



**CARTILLA PARA EL EJERCICIO DE
LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA:**

**REVISIÓN DE PROYECTOS
DE REGULACIÓN ESTATAL**



UNIÓN EUROPEA



Libertad y Orden

**Ministerio de Comercio,
Industria y Turismo**

Viceministerio de Desarrollo Empresarial
Dirección de Regulación

República de Colombia

DELEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN COLOMBIA

**MARIA WILHELMINA JOSEPHA
ANTONIA VAN GOOL**

Embajadora – Jefe Delegación

IVO HOFKENS

Jefe de Cooperación / Cooperación Programable

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

SERGIO DÍAZ-GRANADOS

Ministro

CARLOS ANDRÉS DE HART PINTO

Viceministro de Desarrollo Empresarial

JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Superintendente de Industria y Comercio

MARIA PIERINA GONZÁLEZ FALLA

Secretaria General MCIT

CON EL AUSPICIO DE LA UNIÓN EUROPEA:
PROYECTO "ASISTENCIA TÉCNICA AL COMERCIO EN COLOMBIA"
CONVENIO DE FINANCIACIÓN DCI/ALA/2007/19-005



1. CUESTIONES PRELIMINARES

2. En términos generales, la Abogacía de la Competencia es un mecanismo para la promoción de la competencia, cuyo alcance abarca todo el territorio nacional, y que tiene por funciones, entre otras: (i) Asesorar al Gobierno Nacional en la protección de la competencia, para la elaboración de proyectos que estimulen la libre competencia en los mercados; (ii) Desarrollar estudios de mercado para identificar fallas en la competencia generadas con las normas vigentes; (iii) Promover la competencia, por medio de actividades como la socialización de las normas y la educación; (iv) Verificar los proyectos de regulación para efectos de promover y mantener la libre competencia en los mercados.

3. Además de lo anterior, la Abogacía de la Competencia en la actividad regulatoria es 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.

4. La Abogacía de la Competencia relacionada con la revisión de proyectos de regulación, se enmarca dentro de la función administrativa del Estado, encargado de la promoción de la competencia. Por ello, dicha actividad debe coordinarse con otras funciones del Estado, en particular con la función regulatoria y de dirección general de la economía ejercida por organismos que también pertenecen a la Administración Pública, lo anterior con el fin de evitar el traslape de funciones y la existencia de decisiones contradictorias al interior del Estado y, principalmente, del Gobierno.

5. LA LIBRE COMPETENCIA

6. La competencia, en términos generales es considerada como el conjunto de esfuerzos que son desarrollados por los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación



4 Revisión de proyectos de regulación estatal

efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado.

7. 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.

8. El Derecho de Competencia se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados. Éstos se protegen mediante la prohibición de actos que se considera impiden la competencia y mediante la promoción y abogacía por un entorno competitivo.

9. La competencia en los mercados debe protegerse al imponer presión a las empresas para que sean más eficientes y provean productos con mayor calidad y variedad a precios más bajos. Para esto, las empresas deben invertir en mejorar la calidad y producir más; incentivos directamente relacionados con el crecimiento económico y la innovación que se traducen en beneficios para los consumidores. En este sentido, 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. En este sentido, y para aquellos casos en que el

Estado interviene, las autoridades deben velar por la protección de la libre competencia mediante el mecanismo de la abogacía, y así evitar que las normas puedan afectar la competencia en los mercados.

10. Principios generales de competencia que todo servidor público debe atender:

11. La protección de la libre competencia es importante por cuanto de ella se deriva una protección del interés general, que abarca tanto los intereses de los consumidores como de los productores a lo largo del mercado.

12. La política de competencia tiene como objetivo prevenir o eliminar aquellas restricciones que puedan interferir en los esfuerzos competitivos de las empresas, restringir el comercio o generar abusos del poder económico.

13. Para cumplir con estos objetivos, la Ley 1340 de 2009, señaló como propósitos de la política de la competencia: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores mediante la libre circulación de bienes y servicios, y por último, se debe propender por la eficiencia económica.

14. Así entonces, y dado que el deber de informar los proyectos

de acto administrativo recae sobre las autoridades, es preciso señalar que los funcionarios de cada una de esas entidades, en ejercicio de las normas constitucionales, deben cumplir con su labor de velar por la protección de la libre competencia, mediante la remisión de procesos para estudio de abogacía.

