

# ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA

**David Bardey**  
**Alejandro Becerra**  
**Pilar Cabrera**

Mayo, 2013

CUADERNOS  
FEDESARROLLO  
44

**Cuadernos de Fedesarrollo**  
Número cuarenta y cuatro

## Cuadernos de Fedesarrollo

- 1 Tasa de cambio en Colombia  
*Mauricio Cárdenas*
- 2 Los dólares del narcotráfico  
*Roberto Steiner*
- 3 Perspectivas de la industria aseguradora: 1997-2010  
*Natalia Salazar - Sandra Zuluaga*
- 4 Salud, educación y desempleo. Diagnóstico y recomendaciones  
Proyecto Agenda Colombia I  
*Mauricio Reina - Denisse Yanovich*
- 5 Infraestructura, orden público y relaciones internacionales.  
Diagnóstico y recomendaciones - Proyecto Agenda Colombia II  
*Mauricio Reina - Denisse Yanovich*
- 6 Tributación en Colombia  
*Roberto Steiner - Carolina Soto*
- 7 Las aseguradoras y el régimen de inversión  
*María Angélica Arbeláez - Sandra Zuluaga*
- 8 Petróleo y región: el caso del Casanare  
*Alejandro Gaviria - Adriana González - Juan Gonzalo Zapata*
- 9 La sostenibilidad de las reformas del sector eléctrico en Colombia  
*Ulpiano Ayala - Jaime Millán*
- 10 Misión del ingreso público  
*Miembros del Consejo Directivo*
- 11 Economías regionales en crisis: el caso del Valle del Cauca  
*Juan José Echavarría - Israel Fainboim - Luis Alberto Zuleta*
- 12 El nuevo comercio minorista en Colombia  
*Mauricio Reina - Luis Alberto Zuleta*

- 13 El leasing en Colombia: diagnóstico e impacto sobre la inversión y el crecimiento  
*María Angélica Arbeláez - Fabio Villegas - Natalia Salazar*
- 14 Los servicios financieros y el TLC con Estados Unidos: oportunidades y retos para Colombia  
  
*Roberto Junguito - Cristina Gamboa (Editores)*
- 15 Reflexiones sobre el aporte social y económico del sector cooperativo colombiano  
*Miguel Arango - Mauricio Cárdenas - Beatríz Marulanda - Mariana Paredes*
- 16 Evaluación del impacto del TLC entre Colombia y Estados Unidos en la economía del Valle del Cauca  
*Camila Casas - Nicolás León - Marcela Meléndez*
- 17 La infraestructura de transporte en Colombia  
*Mauricio Cárdenas - Alejandro Gaviria - Marcela Meléndez*
- 18 El marco institucional para la regulación, supervisión y el control de los servicios públicos en Colombia: propuesta para su fortalecimiento  
*Carlos Caballero - Alejandro Jadresic - Manuel Ramírez Gómez*
- 19 Análisis del sistema tributario colombiano y su impacto sobre la competitividad  
*Mauricio Cárdenas - Valerie Mercer-Blackman*
- 20 El sector de materiales de la construcción en Bogotá - Cundinamarca  
*Camila Aguilar - Nicolás León - Marcela Meléndez*
- 21 Estudio sobre la propiedad intelectual en el sector farmacéutico colombiano  
*Emilio José Archila - Gabriel Carrasquilla - Marcela Meléndez - Juan Pablo Uribe*
- 22 La política social de telecomunicaciones en Colombia  
*Andrés Gómez-Lobo - Marcela Meléndez*
- 23 El modelo de intervención ReSA: en pos de la superación del hambre en las zonas rurales  
*Juan José Perfetti del C.*
- 24 La reforma del impuesto al consumo de cigarrillo y tabaco elaborado: impacto sobre el recaudo  
*Mauricio Santa María - Sandra Viviana Roza*

- 25 La minería en Colombia: impacto socioeconómico y fiscal  
*Mauricio Cárdenas - Mauricio Reina*
- 26 Evaluación económica de la inclusión de la vacuna antineumocócica en el Plan Ampliado de Inmunización  
*Mauricio Santa María - Fabián García - María José Uribe*
- 27 Sobre teoría de juegos, proceso presupuestal y situación fiscal en Colombia  
*Mauricio Olivera*
- 28 Análisis de la competencia en la industria colombiana de cigarrillos  
*Marcela Meléndez - Tatiana Vásquez*
- 29 Evaluación económica del *Plan Colombia*  
*Daniel Mejía*
- 30 El mercado de la energía eléctrica en Colombia: características, evolución e impacto sobre otros sectores  
*Mauricio Santa María - Nils-Henrik Von Der Fehr - Jaime Millán - Juan Benavides Orlando Gracia - Erika Schutt*
- 31 Impacto socioeconómico del sector azucarero colombiano en la economía nacional y regional  
*María Angélica Arbeláez - Alexander Estacio - Mauricio Olivera*
- 32 La Ley de Fronteras y su efecto en el comercio de combustibles líquidos  
*Orlando Gracia - Manuel Maiguashca - Luis Ernesto Mejía - David Yanovich Sandra Cortés - Germán Galindo - Erika Schutt*
- 33 Programa ReSA: fortalecimiento de las bases de la seguridad alimentaria en el sector rural  
*Juan José Perfetti - Juan Carlos Gallego - María Camila Perfetti*
- 34 El impacto del transporte aéreo en la economía colombiana y las políticas públicas  
*Mauricio Olivera - Pilar Cabrera - Wendy Bermúdez - Adriana Hernández*
- 35 El impacto del leasing financiero sobre la inversión y el empleo en las firmas colombianas  
*Natalia Salazar - Pilar Cabrera - Alejandro Becerra*

- 36 Impacto del sector de servicios petroleros en la economía colombiana  
*Mauricio Olivera - Luis Alberto Zuleta - Tatiana L. Aguilar - Andrés F. Osorio*
- 37 Caracterización del empleo en el sector palmicultor colombiano  
*Mauricio Olivera - Diego Escobar - Norberto Rojas - Julián Moreno  
Claudia Quintero - Anamaría Tibocho*
- 38 La política comercial del sector agrícola en Colombia  
*Hernando José Gómez - Juan Camilo Restrepo - John Nash - Alberto Valdés  
Mauricio Reina - Sandra Zuluaga - Wendy Bermúdez - Sandra Oviedo - Juan José Perfetti*
- 39 Hacia una política integral de medicamentos biotecnológicos en Colombia  
*Juan Gonzalo Zapata - Sergio Bernal - Jairo Castillo - Katherine Garzón*
- 40 Elaboración de una Evaluación Integral de Sostenibilidad (EIS) para Colombia  
*Helena García Romero - Adriana Hernández Ortiz*
- 41 Dinámica regional del sector de bienes y servicios petroleros en Colombia  
*Felipe Castro - Luis Alberto Zuleta - Juan Fernando Alandette  
Sandra Milena Fonseca - Sebastián Martínez*
- 42 Contrabando de Cigarrillos y Tributación en Colombia  
*Juan Gonzalo Zapata - Adriana Sabogal - Ana Cecilia Montes  
Germán Rodríguez - Jairo Castillo*
- 43 El Estatuto de Profesionalización Docente: Una primera evaluación  
*Alejandro Ome*
- 44 Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia  
*David Bardey - Alejandro Becerra - Pilar Cabrera*



# Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia

*David Bardey\**

*Alejandro Becerra*

*Pilar Cabrera*

*Mayo, 2013*

\* David Bardey fue profesor de la Universidad del Rosario (2010-2012); actualmente, es profesor asociado de la Universidad de Los Andes y Visiting Fellow de Toulouse School of Economics. Alejandro Becerra es investigador asistente de Fedesarrollo. Pilar Cabrera es investigadora de Fedesarrollo. Se agradece especialmente los valiosos y pertinentes comentarios de Daniel Gómez, ya que éstos permitieron enriquecer el trabajo. También agradecemos las sugerencias de Leonardo Villar, Roberto Steiner, Juan Mauricio Ramírez, Natalia Salazar, Astrid Martínez, los miembros del Consejo Directivo de Fedesarrollo, así como de los demás asistentes al seminario semanal de Fedesarrollo.

Una publicación de Fedesarrollo

Nueva Serie Cuadernos de Fedesarrollo, número cuarenta y cuatro



Primera edición: mayo 2013

© Fedesarrollo

ISBN: 978-958-57963-0-0

Edición, armada electrónica: Consuelo Lozano | Formas Finales Ltda.

Impresión y encuadernación: La Imprenta Editores S.A.

Impreso y hecho en Colombia

Printed and made in Colombia

# Contenido

<b>RESUMEN EJECUTIVO</b>	1
<b>PRESENTACIÓN</b>	11
<b>CAPÍTULO UNO</b> Política de competencia	13
Definición de competencia: objetivos y pilares	13
Desarrollo en Colombia	17
Ubicación de la política de competencia colombiana entre EE.UU. y la Unión Europea	20
<b>CAPÍTULO DOS</b> Institucionalidad de la autoridad de competencia	49
Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única de competencia	49
Régimen sancionatorio a las prácticas anticompetitivas: multas y garantías	53
<b>CAPÍTULO TRES</b> Disposiciones vigentes	69
Reseña normativa	69
Novedades de la Ley 1340 de 2009	75
Aspectos relevantes de la normatividad colombiana	84

<b>CAPÍTULO CUATRO</b> Estudios de caso	89
Sector de telefonía móvil	89
Sector de petróleo en Colombia	106
Sector financiero-bancario	122
<b>CAPÍTULO CINCO</b> Recomendaciones finales	147
Desde el punto de vista de la institucionalidad de la Autoridad única	147
Regulación de las conductas	149
Información al mercado	150
Concepto de insignificancia que aplica la SIC	150
Participación de terceros	150
Promoción de instancias que faciliten la libre competencia	151
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	153
<b>ANEXOS</b>	157

## RESUMEN EJECUTIVO

La política de competencia y la expedición de la normatividad sobre la misma en Colombia han sido desarrolladas por los gobiernos atendiendo a las coyunturas políticas y económicas de cada momento. Cronológicamente, esos momentos pueden enmarcarse en tres : i) la expedición de la primera norma de competencia durante el gobierno de Alberto Lleras Camargo (1958- 1962), ii) el proceso de liberalización de mercados y apertura económica de comienzos de los años noventa, implementado por el gobierno de César Gaviria (1990-1994) y iii) la vinculación de Colombia a un estándar de competitividad del país impulsado durante el gobierno de Álvaro Uribe (2006-2010), todavía en proceso de implementación y fortalecimiento por parte de la actual administración.

A partir de la expedición de la Ley 155 de 1959<sup>1</sup>, el régimen de competencia colombiana se ha modificado en dos ocasiones: la primera, a partir de la adopción de la Constitución Política de 1991 y la creación de la Delegatura para la Promoción de la Competencia en la Superintendencia de Industria y Comercio en 1992 y, más recientemente, con la expedición de la Ley 1340 de 2009<sup>2</sup>, aportando en ambos casos nuevos instrumentos para un mayor fortalecimiento del país en la materia. No obstante, tras el análisis normativo y del desempeño de la autoridad de competencia en la economía colombiana, se puede observar que el proceso de crear una política unificada y de establecer la institucionalidad necesaria para alcanzar los objetivos pertinentes, no ha terminado e incluso parecería tener aún obstáculos complejos por superar.

Dicha evolución normativa, de su parte, así como algunos de los precedentes de la autoridad de competencia (como sucede en casi todas partes del mundo), se han visto fuertemente influenciados por desarrollos internacio-

---

<sup>1</sup> Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

<sup>2</sup> Por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

nales en la materia, de manera especial por la forma en que se han concebido y desarrollado las políticas de competencia en Estados Unidos de América y la Unión Europea. Así es como, la Ley Sherman de 1890 (Sherman Act), se constituye en el principal antecedente de nuestra Ley 155 de 1959. De la misma manera, el Tratado de Roma y el Convenio de París, no solo son referentes relevantes en lo que hace a la Comunidad Europea, de donde se adoptó todo lo que tenemos en materia de competencia desleal, sino que en buena medida, como muestran los análisis de este estudio, los dos acuerdos anteriores constituyen el modelo más cercano a lo que se tiene en Colombia.

En este contexto, el análisis propuesto a lo largo del presente trabajo busca, en primer lugar, hacer una revisión de la normativa sobre libre competencia y su comparación con los modelos Americano y de la Unión Europea para ubicar el modelo colombiano dentro del contexto internacional. Igualmente, se busca a través del desarrollo de entrevistas y manejo de datos sectoriales, proveer un análisis tanto jurídico como económico de los efectos que dicho marco ha tenido sobre el desarrollo de la libre competencia en Colombia.

