

DOCUMENTO DE ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO – AIN
REGLAMENTACIÓN TÉCNICA DE SISTEMAS E INSTALACIONES TÉRMICAS

DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS:
ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

GRUPO DE POLÍTICAS Y REGLAMENTACIÓN
DIRECCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Bogotá, 9 de Mayo de 2019

Página 1 de 41

Este documento ha sido elaborado en el marco de la cooperación entre el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a través de la Unidad Técnica de Ozono y la Secretaría de Estado de Asuntos Económicos de Suiza – SECO, como parte del apoyo de consultoría en los ámbitos técnico, jurídico y de comunicación para el desarrollo de la Regamentación Técnica de Sistemas e Instalaciones Térmicas en Colombia.

Contenido

Contenido	3
1. CONCEPTO DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA	4
2. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA.....	6
2.1. Definición	6
2.2. Objetivos y Funciones.....	8
2.3. Abogacía de la Competencia como Función de la SIC	9
2.4. Vinculatoriedad del Concepto Previo de la Sic Sobre Abogacía de la Competencia y sus Efectos	10
2.5. Autoridades Obligadas a Solicitar el Concepto Previo y Reglas Aplicables	12
2.6. Naturaleza de los proyectos de regulación que deben informarse a la SIC	14
2.7. Excepciones al deber de Informar	14
3. PROCEDIMIENTO PARA EMITIR CONCEPTO PREVIO POR LA SIC.....	16
3.1. Evaluación que debe realizar la autoridad que proyecta expedir un acto.	16
3.2. Cuestionario para evaluar la incidencia en la libre competencia de los proyectos regulatorios	16
3.3. Procedimiento para rendir concepto por parte de la SIC	19
4. OBLIGATORIEDAD DE INFORMAR Y SOLICITAR CONCEPTO PREVIO A LA SIC	22
ANEXO 1 - CUESTIONARIO.....	24

1. CONCEPTO DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

En primer término, con el fin de poder comprender el concepto de Abogacía de la Competencia, es pertinente establecer qué se entiende por “competencia”. Al respecto, encontramos que *“en términos económicos, la competencia es un conjunto de actos desarrollados independientemente por agentes económicos, que rivalizan con el fin de asegurar la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado”*(SIC, MCIT y Unión Europea)¹. Lo que produce esa rivalidad es la necesidad que el consumidor encuentre mayor variedad y mejores precios; en otras palabras, *“el estímulo económico llamado competencia es el único mecanismo conocido que, por sí solo, puede mejorar el nivel de vida sin la interferencia del Estado”* (SIC, MCIT y Unión Europea)². No obstante, aun cuando la regla general es que el Estado no intervenga, en algunos casos está legitimado para hacerlo por medio de regulación, y es en ese momento que la Abogacía de la Competencia cobra relevancia, pues es la herramienta encargada de velar por la promoción de la competencia.

Habiendo establecido lo que es la competencia en términos conceptuales, podemos entrar a determinar lo que la doctrina ha entendido por “Abogacía de la Competencia” o “Competition Advocacy”, referida como (...) *“aquellas actividades realizadas por la autoridad de competencia, relacionadas con la promoción de un entorno competitivo para las actividades económicas a través de mecanismos distintos a los de exigir el cumplimiento de la ley, principalmente mediante sus relaciones con otras entidades gubernamentales y mediante el incremento de la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia.”*³ (ADVOCACY WORKING GROUP, INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, como se citó en SIC, MCIT y Unión Europea, p. 7).

¹ SIC, MCIT y Unión Europea, p. 4. Cartilla para el ejercicio de la abogacía de la competencia: Revisión de documentos de regulación estatal. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/cartillaabogacia.pdf>. Consultado en febrero de 2019.

² Ibídem

³ Ibídem

En el mismo sentido, *“otro de los objetivos más importantes que persigue la política de Abogacía de la Competencia es la inclusión de mecanismos que permitan la remoción de barreras de entrada y la correcta operación de los mercados mediante la revisión de los proyectos de ley, evitando que en estos se incluyan limitaciones a la competencia. Todo lo anterior va encaminado a la creación de una cultura de competencia con la cual se obtenga no solo la protección efectiva de los mercados, sino que de paso, se proteja a los consumidores.”*⁴(De la Calle, J.M. 2012).

En otras palabras, lo que se busca con la implementación de la Abogacía de la Competencia en la legislación interna de un país, es fomentar la competencia dentro del territorio, así como ejercer un control sobre la potencial incidencia en la libre competencia de la regulación emitida por el gobierno. Este control se ejerce por medio de la emisión de conceptos previos sobre los proyectos de regulación, elaborados por la entidad gubernamental competente, que además tiene como efecto la unificación de criterios de las entidades en materia de competencia, y que a su vez sirven para armonizar las políticas económicas del gobierno.

⁴ De la Calle, J.M. (2012, 7 de febrero) Abogacía de la competencia: La nueva tarea de la Superintendencia de Industria y Comercio. Universidad Externado de Colombia. Disponible en:
<http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2311/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=229001ce-9cf1-4fcb-bd86-8e5c7870e9b6%40sessionmgr104>

2. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

La siguiente figura resume el marco normativo de la abogacía de la competencia en Colombia, el cual se analiza en forma detallada más adelante:

Figura 1: Marco Normativo De La Abogacía De La Competencia En Colombia



Fuente: Elaboración propia

2.1. Definición

La “Abogacía de la Competencia” fue introducida en la legislación colombiana como una herramienta para la defensa y promoción de la libre competencia, por medio de la Ley 1340 de 2009, así:

“Artículo 7o. Abogacía de la Competencia. *Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2o 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.”* (Negrillas añadidas).

El fundamento constitucional de la defensa de la libre competencia por parte de las entidades del Estado se consagra en el artículo 333 de la Carta Política, el cual adopta un modelo de economía social de mercado; es decir, *“...reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”*. (Corte Constitucional, C-032/2017)⁵. En concreto, el artículo 333 de la Constitución señala:

“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.*

“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

“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.”

⁵ Corte Constitucional. 25 de enero de 2017. M.P: A. Rojas. C-032/2017. Disponible: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-032-17.htm>

Lo anterior significa que el Estado reconoce la libre competencia económica, como un derecho individual y colectivo (artículo 88 C.P.) que debe garantizarse como regla general por el Estado para evitar que se obstruya o se restrinja. No obstante, en virtud del modelo de economía social de mercado que se ha adoptado, esto no es absoluto, pues cuando existen argumentos que propenden por la protección del interés general, el gobierno está facultado para intervenir, siempre y cuando las medidas adoptadas no sean excesivas e injustificadas. La herramienta que se ha adoptado en el país para evaluar la legitimidad del impacto en la libre competencia derivado de la emisión de regulación como mecanismo de intervención del Estado en la economía es la Abogacía de la Competencia.

La Cartilla para el Ejercicio de la Abogacía de la Competencia elaborada por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, define Abogacía de la Competencia como el mecanismo para la promoción de la competencia que se enmarca dentro de la función administrativa del Estado, y como *“...un instrumento de origen legal cuyos objetivos principales son el fomento de la cultura de la libre competencia al interior del Estado y el control del ejercicio de la facultad de intervención del Gobierno en la economía. Lo anterior tiene como fin unificar el criterio de las instituciones que hacen parte de la rama administrativa del poder público en relación con asuntos relacionados con la competencia económica, evitando con ello, innecesarios costos de transacción.”*

2.2. Objetivos y Funciones

Además del objetivo primordial de la Abogacía de la Competencia de protección de los consumidores a través de la promoción de la libre competencia formulando recomendaciones ex ante, la mencionada Cartilla para el Ejercicio de la Abogacía de la Competencia resume sus principales objetivos, así:

- ✓ Participar en los debates institucionales, la elaboración de informes técnicos y asesoría en materia de diseños y discusión de leyes que tengan que ver con la competencia.
- ✓ Promocionar el intercambio de experiencias entre agencias y la autoridad de competencia.
- ✓ Lograr un funcionamiento eficiente de la economía, en particular mediante la reducción de los costos de transacción asociados con la intervención del Estado en la economía.
- ✓ Instituir un esquema cultural que permita plasmar en la sociedad los criterios y fines de la competencia.
- ✓ Fomentar criterios de competencia en los órganos del Estado.
- ✓ Divulgar las normas en materia de libre competencia.

- ✓ Introducir mecanismos que permitan la remoción de barreras de entrada de los proyectos regulatorios.
- ✓ Generar credibilidad (disuasión de conductas).