15. En efecto, la defensa de la competencia es un objetivo que compete a todos los poderes públicos. Su fundamento básico se encuentra en el artículo 333 de la Constitución Política, en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y la libre competencia como un derecho colectivo cuya protección está encomendada al Estado. Pero, de igual forma, la Constitución contiene varios postulados que abogan por la intervención del Estado en la economía, en particular para cumplir finalidades sociales como el bienestar común, el mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos, la satisfacción de necesidades básicas, la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, la protección del medio ambiente y de los consumidores, entre otras, las cuales encuentran fundamento en varios artículos de la Carta Magna (arts. 78, 334, 365 a 370). La Abogacía de la Competencia en la regulación trata de articular la actividad de intervención del Estado en la economía con los principios de la libre competencia.

16. Además de las normas constitucionales, el régimen de promoción de la competencia y de prácticas comerciales restrictivas se encuentra contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. Dichas normas prohíben todas aquellas conductas que implican, por parte de los participantes en el mercado, algunas restricciones o limitaciones a la libre competencia, al derecho constitucional a la libre empresa, por medio de la ejecución de actos y acuerdos contrarios a la libre competencia, o mediante el abuso de la posición de dominio en el mercado.

17. Un acuerdo anticompetitivo es todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o consensuadamente paralela entre dos o más empresas, que previene, restringe, o distorsiona la competencia o tiene la potencialidad de surtir uno de estos efectos.

18. Dentro de los actos contrarios a la libre competencia, se encuentran aquellos en que los agentes del mercado, de manera unilateral, distorsionan el mercado, ya sea como consecuencia de la infracción de normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor; mediante, la influencia a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios, o incluso, para que de-

sista de su intención de rebajar los precios. O en caso de que alguno de los agentes se niegue a vender o prestar servicios a una empresa o la discrimine cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

19. La posición de dominio en sí misma no es necesariamente anti-competitiva, de hecho, el resultado de la competencia vigorosa puede conllevar en la adquisición de una posición dominante en el mercado. Ahora bien, si una empresa usa su posición de dominio para excluir o explotar a sus competidores o consumidores, se dice que abusa de ella, y esta es la conducta que se encuentra reprochada a la luz de las normas de protección de la competencia.

20. Generalidades sobre abogacía de la competencia.

21. Así pues, la defensa de la libre competencia no se trata únicamente de los mecanismos con los que cuenta el Estado para generar competencia o llevar a cabo un control *ex post* de conductas que puedan afectarla o restringirla; también implica determinar *ex ante* qué pueden hacer los poderes públicos para contribuir a mejorar la competencia

en el mercado, regulando de forma eficiente las diferentes industrias de manera que las actuaciones normativas o administrativas generen la menor cantidad de costos e imprevistos para los agentes y los consumidores que concurren libremente en ellos, y evitando imponer limitaciones a la libre competencia por intermedio de instrumentos regulatorios.

22. Conforme con las últimas estadísticas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés)¹, la mayoría de países cuentan con leyes de competencia y es cada vez más frecuente que se incluya en ellas instrumentos de promoción de la competencia al interior de las instituciones del Estado. Por ejemplo, en el Reino Unido, de acuerdo con la Sección 7 del *Enterprise Act 2002*, es función de la *Office of Fair Trade*, OFT, "*dar información y asesoramiento al Gobierno en asuntos relacionados con la competencia y la protección al consumidor*". Para el desarrollo de la anterior función, la OFT cuenta con un equipo de abogacía cuyo rol es fortalecer las relaciones de la Oficina con otros organismos gubernamentales y su fin no es otro que ayudar a preservar y promover la competencia en los mercados así como incrementar el conocimiento de la protección de la competencia. Dicha función también incluye la labor de asegurarse que la

¹ UNCTAD. Tres décadas de labor de la UNCTAD. Sobre política de la competencia y defensa del consumidor. Reflexiones de los Estados Miembros. 30^a aniversario, 1980 - 2010.

regulación no restrinja de manera innecesaria o desproporcionada la competencia y que, por el contrario, su objetivo sea obtener los mejores resultados para los consumidores².

23. De manera general, se puede decir que la función administrativa denominada Abogacía de la Competencia o “*Competition Advocacy*” como se le conoce en el derecho anglosajón, hace referencia a lo siguiente:

*(...) 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.