De manera específica, el objetivo de este estudio fue dar respuesta a las siguientes preguntas:

- *Dadas las dos corrientes existentes a nivel internacional, por un lado, aquella tendiente a dotar la política de la competencia de una preponderante protección del consumidor, y por otro, aquella que busca lograr mayor eficiencia en los mercados, ¿cuál es el balance de esas tendencias en Colombia? ¿Puede concluirse que la normativa actual del país se enmarca de manera determinante en una u otra corriente?*

Al respecto, la conclusión de que el modelo local se aproxima más al de la Unión Europea parece contundente. Ello se refleja en varios aspectos, comenzando por el peso que se le da a la eficiencia de los mercados como objetivo de la política de la competencia, esto a pesar de que en Colombia la normativa -en teoría- siempre ha alegado mantener en el mismo plano

la eficiencia económica, la libre participación de las empresas en los mercados y el bienestar de los consumidores. Lo mismo podría decirse de la forma en la que se concibió la actuación de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa y corrección de las prácticas anticompetitivas bajo un sistema administrativo dependiente del poder ejecutivo o al menos, con una independencia limitada respecto del mismo. La diferencia fundamental en este aspecto, sin embargo, se evidencia en la existencia de una instancia supranacional (para los países miembros de la Unión Europea) instituida en un Tribunal Judicial que revisa y decide en segunda instancia y de manera definitiva las decisiones adoptadas internamente por la autoridad de competencia, lo cual hace más independiente la decisión y menos vulnerable a presiones de tipo político.

- *¿Qué evolución ha tenido la política de libre competencia en Colombia? ¿Cuál es la línea jurisprudencial y cuál el impacto de la misma comparada con las tendencias internacionales?*

En Colombia, las políticas de libre competencia no parecen tener una línea suficientemente clara en cuanto a los objetivos protegidos. Las investigaciones y fallos producidos impiden llegar a conclusiones definitivas. Ello se debe, en parte, a la existencia de procedimientos de cierre de las mismas -ofrecimiento de garantías- que no permiten establecer los niveles de responsabilidad de quienes infringen la política y, así las cosas, es difícil establecer de manera clara y distinta la posición de la autoridad de competencia.

Por otro lado, no existen mayores casos llevados ante la justicia ordinaria a partir de los cuales se pueda deducir una línea jurisprudencial de base. La mayoría de los procesos que sobrepasan las decisiones de la SIC se elevan ante la jurisdicción administrativa, donde son revisados generalmente desde un punto de vista más procedimental de fallas en el proceso sancionatorio de la SIC antes que desde el fondo del asunto.

A esta situación debe sumarse que, los criterios utilizados para considerar la vulneración de la competencia, sólo desde el 2009 radican exclusivamen-

te en la SIC para la mayor parte de los sectores. Debe recordarse que, con anterioridad, la existencia de varias autoridades resolviendo asuntos de competencia en diferentes sectores hizo que se privilegiaran o afectaran situaciones dependiendo de la visión del correspondiente supervisor<sup>3</sup>. Estas consideraciones, aunadas a otras dificultades evidenciadas en las etapas probatorias de los procesos (por ejemplo la falta de técnicos e investigadores especialistas), dificulta establecer el impacto que han tenido las tendencias internacionales en materia de jurisprudencia.

- *¿Qué vacíos se encuentran en la reglamentación de libre competencia en Colombia actualmente? ¿Se identifican causa(s) de los mismos? ¿Qué tipo de herramientas han sido introducidas recientemente con el objeto de proteger la libre competencia en los mercados, mirado desde el punto de vista de los oferentes de bienes y servicios?*

Tras realizar un análisis detallado de la normatividad vigente, es menester concluir que no existen vacíos de importancia y, más bien, lo que se requiere es una visión depuradora de los catálogos de conductas a fin de hacerlas viables, sobre todo intentando generar antecedentes que permitan el desarrollo de la competencia. Se identifican diversas herramientas importantes con la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, algunas de las cuales se reconocen como óptimas, v. gr., la figura de la delación o la participación de terceros en las investigaciones y las modificaciones a los procesos de integraciones, a pesar de que aún no hayan datos suficientes que permitan medir su impacto; pero igual, se encuentran dificultades en otros frentes.

- *¿Cuáles son los cambios introducidos por la Ley 1340 de 2009? ¿Será que las disposiciones en ella contenidas logran institucionalizar una autoridad única de competencia (estructura, función y capacidad)?*

---

<sup>3</sup> Ese fue el caso de la fusión de Avianca - Aces en su momento, que a pesar de haber sido negada inicialmente por la SIC, posteriormente fue autorizada por la AEROCIVIL.

Desde una perspectiva comparada, se considera que, aun cuando se institucionalizó la autoridad única de competencia en el país, igual no se han removido la mayor parte de los obstáculos que se considera le dan altos niveles de vulnerabilidad... y tampoco parecería que en Colombia hubiera iniciativas desde el mismo Gobierno para eliminarlos. Se destaca (tal vez el elemento más importante frente a los modelos internacionales), el hecho de que las últimas decisiones de las investigaciones se mantengan exclusivamente en cabeza de la SIC como autoridad administrativa, sin que se considere que debería existir una instancia independiente, de carácter preferiblemente judicial, desde la cual resolver de manera definitiva las investigaciones por conductas anticompetitivas. Por tanto, se sugiere la revisión de modelos como el de la Unión Europea y de otro más cercano, el de Chile.

De otra parte, casi tres años después de promulgada la ley, no se evidencia con claridad -aunque al interior del ente de control señalan lo contrario- un mayor tecnicismo en los agentes encargados de asumir las investigaciones de las prácticas anticompetitivas, ni el otorgamiento de competencias legales para actuar con mayor oportunidad y alcance frente a actos y conductas sancionables. Aunque se ha incrementado el presupuesto de la SIC, es muy prematuro saber si dichos recursos son suficientes a los objetivos de la ley, pues no hay resultados que permitan medir dicho impacto.

- *¿Cuáles son las consecuencias económicas de los fallos emitidos sobre libre competencia, a partir de comienzos de la década de 1990 hasta hoy, desde un punto de vista cuantitativo o cualitativo a la luz de las multas o sanciones pecuniarias impuestas por la SIC?*

Tal y como sucede con la jurisprudencia, no es muy significativo el historial de actuaciones de la SIC en las que se tomaran decisiones con efectos económicos de alguna relevancia. Lo anterior, dado que la mayoría han sido cerradas en aplicación de la figura del ofrecimiento de garantías, lo cual sería óptimo si detrás de ello pudiera destacarse la configuración de responsabilidad frente a determinada conducta. La crítica proviene de que



el arreglo al que se llega cuando se ofrece una garantía -póliza de seguro de cumplimiento- no conlleva la aceptación de ninguna responsabilidad, es decir, se trata de investigaciones donde el investigado no acepta haber cometido ninguna conducta contra la libre competencia. El efecto, en lo económico, por tanto, no existe y, en caso de incumplir los compromisos acordados con el otorgamiento de la garantía, será una compañía de seguros la que cubra el riesgo, sin que el responsable tenga un correctivo diferente.

A ello se agrega que, corresponde a la SIC no sólo dar por concluida la investigación, sino que con posterioridad debe hacer el seguimiento de los compromisos que se adopten en virtud del mencionado ofrecimiento de garantía, con lo cual su disponibilidad de recursos se ve disminuida atendiendo labores que pueden impedirle estar en otras investigaciones. Estos antecedentes, sumados al hecho de que sólo a partir del 2009 se introdujo un incremento importante a los montos de las sanciones pecuniarias, sitúan a Colombia en niveles rezagados frente a otras jurisdicciones.

- *De otro lado, utilizando los datos disponibles, se trata de responder a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el grado de concentración y cuál la estructura de mercado para la cadena del petróleo, la telefonía móvil y el sector financiero? ¿Cómo es? ¿Se pueden detectar barreras a la libre entrada, prácticas restrictivas a la competencia y fallas de mercado en dichos sectores que requieren algunas regulaciones o supervisiones particulares?*

El análisis al que fueron sometidos los tres sectores, aunque diferente para cada uno, muestra que son mercados altamente concentrados, pero con matices que evidencian el impacto en materia de competencia que su estructura comporta y la forma como se vislumbran a la luz de la libre competencia.

Frente al sector de la telefonía móvil es difícil decir si es competitivo o no, pues a pesar de la alta concentración del mercado, debida principalmente a la participación de mercado muy alta de Comcel, los ingresos por usuarios obtenidos por los operadores no parecen alcanzar niveles anormales comparados con otros países de la región. Sin embargo, la presencia de las

externalidades de redes que caracterizan a este sector, no permiten inferir cuál será el futuro de la competencia en los próximos años a partir de qué tan competitivas son las tarifas hoy. En efecto, las altas proporciones de llamadas on-net (entre usuarios de un mismo operador) parece indicar que se están formando, por un efecto club, grupos de usuarios que se comunican principalmente dentro de la misma red. En el mediano/largo plazo, el mercado de telefonía móvil en Colombia se está partiendo en submercados; esta situación puede generar una situación de competencia monopolística en este sector. De manera más precisa, una vez que los costos de cambio para pasar de un club a otro sean demasiado altos para los usuarios (por los menos cada vez que se trate de una decisión individual), los operadores asociados a cada club podrán cobrar precios cercanos a los de monopolio. En la situación actual de este mercado, caracterizado por una posición dominante de Comcel, se resalta que la portabilidad numérica, por reducir los costos de cambio de los usuarios entre los diferentes operadores, puede contribuir a favorecer el operador más grande.

Por otro lado, en lo que a la cadena del petróleo concierne, se identifican diversos eslabones, analizados cada uno por separado. Esto, teniendo en cuenta que las estructuras de mercado en cada eslabón pueden diferir sustancialmente unas de otras. A manera de ilustración: en los eslabones de transporte del crudo y refinados, así como en el de refinamiento, es evidente la posición monopolística de Ecopetrol que mantiene una integración vertical clara. Estas particularidades constituyen una importante barrera de entrada al mercado limitando la competencia potencial. Por otro lado, en el eslabón de exploración/producción se observa, en los últimos años, una mayor participación de empresas de menor tamaño, marcando diferencias con los procesos anteriores. Igualmente, se trata de un sector que se caracteriza por tener altos costos hundidos e importantes economías de escala, lo que contribuye a que el número de actores sea reducido.

Finalmente, en lo que concierne al sector financiero-bancario, existen diversos estudios según los cuales, aunque los indicadores muestran importantes niveles de concentración, igual no parece estar en peligro el mercado;

por el contrario, las evidencias muestran que esos niveles han repercutido en eficiencias para el sistema, desde el punto de vista prudencial, si se tienen en cuenta los importantes niveles de capitalización sostenidos por la banca local y de la regulación prudencial adoptada, así como respecto a la mayor profundización lograda en acceso a productos y servicios financieros por parte de la población en general, especialmente en los últimos años. Dichas eficiencias, sin embargo, deben traducirse en una mejor asignación de beneficios a los consumidores, lo cual no es tan evidente, si se tiene en cuenta que la eficiencia del sistema bancario para el 2006 estaba alrededor del 60%, con base en la estimación de la función de costos y de acuerdo con un estudio de ANIF.

Por su parte, el estadístico H de Panzar y Rosse, que busca capturar el nivel de competencia en el mercado bancario, muestra que el sector se ha comportado bajo una estructura de competencia monopolística con libre entrada durante el período 1995-2010 aunque, comparado con países como Chile y México, se encuentra por debajo de sus niveles.

Esta situación se ha visto acompañada por esfuerzos realizados desde las autoridades para proveer al mercado de mayor información y así proteger a los consumidores y facilitar sus decisiones a través de la divulgación de los costos que representa cada uno de los servicios ofrecidos por los establecimientos bancarios, así como de las tasas de captación y colocación de los recursos financieros, los mecanismos de atención a los clientes, los canales de recepción de quejas, etc.

Sin embargo, dado que la Ley 1340 de 2009 consagra una excepción a la autoridad de competencia en materia de fusiones e integraciones de instituciones financieras, se propone un mayor esfuerzo para que estas formas de reorganización sean decididas de manera concertada entre la SIC y la Superintendencia Financiera, de tal forma que el balance óptimo entre la regulación prudencial y la promoción de la competencia se pueda alcanzar a través de la concertación entre supervisores.

Por último, con base en las apreciaciones aquí extraídas, la parte final del trabajo busca dar unas recomendaciones generales que ayuden a com-

plementar el nuevo marco regulatorio de libre competencia desde varios puntos de vista, a saber: institucionalidad de la SIC, regulación de conductas, información al mercado, concepto de significancia, participación de terceros y ofrecimiento de garantías. Ello, además de algunas ideas que se proponen de manera particular para cada uno de los tres sectores analizados.