Por otro lado, dentro de las principales funciones de la Abogacía de la Competencia están las siguientes:

- ✓ Asesorar al Gobierno Nacional en la protección de la competencia, para la elaboración de proyectos que estimulen la libre competencia en los mercados;
- ✓ Desarrollar estudios de mercado para identificar fallas en la competencia generadas con las normas vigentes;
- ✓ Promover la competencia, por medio de actividades como la socialización de las normas y la educación;
- ✓ Verificar los proyectos de regulación para efectos de promover y mantener la libre competencia en los mercados

2.3. Abogacía de la Competencia como Función de la SIC

Como se indicó, la función de Abogacía de la competencia tal y como se establece artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, está en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC):

“Artículo 7o. Abogacía de la Competencia. ...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. ...”

Este artículo puede analizarse desde dos (2) puntos fundamentales. En primer término, la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) para emitir concepto previo sobre los proyectos de regulación que puedan afectar la libre competencia, seguido de la vinculatoriedad de dicho concepto y sus efectos.

No es obligatorio para la SIC desarrollar este concepto en todos los casos, depende de su criterio establecer si se pronuncia, formula recomendaciones o simplemente guarda silencio; sin embargo, si es perentorio para las entidades reguladoras cuando se tengan razones que concluyan que puede haber una afectación a la libre competencia informar a dicha entidad.

Es necesario resaltar que el Decreto 3523 de 2009, derogó el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 al que se hace referencia al inicio del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009. Lo relevante de esta derogatoria es que la Superintendencia de Industria y Comercio pasa de tener una competencia residual (“*sin perjuicio de las competencias señaladas en normas vigentes a otras autoridades*”) tal y como lo consagraba este artículo 2, estando facultada a conocer “*en forma privativa*” de todo lo referente a la protección de la competencia como lo establece el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009.

Del citado artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, se concluye que la Abogacía de la Competencia, se ejerce en el país por medio de la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio, designada como la Autoridad Nacional de Competencia (artículo 6 Ley 1340 de 2009), de emitir concepto previo sobre los proyectos de actos administrativos con fines regulatorios cuando lo considere pertinente, buscando crear un puente de comunicación y articulación entre las diferentes entidades con poder regulatorio, con el objetivo de que se regule de forma eficiente, sin que se creen costos innecesarios a los agentes del mercado, y evitando imponer limitaciones a la libre competencia por intermedio de instrumentos regulatorios.

2.4. Vinculatoriedad del Concepto Previo de la Sic Sobre Abogacía de la Competencia y sus Efectos

Las entidades con poder regulatorio en Colombia están dotadas de autonomía para emitir regulación, motivo por el cual los conceptos que emita la SIC en virtud de su función de la Abogacía de la Competencia son vinculantes mas no obligatorios, lo cual significa que si en éstos se concluye que existe posibilidad de afectar la competencia, pero la entidad con poder regulatoria discierne de esta conclusión, puede apartarse de dicho concepto siempre y cuando en el acto administrativo que emite la regulación exponga de forma expresa en los considerandos los argumentos que la llevaron a tomar dicha determinación.

Conforme lo indica el tratadista Emilio Archila, mal hubiera hecho el Legislador en haber concebido la abogacía de la competencia bajo el supuesto que el concepto del Superintendente si fuese vinculante, pues esto resultaría simplemente en el desplazamiento de la capacidad regulatoria de la respectiva autoridad. (Archila, E.J. 2010)⁶

⁶ Archila, E.J. (2010). Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <file:///C:/Users/Owner/Downloads/EmilioJoseArchilaPenalosa.pdf>

El efecto jurídico de que no se exponga en la parte considerativa del acto administrativo que emite la regulación los argumentos por los cuales no se acogió el concepto de la SIC es que la regulación expedida se encuentre inmersa en las causales de nulidad contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, de igual forma pasa cuando no se remite la información para realizar el análisis de la Abogacía de la Competencia por parte de la SIC existiendo riesgo de limitar la libre competencia. Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado:

“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 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”⁷

Figura 2: Nulidad del acto administrativo de regulación



Fuente: SIC, MINTIC, Prosperidad Para Todos

⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. concepto del 4 de julio de 2013

2.5. Autoridades Obligadas a Solicitar el Concepto Previo y Reglas Aplicables

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con el fin de reglamentar la Ley 1340 de 24 de julio de 2009, expidió el Decreto 2897 de 2010, el cual fue compilado en el Decreto 1074 de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”*. Dicha norma establece las autoridades que deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- sobre los proyectos de acto administrativo que se propongan expedir con fines de regulación, así como las reglas aplicables para que la SIC pueda rendir concepto previo acerca de la potencial incidencia de la regulación sobre la libre competencia económica en los mercados, de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009.

La obligación de informar a la SIC sobre los proyectos de regulación que potencialmente tengan incidencia en la libre competencia, se circunscribe a las autoridades con facultades regulatorias de orden nacional, es decir, solamente a las que regulan por medio de actos administrativos, lo que por defecto excluye al poder legislativo (Congreso de la República).

Específicamente el artículo 2 del Decreto 2897 de 2010 las establece:

“Artículo 2°. Autoridades que deben informar sobre proyectos de regulación. Para los fines a que se refiere el artículo 7° 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.”
(Negrillas añadidas).

Figura 3: Autoridades regulatorias obligadas a informar a la SIC



Fuente: (SIC, 2017)⁸

El párrafo del citado artículo 2 del Decreto 2897 de 2010 excluye de la obligación de informar a la SIC sobre los proyectos de regulación basándose en el artículo 40⁹ de la Ley 489 de 1998, a las entidades y organismos sujetos a régimen especial, estas son:

- El Banco de la República
- Entes Universitarios Autónomos
- Corporaciones autónomas regionales,
- Comisión Nacional de Televisión
- Demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política
 - Dentro de los demás organismos con régimen especial que no se nombran expresamente en este artículo podemos encontrar:
 - Comisión Nacional del Servicio Civil

⁸ SIC. (2017) Guía Práctica Trámite de la Abogacía de la Competencia. Disponible en: http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Abogacia_de_la_competencia/guia-practica-abogacia-2017.pdf

⁹ El artículo 40 de la Ley 498 de 1998 dice expresamente: “ARTICULO 40. ENTIDADES Y ORGANISMOS ESTATALES SUJETOS A REGIMEN ESPECIAL. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes.”

2.6. Naturaleza de los proyectos de regulación que deben informarse a la SIC

Conforme a como se estableció en el acápite anterior, la obligación de informar a la SIC sobre los proyectos de regulación solamente está establecida para las entidades regulatorias a nivel nacional, lo cual acarrea que la naturaleza de los proyectos de regulación estudiados por esta entidad en virtud de la Abogacía de la Competencia sean solamente de decretos, normas técnicas y resoluciones, siempre y cuando puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados; dicha incidencia se da según el artículo 3 del Decreto 2897 de 2010, cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga:

“...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....”

Para facilitar la tarea de las entidades de determinar si en sus proyectos de norma se incurre en alguna de las dos situaciones anteriormente planteadas, se estableció por medio de la Resolución 44649 de 2010, un cuestionario, al cual se hará referencia en el siguiente numeral 5.4.

2.7. Excepciones al deber de informar

El Decreto 2897 de 2010 en su artículo 4, consagra unas situaciones específicas en las que se exceptúa a las autoridades de regulación de informar sobre los proyectos de norma, no obstante, no las sustrae de la obligación de dejar constancia en el acto administrativo que emita la regulación de la causal y los motivos que llevaron a invocarla para abstenerse de remitir la información. Las excepciones en concreto son:

“Artículo 4º. Excepciones al deber de informar. *No se requerirá informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre un proyecto de regulación cuando la autoridad que se propone expedirlo considere que se presenta cualquiera de las siguientes condiciones:*

1. Cuando el acto tenga origen en hechos imprevisibles y/o irresistibles a partir de los cuales resulte necesario adoptar una medida transitoria con el fin de:

a) Preservar la estabilidad de la economía o de un sector, o

b) Garantizar la seguridad en el suministro de un bien o servicio público esencial, sea o no domiciliario.

2. Cuando el acto busque simplemente ampliar plazos, aclarar las condiciones en que son exigibles conductas previamente impuestas o corregir errores aritméticos o tipográficos.

3. Cuando se trate de un acto de carácter particular y concreto que tenga por finalidad resolver un conflicto entre empresas.

4. Cuando resulte necesario cumplir una orden judicial o una norma legal o reglamentaria de vigencia inmediata, si tal cumplimiento no es posible sin la expedición del acto.