24. Un reto mayor para los organismos regulatorios es identificar los *costos ocultos* de las restricciones a la competencia. Aun cuando los beneficios de una determinada medida de intervención pueden aparecer claros, los efectos en el largo plazo sobre la competencia pueden ser más difíciles de predecir. Como mínimo, el objetivo de los reguladores debe ser minimizar las distorsio-

nes del mercado, para lo cual deben aplicar la siguiente regla:

Cuando exista un motivo que justifique la intervención del Gobierno en el mercado o la economía, debe intentar, en la medida de lo posible, que su intervención se haga de manera que evite generar consecuencias negativas.

25. Al valorar la efectividad de las medidas de intervención existentes o propuestas, conforme con las mejores prácticas establecidas en el *Competición Assessment Toolkit* de la OCDE, el regulador debe conside-

² OFFICE OF FAIR TRADING, *Government in Markets. Why competition matters - A guide for policy makers*, 2009.

³ ADVOCACY WORKING GROUP, INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Advocacy and Competition Policy*. Naples, 2002, [en línea]. <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>>, p. i., consultada en marzo de 2011. El texto dice: “*Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition*”. Tal como lo indican los informes de la ICN, en varios países y regiones se ha desarrollado la figura de la abogacía de la competencia, como es el caso de Australia, Estados Unidos y la Unión Europea. De igual forma la OCDE ha publicado varios estudios sobre el particular como la “*Guía para evaluar la competencia*”. En España la CNC publicó en enero de 2009 una “*Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos*” luego de las recomendaciones presentadas dentro del Informe “*Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*” en junio de 2008.

rar los costos y beneficios asociados a las mismas, incluyendo el impacto que tendrá en la competencia dentro del mercado. Algunas formas de intervención pueden distorsionar o restringir mercados competitivos directa, indirectamente o de manera desprevénida. Para identificar si un proyecto de regulación puede limitar la libre competencia, los reguladores deben considerar las siguientes preguntas:

- **¿La intervención limita el número o gama de proveedores, afectando la posibilidad de entrada y salida del mercado?**

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 entrantes⁴.

- **¿La intervención afecta la naturaleza de la competencia entre los participantes de un mercado, ya sea a través de restricciones directas (como**

regulación de precios o de producto) o indirectas reduciendo los incentivos de las empresas para competir fuertemente entre ellas?

Este tipo de regulaciones pueden modificar la conducta de los proveedores al generar una reducción de la intensidad en la rivalidad de los competidores, situación que puede conllevar al aumento en los precios de los productos y en la disminución de la variedad de la oferta. Por ejemplo se puede producir mediante el establecimiento de límites a la publicidad y a la comercialización, mediante el control de precios, o con la elevación de los costos solo para algunos de los participantes en el mercado⁵.

- **¿La intervención afecta la posibilidad de los consumidores para comprar y escoger entre empresas y productos?**

La regulación que afecte la conducta de los competidores (i) al disminuir los incentivos para competir como rivales; (ii) al facilitar la coordinación o mediante la reducción de voluntad o incentivos, (iii) o mediante la imposición de límites a las utilidades. Por ejemplo, mediante el aumento de los costos por cambiar de proveedor o con el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima, incluso generando excepciones del

4 OCDE. *Competition Assessment Toolkit*. Volumen I, Version 2.0. pág. 8.

5 Ibidem, pág. 12.

cumplimiento de las normas sobre libre competencia⁶.

26. Cuando un proyecto de intervención tiene el potencial de afectar adversamente mercados competitivos, los reguladores deben considerar otras alternativas que puedan resultar menos restrictivas de la competencia. El Gobierno puede, muchas veces, jugar un rol benéfico estimulando la competencia, ya sea a través de la implementación de mecanismos de mercado, o por ejemplo, a través de un rol más amplio como procurador de la competencia.

27. MARCO NORMATIVO

28. La Constitución Política de 1991, en su artículo 333 establece que “*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*”. El mismo artículo circunscribe a la libertad económica dentro de los límites del bien común, la establece como un derecho colectivo y encomienda su protección al Estado.

29. Dentro del marco de la Constitución de 1991, en Colombia se expidió la Ley 1340 de 2009⁷. El artículo 2 de la citada norma delimitó el ámbito de aplicación de las normas de protección de la competencia y estableció que la competencia debe ser vigilada en todos los mercados y respecto de todo aquel que desa-

rolle una actividad económica. El artículo señala lo siguiente:

Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico⁸.