## PRESENTACIÓN

Este estudio comprende dos grandes partes y una final de recomendaciones generales. La primera, contiene a su vez tres secciones. En la primera sección se presenta una contextualización general de la Política de Competencia que incluye definición objetivos, evolución histórica en Colombia y desarrollo a nivel internacional de los modelos de los Estados Unidos y de la Unión Europea, a partir (y en medio) de los cuales se ubica el modelo local.

La segunda sección presenta una aproximación a la institucionalidad de la autoridad única de competencia en el país, donde además se muestran los avances de las decisiones y fallos administrativos adoptados desde la Superintendencia de Industria y Comercio a partir del año 1990 hasta la fecha, con las implicaciones económicas que ellos representan. La tercera contiene una reseña de la normatividad vigente en el país, revisando aquellos aspectos que fueron introducidos en la Ley 1340 de 2009, los vacíos que mantiene la regulación y se resaltan algunos aspectos considerados relevantes en lo que concierne a la mencionada normativa.

En la segunda parte, se analizan la estructura de mercado y mediciones de concentración y competencia de los sectores de telefonía móvil, petróleo y sistema financiero-bancario, cada uno de los cuales incluye algunas recomendaciones particulares.

Finalmente, se presenta un acápite de recomendaciones generales para el mejor y más adecuado desarrollo de las Políticas de Competencia en el país.



# Política de competencia

## 1. Definición de competencia: objetivos y pilares

Motta (2004), economista europeo especializado en política de competencia, define ésta como *"el conjunto de políticas y de leyes que asegura que la competencia, en un mercado previamente definido, no sea reducida de tal forma que disminuya el bienestar social"*. Como disciplina, la política de competencia viene de la intersección de teorías económicas relativas al funcionamiento de los mercados, la organización industrial y el derecho de la competencia. En muchos casos se puede ver cómo aquellos juristas que estudian y fallan sobre temas de competencia han demostrado significativa intuición económica dado que, con frecuencia, los criterios adoptados por ellos teóricamente, luego han sido confirmados por los resultados de micro-economistas que estudian el funcionamiento de los mercados.

A nivel de los objetivos principales, la política de competencia oscila generalmente entre dos visiones, la simple protección del bienestar económico de los consumidores y un criterio de eficiencia que, por construcción, se añade al excedente económico de las empresas. Cuando se tiene en cuenta un mero criterio de eficiencia<sup>4</sup>, se debe resaltar que los aspectos redistributivos, *i.e.*, cómo se reparten los excedentes económicos entre consumidores y empresas, no hacen parte de las preocupaciones de la política de competencia. En efecto, existe el consenso de que no debe ser el papel de la política de competencia preocuparse por la repartición de los excedentes, ya que esto corresponde a las políticas públicas de los Es-

---

<sup>4</sup> Se debe subrayar que, en un enfoque de equilibrio parcial, el criterio de eficiencia equivale a la maximización de una función de bienestar utilitarista que suma el excedente de los consumidores y las ganancias de las empresas.



tados, por ejemplo a través de políticas tributarias. En otras palabras, las autoridades de competencia que buscan el cumplimiento de un criterio de eficiencia se concentran en un mercado o un sector, con un enfoque de equilibrio parcial, es decir, ignorando las otras consecuencias potenciales de la implementación de los principios de la política de la competencia en otros aspectos de la economía, por ejemplo, la distribución de los ingresos. A estos dos objetivos económicos distintos, a saber, el excedente económico de los consumidores o el bienestar social utilitarista, se puede sumar un principio de libertad de contratación económica que, en numerosos casos, ya está estipulado en la Constitución de los países. Respecto a los dos primeros principios, este tercero tiende a inclinarse por una política más estricta frente a las empresas grandes caracterizadas por poderes de mercado para favorecer el desarrollo de empresas de tamaños menores<sup>5</sup>.

Estas tres metas conforman los grandes objetivos de la política de competencia. Ahora, como se podrá ver más adelante, la implementación de estos objetivos puede requerir la definición de institucionalidades distintas que los acompañen. En efecto, la protección de los consumidores puede ser implementada a través de un sistema judicial en el cual los jueces que pertenecen a cortes especializadas toman decisiones para cumplir ese principio o mediante un sistema administrativo. El tercer objetivo mencionado, la libertad de contratación, puede ser también integralmente implementado por actores del poder judicial. En lo que concierne al objetivo de la eficiencia, puede ser más adecuado que su protección se realice a través de un sistema administrativo-gubernamental, en otras palabras, desde entidades del Estado que pertenezcan al poder ejecutivo, porque tal objetivo hace parte de lo que podríamos llamar política industrial.

---

<sup>5</sup> Como resalta Motta (2004), muchos contratos encuentran su origen en las relaciones verticales que unen empresas de un mismo sector, como por ejemplo los contratos que restringen las prerrogativas de los distribuidores. Un precio de tipo RPM (*resale, price, maintenance*) se puede justificar plenamente a partir de un criterio de eficiencia, pero puede limitar la libertad económica de los distribuidores.

Sin embargo, es común encontrar que a estos objetivos principales se sumen otros secundarios que, en la práctica, pueden jugar un papel importante. Por ejemplo, las decisiones de las autoridades de competencia para autorizar integraciones entre empresas pueden responder a objetivos como que el país sea más competitivo en los mercados globales y así la "nueva" empresa alcance una especie de posición parecida a la de "campeón nacional" o, de otra, que la integración facilite el comercio entre dos países si las empresas involucradas no pertenecen a los mismos países de origen. Otro factor muy influyente son las políticas de empleo, ya que pueden interferir en la política de competencia cuando, en aras de mantener o generar empleos, los gobiernos presionan a las autoridades de competencia para que las medidas y decisiones adoptadas consideren esta necesidad. Como se analizará más en detalle en este documento, los sistemas administrativos de competencia son por naturaleza más sensibles a las presiones de los Gobiernos que los sistemas judiciales, entendidos, claro, como poderes independientes.

En todo caso, cualesquiera que sean los objetivos asociados a la política de competencia de un país, ésta se desarrolla alrededor de cuatro (4) pilares, sobre los que se volverá en diferentes momentos de este análisis:

- ❑ **Los acuerdos:** entendidos como una expresión que reagrupa de manera no exhaustiva contratos, convenios o concertaciones (prácticas concertadas entre empresas), etc. Si bien algunos acuerdos pueden mejorar la eficiencia<sup>6</sup>, generalmente implican también estrategias colectivas que un subconjunto de empresas pueden implementar en un mercado para reducir la intensidad de la competencia entre sí.
  
- ❑ **La posición de dominio - abuso:** la posición de dominio en el mercado es generalmente considerada legal por las diversas normas de competencia

---

<sup>6</sup> Por ejemplo el caso de los RPM.

en el mundo. Lo que generalmente se prohíbe es el abuso de tal posición y también las estrategias realizadas por las empresas para asumirla. La diferencia con el concepto de acuerdos es que, en este caso, se habla de acciones unilaterales de las empresas porque son decisiones tomadas de manera independiente y sin concertación con otras empresas. Así las cosas, según algunos países, las empresas caracterizadas por un importante poder en el mercado, pueden ver el conjunto de sus acciones restringido para evitar el abuso de su posición dominante. Por ejemplo, en algunos sectores, la Comisión Europea aplica medidas que restringen las estrategias de las empresas que tienen una posición dominante al tiempo que las otras empresas que compiten en ese mismo sector las pueden implementar sin incumplir la normatividad de competencia<sup>7</sup>.

- **Régimen de integraciones:** generalmente hace parte de las prerrogativas de las autoridades de competencia para autorizar u objetar las integraciones, horizontales o verticales, pretendidas por diferentes empresas. Esta prerrogativa confiere la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa y la concentración de los mercados en los cuales intervienen.
- **Competencia desleal:** se refiere a comportamientos que se realizan en un mercado con fines concurrentes, es decir, que por las circunstancias en que ocurren, se revela o estima objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero. Las estrategias asociadas a la competencia desleal son generalmente denunciadas por las empresas supuestamente afectadas por estas

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, por su posición dominante, Microsoft no puede subsidiar bienes complementarios, lo que reforzaría su posición de dominio, mientras que sus competidores sí pueden acometer tal práctica.

conductas, independientemente de su participación en el mercado o del tamaño de la empresa. A diferencia de los tres otros pilares, que protegen la competencia como derecho colectivo, éste necesita la implementación de indemnizaciones a los agentes perjudicados por acciones de competencia desleal, lo que implica un mayor énfasis judicial en este pilar.

## 2. Desarrollo en Colombia

Colombia se caracteriza, entre los países latinoamericanos, por tener una de las leyes de competencia más antiguas de la región, expedida al amparo de la Constitución de 1886 bajo un modelo legal básico que no consagraba la competencia económica como derecho. Dicha Constitución aludía al derecho a la propiedad privada, la libertad de ejercer una profesión u oficio, el derecho de asociación y, sobre todo, la posibilidad de intervención del Estado en la economía. Con el tiempo, en las distintas reformas a la Constitución, principalmente las de 1936, 1945 y 1968, la intervención del Estado en la economía se estableció como parámetro constitucional.

Ya la Constitución Política de 1991, en su artículo 333, expresamente *"... reconoce que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, y asigna a la empresa el carácter de promotor del desarrollo. En interpretación de este precepto, ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación que en el Estado Social de Derecho, la libertad económica es un derecho no fundamental que involucra la libertad de empresa y, dentro de ella, la de competencia, que es su principio básico de operación, constituye base del desarrollo económico y social, y a su vez garantiza de una sociedad democrática y pluralista"*<sup>8</sup>.

Con esta consagración (y la de otros artículos como el 335 sobre intervención del Estado en la economía), se ha señalado que la Constitución de 1991 da un paso importante en el sentido de consagrar la protección de la libre competencia como un derecho constitucional desde distintas

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-697/ de 2008. MP. Jaime Córdoba Triviño.

ópticas, como el derecho a la libertad económica y la protección a la libre empresa. Esta protección constitucional se vio acompañada de la política de liberalización económica del Gobierno Gaviria, cuya base era impedir que se obstruyera o restringiera la libertad económica, evitando el control o abuso que personas o empresas pudieran hacer de su posición dominante en el mercado nacional. La concepción aperturista dio paso a la expedición del Decreto 2153 de 1992, disposición base del modelo aplicado en el país durante los últimos veinte años y que se mantiene vigente a la fecha en muchos de los aspectos propios de los pilares de la competencia.

Sobre esa base constitucional hay que tener presentes algunos conceptos. El primero de ellos, el de *actividad económica* entendida como la participación de los sujetos en el tráfico económico a través de distintos actos que buscan incrementar o mantener un patrimonio, y libertad económica como la *"facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio"*<sup>9</sup>.

Por iniciativa privada (también llamada libertad de empresa), debe entenderse la facultad que tienen las personas de destinar recursos económicos para el desarrollo de determinada actividad. En palabras de la Corte Constitucional es *"aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia"*<sup>10</sup>.

De igual forma hay que entender la libre competencia económica como el derecho de entrar a un mercado y disputarlo en igualdad de condiciones con los demás competidores. "La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil.

normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita<sup>11</sup>.

Finalmente, se considera empresa a toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios.

En consistencia con el reconocimiento de estos derechos, la misma Constitución señala que el *"Estado, por mandato de la ley, está obligado a impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado"*. Al respecto, ha indicado la Corte Constitucional: *"En términos más generales, la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y, particularmente, por el establecimiento de monopolios o la calificación de una determinada actividad como servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales. Esta presencia estatal puede manifestarse también en empresas industriales y comerciales o sociedades de economía mixta"*<sup>12</sup>.

En función de esta forma de consagración del derecho a la competencia se han desarrollado los objetivos de la política de la competencia en el país, los cuales, igual que en el resto del mundo, han sido diversos y cambiantes dependiendo del desarrollo de los mercados y de la administración que los gobiernos le han dado a esta política. En el caso de Colombia, resulta relevante señalar que, desde comienzos de la década de 1990, los objetivos buscados han sido: i) la eficiencia económica; ii) la libre participación de las empresas en los mercados; iii) el bienestar de los consumidores permitiendo la libertad de elección y acceso a bienes y servicios y, iv) la existencia de variedad de precios y calidades.