5. Cuando el acto establezca un área de servicio exclusivo según los artículos 40 y 174 de la Ley 142 de 1994.

“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.”*

3. PROCEDIMIENTO PARA EMITIR CONCEPTO PREVIO POR LA SIC

El procedimiento que deben cumplir las autoridades administrativas para informar a la SIC acerca de los proyectos de acto administrativo que pretendan expedir y solicitar el concepto previo de que trata el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, se encuentra contenido en el Decreto 2897 de 2010 el cual fue compilado en el Decreto 1074 de 2015, el cual se describe a continuación:

3.1. Evaluación que debe realizar la autoridad que proyecta expedir un acto

Los entes reguladores deben ser los primeros en evaluar el impacto de la norma que pretenden expedir, razón por la cual con el objetivo de que las entidades puedan determinar si la regulación que se proyecta expedir tiene riesgo de afectar la libre competencia y en consecuencia debe remitirse a la SIC para estudio de Abogacía de la Competencia, el Decreto 2897 de 2010 en su artículo 5, establece un examen previo basado en un cuestionario que se desarrolló por medio de la Resolución 44649 de 2010.

El referido artículo 5 del Decreto 2897 de 2010 consagra:

“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.”

3.2. Cuestionario para evaluar la incidencia en la libre competencia de los proyectos regulatorios

Para resolver las preguntas planteadas en el cuestionario de la Resolución 44649 de 2010, la entidad reguladora deberá realizar todos los estudios técnico-económicos que considere necesarios, a los que se refiere el numeral 3 del artículo 6 del Decreto 2897 de 2010.

Cuando la naturaleza del proyecto de regulación no permita evaluar su impacto en la competencia por medio del cuestionario, se procederá conforme lo establece el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010 que a continuación se transcribe:

“Artículo 6: Reglas aplicables para informar sobre un proyecto de acto administrativo

(...)

“4. Cuando considere que el proyecto de acto puede tener efectos sobre la libre competencia que no puedan evaluarse de acuerdo con los criterios a que se refiere el artículo 3º y el cuestionario que lo desarrolle, informará a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto e indicará cuál es la naturaleza y alcance de sus efectos.

“En este caso la Superintendencia de Industria y Comercio podrá evaluar la incidencia previsible del proyecto de acto sobre la libre competencia y rendir el concepto previo al que se refiere este decreto teniendo en cuenta el impacto previsible sobre la estructura del mercado, el proceso competitivo y/o los consumidores en el mercado o mercados relevantes en los cuales el acto pueda producir estos efectos.”

EL cuestionario es el consagrado en la Resolución 44649 de 2010, el cual de manera general se explica en el Anexo 1 al presente documento.

Cuando el ente regulador responde el cuestionario, se hace una idea respecto de si el proyecto de regulación que pretende emitir puede afectar o no la libre competencia en los mercados, ya que de ser afirmativo deberá remitirlo a la Superintendencia de Industria y Comercio para su análisis por la función de Abogacía de la Competencia, según las siguientes reglas establecidas en el artículo 6 del Decreto 2897 de 2010:

“Artículo 6º. Reglas aplicables para informar sobre un proyecto de acto administrativo. La autoridad que se proponga a expedir un acto administrativo con fines regulatorios que pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados aplicará las siguientes reglas:

1. Cuando la respuesta al conjunto de las preguntas centrales contenidas en el cuestionario resulte negativa, podrá considerar que el proyecto de regulación no plantea una restricción indebida a la libre competencia. En consecuencia, no tendrá que informarlo a la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la autoridad decide informarlo para los fines del artículo 7º de la Ley 1340 de 2009, corresponderá a la Superintendencia de Industria y Comercio evaluar si se pronuncia o no.

2. Cuando la respuesta que dé a cualquiera de las preguntas centrales contenidas en el cuestionario resulta afirmativa, antes de enviar el proyecto a la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá modificarlo o considerar otras opciones regulatorias.

“En uno u otro caso procurará compensar o mitigar las restricciones de la libre competencia de manera que logre los fines regulatorios que se propone pero con las menores restricciones posibles sobre la libre competencia en el mercado o mercados relevantes relacionados en los cuales el acto puede producir efectos.

“Si después de realizar el análisis a que se refiere este numeral la autoridad considera que el proyecto final que encuentra más conveniente adoptar aún produce los efectos a que se refiere una o más de las preguntas centrales contenidas en el cuestionario, deberá informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto.

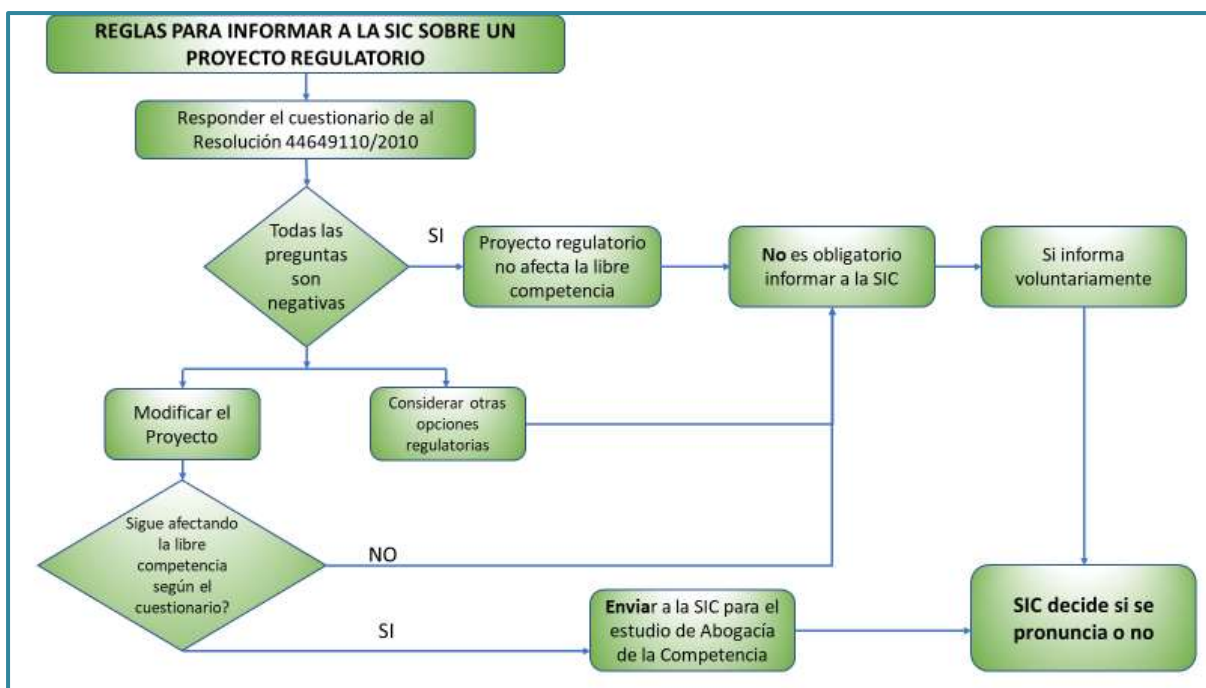
3. Para responder fundamentadamente las preguntas contenidas en el cuestionario y respaldar los análisis previstos en este artículo, la autoridad de regulación que pretende expedir el acto realizará los estudios necesarios.

4. Cuando considere que el proyecto de acto puede tener efectos sobre la libre competencia que no puedan evaluarse de acuerdo con los criterios a que se refiere el artículo 3º y el cuestionario que lo desarrolle, informará a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto e indicará cuál es la naturaleza y alcance de sus efectos.

“En este caso la Superintendencia de Industria y Comercio podrá evaluar la incidencia previsible del proyecto de acto sobre la libre competencia y rendir el concepto previo al que se refiere este decreto teniendo en cuenta el impacto previsible sobre la estructura del mercado, el proceso competitivo y/o los consumidores en el mercado o mercados relevantes en los cuales el acto pueda producir estos efectos.

“Artículo 7º. En todo acto administrativo con fines regulatorios que pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, la autoridad que lo expida deberá dejar constancia expresa en la parte considerativa acerca de si consultó a la Superintendencia de Industria y Comercio o no y si esta emitió concepto o no.”

