y no de unos pocos. El reto aquí no solo es ampliar las capacidades técnicas de los funcionarios de abogacía de la competencia de la SIC, sino buscar un adecuado equilibrio entre el derecho de la competencia, el rigor o consistencia que puede atribuírsele a la economía neoclásica y estas demandas sociales, que muchas veces son escépticas de la economía de mercado, la libre competencia y el libre comercio.

En línea con lo anterior, valdría la pena que la SIC buscara ampliar sus funciones en materia de abogacía de la competencia, sin limitarse a expedir conceptos de abogacía de la competencia. Existen muchas formas de profundizar esta función pero que escapan al objeto de estudio de este capítulo. Solo para mencionar cómo la abogacía de la competencia podría evolucionar, se finaliza con el ejemplo de la Autoridad de Competencia del Reino Unido (Competition and Markets Authority 'CMA'), que cuenta con una poderosa herramienta para corregir mercados. Se refiere a las "market investigation references" y faculta a la CMA para recomponer los mercados e imponer correcciones comportamentales y estructurales sobre las firmas en un mercado relevante (Dunne, 2015). Es recomendable analizar y comprender mejor estos mecanismos correctivos para evaluar la posibilidad de incorporarlos a la normatividad colombiana.

REFERENCIAS

- AKERLOF, G. A. (1970). The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 488-500.

- ARJONA, A., y RUBIO, M. (2002). El análisis económico del derecho. Precedente. *Anuario Jurídico*, enero.
- CARDEN, A., y HORWITZ, S. (2013). Is a Market Failure a Sufficient Condition for Government Intervention? Disponible en <<https://www.econlib.org/library/Columns/y2013/CardenHorwitzmarkets.html>>.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 4 de julio de 2013.
- COASE, R. (1988). *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Competition and Markets Authority (CMA) (2017). Market Studies and Market Investigations: Supplemental Guidance on the CMA's Approach. Disponible en <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/624706/cma3-markets-supplemental-guidance-updated-june-2017.pdf>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- DUNNE, N. (2015). *Competition Law and Economic Regulation. Making and Managing Markets*. Cambridge: Cambridge University Press.
- International Competition Network (ICN), Current work on the Advocacy Group. Disponible en <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/advocacy.aspx>>.
- LIS-GUTIÉRREZ, J. (2013). Medidas de concentración y estabilidad de mercado. Una aplicación para Excel. Documentos de Trabajo. Superintendencia de Industria y Comercio.

- Organisation for the Economic Cooperation and Development (OECD) (2017). *Competition Assessment Toolkit: vol. 1. Principles*. Disponible en <<http://www.oecd.org/daf/competition/46193173.pdf>>.
- POSNER, R. (1974). Theories of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 5(2), 335-358.
- RÖSNER, H. (2001). The Institutional Framework of a Social Market Economy. Social Justice in a Market Economy. En H. SAUTTER y R. SCHINKE (eds.), *Social Justice in a Market Economy* (pp. 59-74). Frankfurt am Main: Peter Lang AG. Disponible en <<http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/j.ctv9hj7bm.6Copy>>
- SPULBER, D. (1989). *Regulation and Markets*. Cambridge: MIT Press.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios. Disponible en <<http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/PC01-F02.pdf>>.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Concepto de abogacía de la competencia 17-359378 del 30 de enero de 2018a.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Concepto de abogacía de la competencia 18-128057 del 10 de mayo de 2018b.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Concepto de abogacía de la competencia 16-457103 del 8 de febrero de 2017a.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Concepto de abogacía de la competencia 17-116087 del 17 de julio de 2017b.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Concepto de abogacía de la competencia 16-197623 del 8 de agosto de 2016.

The World Bank and Organisation for the Economic Cooperation and Development (OECD) (1998). A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. Disponible en <<http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/aframeworkforthedesignandimplementationofcompetition-lawandpolicy.htm>>.

TIROLE, J. (2017). *La economía del bien común*. Madrid: Penguin Random House.