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

De otro lado, ha sido parte de la política de promoción del desarrollo del Estado el incremento en la competitividad de la economía, promoviendo a su interior la protección a la competencia dentro de los Planes Nacionales de Desarrollo (PND). A título de ejemplo, los dos últimos planes de desarrollo han señalado de manera expresa como objetivo prioritario del país lo siguiente:

*PND 2006 - 2010: "Se visualiza una reforma basada en la estrategia de crecimiento del país y el incremento de la competitividad de la economía, de manera que a través del régimen de protección de la competencia se mejore el clima de inversión y de negocios en el país, promoviendo el desarrollo de sectores de clase mundial".*

*PND 2010 - 2014: "El mismo fundamento de promoción e incremento de la competitividad: generar los incentivos que se requieren para la innovación y el cambio técnico. Es necesaria la intervención del Estado a través de mecanismos que i) garanticen la constante disputa de los mercados, ii) prohíban el abuso de la posición dominante, las prácticas desleales y aquellas conductas que intenten reducir la oferta o incrementar los precios, afectando el bienestar de los consumidores".*

### **3. Ubicación de la política de competencia colombiana entre EE.UU. y la Unión Europea**

Esta subsección pretende resaltar las diferencias entre el enfoque de EE.UU y el enfoque europeo para entender cómo y en dónde se ubica la política de competencia en Colombia. Para cada tema específico se establecerá un paralelo entre los dos ejes mencionados y después se presentará el caso colombiano. Para comenzar, se recoge una visión de la perspectiva histórica internacional y luego continuamos con otra subsección dedicada a los objetivos y principios de la política de competencia, las instituciones que los acompañan y el nivel y forma de implementación lograda.

### *a. Breve perspectiva histórica internacional*

La política de competencia a nivel internacional tiene dos grandes polos de influencia que son EE.UU y la Unión Europea. Históricamente, la política de competencia nació en EE.UU. con la adopción de la Ley Sherman (*Sherman Act*) de 1890, la cual desde entonces constituye un dispositivo jurídico que permite combatir los acuerdos de precios establecidos por las empresas. La segunda mitad del siglo XIX se caracterizó por cambios industriales importantes con innovaciones en algunos sectores (metalurgia, energía, química, etc.), aunado al desarrollo del transporte ferroviario y la innovación del telégrafo. Estos cambios tecnológicos implicaron que las empresas pudieron sacar provecho de unas economías de escala que no existían antes. Además de estos cambios, también se presentaron en EE.UU varias crisis económicas de magnitudes moderadas que generaron períodos caracterizados por inestabilidad en los precios, es decir, por cortos períodos de inflación y deflación seguidos. Para afrontar estas crisis y adaptarse a este nuevo enfoque industrial, las grandes empresas realizaron diversos acuerdos en un intento por suavizar la competencia entre ellas. Este fue el contexto en el que se adoptó el *Sherman Act* con su sección primera dedicada a la lucha contra los carteles. En la segunda sección nos concentramos en las diferentes acciones que pueden usar las empresas para llegar a una situación de monopolio. La implementación del *Sherman Act* no fue inmediato, pero cuando empezaron las primeras persecuciones por acuerdos<sup>13</sup>, la respuesta de las empresas fue la de integrarse y así, no tener necesidad de establecer acuerdos para coordinarse. Es en este contexto que se adoptó el *Clayton Act* (1914), el cual permitió reglamentar las integraciones empresariales e in fine la concentración de los mercados y la

---

<sup>13</sup> La primera persecución fue por parte de la Corte Suprema en contra *Trans Missouri Freight Association* en 1897. Los dos más famosos casos que siguieron fueron los de la *Standard Oil Company* de Rockefeller y de *American Tobacco*.



adquisición de poderes de mercado por parte de las firmas. Durante este mismo año se creó la *Federal Trade Commission*, autoridad que comparte con el Departamento de Justicia las funciones de hacer cumplir la normatividad de competencia en EE.UU.

El segundo eje de política de competencia que inspira al resto del mundo es el europeo, aunque éste presenta algunas particularidades que no pueden ser importadas a otros países. En efecto, por su misma estructura, las empresas de los países europeos son sometidas a dos niveles de jurisdicción, el nivel nacional y el nivel supranacional. La normatividad de competencia europea se organiza principalmente alrededor de los Tratados de París (1951) y de Roma (1957). El tratado de Roma, contiene algunas disposiciones -artículos 101 y 102- que son muy parecidos respectivamente al *Sherman y Clayton Acts*. Sin embargo, esas similitudes no son suficientes para considerar que se trate de jurisdicciones iguales en las que las conductas hayan recibido un tratamiento parecido, pues igualmente presentan diferencias muy interesantes que nos permiten mejor ubicar el modelo colombiano desde el punto de vista normativo y su implementación institucional.

A continuación se analizan las diferencias encontradas y la ubicación de Colombia frente a cada uno de los pilares mencionados (acuerdos, integraciones, etc.).

## ***b. Principios de la política de la competencia y su implementación***

### ***Comparación EE.UU y UE***

El objetivo principal de la política de competencia en EE.UU es, sin duda, la protección al consumidor, la cual, aunque puede verse acompañada de otras metas, estas últimas siempre estarán en un segundo plano. Ahora bien, aunque los criterios de la política de competencia han evolucionado con el paso del tiempo, existe un consenso sobre el período actual, el cual se caracteriza por asumir un compromiso entre el intervencionismo de la década de 1960 y el "*Laissez-faire*" que empezó al final de la década de 1970,

resultado en parte de la predominancia de la Escuela de Chicago en dicha época y que "floreció" con la elección de Ronald Reagan en 1981<sup>14</sup>. Algunas decisiones de la *Federal Trade Commission* pueden tener connotaciones proteccionistas de vez en cuando, pero no es la regla.

La política de competencia de EE.UU incentiva las denuncias desde los consumidores, es decir, desde el ámbito privado, ya que el objetivo de las mismas (trátase de empresas o de consumidores) es obtener una reparación. Otra característica de este modelo es la posibilidad de apelación con que cuentan los actores económicos sancionados, lo cual se logra a través de un esquema judicial con instancias particulares que tienen competencias para tal efecto.

En Europa, por su parte, los principales objetivos asociados a la política de competencia son la eficiencia y la integración económica. En efecto, la política de competencia se ve más como un medio que como una finalidad y, en consecuencia, se ve más rápidamente afectada por diversos objetivos secundarios. La protección del empleo o la idea de hacer emerger "campeones" nacionales o supranacionales pueden también tener un peso importante en las decisiones de la Comisión Europea, entidad encargada de la política de competencia. De manera general, en Europa prevalece la idea de que las empresas de algunos sectores claves son demasiado pequeñas y que resultaría oportuno permitirles crecer para que puedan aprovechar economías de mayor escala (ver Eleanor Fox, 2010)<sup>15</sup>. La globalización de los mercados no hace más que reforzar esta idea. En otras palabras, como lo explica Motta (2004), la política de competencia en Europa se inscribe dentro de una política industrial y, por tanto, considera un conjunto de principios más amplios que su homóloga de EE.UU., donde no se puede hablar de política industrial en un sentido estricto (pues se considera que

---

<sup>14</sup> Un mojón importante fue probablemente el caso GTE-Sylvania, en 1977, en el cual la Corte Suprema sancionó que restricciones verticales que no involucraran precios podían someterse a una *rule of reason*.

<sup>15</sup> Las diferencias entre los enfoques de EE.UU y de la UE también pueden resultar en parte del legado del ordoliberalismo alemán.

el proceso de industrialización ya se completó), de donde resulta, por tanto, predominante la protección al consumidor. La política de competencia en la UE es, además, un medio para implementar una mejor integración económica entre los diferentes Estados miembros.

En este orden de ideas, es relativamente lógico que sean las autoridades judiciales quienes estén a cargo de proteger la política de competencia en EE.UU. mientras que, en Europa, donde la política de competencia hace parte de la política industrial de la comunidad, la vigilancia y control están en cabeza de las autoridades administrativas, en este caso, la Comisión Europea. No obstante, si bien la Comisión Europea hace parte del sistema administrativo, igual cuenta con un sistema de apelación en manos de la Corte Europea (tribunal judicial), generando así un sistema mixto de pesos y contrapesos. Dado que es la Corte Europea la que toma la decisión final en caso de apelación, sus fallos obligan a los funcionarios de la Comisión a internalizar sus posiciones, especialmente en materia probatoria de forma que, en últimas, prevalecen los conceptos judiciales de la Corte Europea frente a las decisiones administrativas.

Para cerrar esta comparación entre los sistemas europeos y estadounidenses, hay que resaltar que, en EE.UU., la política de competencia interviene más *ex ante*, es decir, para prevenir la formación de estructuras de mercado que conduzcan a empresas con poderes de mercado significativos; sin embargo, una vez que éstas han logrado consolidarse y adquirir un poder de mercado sin incumplir las leyes de competencia, muy poco se hace para reducir las ineficiencias asignadas que surgen de tal política<sup>16</sup>. Al contrario, por la razón ya mencionada, en Europa, en la misma medida que las empresas se perciben pequeñas en algunos sectores y mercados globales, el sistema es más clemente con las empresas que adquieren poder de mercado, pero con posterioridad tiende a regularlo de manera más estricta a fin de

---

<sup>16</sup> Estas ineficiencias en la asignación se miden generalmente a través del "triángulo de Harberger" que toma como referente un escenario de competencia perfecta.

disminuir las ineficiencias asignativas. En otras palabras, el enfoque de la política de competencia europeo es más *ex post*, inclinado hacia la regulación de los poderes de mercado que a impedir su formación. Para terminar, es probable que en EE.UU haya más precedentes sobre mercados dinámicos, por ejemplo los de las nuevas tecnologías, y por tanto de competencia por el mercado antes que precedentes en el mercado. Esta diferencia implica que, en su implementación, la política de competencia en EE.UU es más tolerante ante estructuras de mercado más concentradas que en Europa.

### *En Colombia*

De manera similar al sistema europeo, la política de competencia colombiana, hasta donde hemos podido observar, se ha definido como un componente de una política industrial más amplia del Estado colombiano. En efecto, la concepción de Estado de derecho tiene estipulado que los mercados son el mecanismo económico central para asignar los recursos en la economía colombiana. Esta referencia puede verse no sólo en los Planes de Desarrollo citados en el aparte de Política de Competencia en Colombia, sino que ha sido parte de los debates e indicadores surgidos al interior de los gobiernos dentro de lo que se ha denominado Comité Nacional de Productividad e Innovación Tecnológica, encargado de hacerle seguimiento a las metas económicas propuestas en cada período promoviendo en general la economía del país o, en casos específicos, el desarrollo de los denominados sectores de clase mundial.

En consistencia con esta concepción, las normas de competencia han sido reiterativas en que los objetivos con la política de competencia en Colombia son la eficiencia económica, la libre participación de las empresas en los mercados y el bienestar de los consumidores.

Puede entonces concluirse que la normatividad de competencia colombiana es una síntesis de los objetivos estadounidenses y europeos. Sin embargo, esta síntesis no está exenta de dudas, pues cabe preguntarse si, en último término, ubicar estos tres objetivos en un mismo plano conduce a un mejor balance que la adopción de una sola tendencia o si, por el

contrario, termina generando mayor confusión. Por ejemplo, ¿qué pasa cuando surge un antagonismo entre el bienestar de los consumidores y el criterio de eficiencia, como ocurre en algunos sectores caracterizados por externalidades de redes, *v. gr.* el sector de las telecomunicaciones? (ver Economides, 2010). Sin embargo, mientras no exista este enfrentamiento, es difícil detectar el peso de cada uno de los objetivos exactamente y sólo es posible medirlo con el paso del tiempo, atendiendo más a criterios aplicados por los gobiernos de turno y por cada administración en cabeza de los Superintendentes de Industria y Comercio.

De otro lado, como en el caso europeo, resalta en el modelo local que la SIC, en tanto autoridad administrativa que por definición hace parte del poder ejecutivo, es la encargada de la vigilancia y el control del régimen de competencia en el país. Se entiende fácilmente la lógica institucional del sistema europeo y colombiano. Si la política de competencia hace parte de un dispositivo más amplio al servicio de la política industrial del país, sería incoherente poner esto en manos del poder judicial, puesto que sería más difícil hacer cumplir criterios de política industrial. Como ya se señaló, este modelo, por su naturaleza, es también mucho más vulnerable a las presiones políticas que un sistema judicial.

Lo anterior, no obstante, no impide que los particulares puedan ejercer las acciones judiciales de reparación ante la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, no existen en Colombia antecedentes relevantes que permitan concluir que exista una cultura de demandas en tal sentido, concentrando las principales decisiones sobre prácticas anticompetitivas en los fallos y medidas adoptados al interior de la SIC.