Figura 4: Reglas para informar a la SIC sobre un proyecto regulatorio



Fuente: Elaboración propia

3.3. Procedimiento para rendir concepto por parte de la SIC

Cuando se concluye que es necesario enviar a la SIC el proyecto de regulación porque existe la posibilidad de que se generan efectos anticompetitivos, se deben adjuntar todos los documentos que señala el artículo 8 del Decreto 2897 de 2010;

“Artículo 8º. Documentos que la autoridad debe suministrar a la Superintendencia de Industria y Comercio. Cuando una autoridad informe sobre un proyecto de acto administrativo que se proponga expedir con fines regulatorios y pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, deberá poner en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio:

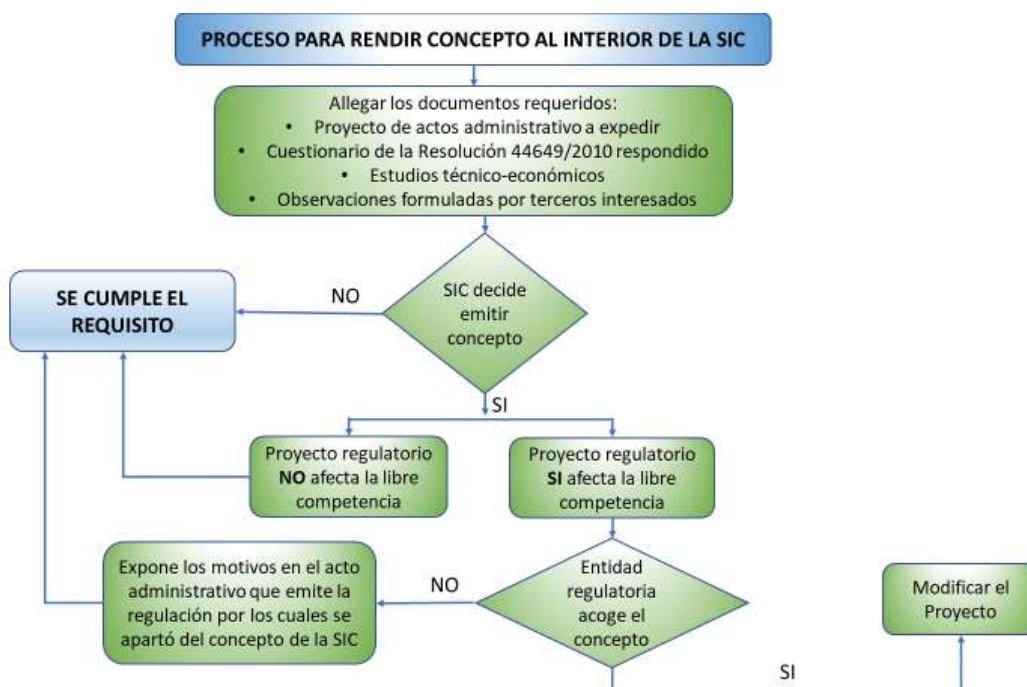
1. El proyecto de acto administrativo que se propone expedir.
2. La respuesta dada al cuestionario a que se refiere el artículo 5º y las opciones de regulación de que trata el numeral 2 del artículo 6º del presente decreto, cuando sea el caso,

3. Los estudios técnico-económicos realizados sobre el proyecto, los cuales deberán incluir el análisis a que se refiere el numeral 3 del artículo 6° del presente decreto.

4. Las observaciones y sugerencias que haya recibido de terceros interesados si las hubo.”

Cuando la SIC recibe todos los documentos anteriormente establecido puede de manera discrecional tomar la decisión de pronunciarse o no al respecto. En el evento en que decida emitir concepto puede ser en dos sentidos; en un primer escenario estableciendo que el proyecto de norma no produce riesgos para la libre competencia o caso contrario, que existe la posibilidad de generar efectos contrarios a la libre competencia.

Figura 5: Proceso para rendir concepto al interior de la SIC



Fuente: Elaboración propia

Artículo 9°. *Procedimiento para rendir concepto. Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio reciba un informe sobre un proyecto de acto administrativo con fines regulatorios, acompañado de los documentos que exige el artículo 8° del presente decreto, previo examen de esos elementos de juicio, podrá:*

- 1. Rendir concepto en el sentido de que el proyecto de acto carece de incidencia sobre la libre competencia.*
- 2. Manifestar que el proyecto tiene una incidencia negativa sobre la libre competencia, caso en el cual la autoridad de regulación podrá, conforme al artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, apartarse del concepto de la Superintendencia. En ese evento, la entidad que se propone adoptarlo deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones del acto administrativo, los motivos de su decisión.*
- 3. Abstenerse de rendir concepto, caso en el cual se considerará, para todos los efectos legales, que no tiene observaciones sobre el proyecto.”*

El tiempo que tiene la SIC para emitir concepto en caso de que decida hacerlo depende de algunas variables. En primer término, de si el proyecto de regulación proviene de una Comisión o no, pues cuando es una entidad diferente (artículo 2, Decreto 2897 de 2010) se estableció un plazo de diez (10) días hábiles luego de radicar los documentos necesarios. Cuando proviene de una Comisión, se deben tener en cuenta dos aspectos, si el objeto de la regulación es sobre tarifas, son treinta (30) días hábiles, si es sobre cualquier otro aspecto son diez (10) días hábiles.

Estos plazos están contenidos en el artículo 10 del Decreto 2897 de 2010:

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 8° 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 8º 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 final preparado por el Comité de Expertos a que se refiere el numeral 11.6 del artículo 11 del Decreto 2696 de 2004.

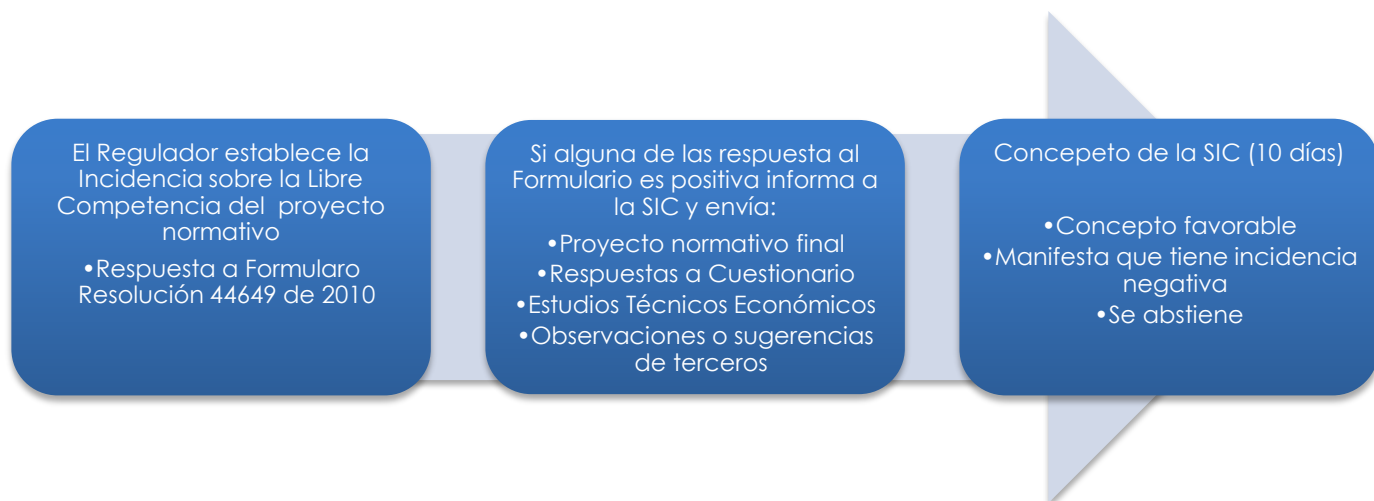
“Parágrafo. *Cuando a pesar de no estar obligada a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre un proyecto de acto con fines regulatorios, una autoridad de regulación le solicite concepto, el plazo para rendirlo será el previsto en el numeral uno de este artículo con sujeción a las condiciones previstas en él.”*

4. OBLIGATORIEDAD DE INFORMAR Y SOLICITAR CONCEPTO PREVIO A LA SIC

Como se indicó en el capítulo anterior, el Artículo 2 del Decreto 2897 de 2010 establece que dentro de las entidades obligadas a informar los proyectos de regulación y solicitar el concepto previo a la SIC están los Ministerios.

En este sentido, el reglamentador está obligado a informar y solicitar el concepto previo a la SIC sobre la expedición del proyecto normativo, para lo cual deberá aplicar el procedimiento establecido en el capítulo cuarto anterior, y que se resume en la siguiente figura:

Figura 6: Procedimiento Abogacía de la Competencia



Fuente: Elaboración propia

ANEXO 1 - CUESTIONARIO

Las preguntas que formula el cuestionario consagrado Resolución 44649 de 2010 en concreto son las siguientes:

1. ¿La regulación limita el número o la variedad de las empresas en uno o varios mercados relevantes relacionados? Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:
 - a) Otorga derechos exclusivos a una empresa para prestar servicios o para ofrecer bienes;
 - b) Establece licencias, permisos, autorizaciones para operar o cuotas de producción o de venta;
 - c) Limita la capacidad de cierto tipo de empresas para ofrecer un bien o prestar un servicio;
 - d) Eleva de manera significativa los costos de entrada o salida del mercado para las empresas;
 - e) Crea una barrera geográfica a la libre circulación de bienes o servicios o a la inversión.
 - f) Incrementa de manera significativa los costos:
 - i. para nuevas empresas en relación con las empresas que ya operan en un mercado o mercados relevantes relacionados, o
 - ii. para unas empresas en relación con otras cuando el conjunto ya opera en uno o varios mercados relevantes relacionados.