30. La Ley en mención también le otorgó a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) el carácter de Autoridad Única de Competencia, el cual le asignó a la SIC la competencia privativa para conocer de las investigaciones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia. Dispone la norma citada que:

*La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma **privativa** de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por in-*

⁶ Ibidem, pág. 14.

⁷ Ley 1340 del 24 de julio de 2009.

⁸ Ley 1340 de 2009, artículo 2.

fracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal⁹.

31. De conformidad con lo anterior, y en el ejercicio de sus funciones como autoridad única de competencia, el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 asignó la figura de abogacía de la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de la cual la entidad:

(...) 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(...)¹⁰.

32. Todo lo anterior va encaminado a la creación de una cultura de defensa y protección de la competencia con la cual se obtenga no solo la protección efectiva de los mercados sino que, de paso, se proteja a los consumidores. La cultura de la competencia puede entenderse como:

Todas las actividades que contribuyen a establecer, lo que es comúnmente llamado, una cultura de competencia, la cual está posiblemente mejor caracterizada por las actitudes de los consumidores y de los productores. La actitud del consumidor de rendirse fácilmente al abuso monopolístico de la posición de dominio y los productores complacientes con el status quo de sus privilegios, son típicos de una débil cultura de la competencia. Por otro lado, los consumidores que activamente buscan por mejores opciones y la actitud de un productor trabajando duro en proveer mayor variedad de opciones más económicas a los consumidores, son las características de una fuerte cultura de la competencia¹¹.

⁹ Ley 1340 de 2009, artículo 6.

¹⁰ Ley 1340 de 2009, artículo 7.

33. En resumen, la Abogacía de la Competencia en la actividad regulatoria es una función administrativa que contiene los siguientes aspectos clave:

- Aplica únicamente sobre proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia.
- La obligación de informar recae en las autoridades de regulación.
- Es facultativo de la SIC rendir el concepto previo solicitado, sin embargo, la SIC se pronunciará en todos los casos, siempre y cuando i) tenga la información necesaria para emitir su concepto; ii) no sea evidente que el proyecto limita la libre competencia.
- El concepto previo de la SIC no es vinculante, pero las autoridades deberán motivar la decisión de no acogerlo.
- No es facultativo para la autoridad solicitar el concepto previo a la SIC. En caso de no enviar el proyecto para concepto previo debe motivarlo expresamente en los Considerandos del acto.
- Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, se debe resaltar que la función allí prevista trata acerca de un procedimiento administrativo de consulta, de obligatorio cumplimiento para las autoridades administrativas, el cual debe surtirse de manera previa a

la expedición de actos administrativos con fines de regulación.

34. Para efectos de contextualizar la Abogacía de la Competencia, es pertinente determinar las implicaciones de este procedimiento, entre las que se encuentran:

- *Aplicar la política de competencia de manera transversal a todo el mercado y a todos los agentes:* Es decir, que por medio de estos análisis se involucran a las autoridades, productores, intermediarios y distribuidores de los bienes y servicios sujetos a regulación.
- *Más que un seguimiento de actos administrativos, un control previo de los posibles efectos del mismo sobre la competencia y los mercados:* Se pretende con esto la realización de un control *ex ante* para evitar la limitación de la competencia a raíz de la expedición de normatividad.
- *Una atribución legal que se debe ejercer hacia la institucionalización*

11 ICN. ADVOCACY AND COMPETITION POLICY. Report prepared by the Advocacy Working Group, ICN's Conference, Naples, Italy, 2002.

"All those activities contribute to establish, what is often called, a competition culture, which is perhaps best characterized by the attitudes of consumers and producers. A consumer attitude of easy surrender to monopolistic abuse of dominant positions and producers complacent with the status quo of their privileges are typical for a weak competition culture. On the other hand, consumers looking actively for better options and a producer attitude of working hard on providing more and cheaper options to the consumers are characteristic for a strong competition culture".

de una cultura de libre competencia: La libre competencia debe ser una cultura, que debe partir de las entidades gobierno, tal como sucede con la abogacía de la competencia, y debe extenderse a todos los agentes del mercado, de manera tal que la competencia se incluya como un elemento a considerar en las relaciones entre particulares y el Estado.