En lo que al alcance de las facultades otorgadas a la SIC concierne, solamente en materia de competencia desleal esta autoridad tiene facultades jurisdiccionales excepcionales<sup>17</sup> (Ley 446 de 1998). En su funcionamiento,

---

<sup>17</sup> Estas facultades fueron atribuidas para efectos de un plan de gobierno con el objetivo de descongestionar despachos judiciales.

la SIC se parece más a la Comisión Europea, pero debemos resaltar que, a diferencia de la organización europea, contra las decisiones del superintendente de industria y comercio no procede el recurso de apelación, teniendo en cuenta que dentro de la entidad no existe un superior jerárquico para ejercer este cargo. Eso hace que la gestión de la política de la competencia en Colombia sea esencialmente administrativa, una en donde poca cabida tienen los criterios judiciales. Ahora, si bien las sanciones impuestas por el superintendente no pueden apelarse en estrados judiciales, existen acciones en la jurisdicción contencioso administrativo, sobre las cuales tienen conocimiento los Tribunales Administrativos en primera instancia y el Consejo de Estado en segunda. Por su especialidad, en esta jurisdicción se privilegia el análisis de temas jurídicos de procedimiento sobre los aspectos económicos de los casos investigados y sancionados por la SIC.

Para terminar esta ubicación general de la SIC y de la administración de la política de competencia colombiana frente a los sistemas de EE.UU. y la UE, cabe resaltar que en la aplicación de la figura procesal de las garantías, la SIC tiende a convertirse en un supervisor/regulador de los mercados que fueron objeto de investigación, es decir, que termina cumpliendo un doble papel donde, además de investigar y sancionar, tiene a su cargo el cumplimiento de las condiciones y demás reglas que impone en virtud de las facultades con las que cuenta para implementar figuras como la autorización de fusiones o el ofrecimiento de garantías. A continuación, se presentan los dos enfoques mencionados anteriormente, el de EE.UU y la UE, ubicándolos dentro de los cuatro pilares que las normativas de libre competencia pretenden prevenir.

### *c. Pilar 1: acuerdos anticompetitivos*

#### *Diferencias en EE.UU. y la U.E.*

Como se mencionó previamente, los acuerdos fueron objeto de regulación desde la sección 1 del *Sherman Act*. Sin pretender entrar en detalles, lo an-

terior implica la ilegalidad *per se* de la fijación de precios y la prohibición de la gran mayoría de los acuerdos horizontales, aunque existe una ligera tolerancia en la medida en la cual se logre demostrar que el acuerdo mejora la eficiencia. Para los acuerdos que son más de tipo vertical, desde el año 2007, la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. determinó que los precios de tipo RPM no constituyen una ofensa ilegal *per se*. En razón de la preponderancia del sistema judicial, son amplios los recursos a disposición de las diversas autoridades para detectar los carteles, pues la exigencia en materia probatoria es muy fuerte. Al sistema lo acompaña, por un lado, la implementación del programa de delación con la finalidad de poder adquirir pruebas materiales y testimonios para la investigación en contra de los carteles, y por el otro, lo cierran las condenas y las multas que se imponen a los carteles, las cuales resultan muy significativas y ejemplarizantes a los agentes económicos.

En lo que concierne a la colusión tácita, es una práctica considerada como legal en EE.UU., aunque esto sea objeto de debate en algunas instancias<sup>18</sup>. En la práctica, la sección 1 del *Sherman Act* requiere: "*contract, combination or conspiracy*", lo que implica una distinción importante entre acciones colectivas y unilaterales. En otras palabras, si no se demuestra la existencia de un acuerdo con pruebas materiales o testimonios, las estrategias que pueden constituirse como indicios del mismo, tales como el paralelismo de precios, no se sancionan. En EE.UU., la zona gris se concentra en torno a la información compartida entre las empresas puesto que, si bien el intercambio de información se mantiene legal, es de conocimiento general que esto facilita la coordinación entre las empresas en los susodichos acuerdos tácitos<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Posner, uno de los profesores más famosos de Chicago, propone tratarla como ilegal.

<sup>19</sup> En efecto, en caso de acuerdos, la publicación de la información relativa a los precios, por ejemplo, facilita la colusión entre las empresas porque pueden verificar sin costo que las empresas miembro del acuerdo no han se han desviado del equilibrio colusivo.

En la UE, es el Artículo 101 del Tratado de Roma el que rige el tema de los acuerdos anticompetitivos. Esta disposición es similar a la Sección 1 del *Sherman Act*, aunque considera más excepciones que en EE.UU., especialmente cuando se trata de sectores vulnerables. También se aplica con frecuencia la regla de *minimis exception* cuando se trata de empresas pequeñas, pues bajo el concepto de la Comisión Europea, éstas no tienen la capacidad de averiar el funcionamiento del mercado en el cual operan.

Contrario a lo que ocurre en EE.UU., pocos recursos se asignan a la detección de los carteles en la Comisión; esto implica que las investigaciones por acuerdos se originan por denuncias (a petición de parte) y no de oficio por la Comisión Europea. El programa de delación es similar al que se aplica en EE.UU., aunque fue adoptado a sólo principios de 2008.

La colusión tácita, legal en EE.UU, se encuentra en la zona gris en la UE. Más precisamente, el intercambio de información o las "prácticas concertadas" pueden ser consideradas ilegales en la Unión Europea, aunque el artículo 101 no define con precisión lo que se debe entender por práctica concertada. En otras palabras, la colusión tácita no es ilegal, pero las acciones y estrategias que la facilitan, como es el caso del intercambio de información, sí lo pueden ser. En EE.UU., la normatividad es más permisiva. El intercambio de información se ubica en la zona gris en el sentido que esta práctica no es considerada ilegal *per se*. Cabe resaltar también que, dentro de la Unión Europea, a este nivel existe una divergencia entre la Comisión Europea y la Corte Europea. Por tener un criterio judicial y no administrativo, la Corte es mucho más exigente en materia probatoria, lo que ha llevado a que, en varios casos, el intercambio de información sancionado por la Comisión Europea sea absuelto por la Corte Europea.

### *En Colombia*

A continuación se relacionan las normas que comprenden el régimen de acuerdos anticompetitivos en Colombia (Cuadro 1).



**Cuadro 1. Régimen de acuerdos anticompetitivos en Colombia**

Norma	Contenido	Nivel de aplicación
Ley 155 de 1959 Artículo 1	Cláusula general prohibitiva de acuerdos anticompetitivos:	
	"Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros (...)"	Alto
Decreto 2153 de 1992 Artículo 47 Numerales 1 al 10	"(...) se considerarán contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:	
	1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.	Alto
	2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.	Medio
	3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.	Alto
	4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.	Medio
	5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.	Bajo
	6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.	Bajo
	7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.	Medio
	8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.	Bajo
	9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.	Medio
10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización*.	Medio	

\* Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000, por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas.

De la lectura de las normas aplicables en Colombia para los acuerdos anticompetitivos se desprende que, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, prohíbe los acuerdos anticompetitivos de manera general y, en tal sentido, opera como un principio general. Por su parte, el Decreto 2153 de 1992, contiene un catálogo de conductas en el que se consideran prohibidas aquellas que sean anticompetitivas, tanto por su intencionalidad como por sus efectos reales, como quiera que la referencia en cada caso señala "*... que tengan por objeto o como efecto...*". Esto ha llevado a que, en algunos casos, los efectos anticompetitivos (aún sin que se pruebe la intencionalidad) pueden llegar a ser sancionados, lo que constituye un criterio mucho más estricto que en otros países. Si se compara esta forma de aplicar las leyes con la normatividad europea, es como si se agruparan los artículos 101 (carteles) y 102 (dominancia colectiva) en el artículo 1 del Decreto 2153. Esto significa que, en Colombia, incluso la llamada colusión tácita puede ser sancionada, como fue el caso de las empresas productoras de cemento sancionadas por el paralelismo de sus precios<sup>20</sup> (Resolución 51694 de 2008).

Para facilitar las investigaciones, se ha instaurado un programa de delación en la Ley 1340 de 2009. Sin embargo, es muy temprano para evaluar la acogida de esta figura y sus efectos pero, al analizar su aplicación como incentivo, parecería que compite con otras figuras existentes en el ordenamiento colombiano, por ejemplo el de la proposición y aceptación de garantías, que se analizará más adelante.

El hecho de que el catálogo de conductas anticompetitivas en materia de acuerdos sea tan estricto en su diagnóstico, se puede explicar de varias formas. Primero, la SIC tiene muy pocos recursos para investigar los acuerdos de las empresas, lo que hace muy complicado obtener pruebas contundentes que demuestren su verdadera existencia y, por tanto, es más viable fallar con pruebas indiciarias que deberán desvirtuar los investigados. Esta circunstancia trae como efecto un desbalance en la carga de la

---

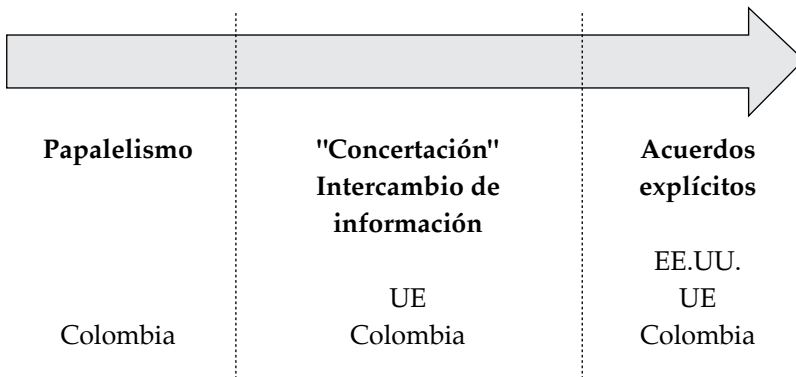
<sup>21</sup> Resolución 51694 de 2008 de la SIC.

prueba. Los sistemas judiciales como el estadounidense no permiten la inversión de la carga de la prueba y, por tanto, la justicia tiene que invertir más recursos en la detección de los carteles. Segundo, un sistema judicial no puede admitir y reconocer que existan errores de tipo 1 (falsos positivos); estos se justificarían más fácilmente mediante un sistema administrativo, mucho más cuando no procede la apelación.

Frente a los niveles de legalidad, en la Figura 1 se resume la posición de Colombia frente a los EE.UU y la UE. Más precisamente, en una misma línea directriz se introducen diferentes prácticas. A la derecha, se colocan los acuerdos explícitos que son ilegales en las tres zonas consideradas, es decir EE.UU, la UE y Colombia. En el centro, las prácticas más indirectas, a saber, la concertación y el intercambio de información que puedan facilitar la emergencia de una colusión tácita. Estas prácticas pueden ser ilegales en los sistemas administrativos de competencia de Colombia y en la Unión Europea, pero son legales en el sistema judicial de EE.UU. Para terminar, el paralelismo solo puede ser ilegal en Colombia, pero es legal en la UE y en EE.UU.

Los acuerdos explícitos son ilegales en las tres normatividades. Las prácticas concertadas y el intercambio de información, ubicado en la zona

**Figura 1. ¿Qué es ilegal para los acuerdos?**



gris, todavía legal en EE.UU., puede ser considerado ilegal en la UE y en Colombia. Sin embargo, el paralelismo de precios sólo es ilegal en Colombia. En este contexto, se entiende la lógica de la guía de asociaciones gremiales emitida por la SIC en 2012, la cual advierte estrictamente acerca de los intercambios de información que pueden presentarse en los gremios. En efecto, si las colusiones explícitas y tácitas son prohibidas en Colombia, es coherente prohibir el punto intermedio que representa el intercambio de información. Sin pronunciarse sobre la deseabilidad o no de la ilegalidad de este tipo de prácticas, cabe señalar que, antes de la elaboración de esta guía, existía una discontinuidad en la normatividad aplicable en la materia ya que podían considerarse ilegales acciones que conducían a un paralelismo consciente de los precios, al tiempo que las acciones que las facilitaban eran legales.

Sin embargo, dada la flexibilidad del sistema administrativo que investiga la aplicación de las normas de competencia y la forma en la que las mismas se han planteado, una decisión de la SIC puede generar mayor incertidumbre jurídica para las empresas. En efecto, en último término, la aplicación del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, puede ser más restrictivo que una simple inversión de la carga de la prueba dado que, así, algunas decisiones unilaterales de las empresas pueden ser castigadas aunque no exista intención de infringir las normas de competencia por parte de las susodichas empresas. En el Recuadro 1 se muestra, a partir de un modelo muy sencillo de competencia en precios con bienes diferenciados, *i.e.* sustitutos imperfectos, que en un equilibrio competitivo sin ningún tipo de acuerdos, las empresas pueden fijar precios de manera paralela. Si se aplica el artículo 47 del Decreto 2153 se vuelve ilegal el comportamiento de maximización de las ganancias de las empresas, aunque esa maximización se decida de manera unilateral, distinción crucial con la normatividad estadounidense.