La limitación del número de proveedores genera un riesgo de creación de poder de mercado (el poder de mercado de los proveedores reside en su capacidad de aumentar el precio disminuir la calidad o reducir la innovación reiteradamente con relación a los niveles que prevalecerían en un mercado competitivo) y de reducción de la rivalidad competitiva. Al reducirse el número de proveedores, aumenta la posibilidad de cooperación (o colusión) entre ellos, incrementándose así la capacidad de cada proveedor de elevar los precios. La reducción resultante en la rivalidad puede reducir los incentivos de satisfacer la demanda del consumidor con eficacia y puede reducir la eficiencia económica a largo plazo. Aunque existen algunas razones de política sensatas por las que los diseñadores pueden buscar limitar el número o la gama de proveedores, los beneficios de limitar la entrada de participantes deben de ser ponderados contra el hecho de que facilitar la entrada de nuevos proveedores puede contribuir a impedir que los ya existentes ejerzan su poder de mercado. El poder de mercado lleva a mayores precios, menor calidad y menos innovación.¹⁰(OECD. 2011)

La reducción en la rivalidad o en los productos ofrecidos puede reducir los incentivos de satisfacer la demanda de los consumidores, lo cual podría conllevar a la reducción de la eficiencia económica. Por ejemplo, mediante el otorgamiento de derechos de exclusividad, limitando el número de oferentes, restringiendo el flujo de bienes o servicios, o aumentando significativamente el costo de entrada para nuevos entrantes¹¹(SIC, MCIT y Unión Europea)

a. Otorga derechos exclusivos a una empresa para prestar servicios o para ofrecer bienes;

El otorgamiento de un derecho exclusivo para la producción de cierto bien o la prestación de algún servicio, es el signo del establecimiento de un monopolio privado regulado. Con frecuencia se otorga dicho derecho en el contexto de un “monopolio natural”. Frecuentemente, en el caso en el que este se concede por un largo periodo, se considera como medio para fomentar inversiones sustanciales en infraestructura que difícilmente ocurrirían sin los incentivos que proporciona el acceso garantizado al mercado que asegura dicho derecho exclusivo. ¹²(OECD. 2011).

¹⁰ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>

¹¹ SIC, MCIT y Unión Europea, p. 7. Cartilla para el ejercicio de la abogacía de la competencia: Revisión de documentos de regulación estatal. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/cartillaabogacia.pdf>. Consultado en febrero de 2019.

¹² OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>
Página 25 de 41

Los derechos de exclusividad dan lugar al establecimiento de precios de monopolio y otros problemas de poder de mercado. Estos resultados no podrían ser evitados totalmente mediante la regulación, pues los reguladores a menudo son poco exitosos al tratar de impedir el ejercicio del poder de mercado y al querer proteger a los consumidores. Por ende, estos derechos deberían establecerse únicamente luego de una cuidadosa consideración de los medios alternativos para alcanzar los mismos objetivos. Si, de cualquier forma, se establecen, su duración puede ser limitada. Así mismo, las autoridades públicas podrían considerar la distribución de estos derechos exclusivos mediante licitación, como en el caso de los precios que se cobrarían, para garantizar que se asignen de la forma más eficiente posible¹³(OECD. 2011).

b. Establece licencias, permisos, autorizaciones para operar o cuotas de producción o de venta;

Las licencias o permisos de operación necesariamente limitan la entrada de participantes a una industria. En este sentido, los requisitos de preparación mínima, por ejemplo, pueden tomar la forma de niveles mínimos de educación formal o experiencia requeridos y pueden incluir condiciones relacionadas con cuestiones de carácter. Algunas veces, se puede requerir la presentación de evaluaciones de “interés público” que exijan a los candidatos una muestra de la “necesidad” de la prestación de servicios adicionales y, en algunos casos, que incluso su entrada no tenga impacto negativo en los negocios de los participantes existentes. En casos extremos, puede haber sólo un número determinado de licencias para otorgar. ¹⁴(OECD. 2011)

Los requisitos de obtención de licencias o permisos con frecuencia son más estrictos de lo necesario para proteger al consumidor, y pueden reducir innecesariamente la gama de opciones de selección del consumidor y crear problemas de escasez artificial que elevarían los precios. Aunque los esquemas de licencias tienen objetivos bien fundados de protección al consumidor, con frecuencia también protegen de la competencia a los participantes del mercado. Un principio primordial para este caso consiste en que las restricciones no hagan más de lo necesario para lograr los objetivos de regulación de manera adecuada. ¹⁵(OECD. 2011).

¹³ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>

¹⁴ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>

¹⁵ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>

Ejemplo de los numerales “1.a” y “1.b”.

SIC. Concepto remitido a la CRC mediante oficio 11-099724-5 del 34 de agosto de 2011.

EJEMPLO - RESTRICCIÓN DE LA OPERACIÓN EN LAS REDES MÓVILES DE EQUIPOS TERMINALES HURTADOS Y/O EXTRAVIADOS: La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), remitió para análisis de abogacía de la competencia el proyecto que establece “reglas para la restricción de la operación en las redes móviles de equipos terminales hurtados y/o extraviados, y se modifican los artículos 4, 10 y 93 de la Resolución CRC 3066 de 2011”. En este caso, respecto del acceso a base de datos positiva y negativa, la SIC dijo: “Frente al acceso a las bases de datos positiva y negativa, es preciso aclarar que aunque el sostenimiento de estas está a cargo de los Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones Móviles (en adelante PRSTM), esta situación no puede generar un impedimento para la llegada de un nuevo PRSTM al mercado”. (SIC, MCIT y Unión Europea)

c. Limita la capacidad de cierto tipo de empresas para ofrecer un bien o prestar un servicio;

Algunas veces los gobiernos buscan fomentar la actividad de proveedores de ciertas regiones, pequeños proveedores o proveedores con otras características especiales, al limitar la capacidad de algunos de ellos para participar en una actividad comercial. Por ejemplo, algunos gobiernos requieren que todos los corredores de bienes raíces proporcionen un número obligatorio de servicios gubernamentales, limitando o prohibiendo así la prestación de servicios por parte de corredores de bajo costo o que prestan servicios por un honorario. Estas restricciones con frecuencia son excesivas, porque limitan indebidamente el número de proveedores que participa en las ventas destinadas por los gobiernos, reduciendo la competencia entre proveedores y resultando en mayores precios o términos contractuales menos deseables para el gobierno. 16(OECD. 2011)

Por ejemplo, cuando se busca fomentar objetivos de política regional o a favor de la pequeña empresa, se puede considerar una gama de subsidios directos o beneficios fiscales, el diseño de disposiciones para lograr un entorno regulatorio más favorable en rubros clave o la utilización de campañas educativas o publicitarias. 17(OECD. 2011)

Ejemplo de los numeral "1.c"

SIC. Concepto remitido a la CRC mediante oficio No. 09-144273-1 del 12 de julio de 2010

EJEMPLO - PORTABILIDAD NUMÉRICA: La CRC remitió a la SIC para estudio de libre competencia, el proyecto de regulación "Por la cual se establece las condiciones para la implementación y operación de la portabilidad numérica en Colombia". La SIC, mediante oficio de fecha 05 de enero de 201118, emitió concepto en el cual se hicieron las siguientes observaciones: "Modificar el inc. 2º del artículo 32 del proyecto, con el fin de establecer que el Superintendente presentará a la CRC el diagnóstico de las quejas y reclamos realizados por los usuarios en cuanto a la portabilidad numérica. Modificar el numeral 8.6 del proyecto, en el sentido de establecer que se suministrará en todo momento a los suscriptores y a los usuarios a través de las oficinas de atención al cliente, sitios de Internet y líneas de atención telefónica, información clara, veraz, suficiente, precisa y oportuna sobre el derecho de acceder a la portabilidad numérica. Modificar el artículo 46, con el fin de establecer el deber de informar a los usuarios por medios masivos de comunicación y en la factura correspondiente acerca de su derecho a acceder a la portabilidad numérica". Como un comentario adicional la SIC sugirió modificar el anexo II de la Resolución de la CRT 1732 de 200719 sobre los derechos de los usuarios de los servicios de telefonía a acceder a la portabilidad sugiriendo la implementación de mecanismos para regular la remisión de mensajes –SMS- desde Internet. (SIC, MCIT y Unión Europea)

d. Eleva de manera significativa los costos de entrada o salida del mercado para las empresas;

Las regulaciones que elevan los costos de entrada o salida de un mercado tienden a desalentar la entrada de nuevos participantes, reduciendo con el tiempo el número de proveedores. Entre los ejemplos de este tipo de regulaciones se incluyen los requisitos rigurosos de pruebas relacionadas a los productos y los que obligan a cumplir con niveles de preparación educativa o técnica innecesariamente altos. Algunas veces los gobiernos han actuado para minimizar el impacto competitivo de estas disposiciones al proporcionar exenciones específicas. Así, por ejemplo, a menudo se exime a los fabricantes de automóviles con bajos volúmenes de producción de cumplir con aspectos relacionados con regulaciones que exigen realizar pruebas a vehículos o se les sujeta a protocolos de pruebas menos onerosas. 18(OECD. 2011)

Ejemplo de los numeral "1.d"

Concepto remitido al Ministerio de Tecnologías de la Información mediante oficio 11-115708-3 de 2001-09-22.