35. De otra parte, los criterios que debe utilizar la autoridad administrativa para determinar la posible incidencia sobre la libre competencia son:

a) *Criterio Objetivo:* Aplica sobre proyectos de regulación estatal, proyectos de actos administrativos (decretos, resoluciones de carácter general, circulares externas, etc.).

b) *Criterio Subjetivo:* Aplica a las autoridades de regulación (Ministerios, Comisiones de Regulación, Superintendencias, etc.).

c) *Criterio Causal:* Aplica sobre proyectos que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados (si el acto tiene como objeto o puede tener como efecto restringir, limitar o falsear la competencia en el mercado).

36. OBJETIVOS DE LA ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

37. Los principales objetivos que pretende la Abogacía de la Competencia en la actividad regulatoria del Estado, son:

- 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.
- El fin último es la búsqueda de la protección de los consumidores a través de la promoción de la libre competencia formulando recomendaciones *ex ante*.
- Generar credibilidad (disuasión de conductas).

38. ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DEBEN INFORMARSE

39. De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 2897 de 2010¹², la Abogacía de la Competencia en asuntos regulatorios, tiene el siguiente alcance:

- Todas las autoridades señaladas en el artículo 2 del citado Decreto deben informar a la SIC.
- Aplica únicamente sobre proyectos de acto administrativo con fines de regulación.
- Aplica sobre proyectos de acto administrativo con posible incidencia sobre la libre competencia en los mercados con independencia del objeto constitucional o legal perseguido.

40. AUTORIDADES QUE DEBEN SOLICITAR EL CONCEPTO PREVIO

41. Según al artículo 2 del Decreto 2897 de 2010, 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 de orden nacional.

- Todos los ministerios (Ejemplo: Ministerio de Minas y Energía,

Ministerio de Educación, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Ministerio de Protección Social, entre otros).

- Departamentos administrativos (Ejemplo: Departamento Administrativo de la Función Pública, Departamento Administrativo de la Presidencia, Departamento Administrativo de Seguridad, etc.).
- Superintendencias (Ejemplo: Superintendencia Financiera, Superintendencia de Puertos y Transportes, Superintendencia de Vigilancia, etc.).
- Unidades administrativas especiales con o sin personería jurídica (Ejemplo: CREG, CRC, CRA, ICA, UPME, Comisión Nacional de Medicamentos, etc.).
- Establecimientos públicos de orden nacional.

42. EXCEPCIONES

43. Las autoridades de regulación que consideren que el proyecto de norma se encuentra cobijado por alguna de las excepciones al deber de informar contenidas en el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010, deben dejar constancia expresa en el acto administrativo de los motivos invocados para abstenerse de remitir la información. El citado artículo 4 señala como excepciones:

¹² Decreto 2897 del 5 de agosto de 2010.

Artículo 4. 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 expedirlo considere que se presenta cualquiera de las siguientes condiciones:

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.

44. Existe la obligación para la autoridad de dejar constancia expresa en el acto administrativo emitido de los motivos que sustentan la excepción invocada.

45. PROCEDIMIENTO QUE DEBEN CUMPLIR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

46. 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 del 5 de agosto de 2010, cuyo objeto es (*artículo 1*):

1. Definir las autoridades que deberán informar a la SIC acerca de los actos administrativos que pretendan expedir con fines de regulación.

2. Señalar las reglas aplicables para que la SIC rinda concepto previo en ejercicio de la función de Abogacía de la Competencia.

47. En concordancia con lo anterior, los proyectos que pueden tener incidencia sobre la libre competencia y deben ser informados para su análisis son aquellos que cumplen con uno o varios de los elementos dispuestos en el artículo 3 del Decreto 2897 de 2010, a saber, que los proyectos:

1. *Tengan como objeto o puedan tener como efecto limitar la variedad de competidores en los mercados o,*
2. *Impongan conductas a los agentes del mercado que modifiquen las obligaciones impuestas por ley, o que llegue a limitar la capacidad de las empresas para competir o que reduzca sus incentivos, incluso, que llegue a limitar la libre elección de los consumidores*¹³.

48. Adicionalmente, con la promulgación del Decreto 2897 de 2010 se implementó como primer paso del procedimiento una evaluación previa que debe realizar cada una de las entidades de regulación. El examen debe realizarse antes de remitir el proyecto de acto administrativo a la SIC para estudio, en tanto que de éste puede derivarse la conclusión de que el proyecto no vulnera la libre competencia y, por consiguiente, que no debe ser enviado a la SIC¹⁴. Para desarrollar a fondo esta disposición, la SIC emitió la Resolución 44649 de 2010¹⁵ que con-

tiene un cuestionario que será estudiado detalladamente más adelante.