En su reseña de la tesis de Ignacio de León, Francisco Marco resalta que, en muchos países de América Latina, el modelo implícito adoptado por las autoridades de competencia es el de competencia perfecta, lo que no es necesariamente lo más oportuno para aprehender las estrategias de

### Recuadro 1. Paralelismo en un modelo de competencia en precios sin acuerdos

Se puede demostrar que es posible el paralelismo aun tras decisiones unilaterales de las empresas, es decir, sin acuerdos. De manera general, es difícil explicar un paralelismo de precios como consecuencia de un acuerdo.

Considere dos empresas  $i = \{1,2\}$  operando en un mismo mercado pero compitiendo con productos diferenciados. Sus funciones demanda son respectivamente:

$$q_1 = 90 - 2p_1 + p_2$$

$$q_2 = 90 - 2p_2 + p_1$$

Para simplificar, supone que los costos variables son iguales a 0. Las funciones de ganancia de las empresas 1 y 2 se escriben respectivamente:

$$\pi_1 = q_1 [90 - 2p_1 + p_2]$$

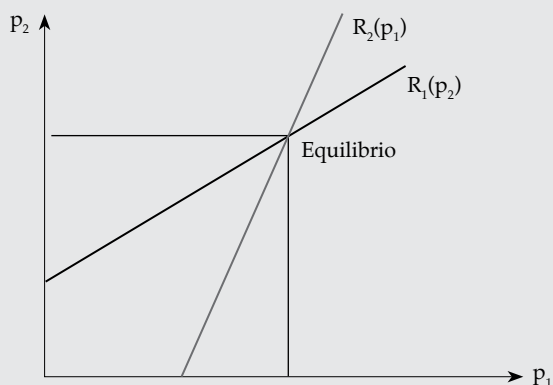
$$\pi_2 = q_2 [90 - 2p_2 + p_1]$$

Las condiciones de primer orden dan, respectivamente, las funciones de mejores respuestas:

$$p_1 = \frac{1}{4} [90 + p_2]$$

$$p_2 = \frac{1}{4} [90 + p_1]$$

Gráficamente, ambas funciones de reacción son crecientes respecto al precio del competidor.



Analíticamente, aquí se observa un paralelismo de los precios ante un choque positivo o negativo.

las empresas en materia de fijación de los precios. Por su divergencia con la realidad, eso puede llevar también a tener criterios demasiado estrictos por parte de la SIC en el tema de los acuerdos.

Así las cosas, en la misma medida que la norma no diferencia entre acuerdos verticales y horizontales, le ha correspondido a la SIC interpretar lo que bien puede considerarse un vacío dentro de la normativa, interpretación que desarrolla vía precedente, asiéndose al numeral segundo del artículo 48 del Decreto 2153 que alude a "actos unilaterales de influencia y su correlación con los acuerdos anticompetitivos verticales".

A pesar de lo hasta ahora señalado, cabe señalar que coexisten en la normatividad excepciones o restricciones al régimen de acuerdos anticompetitivos, como lo son el parágrafo del artículo primero de la Ley 155 de 1959<sup>21</sup>, las excepciones del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992<sup>22</sup> y los mecanismos de intervención del Estado en la economía previstos en el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009<sup>23</sup>. Estas excepciones aplican generalmente para el sector agrícola dada la importancia que dicho sector tiene para el país. Pero estas excepciones no operan por sí solas: están diseñadas para que el gobierno las autorice previamente (y así intervenir en la economía) al tiempo que hace uso de uno de los deberes inicialmente consagrados para proteger la libre competencia.

---

<sup>21</sup> "El gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que, no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general". Complementado por el artículo 5 de la Ley 1340 de 2009 para el sector agrícola.

<sup>22</sup> "(...) no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas: i) Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología. ii) Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado. iii) Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes".

<sup>23</sup> "El ejercicio de los mecanismos de intervención del Estado en la economía, siguiendo el mandato previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, constituye restricción del derecho a la competencia en los términos de la intervención. (...)".

Delo expuesto hasta aquí, puede concluirse que: i) la normatividad vigente, en cuanto a acuerdos anticompetitivos se refiere, son la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992; ii) sólo después de la creación de la Delegatura para la Promoción de la Competencia en la Superintendencia de Industria y Comercio, se estructura y faculta a una autoridad administrativa para la vigilancia y el control de este pilar y con ello empieza a desarrollarse la política de protección, tan amplia como lo quiera interpretar el correspondiente Superintendente; iii) los principales tipos de acuerdos investigados por la SIC son los de fijación directa o indirecta de precios y los de repartición de mercados entre productores o entre distribuidores y, iv) dada la limitada capacidad para la detección de acuerdos anticompetitivos en Colombia, el margen legal para la autoridad de competencia es bastante amplio a través de un alto nivel de prohibición, generando un ambiente exigente para los agentes económicos quienes, a su vez, además de enfrentar elevadas restricciones en su actividad, tienen una alta carga de la prueba en la eventualidad de resultar investigados.

#### *d. Pilar 2: Integraciones*

##### *Diferencias entre EE.UU y la U.E.*

Desde el *Clayton Act*, el control a las integraciones es un tema central en EE.UU. Con todo, hubo fluctuaciones en los criterios adoptados a lo largo del tiempo. Existe la creencia, en el ámbito académico (ver Motta, 2004), que si los mercados en EE.UU. son menos concentrados es gracias a la reglamentación más estricta de las integraciones. Las leyes estadounidenses consideran que hay violación del derecho de la competencia en los siguientes casos:

- ❑ Integraciones horizontales entre competidores cuando la suma de las participaciones es superior a 20% de la participación en el mercado.
- ❑ Integraciones entre proveedores y clientes en presencia de barreras de entrada.

Recientemente, la normativa de los EE.UU. le ha dado mayor peso al tema de las ganancias de eficiencia, en la medida en la cual un proceso de integración empresarial puede contribuir al salvamento financiero de una empresa en quiebra. Lo anterior bien puede obedecer a la ola de desindustrialización que ha padecido EE.UU durante las dos últimas décadas, asunto que ha generado una preocupación nueva en materia de política industrial. Es importante hacer un paréntesis: en el año 2010, la FTC incorporó dentro de las directrices sobre integraciones horizontales dos indicadores: el UPP y el GUPPI. Estos indicadores están mejor fundamentados, en términos económicos, que los métodos clásicos sobre concentración y participación de mercado. En particular, estos indicadores pueden ser bastante útiles como una prueba de diagnóstico sobre los efectos que puede tener una fusión horizontal en mercados que presentan diferenciación de productos.

En la U.E, se tuvo que esperar hasta el año 1989 para tener una regulación de integraciones a nivel de la comunidad. Como se ha mencionado, la preocupación de la Comisión Europea era la "balcanización"<sup>24</sup> de los mercados, por lo cual las integraciones -en diferentes dimensiones- no eran mal percibidas. Como se explicó, el enfoque europeo prefiere regular las empresas con poderes de mercado que incentivar una desconcentración de los mercados. También prevalece la idea de que, una integración entre dos empresas de países diferentes, contribuye a la integración económica, lo que constituye uno de los objetivos de la política de competencia de la U.E. Aunque a *priori* son mal recibidas las integraciones que generan una situación de dominio, las ganancias en eficiencia son consideradas para hacer contrapeso a la preocupación por el efecto que la integración tiene sobre los consumidores. Por el sistema administrativo, la Comisión es más vulnerable a las presiones políticas o de actores privados. Para terminar, aunque en ambos escenarios hay tolerancia para los "*joint-ventures*", en el caso estadounidense dicha tolerancia es mayor.

---

<sup>24</sup> La expresión "balcanización" en Europa alude a la fragmentación en pequeños pedazos.



## ***En Colombia***

En el Cuadro 2, se relaciona el régimen legal de integraciones empresariales en Colombia.

La Ley 155 de 1959 ya incorporaba disposiciones relativas a las integraciones... una medida muy anterior a la norma europea. De manera similar a lo que ocurrió con el régimen de acuerdos anticompetitivos, las integraciones verticales no fueron explícitamente incorporadas en la norma sino hasta la expedición de la Ley 1340 de 2009. A través de sus decisiones, la SIC amplió la interpretación e implementó un régimen a las integraciones verticales especialmente relevante entre los años 1998 y 2007, período durante el cual muchas integraciones fueron rechazadas mientras que otras fueron aprobadas condicionalmente. Durante ese período, por ejemplo, la SIC rechazó solicitudes de integración entre empresas multinacionales que fueron aprobadas en otros países, lo que permite concluir que los criterios usados han sido estrictos y, tal vez, sea el área donde las decisiones más han dependido de los directivos de turno de la SIC, por lo cual es bastante difícil distinguir un patrón general<sup>25</sup>. Recientemente, la Resolución 52778 de 2011 (aclaración de la Resolución 35006 de 2010) "amplió" el régimen de la Ley 1340, al indicar que las empresas que pretendan integrarse no están obligadas a solicitar el visto bueno de la SIC (régimen de autorización previa), cuando:

- La suma de las participaciones de mercado sea menor al 20% para una integración horizontal;

---

<sup>25</sup> Uno de los casos donde la SIC no aprobó la integración empresarial fue en el caso de la integración entre las empresas multinacionales Procter & Gamble Colombia LTDA. y Colgate Palmolive; sin embargo, esta integración fue aprobada en todos los demás países. Según la SIC, con la integración de estas dos empresas, a nivel nacional, dicha la integración representaba una amenaza para terceros o nuevos competidores que participaran en el mercado de productos del lavado de ropa (detergentes), debido a la posible posición dominante que tendría la integración de estas dos empresas en dicho sector.

- ❑ Si en todos los segmentos de la cadena de valor cuentan con menos del 20% en cada eslabón de la cadena de valor para una integración vertical;
- ❑ Cuando las empresas que pretenden integrarse, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior ingresos operacionales inferiores o activos totales inferiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio (100.000 SMMLV).

Se considera relevante señalar que el Decreto 2153 de 1992 hace expresa mención al tema de las eficiencias. Específicamente, señala que la SIC puede abstenerse de objetar una integración si se ha demostrado, por parte de los interesados, una ganancia de eficiencia que implica que no se reduzca la oferta<sup>26</sup> y que los beneficios generados se trasladarán a los consumidores, lo que puede asimilarse al enfoque europeo antes reseñado. En la práctica, hasta el momento no se han autorizado integraciones con este criterio, lo cual puede obedecer a la dificultad probatoria de demostrar satisfactoriamente las eficiencias en cuestión.

En síntesis, puede concluirse que el régimen en materia de integraciones en Colombia también es estricto y que abarcó las integraciones horizontales desde un inicio y fue incluyendo paulatinamente las integraciones verticales, por adopción legal.

Como se verá más adelante, según cifras de la SIC, el número de integraciones aprobadas u objetadas se ha mantenido estable durante el período 1999-2010. Sin embargo, es importante anotar que algunas de las integraciones aprobadas se lograron a través del uso del recurso de reposición

---

<sup>26</sup> Artículo 51 del Decreto 2153 de 1992. Modificado por el artículo 12 de la Ley 1340, mediante el cual se considera que puede aplicarse la excepción de eficiencia cuando la autoridad de competencia autoriza la integración condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitarla aplicación de la excepción de eficiencia. Para tal efecto, podrá exigirse el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos

**Cuadro 2. Régimen legal de integraciones empresariales en Colombia**

Norma	Contenido
Ley 155 de 1959 Artículo 4*	<p>Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o</li> <li>2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.</li> </ol> <p>En los casos en los que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores, pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.</p> <p>En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir, previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.</p> <p>Parágrafo 1°. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.</p> <p>Parágrafo 2°. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.</p> <p>Parágrafo 3°. Las operaciones de integración en las que las (partes) intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.</p>

\* Modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

## Cuadro 2. Régimen legal de integraciones empresariales en Colombia (Continuación)

Norma	Contenido
Decreto 2153 de 1992 Artículo 51**	<p>La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico, que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.</p> <p>En cuyo caso, deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.</p> <p>La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse de objetar una integración cuando, independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.</p> <p>Parágrafo 1°. Cuando quiera que la autoridad de competencia se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. La autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos.</p> <p>Parágrafo 2°. En desarrollo de la función prevista en el número 21 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, la autoridad de competencia podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados.</p> <p>Artículo 11. Aprobación Condicionada y Objeción de Integraciones. El Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia. Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia. En el caso de que una operación de integración sea aprobada bajo condiciones la autoridad única de competencia, deberá supervisar periódicamente el cumplimiento de las mismas. El incumplimiento de las condiciones a que se somete la operación dará lugar a las sanciones previstas en la presente ley, previa solicitud de los descargos correspondientes. La reincidencia en dicho comportamiento será causal para que el Superintendente ordene la reversión de la operación.</p>

\*\* Modificado por el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009.

sobre la decisión de objeción que inicialmente que la SIC había proferido. En estos casos las integraciones fueron aprobadas condicionalmente, es decir, sometidas al cumplimiento de unas exigencias determinadas por el Superintendente de Industria y Comercio.