EJEMPLO - HABILITACIÓN DE OPERADORES DE SERVICIOS POSTALES: El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, remitió el proyecto para la fijación de requisitos para la habilitación de operadores y la implementación de operativos tecnológicos para prestación de los servicios de mensajería expresa. La SIC mediante señaló lo siguiente: En efecto, no existen criterios aportados por el Ministerio que justifiquen la exigencia de la infraestructura tecnológica señalada en el proyecto de resolución, por lo que nuestra sugerencia es que se aporte un estudio más profundo de este tema o que se incluyan criterios objetivos en la resolución respecto a este punto. (...) Por lo anterior, sugerimos establecer un período razonable que permita a los operadores ajustarse a los cambios exigidos, particularmente a aquellos cuya habilitación está próxima a vencerse. En conclusión, consideramos que las reglas aplicables a la habilitación de operadores postales de servicios de mensajería expresa deben ser claras y transparentes, para que no lleven a disparidades y asimetrías, ni impliquen la creación de barreras de entrada que favorezcan a los operadores actuales en detrimento de potenciales entrantes" (SIC, MCIT y Unión Europea)

¹⁸ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>
Página 29 de 41

e. Crea una barrera geográfica a la libre circulación de bienes o servicios o a la inversión

Algunas veces las regulaciones limitan el flujo de bienes, servicios, capital o trabajo entre fronteras jurisdiccionales como instrumento de política regional. Sin embargo, estas limitaciones generan una reducción artificial de la zona geográfica de competencia para la prestación de un servicio o el suministro de un bien. Esto tiene el potencial de reducir el número de proveedores y permitirles la posibilidad de ejercer su poder de mercado e incrementar los precios. 19(OECD. 2011)

En los casos en los que se impongan restricciones, deberán evaluarse en términos de una serie de factores que tomen en cuenta si existe un vínculo claro entre la restricción en cuestión y el logro de un objetivo público específico; si las restricciones no son más limitantes de lo necesario para lograr la meta; si se cuenta con un análisis racional para apoyar la probabilidad de que la meta de política se logre mediante la restricción y si las restricciones se limitan a un horizonte temporal definido por medio de disposiciones regulatorias explícitas. 20(OECD. 2011)

Sin embargo, existe un riesgo substancial de que estas protecciones “temporales” se conviertan en arreglos permanentes debido al cabildeo de los proveedores locales que se benefician de la existencia de tales limitaciones. De la misma forma que en el caso de las limitaciones al acceso de ventas gubernamentales, a menudo existirán mejores opciones para lograr el objetivo regulatorio, incluyendo el otorgamiento de subsidios directos y el trato regulatorio favorable.21(OECD. 2011)

f. Incrementa de manera significativa los costos:

Para nuevas empresas en relación con las empresas que ya operan en un mercado o mercados relevantes relacionados, o para unas empresas en relación con otras cuando el conjunto ya opera en uno o varios mercados relevantes relacionados.

¹⁹ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>

²⁰ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>

²¹ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>

2. ¿La regulación limita la capacidad de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados?

Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:

- a) Controla o influye sustancialmente sobre los precios de los bienes o servicios o el nivel de producción;
- b) Limita a las empresas la posibilidad de distribuir o comercializar sus productos;
- c) Limita la libertad de las empresas para promocionar sus productos;
- d) Otorga a los operadores actuales en el mercado un trato diferenciado con respecto a las empresas entrantes;
- e) Otorga trato diferenciado a unas empresas con respecto a otras;
- f) Limita la libertad de las empresas para elegir sus procesos de producción o su forma de organización industrial;
- g) Limita la innovación para ofrecer nuevos productos o productos existentes pero bajo nuevas formas.

2. ¿La regulación limita la capacidad de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados?

Las regulaciones tienen el potencial de afectar la capacidad de competencia de los proveedores de una serie de formas que no se identifican aquí en su totalidad. Sin embargo, entre ellas destacan las limitaciones a la publicidad y las estrategias de comercialización, el establecimiento de normas de calidad para productos o servicios y los controles de precios a los que se vende un bien o servicio. Estos límites pueden reducir la intensidad y las dimensiones de la rivalidad, lo que desemboca en mayores precios y menor variedad de productos para los consumidores. 22(OECD. 2011).

- a) Controla o influye sustancialmente sobre los precios de los bienes o servicios o el nivel de producción;

Los gobiernos a menudo regulan los precios en los sectores tradicionalmente monopolizados, como los de servicios públicos. Este tipo de controles de precios pueden ser útiles para los consumidores y funcionar como contrapeso para la falta de alternativas que estos enfrentan. Sin embargo, los controles de precios pueden llegar a aplicarse en situaciones en las que existen un gran número de proveedores potenciales para el mismo consumidor.

²² OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>
Página 31 de 41

Al establecer precios mínimos, se impide que los proveedores que registran el mínimo costo ganen participación de mercado al ofrecer mejores condiciones a los consumidores. De manera similar, al establecer precios máximos, los incentivos para los proveedores de innovar mediante la oferta de productos nuevos o de mejor calidad pueden reducirse de forma sustancial y los proveedores podrían coordinar sus precios alrededor del que haya sido impuesto como máximo. Las reglamentaciones que imponen precios mínimos algunas veces se utilizan como respuesta a una competencia extremadamente vigorosa. En estos casos, las regulaciones que imponen precios mínimos son generalmente percibidas como medio para proteger a los pequeños proveedores de la competencia “desleal”. El impacto de estas medidas amerita una evaluación cuidadosa, pues el resultado podría generar precios más altos o una demanda insatisfecha de la parte de los consumidores. Por su parte, las regulaciones que fijan precios máximos con frecuencia se imponen como corolario necesario de las restricciones de entrada al mercado de referencia. Una alternativa a estas medidas sería la de permitir la libre entrada al mercado. 23(OECD, 2011).

Ejemplo de los numeral “2.a” SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Concepto remitido mediante oficio No. 10-021460- 0 del 23 de febrero de 2010.

EJEMPLO - ACCESO A LAS TARIFAS AÉREAS POR PARTE DE LAS AGENCIAS DE VIAJES: La Aeronáutica Civil, Aerocivil, remitió para estudio el proyecto de regulación “Por la cual se dictan normas sobre acceso a las tarifas aéreas por parte de las agencias de viajes”. Frente a este proyecto la SIC consideró: “En relación con la obligación que tendrían las aerolíneas de dar acceso a la totalidad de las tarifas que ofrecen en sus ventas directas a las agencias de viajes e intermediarios, consideramos que dicha medida apunta al diseño de un mecanismo que aporta transparencia en el mercado y propende por la igualdad de condiciones en la venta de tiquetes aéreos para cada uno de los agentes involucrados en este tipo de transacciones. Este fenómeno brindaría al consumidor nuevas opciones de acceso en la compra de tiquetes aéreos a través de las agencias de viajes. “No obstante lo anterior, debe considerarse que podría haber un impacto en la evolución del precio de los tiquetes aéreos, como consecuencia de la garantía de acceso a la totalidad de las tarifas ofrecidas por las aerolíneas por parte de las agencias de viajes a través de los diferentes sistemas GDS e Internet”. “Es factible considerar que en la medida en que puede disminuir la cuota de participación de mercado para las aerolíneas en la venta directa de tiquetes al usuario final, esto conlleve a una reducción en el ingreso por concepto de tarifa administrativa que motive a las aerolíneas a compensarlo a través de la tarifa del tiquete”. “Resulta aconsejable contar con las cifras de mercado de las cuales sea posible inferir tanto la proporción de tarifas vigentes que no están disponibles para las agencias de viajes, como la participación que las ventas directas tienen frente a las ventas totales de tiquetes en Colombia.” (SIC, MCIT y Unión Europea)

²³ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>
Página 32 de 41

SIC oficio No. 10-68347-4 del 12 de julio de 2010 remitido a la Aerocivil, la SIC