49. Evaluación conforme al cuestionario.

50. El artículo 5 del Decreto 2897 de 2010 hace referencia al cuestionario que deberá responder la autoridad administrativa a efectos de determinar la posible incidencia del proyecto de acto administrativo sobre la libre competencia¹⁶.

51. La Resolución No.44649 de 2010 expedida por la Superinten-

.....
13 Decreto 2897 del 5 de agosto de 2010, artículo 3. "Proyectos de regulación que deben informarse a la Superintendencia de Industria y Comercio. Las autoridades indicadas en el artículo 2º del presente decreto deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Se entenderá que un acto tiene esa incidencia cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga:

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 es 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".*

14 Decreto 2897 del 5 de agosto de 2010, artículo 5.

15 Resolución 35006 del 2 de julio de 2010.

16 El cuestionario que el Decreto 2897 de 2010 toma como referencia para el análisis previo de la libre competencia, el documento de Mejores Prácticas de la OCDE, Versión 1.0.

dencia de Industria y Comercio, que tiene por objeto *“adoptar el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios, a que hace referencia el artículo 5 del Decreto 2897 de 2010”*, se basó en el manual de mejores prácticas de la competencia de la OCDE, y contiene tres (3) preguntas básicas que de manera general permiten a la autoridad hacer un examen previo de la posible incidencia del proyecto sobre la libre competencia. Estas preguntas son las siguientes:

52. ¿La regulación limita el número o la variedad de las empresas en uno o varios mercados relevantes relacionados?

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

- a) *Otorgue 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.*

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 Proveedores 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”¹⁷.

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

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:

17 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

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

“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.

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

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”²⁰.

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

18 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

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

19 Resolución de la CRT 1732 de 2007, por la cual se establece el Régimen de protección de los derechos de suscriptores y/o usuarios de servicios de telecomunicaciones.

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

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 las empresas en relación con otras cuando el conjunto ya opera en uno o varios mercados relevantes relacionados.

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

55. 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.*

EJEMPLO – ACCESO A LAS TARI- FAS 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 conlleva 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.”²¹.

Posteriormente mediante oficio No. 10-68347-4 del 12 de julio de 2010 remitido a la Aerocivil, 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”.*²²

b) Limita a las empresas la posibilidad de distribuir o comercializar sus productos.

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,

²² SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

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

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"²³.

c) *Limita la libertad de las empresas para promocionar sus productos.*

d) *Exige características de calidad de los productos, en particular si resultan más ventajosas para algunas empresas que para otras.*

23 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

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

24 Concepto remitido 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"²⁴.

e) *Otorga a los operadores actuales en el mercado un trato dife-*

renciado con respecto a las empresas entrantes.

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”²⁵.

f) Otorga trato diferenciado a unas empresas con respecto a otras.

EJEMPLO – AJUSTE DE LA UPC EN LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS 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”²⁶.

g) Limita la libertad de las empresas para elegir sus procesos

²⁵ Concepto remitido al Ministerio de Tecnologías de la Información mediante oficio 11-115708-3 de 2001-09-22.

²⁶ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto remitido al Ministerio de Protección Social, mediante oficio 11-99810-2 del 26 de octubre de 2011.

de producción o su forma de organización industrial.

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

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

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

a) Genera un régimen de autorregulación o correulación.

b) Impone la obligación de dar publicidad sobre información sensible para una empresa que podría ser conocida por sus competidores.

58. El segundo paso del procedimiento de Abogacía de la Competencia se produce cuando el regulador advierte que su proyecto de acto administrativo, luego de ser estudiado concienzudamente, puede llegar a tener alguna incidencia sobre la libre competencia en los mercados. En esta situación se deben atender las siguientes reglas para informar a la SIC el proyecto de acto administrativo²⁷:

a) Si todas las respuestas del cuestionario resultan negativas, puede considerarse que el proyecto no representa un riesgo para la libre competencia, y la autoridad puede considerar la opción de no informar el proyecto.