La figura de la aprobación condicionada de integraciones merece un análisis detallado. Si bien muchas de las integraciones aprobadas por la SIC antes de la expedición de la Ley 1340 de 2009 fueron condicionadas, la inclusión del artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, establece con carácter general la posibilidad de que, operaciones que podrían producir una indebida restricción a la libre competencia, no se objeten sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia.

En virtud del mencionado condicionamiento, se crea una nueva función de la SIC, consistente en la supervisión del cumplimiento de las condiciones y de que la competencia se mantenga incólume. Con ello, la autoridad de competencia compromete aún más su capacidad, en la medida en que deberá emplear tiempo y recursos en supervisar el desarrollo de la integración en cuestión. Vale la pena resaltar que el precedente, en materia de excepciones de eficiencia, es nulo. Si bien en algunos casos de integraciones las empresas alegaron la factibilidad de alcanzar eficiencias al proyectar la integración pretendida, la SIC ha desestimado estos argumentos bajo el entendido de que no es suficiente la verificación de eficiencias si no se transfieren al consumidor los beneficios generados.

### *e. Pilar 3: Posición de dominio y su abuso*

#### *Diferencia entre EE.UU. y la U.E.*

Las normatividades de competencia respecto al tema de la posición de dominio y el abuso de ésta son bastante parecidas entre EE.UU. y la U.E. Sin embargo, existen pequeñas diferencias: i) a nivel de la definición de la

posición de dominio y ii) en la restricción que se contempla del abuso de esta posición.

De manera general hay consenso al afirmar que lo que podría ser sancionado por el artículo 102 del Tratado de Roma en Europa, sería considerado legal en EE.UU. En EE.UU. se habla de posición de dominio si una firma controla por lo menos las dos terceras (2/3) del mercado, aunque la existencia de un poder de mercado no es suficiente para violar la norma de competencia. Cabe señalar que la mencionada interpretación evolucionó con el tiempo. Históricamente, todas las prácticas que podían afectar a los competidores actuales o potenciales eran sancionadas (US vs Aluminum Co of America, 1945 o *US vs Griffith*, 1948). Hoy en día, existe mayor tolerancia para que las firmas puedan proteger su posición dominante. Más precisamente, ya se toleran en este contexto el uso de precios predatorios, la adquisición de competidores, los contratos de largo plazo, etc. Por ejemplo, la tolerancia de los precios predatorios por parte de las empresas que ya disponen de un poder de mercado se puede interpretar como una aplicación de la teoría de *contestable markets* de Baumol *et al.* (1982). En efecto, esta teoría estipula que, cuando existen costos de producción fijos pero no hundidos, la amenaza de entrada por parte de una empresa nueva es suficiente para disciplinar a la empresa que ostenta el poder de mercado, de tal forma que ésta no abuse de su poder de mercado e *in fine* llegue a una fijación de precio cercana a sus costos medios, lo que se puede interpretar como una asignación de segundo mejor rango.

En la UE, el Artículo 102 del Tratado de Roma, declara ilegal cualquier abuso de posición dominante. De nuevo, en la UE se considera que las empresas no han alcanzado todavía el tamaño óptimo de tal forma que puedan aprovechar de todas las economías de escala y se prefiere, por tanto, regular el poder de mercado que impedir su formación. Sin embargo, los umbrales que se manejan para caracterizar una posición dominante son más bajos que en EE.UU. Más precisamente, a partir de un cuarenta por ciento (40%) en presencia de barreras a la entrada, puede constituir una situación de dominancia mientras que, a partir del cincuenta por ciento (50%), se

habla de una presunción de dominancia<sup>27</sup>. Con base en ello, el artículo 86 da una lista enunciativa de comportamientos como la imposición de precios injustos, la limitación de la producción o las estrategias de discriminación a nivel de las transacciones que se consideran acciones ilegales una vez se ha reconocido la posición dominante de la empresa, pero que pueden ser toleradas para empresas que tienen menor participación de mercado.

### *En Colombia*

En el Cuadro 3 se relaciona la normatividad aplicable en Colombia en materia de abuso de posición dominante en el mercado.

La normatividad de competencia en Colombia no prohíbe los monopolios o los mercados concentrados (Decisión 608)<sup>28</sup>. Sin embargo, la Constitución (artículo 336), limita las acciones de ejercicio del poder de mercado que confieren estas estructuras de mercado de manera parecida a como lo hace el principio de libertad contractual germánica, en el sentido de que se prohíben -de manera genérica- acciones que restrinjan la libertad económica. Por su parte, la Ley 155 de 1959, establece una vigilancia especial para agentes económicos con poder de mercado y el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 prohíbe de manera expresa el abuso de posición dominante, mediante: i) precios predatorios; ii) condiciones discriminatorias; iii) aceptación de obligaciones adicionales y, iv) obstrucción a terceros del acceso a los mercados.

Se debe resaltar que la SIC no tiene umbrales desde la normatividad general de competencia y trata cada situación de manera discrecional. Esto ofrece la ventaja de una mayor flexibilidad, lo cual a su vez corrobora el diagnóstico que se hizo previamente respecto a la alta incertidumbre jurídica en las cuales se encuentran las empresas ante la posición que puede

---

<sup>27</sup> AKZO Chemie vs Comisión, 1991.

<sup>28</sup> El Estado colombiano tiene facultades para otorgar posiciones de monopolio en algunos sectores.

### Cuadro 3. Normatividad colombiana en materia de abuso de posición dominante en el mercado

Norma	Contenido
Ley 155 de 1959 Artículo 2	Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlan del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente Ley.
Decreto 2153 de 1992 Artículo 50	<p>Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li data-bbox="362 652 1076 739">1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.</li> <li data-bbox="362 774 1076 861">2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.</li> <li data-bbox="362 895 1076 1017">3. Las que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que, por su naturaleza, no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.</li> <li data-bbox="362 1052 1076 1138">4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.</li> <li data-bbox="362 1173 1076 1321">5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.</li> </ol>

tener la autoridad de competencia en los fallos que le corresponde emitir. En efecto, cuando se determina que hay posición dominante, la observación de uno de los comportamientos anteriores implica de manera automática sanciones. En teoría, el modelo colombiano se parece más al enfoque europeo, por ejemplo, cuando castiga los precios predatorios como en UE



mientras que en EE.UU. se toleran. Así mismo, el sistema administrativo, en el cual se inscribe la SIC, se inclina más hacia una regulación del poder de mercado que del asunto de su adquisición. Por su parte, no son muchos los casos de abuso de posición dominante investigados por la SIC<sup>29</sup>, y el uso de la figura del otorgamiento de garantías ha sido muy limitado para estos casos, con lo cual parecería concluirse que se trata de una práctica que, aunque está teóricamente contemplada en la ley, en la práctica no resulta de mucha aplicación.

#### *f. Pilar 4: competencia desleal*

El concepto de competencia desleal nació en 1791 en París. No se destacan diferencias significativas en la aplicación de los criterios de competencia desleal entre los enfoques de EE.UU. y de la UE, ya que su manejo es muy similar; sin embargo, sí se puede establecer una diferencia más significativa entre los países europeos y aquellos en los que prevalece el derecho consuetudinario o "*common law countries*" como EE.UU. y el Reino Unido<sup>30</sup>. Históricamente, Colombia ha sido heredera más bien del sistema romano o de tradición civil. Sin embargo, recientemente, varias decisiones parecen seguir la influencia del common law lo que dificulta la ubicación de la aplicación del derecho colombiano entre estas dos corrientes.

A continuación, se relaciona la normatividad aplicable en Colombia en materia de competencia desleal (Cuadro 4).

En Colombia, aunque el tema de la competencia desleal había sido incorporado desde la Ley 155 de 1959 y en el código de comercio, posteriormente estas disposiciones fueron derogadas y sustituidas por la Ley

---

<sup>29</sup> Como se verá más adelante, en el período comprendido entre 1999 y 2010, solo el 10% de los casos investigados tuvieron que ver con abusos de posición dominante.

<sup>30</sup> En los países donde impera el "*common law*" o derecho consuetudinario, le dan un mayor peso a las decisiones de justicia tomadas en el pasado.

256 de 1996 que provee una lista ilustrativa de prácticas consideradas como desleales, así como unas acciones para los agentes económicos afectados y su correspondiente procedimiento para ejercerlas. Es interesante el avance de la norma en cuanto al ámbito subjetivo de implementación que incorporó, ya que en su artículo tercero señala: *“Esta ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal”*.

Por naturaleza, las prácticas de competencia desleal requieren de un sistema judicial que permita indemnizar a los actores perjudicados por

#### **Cuadro 4. Normatividad colombiana en materia de competencia desleal**

Norma	Contenido
Ley 256 de 1996 Artículos 7 a 19	<p>Artículo 7. Prohibición general. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.</p> <p>En concordancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.</p> <p>Artículo 8. Actos de desviación de la clientela. (...)</p> <p>Artículo 9. Actos de desorganización. (...)</p> <p>Artículo 10. Actos de confusión. (...)</p> <p>Artículo 11. Actos de engaño. (...)</p> <p>Artículo 12. Actos de descrédito. (...)</p> <p>Artículo 13. Actos de comparación. (...)</p> <p>Artículo 14. Actos de imitación. (...)</p> <p>Artículo 15. Explotación de la reputación ajena. (...)</p> <p>Artículo 16. Violación de secretos. (...)</p> <p>Artículo 17. Inducción a la ruptura contractual. (...)</p> <p>Artículo 18. Violación de normas. (...)</p> <p>Artículo 19. Pactos desleales de exclusividad. (...)</p>

estas conductas. En Colombia, las acciones de demanda por esta materia son atendidas por los tribunales y juzgados civiles o por la SIC, que tiene facultades jurisdiccionales excepcionales y facultades administrativas en la materia. Para tal efecto, la SIC evalúa el impacto de la conducta de competencia desleal en el mercado y así establecer si la conducta tiene el nivel de significancia que justifique el inicio de la actuación administrativa<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> El Parágrafo del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 establece: *"La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta"*.

## CAPÍTULO DOS

# Institucionalidad de la autoridad de competencia

### 1. Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única de competencia

Dentro de las innovaciones relevantes, tal vez la más importante fue la creación de la autoridad única de competencia para la investigación y sanción<sup>32</sup> de las prácticas restrictivas de la competencia y el control previo de integraciones empresariales "cualquiera que sea el sector en que se produzcan", en cabeza de la Superintendencia e Industria y Comercio, y la determinación de un solo régimen de protección de la competencia.

La dispersión de entidades con facultades de diversa índole en temas de competencia era un factor que se pretendía contrarrestar con la Ley 1340, al centralizar en una sola autoridad no solo la regulación e investigación de conductas ilegales, sino la sanción de prácticas que reprimen indebidamente la competencia.

La radicación de las facultades de competencia de autoridad implica el conocimiento privativo de las investigaciones administrativas, la imposición de multas y la adopción de decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y de promoción de la competencia. Lo anterior, aunado a la vigilancia del cumplimiento en lo que concierne a las disposiciones sobre temas de competencia desleal y su impacto en la sociedad, y las decisiones en el campo jurisdiccional que sean demandas de la SIC.

---

<sup>32</sup> Debe ser un propósito de las actuaciones administrativas que adelante la Superintendencia la de: i) velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; ii) atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y, iii) dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Con el fin de alcanzar los objetivos impuestos a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única de competencia, se ha señalado que debían realizarse cambios en la estructura del ente de control, así como ajustes a los procedimientos. En concordancia con los arreglos institucionales, el incremento y la reformulación de multas permitirían vislumbrar un fortalecimiento de la labor de la autoridad.