La SIC profirió su concepto respecto de las normas con las que pretendía fijar una base en los precios de las tarifas de los tiquetes para las ventas realizadas por internet. En esta ocasión la SIC advirtió que luego de realizar el análisis de las condiciones del sector no se evidenciaron razones suficientes que permitieran establecer la funcionalidad de la medida: “Vale la pena resaltar que las aerolíneas y las agencias de viaje sólo compiten en una parte limitada del proceso productivo de los servicios de transporte: la comercialización. La regulación propuesta tiene entonces por objeto el mercado de comercialización de servicios de transporte aéreo, y en esa medida consideramos que debería estar justificada en la existencia de fallas en ese mercado que lo afecten de manera tal que se requiera establecer un precio y techo a la tarifa administrativa. (...) “En general desde el punto de vista de la afectación de la competencia y de acuerdo con la teoría económica, las medidas regulatorias que debe tomar la Aeronáutica Civil deberían estar en-caminadas a regular el sistema tarifa-rio en aquellas situaciones en que no exista suficiente competencia, de presente una falla de mercado o la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos”. “La intervención del Estado en la economía está justificada en su naturaleza de servicio público esencial. Sin embargo, ese sector también se rige por el principio de libre empresa, y la normatividad sectorial reitera en varias resoluciones proferidas por la autoridad aeronáutica la prohibición para los agentes de incurrir en prácticas restrictivas de la competencia. En particular para las aerolíneas señala la prohibición expresa de discriminar entre compradores, cuando esta conducta tenga como objeto o como efecto disminuir la competencia o restringir el acceso a las agencias de viajes al mercado”. “[N]o vemos evidencia suficiente que desde el punto de vista de la libre competencia, soporte a adopción de un piso en la tarifa administrativa para ventas realizadas por Internet. A la luz de la información disponible consideramos que una medida de esta naturaleza podría traducirse en un mayor precio al consumidor final sin que se vea acreditada una justificación de eficiencia económica”. (SIC, MCIT y Unión Europea)

la
es,
.M.

²⁴ De la Calle, J.M. (2012, 7 de febrero) Abogacía de la competencia: La nueva tarea de la Superintendencia de Industria y Comercio. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2311/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=229001ce-9cf1-4fcb-bd86-8e5c7870e9b6%40sessionmgr104>

Ejemplo de los numeral "2.b"

SIC. Concepto remitido a la CRC mediante oficio 11- 099724-5 del 34 de agosto de 2011.

EJEMPLO - RESTRICCIÓN DE LA OPERACIÓN EN LAS REDES MÓVILES DE EQUIPOS TERMINALES HURTADOS Y/O EXTRAVIADOS: La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), remitió para análisis de Abogacía de la Competencia el proyecto que establece "reglas para la restricción de la operación en las redes móviles de equipos terminales hurtados y/o extraviados, y se modifican los artículos 4, 10 y 93 de la Resolución CRC 3066 de 2011". Respecto de las restricciones a las empresas para distribuir o comercializar los dispositivos móviles, la SIC dijo: "El art. 6 enuncia el contenido de la solicitud de autorización que presentan las personas naturales y jurídicas ante el Ministerio de Tecnologías de la Información, sin embargo, el artículo 12, el cual se refiere al mismo tipo de solicitud ante los PRSTM, no es claro si los mismos documentos y la misma información será requerida para efectos de la presentación de la solicitud de autorización ante los PRSTM. La CRC debe velar por que no exista discriminación frente a los procedimientos. El numeral 15.9 señala que los operadores solo pueden activar los equipos que se encuentren homologados por la CRC, frente a lo cual no existe claridad frente a las razones de este procedimiento. (SIC, MCIT y Unión Europea)

b) Limita la libertad de las empresas para promocionar sus productos;

Las regulaciones que limitan la capacidad de un proveedor para promover o comercializar bienes o servicios a menudo se imponen para restringir la publicidad falsa o engañosa. Algunas veces, este tipo de restricciones se dirigen a reducir la publicidad de productos o servicios considerados con un valor social negativo o que están llevando a un consumo excesivo. En otras instancias, se puede restringir la publicidad dirigida a ciertos grupos "vulnerables", como el de niños. Las restricciones de esta naturaleza pueden tener beneficios sociales significativos, siempre que se limiten para garantizar que no sean aplicadas en exceso. 25(OECD. 2011)

²⁵ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>
Página 34 de 41

Sin embargo, en muchos casos, las restricciones a la publicidad y la comercialización son demasiado amplias y restringen innecesariamente la competencia. Las restricciones a la publicidad y las estrategias de comercialización pueden ser en especial onerosas en términos de su impacto sobre los participantes potenciales en el mercado, en el sentido que restringen substancialmente la capacidad de un participante de informar a los consumidores potenciales de su presencia en el mercado y de la naturaleza y la calidad de los bienes y servicios que tiene la posibilidad de ofrecer. Una alternativa viable son las regulaciones que sólo restringen la publicidad falsa o engañosa. 26(OECD. 2011).

Ejemplo de los numeral "2.c" y

SIC al Ministerio de Comercio Industria y Turismo mediante oficio 11-102865-3 del 29 de agosto de 2011

EJEMPLO - REGLAMENTO TÉCNICO DE BARRAS CORRUGADAS SISMO RESISTENTES: El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo remitió el proyecto de Decreto "por la cual se expide el Reglamento Técnico aplicable a barras corrugadas para refuerzo de concreto en construcciones sismo resistentes que se fabriquen, importen o comercialicen en Colombia". La SIC señaló lo siguiente: "En concepto de esta Superintendencia, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante el proyecto de resolución en estudio, busca defender el objetivo de proteger la vida e integridad de las personas, al igual que prevenir conductas que puedan llegar a inducir en error al consumidor. En este sentido, se promulgará el Reglamento Técnico aplicable a barras corrugadas para refuerzo de concreto en construcciones sismoresistentes que se fabriquen, importen o comercialicen en Colombia. La propuesta regulatoria fue presentada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para análisis de competencia ante esta Superintendencia, frente a lo cual este Despacho consideró, que luego de revisar el proyecto de Decreto y constatar que efectivamente todas las respuestas del cuestionario de la Resolución 44649 de 2010, tuvieron una respuesta negativa, esta Superintendencia considera que el proyecto de resolución presentado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no resultaría anticompetitivo. (SIC, MCIT y Unión Europea)

²⁶ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>
Página 35 de 41

c) Otorga a los operadores actuales en el mercado un trato diferenciado con respecto a las empresas entrantes;

El trato diferenciado entre agentes del mismo mercado genera competencia en estado de desigualdad, afectando a aquellos participantes que no se encuentran cobijados por los beneficios. Esta situación puede estimular la salida de agentes del mercado, disminuyendo sensiblemente la oferta. (De la Calle, J.M. 2012) ²⁷

Ejemplo del numeral "2.d"

SIC. Concepto remitido al Ministerio de Tecnologías de la Información mediante oficio 11-115708-3 de 2001-09-22

EJEMPLO - HABILITACIÓN DE OPERADORES DE SERVICIOS POSTALES: El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, remitió el proyecto para la "fijación de requisitos para la habilitación de operadores y la implementación de operativos tecnológicos para prestación de los servicios de mensajería expresa". La SIC señaló lo siguiente: "Sin embargo, en la fijación de estos requisitos, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones debe considerar, por un lado, los costos que para los agentes actuales y potenciales representa el cumplimiento con los mismos, evitando generar barreras tecnológicas o discriminaciones entre operadores e ineficiencias que lleven a incrementos innecesarios en el precio; y, por otro lado, los costos de transacción asociados con la vigilancia del cumplimiento de los requisitos por parte de los operadores, en particular cuando se establecen parámetros variables en el tiempo que elevan los costos administrativos de vigilancia y control por parte del Estado. (SIC, MCIT y Unión Europea)

²⁷ De la Calle, J.M. (2012, 7 de febrero) Abogacía de la competencia: La nueva tarea de la Superintendencia de Industria y Comercio. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2311/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=229001ce-9cf1-4fcb-bd86-8e5c7870e9b6%40sessionmgr104>

d) Otorga trato diferenciado a unas empresas con respecto a otras;

Algunas veces las regulaciones tienen el impacto no planeado de elevar los costos que enfrentan algunos proveedores con respecto a otros. Una fuente de asimetría en los costos son las regulaciones que innecesariamente requieren el uso de una tecnología de producción en lugar de otra. Otra fuente son las “cláusulas de derechos adquiridos” que eximen a los proveedores participantes de una disposición pero la aplican a los nuevos. Este tipo de arreglos tienen un potencial sustancial de distorsionar las relaciones competitivas dentro de la industria al elevar los costos para algunos proveedores a niveles significativamente más altos que para otros. Esto lleva a la probabilidad de impedir la entrada a un mercado y, con ello, a reducir la innovación y la intensidad de la presión competitiva en este. Aunque los diferenciales de costos pueden ser dañinos, no significa que la reglamentación deba buscar uniformarlos. En este sentido, las cláusulas de derechos adquiridos a menudo se aplican basándose en la convicción de que una extensa experiencia práctica, como la que ostentan algunos profesionistas, es un sustituto adecuado para un alto nivel de preparación formal. En el caso de las tecnologías productivas, las cláusulas de derechos adquiridos a menudo se utilizan para garantizar que transcurra el tiempo conveniente para amortizar los costos hundidos de inversiones previas. El impacto anticompetitivo de este tipo de condiciones puede minimizarse garantizando que tengan un vencimiento definido, en lugar de ser permanentes. En términos más generales, resulta conveniente adoptar una perspectiva escéptica ante los argumentos a favor de las cláusulas de derechos adquiridos, pues a menudo protegen intereses creados de la competencia potencial.²⁸(OECD. 2011).