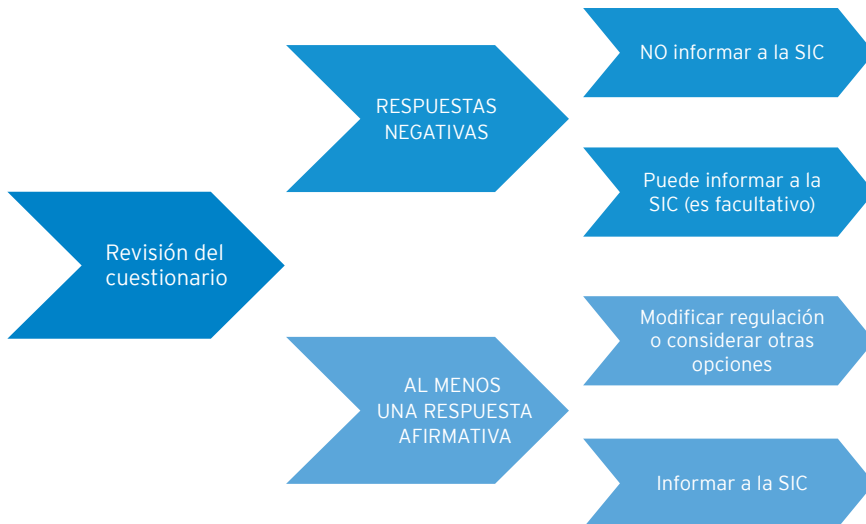
b) Si cualquiera de las respuestas del cuestionario resulta afirmativa el regulador podrá modificar el proyecto, tratando de compensar los efectos anti-competitivos generados. Luego, el proyecto deberá ser remitido a la SIC para análisis de libre competencia.

c) Para efectos de responder al cuestionario de afectación a la libre competencia, cada entidad debe realizar los estudios necesarios.

d) Si pueden existir otros riesgos a la competencia, la autoridad deberá remitir el proyecto informando la incidencia y los posibles efectos anticompetitivos.

El procedimiento que debe aplicar la autoridad administrativa una vez respondido el cuestionario para cumplir con lo ordenado por el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 es:

27 Decreto 2897 de 2010, artículo 6, numerales 1 a 4.



60. Si se informa a la SIC, la autoridad debe enviar toda la documentación señalada en el artículo 8 del Decreto 2897 de 2010:

- Proyecto final de acto administrativo.
- Respuesta al cuestionario artículo 5.
- Estudios técnico-económicos.
- Observaciones y sugerencias de terceros interesados.

61. Si decide expedir el acto administrativo, la autoridad debe dejar constancia expresa en los considerandos acerca de si consultó a la SIC y si ésta emitió concepto (artículo 7).

62. Si la autoridad responde de manera positiva cualquiera de las preguntas contenidas en el cuestionario, procederá a determinar si

a pesar de la afectación de la competencia, la medida de intervención se encuentra justificada, es decir, la autoridad debe preguntarse para qué se está introduciendo la restricción, su finalidad, su objetivo concreto, entre otras.

63. Una vez identificados claramente los objetivos de la intervención, es preciso justificar cómo una medida que restringe la competencia puede lograr dichos objetivos.

64. La justificación puede consistir en lo siguiente:

- La medida es ordenada por la Ley, la Constitución o por tratados internacionales.
- Se trata de un servicio público sometido a regulación sectorial.

- Se trata de una medida de normalización o de un reglamento técnico que busca proteger un interés legítimo como la seguridad humana, animal y vegetal, la protección del medio ambiente o la no inducción a error a los consumidores.
- Existen fallas de mercado como monopolios, asimetrías de información o externalidades que hacen necesaria la intervención, en tanto que las reglas del mercado son insuficientes.
- Existen infraestructuras consideradas esenciales que implican regular el acceso de terceros a las mismas.

65. Concepto Técnico.

66. La autoridad realiza el análisis y los estudios necesarios para responder, señalando la naturaleza del acto y el alcance preciso de sus efectos. La medida de intervención debe ser proporcional al objetivo perseguido y la restricción a la competencia generada.

67. En tal sentido, la SIC procede, en primer lugar, con la revisión del cuestionario de evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los actos administrativos con fines regulatorios, profundizando en las respuestas que estén en sentido positivo.

68. En segundo lugar, se debe revisar el marco legal y la normatividad existente sobre el tema del proyecto de acto administrativo, incluyendo tratados internacionales, normas constitucionales, leyes, decretos y resoluciones anteriores que traten la misma materia o asunto, para así establecer los antecedentes legales que sirven como soporte del proyecto.

69. En tercer lugar, se debe consultar el estudio técnico, para entender la justificación del proyecto del acto administrativo, determinar la existencia de fallos del mercado o situaciones que justifiquen una medida de intervención del Estado en la economía y poder analizar qué agentes y qué mercados se verían afectados con la medida que se dispone a implementar.

70. Finalmente, la SIC debe revisar los comentarios que los agentes y usuarios hicieron al proyecto de acto administrativo, con el fin de enriquecer los argumentos los cuales sustentarán el concepto final.

71. Los criterios que debe aplicar la autoridad de competencia a la hora de rendir concepto previo son:

- La autoridad de competencia puede considerar restrictivas de la competencia muchas de las normas proferidas por el regulador sectorial, si no tiene en cuenta en su análisis las particularidades

de los sectores regulados como la existencia de fallos del mercado y de necesidades básicas insatisfechas.

- La autoridad de competencia generalmente busca:
 - Que los precios se acerquen a los de un mercado competitivo.
 - Que no existan barreras de entrada o salida para los competidores.
 - Que no haya abuso de la posición dominante.
 - Que los agentes no incurran en prácticas restrictivas de la competencia.
 - Evitar el abuso de la posición de dominio o la concentración del mercado en pocas empresas.

72. Sin embargo, los mercados regulados generalmente presentan características especiales que deberán ser tenidas en cuenta por la autoridad de competencia en su análisis. En particular deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

- Si se trata de un servicio público, es decir, si involucra la satisfacción de una necesidad pública de interés general.
- Si se trata de una industria de red, esto es, si presenta altos costos hundidos, porciones con características de monopolio natural, economías de escala y alcance, externalidades, asimetrías de información, etc.

- Si existe un régimen especial de protección al usuario.
- Si existe regulación de la estructura, el comportamiento o de los precios.

73. La Autoridad de Competencia deberá aplicar la regulación sectorial y las reglas especiales que regulan las actividades y el mercado, como son las normas sobre separación de actividades, límites a la integración horizontal y vertical, reglas especiales sobre la posición de dominio, regulación tarifaria, estándares de calidad, normatividad técnica, etc.

74. Deberá tener en cuenta que en estos sectores hay generalmente tendencia a la concentración del mercado y existen barreras de entrada legales y de orden técnico. Además, los precios son regulados teniendo en cuenta criterios de eficiencia, de costos y de redistribución del ingreso.

75. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto 2897 de 2010 relativo al procedimiento que debe seguir la SIC, ésta podrá:

- Rendir concepto favorable cuando considere que no incide en la competencia.
- Manifestar que el proyecto tiene incidencia negativa:

- La autoridad reguladora puede apartarse del concepto, pero debe motivarlo en el acto administrativo expedido.
- La SIC puede abstenerse de rendir concepto, cuando considere que no tiene observaciones sobre el proyecto.

76. Luego de haber estudiado todos los anexos enviados y la documentación adicional relacionada con el proyecto, el funcionario debe redactar un documento de análisis que debe contener como mínimo los antecedentes, el objeto del proyecto de acto administrativo, el análisis del articulado del proyecto, las consideraciones en materia de competencia y las conclusiones finales.

77. Del mismo modo, se debe elaborar el proyecto de oficio de respuesta a la autoridad que remitió el proyecto, y presentar los dos documentos al Delegado de la Protección a la Competencia, para sus respectivas correcciones y comentarios.

78. Luego de las correcciones correspondientes se debe radicar el oficio en el sistema de trámites de la Intrasc de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se entrega para firma del Delegado de la Protección a la Competencia.

79. ¿Qué ocurre si la autoridad administrativa omite el deber de informar a la SIC?

80. Si la autoridad no remite la norma para estudio de abogacía, o en el acto administrativo emitido, la autoridad no motiva su decisión de no informar o expone las razones para no acoger concepto de la SIC, puede generar vicios de nulidad del acto administrativo por violación de procedimiento o incluso por falsa motivación del mismo en tanto que la Abogacía de la Competencia es un procedimiento consultivo obligatorio.

81. Plazos.

82. Si el proyecto tiene alguna incidencia en la libre competencia, la autoridad reguladora debe informar del proyecto a la SIC allegando una serie de documentos necesarios²⁸

.....
²⁸ Decreto 2897 de 2010, artículo 8. "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 6º del presente decreto.
4. Las observaciones y sugerencias que haya recibido de terceros interesados si las hubo".



para efectos de que la entidad inicie su respectivo estudio.

El concepto de libre competencia que es proferido por la SIC, debe surtirse en un término de 30 días para asuntos referentes a tarifas y en 10 días para todos aquellos proyectos diferentes al tema tarifario.