²⁸ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>
Página 37 de 41

Ejemplo del numeral “2.e”

SIC. Concepto remitido al Ministerio de Tecnologías de la Información mediante oficio 11-115708-3 de 2001- 09-22.

EJEMPLO - AJUSTE DE LA UPC EN LAS ENTIDADES ADMINSTRADORAS DE PLANES DE BENEFICIOS: La Comisión de Regulación en Salud (CRES) envió el proyecto de acuerdo para fijar las tarifas de algunos servicios de salud. En este sentido la SIC señaló: “En concepto de esta Superintendencia, hay motivos suficientes para considerar acertado el proyecto de Acuerdo, sin embargo, encuentra que el efecto del mismo debe incentivar la competencia entre las EPS que participen del mercado de aseguramiento en salud, lo anterior por cuanto el texto del articulado planteó el escenario de la aplicación del factor de ajuste para el evento que en la actualidad corresponde a las características especiales de la EPS037. En razón a lo anterior, se recomienda que sean evaluados el parámetro del 37% y el factor de ajuste del 6%, para que su definición no implique que la única EPS destinataria del acuerdo expedido por la CRES sea la EPS037, sino que por el contrario dichos porcentajes no se erijan como una barrera de acceso a este factor de ajuste de riesgo adicional a los que se encuentran vigentes, sino permita la participación de otras EPS en el mismo y se compita por una prima mayor en razón del grupo etario”. (SIC, MCIT y Unión Europea)

La limitación de los procesos de producción o de organización industrial puede generar la elevación de costos de algunas empresas respecto de otras que no deban transformar sus procesos industriales. (De la Calle, J.M. 2012) ²⁹

f) Limita la innovación para ofrecer nuevos productos o productos existentes pero bajo nuevas formas.

Desestimular la competencia entre los agentes puede llevar a la falta de innovación en tanto que no existen incentivos para generar nuevos productos y diversificar el mercado. (De la Calle, J.M. 2012) ³⁰

²⁹ De la Calle, J.M. (2012, 7 de febrero) Abogacía de la competencia: La nueva tarea de la Superintendencia de Industria y Comercio. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2311/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=229001ce-9cf1-4fcb-bd86-8e5c7870e9b6%40sessionmgr104>

³⁰ Ibídem

3. ¿La regulación implica reducir los incentivos de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados?
Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:

- a. Genera un régimen de autorregulación o corregulación;
- b. Impone la obligación de dar publicidad sobre información sensible para una empresa que podría ser conocida por sus competidores (por ejemplo, precios, nivel de ventas, costos, etc.).

3. ¿La regulación implica reducir los incentivos de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados?

La reglamentación puede afectar la conducta del proveedor no sólo al modificar la capacidad del proveedor para competir, sino cambiando los incentivos de estos para actuar como rivales sólidos. Dos de las principales razones por las cuales los proveedores compiten con menos enjundia son, en primer lugar, que algunas regulaciones pueden tener el efecto de facilitar la coordinación entre proveedores y, segundo, que algunas regulaciones pueden tener el impacto de reducir la voluntad, capacidad o los incentivos de los clientes para cambiar entre diferentes proveedores. Otras razones por las que los proveedores podrían competir con menos vigor son los límites a las utilidades o a la participación de mercado que restringen las ventajas potenciales para competir. Las conductas de tipo cártel se generan con mayor facilidad en los regímenes autorregulatorios o corregulatorios al incrementar el intercambio de información sobre la producción y los precios de los proveedores o al excluir a una industria o un sector del alcance de la ley de competencia. Los cárteles son dañinos porque restringen la producción y elevan los precios, empeorando la situación de los consumidores. Los riesgos de las conductas tipo cártel se deben contraponer a los beneficios de la auto-regulación, como sería la certificación más expedita de nuevas tecnologías.³¹(OECD. 2011)

a. Genera un régimen de autorregulación o corregulación;

En los casos en los que una industria o asociación profesional asume toda la responsabilidad de regular la conducta de sus miembros sin apoyo legislativo del gobierno (a menudo a instancias del gobierno mismo) se emplea el término “autorregulación”. Sin embargo, cuando el gobierno presta apoyo legislativo a las reglas que diseña, en parte al menos, la industria o la asociación profesional, se utiliza el término “corregulación”. Las estructuras autorregulatorias o corregulatorias pueden generar beneficios importantes al garantizar la adecuación de las normas

³¹ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>
Página 39 de 41

técnicas y su avance al ritmo del progreso de la tecnología. No obstante, este tipo de estructuras pueden tener impactos anticompetitivos significativos. Las asociaciones profesionales y las industrias a menudo adoptan reglas que reducen los incentivos o las oportunidades para que haya una competencia vigorosa entre proveedores de bienes o servicios, como las restricciones a la publicidad y las reglas que impiden los descuentos. Además, la imposición de requisitos de preparación inusualmente estrictos podría reducir el ritmo de entrada al mercado. El gobierno debe de tener la facultad de impedir que las asociaciones profesionales o las industrias empleen poderes regulatorios de maneras que atenten en contra de la competencia. Esto puede incluir garantizar que la auto y corregulación queden sujetas a la aplicación de la ley o que las autoridades relevantes tengan la facultad de aprobar o rechazar las reglas de una asociación y, de acuerdo a las necesidades, sustituirlas por las suyas en caso de que la asociación continúe proponiendo disposiciones inaceptables.³²(OECD. 2011)

b. Impone la obligación de dar publicidad sobre información sensible para una empresa que podría ser conocida por sus competidores (por ejemplo, precios, nivel de ventas, costos, etc.).

Las regulaciones que requieren que los participantes en un mercado publiquen información sobre sus niveles de precios o de producción pueden contribuir en buena medida a la formación de cárteles, ya que un requisito clave para la operación de esta estructura de mercado es que sus participantes tengan un seguimiento eficaz de la conducta de sus competidores (o cómplices) en el mercado. La probabilidad de observar estructuras de cártel aumenta cuando existen menos participantes en el mercado, cuando las barreras de entrada son altas, en los casos en los que los productos de los diferentes proveedores son relativamente homogéneos y en los que se dispone de información acerca de cambios en los precios o la producción antes o poco después del cambio mismo. Las regulaciones que requieren la publicación de información como niveles de precios o de producción pueden utilizarse para mejorar el nivel de información con el que cuenta el consumidor y, en algunas ocasiones, para incrementar la eficiencia de los mercados. Sin embargo, cuando existen posibilidades de formación de cárteles, estos requisitos tienen mayor probabilidad de tener un impacto negativo. Sin embargo, existen alternativas al requerimiento de publicar toda la información antes mencionada. Cuando la información se obtiene principalmente para fines de diseño de política por parte del gobierno, es posible que no sea necesario publicarla. Por su parte, cuando la intención reside en asistir al consumidor u ofrecer estadísticas generales, los datos agregados de los carteles son menos útiles que los que son publicados por cada productor³³(OECD. 2011)

³² OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>

³³ OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>

REFERENCIAS

SIC, MCIT y Unión Europea, p. 4. Cartilla para el ejercicio de la abogacía de la competencia: Revisión de documentos de regulación estatal. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/cartillaabogacia.pdf>. Consultado en febrero de 2019.

De la Calle, J.M. (2012, 7 de febrero) Abogacía de la competencia: La nueva tarea de la Superintendencia de Industria y Comercio. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2311/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=229001ce-9cf1-4fcb-bd86-8e5c7870e9b6%40sessionmgr104>

Corte Constitucional. 25 de enero de 2017. M.P: A. Rojas. C-032/2017. Disponible: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-032-17.htm>

Archila, E.J. (2010). Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <file:///C:/Users/Owner/Downloads/EmilioJoseArchilaPenalosa.pdf>

SIC. (2017) Guía Práctica Trámite de la Abogacía de la Competencia. Disponible en: http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Compentencia/Abogacia_de_la_competencia/guia-practica-abogacia-2017.pdf

OECD (2011) <https://docplayer.es/70384809-Herramientas-para-la-evaluacion-de-la-competencia-principios.html>

Normas mencionadas.