Al respecto, la SIC ha indicado<sup>33</sup> que el cambio, en materia de personal, radica en haber suprimido casi en su totalidad el personal vinculado como contratista y haber incrementado el número de funcionarios de planta de la Delegatura de la Competencia de un promedio de 24 personas durante los últimos 5 años a 61 en el año 2012. Igualmente, se ha indicado que el presupuesto de la mencionada Delegatura ha tenido un incremento del 2010 a la fecha (3 años) del doble de lo que le era apropiado antes, alcanzando niveles por encima de los \$4.600.000. Ahora bien, a continuación se presenta una relación de aspectos que, pasados tres años desde la expedición de la ley, no parecerían haber tenido la evolución que se esperaba.

Una de las críticas más relevantes efectuadas a la institucionalidad de la autoridad de competencia es la alta dependencia de la entidad del Ejecutivo y la multiplicidad de funciones que tiene asignadas. Las instancias decisorias de las investigaciones (Superintendente y Delegado) son nombradas por el Presidente de la República, sin períodos fijos de administración. Estas limitaciones se mantienen iguales y, aunque no es un problema exclusivo de la SIC, frente a las metas propuestas teóricamente, en tanto autoridad única puede terminar siendo una barrera relevante.

Tampoco existe para la SIC (ni para ningún otro ente de control) la protección legal del supervisor en la toma de sus decisiones. Esta es una gran dificultad si se tiene en cuenta que las decisiones que se adopten, con efectos económicos importantes, pueden ser demandables y quien las haya tomado puede por tanto terminar respondiendo por ellas con su patrimonio.

---

<sup>34</sup> Información obtenida de la Delegatura de la Competencia.

En cuanto al proceso gubernativo, sigue siendo una preocupación que las decisiones de la Superintendencia sólo cuenten con recurso de reposición. Se resalta en este trabajo la importancia de contar con una revisión en otra instancia, diferente a la que provee el Código Contencioso Administrativo, para promover una revisión de los fallos de la autoridad de competencia... es más, se ha sugerido la implementación de un Tribunal Independiente que realice esa labor.

No obstante haber reducido la oportunidad para presentar el ofrecimiento de garantías, se mantiene el problema señalado respecto a que no se dé la aceptación de una violación a la normatividad, con lo cual no será posible profundizar en una mayor cultura de respeto a la competencia.

Aunque la Superintendencia cuenta con instrumentos de supervisión y Policía administrativa, estos entes tienen limitada capacidad para realizar allanamientos y demás instrumentos de policía judicial, con lo cual la capacidad de detección de prácticas puede verse entorpecida en la práctica.

Al respecto, el Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno Santos, dentro del acápite correspondiente a Promoción y Protección de la Competencia en los Mercados, en materia de Institucionalidad señala justamente que la estructura de la entidad no ha cambiado para responder a los retos que le imponen ser la autoridad única de competencia, lo que dificulta la ejecución eficaz de esas responsabilidades<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Las limitaciones del recurso humano no le permiten dar la cobertura que requiere la protección de la competencia en todos los sectores de la economía nacional y, en consecuencia, restringen su capacidad para promover niveles de competencia que incentiven la innovación y garanticen la disputa de los mercados. Otro factor que evidencia la insuficiencia de recursos humanos para cumplir con la protección de la competencia, es que la autoridad no dispone de un equipo de investigación y asesoría económica para apoyar a los grupos operativos en los casos de mayor dificultad (CAF, UR y CPC, 2010). Respecto a los recursos presupuestales, las escasas fuentes de financiamiento, que en términos relativos a sus funciones posee la entidad, hacen que los recursos deban redistribuirse en funciones diferentes a las relacionadas con la defensa de la competencia, por ejemplo, las derivadas de metrología legal. Actualmente, los recursos con que cuenta la SIC se generan principalmente del registro de propiedad industrial y la imposición de multas. El mecanismo de financiamiento a través de multas podría representar un incentivo inapropiado para la entidad, en la medida en que, de ese modo, puede convertirse en una fuente demasiado importante de financiación ante la limitación de recursos provenientes de otras fuentes.

### **Recuadro 2. Caso chileno**

El caso chileno, por ejemplo, llama la atención en lo que concierne a la estructura de las autoridades relacionadas con la libre competencia, su independencia entre sí, la profesionalización de sus miembros, etc.

La primera de ellas, es la Fiscalía Nacional Económica y se define como la instancia que presta un servicio público descentralizado, tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, y depende de la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, como si se tratara de una Superintendencia, en el modelo colombiano. Es una entidad dirigida por el Fiscal Nacional Económico, nombrado por el Presidente de la República mediante un proceso de selección de altos directivos públicos, tiene un período establecido de cuatro años en su cargo solo puede pudiendo renovarse su nombramiento una sola vez.

El régimen de remuneraciones del personal de la Fiscalía Nacional Económica corresponde al de las Instituciones Fiscalizadoras y, dentro del mismo, se contemplan bonificaciones como estímulo por desempeño de los funcionarios. Se trata de una instancia de instrucción y de supervisión del cumplimiento de los fallos que emite una segunda autoridad, denominada Tribunal de Competencia, instituido dentro del Sistema Judicial.

El TDLC, por su parte es un tribunal especial e independiente, de carácter colegiado, que se dedica exclusivamente al conocimiento de aquellas materias vinculadas a la libre competencia. Su función radica en prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, quedando siempre sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Está compuesto por tres abogados y dos economistas. Su director -debe ser abogado- es nombrado por el Presidente de la República a partir de una lista de cinco candidatos designados por la Corte Suprema. Los miembros ejercen sus funciones por un período de seis años susceptible de renovación. La remuneración de sus miembros establece un pago mínimo y un máximo dependiendo del número de sesiones atendidas.

Es una autoridad que tiene su propio personal y recibe apoyo de la Oficina del Fiscal Nacional Económico aunque es totalmente independiente de él. Ahora, aunque su principal función es la de resolver conflictos y aplicar la ley, de manera excepcional cumple una función de protección y defensa cuando debe responder a consultas sobre futuros contratos o cuando le propone al Presidente de la República la modificación, aprobación o vencimiento de las leyes. Además, promueve principios de competencia cuando emite reglas generales. Bajo esta estructura, se independiza la función de investigación de la de juzgamiento y se garantiza la imparcialidad en los fallos, si se tiene en cuenta que la instancia decisoria pertenece a la rama judicial y por tanto, goza de las facultades y prerrogativas de los jueces

En igual sentido, el Informe del Consejo Privado de Competitividad -COMPITE- en su Informe 2011 indica: *"la SIC, que en la actualidad es la autoridad nacional de competencia, tradicionalmente ha tenido una institucionalidad jurídica frágil; la independencia, profesionalismo, tecnicismo, firmeza y efectividad, varían con los funcionarios encargados de ejecutar la política de competencia"*.

Con base en estas apreciaciones, puede señalarse entonces que el esquema institucional de promoción y protección a la competencia resulta fundamental para el desarrollo de las políticas de competencia en cualquier jurisdicción y que, dada la situación de Colombia en la materia, conviene considerar otros modelos para examinarlos como referencia didáctica.

## **2. Régimen sancionatorio a las prácticas anticompetitivas: multas y garantías**

En esta parte del trabajo analizaremos de manera específica los efectos que han tenido los comportamientos violatorios de la libre competencia en Colombia, desde el punto de vista de las actuaciones de la SIC (que, dicho sea de paso, cuenta con muy pocos referentes desde que fue establecida como autoridad única) y, sobre todo, de las sanciones impuestas a partir de las investigaciones iniciadas por ese ente de control. Como se ha señalado en otros apartes, a partir del Decreto 2153 de 1992 (y más recientemente con la Ley 1340 de 2009), la SIC ha promovido algunos instrumentos para proteger la libre competencia en Colombia. Los objetivos de estos mecanismos son la prevención y la reparación del daño en aquellas circunstancias en las que se compruebe alguna conducta que atente contra la libre competencia.

En Colombia, la autoridad de competencia ejerce su función de investigación y sanción principalmente a través de dos mecanismos: i) imposición de multas y ii) recepción de garantías, es decir, cumplimiento de condicionamientos.



A continuación, se presenta un breve marco conceptual de estos mecanismos, el cual servirá a su vez para el análisis de las estadísticas que se presentan más adelante.

#### *a. Sanciones*

Según Becker (1969), las sanciones o multas que se deberían imponer a los agentes económicos que infringen algunas normas<sup>35</sup> deben cumplir la misma función de disuasión que cumple cualquier otro tipo de pena. En su criterio, cuando las empresas optan por realizar una práctica anticompetitiva deben haber considerado: los beneficios de realizar una práctica anticompetitiva, el tipo de sanción que recibirían por haber infringido la normativa y la probabilidad de detección. Con respecto a la probabilidad de detección, el autor argumenta que esta posibilidad depende de varios factores pero, en especial, del número de empresas que deciden realizar prácticas restrictivas de la libre competencia en un mercado, del número de consumidores del producto o servicio producido por las empresas y de las políticas estatales que favorecen la libre competencia, en concreto, de la capacidad institucional de la entidad estatal que protege la libre competencia.

Bajo estos supuestos, Becker (1969) argumenta que, para que los agentes económicos se vean motivados a abstenerse de violar las normas de libre competencia, se deben cumplir al menos dos supuestos. Por un lado, que la probabilidad de ser descubierto sea lo suficientemente alta como para que dichos agentes prefirieran no atreverse a cometer una infracción y por otro, que el monto de la sanción sea superior al beneficio percibido por la conducta ilegal, de manera que no sea atractivo la realización de la conducta.

Respecto a este marco conceptual -Becker (1969) - es importante resaltar dos observaciones para el caso colombiano. En primer lugar, dada la in-

---

<sup>35</sup> En el trabajo de Becker (1969) se dan algunos ejemplos sobre normas de libre competencia.

fraestructura del ente de control -al menos hasta el momento-, su carácter eminentemente administrativo, la dependencia directa del ejecutivo y la falta de recursos de capital humano y financiero ciertamente han incidido en la efectividad de las funciones de la SIC. No cabe duda que estas fallas en la infraestructura pueden tener efectos sobre decisiones de investigación y de sanción, dado que pueden verse afectadas por criterios subjetivos o decisiones discrecionales tomadas por el superintendente o gobierno de turno. Estas debilidades, por supuesto, disminuyen la probabilidad de detección de empresas infractoras del régimen de competencia.

Por otro lado, en la normativa aplicada por la SIC, las sanciones más apreciables son de carácter pecuniario y, por lo menos hasta la expedición de la Ley 1340 de 2009, muy bajas frente a las que están contempladas en otras legislaciones pertinentes, lo cual puede ser un incentivo para cometer violaciones a las normas de competencia, pues casi con seguridad los beneficios de incurrir en dicha conducta serán muy superiores al monto que pudiera alcanzar la sanción en caso de ser detectada... esto sin considerar que se hubiera podido hacer uso de otros instrumentos como el ofrecimiento de garantías. Se espera que, con la nueva reglamentación, los montos máximos para las multas actualizadas sean un elemento disuasorio. Así es como durante el período 1992-2009, las multas máximas para las empresas eran de 2.000 SMLMV, y de 300 SMLMV para personas naturales, generalmente impuestas a los representantes legales de las firmas, es decir, cerca de 1.000 y 150 millones de pesos respectivamente, al día de hoy. Con la reforma de 2009, se estableció un aumento a los topes de las multas para las empresas de 100.000 SMLMV (aproximadamente US\$ 20 millones) o del 150% de la ganancia obtenida por el infractor si dicho monto es mayor que la multa máxima, y de 2.000 SMLMV (aprox. US\$ 1 millón) en el caso de personas naturales (Cuadro 5). No cabe duda, que la nueva normativa no sólo incrementa ostensiblemente los montos de las sanciones sino que otorga a la autoridad de competencia de una herramienta, al facultarla para imponer una multa equivalente a un porcentaje de la rentabilidad percibida mediante una conducta ilegal.

### **Cuadro 5. Multas máximas (Decreto 2153 de 1992 y Ley 1340 de 2009)**

Sujeto pasivo	Decreto 2153 de 1992	Ley 1340 de 2009
Para las empresas	2.000 SMLMV	100.000 SMLMV
Para los representantes legales	300 SMLMV	2.000 SMLMV

Fuente: Decreto 2153 de 1992 y Ley 1340 de 2009.

#### ***b. Ofrecimiento de garantías***

Desde la expedición del Decreto 2153 de 1992, el gobierno Colombiano innovó algunos aspectos específicos del derecho de la competencia con figuras jurídicas cuya intención era lograr una mayor eficiencia y eficacia de las actuaciones del Estado en la defensa del derecho de libre competencia. Según Uribe y Castillo (2006) una de estas innovaciones tuvo que ver “con la estipulación de una nueva forma de terminación del procedimiento administrativo sancionatorio por violación de las normas de competencia”, al autorizar la terminación anticipada de investigaciones siempre y cuando las empresas investigadas otorguen garantías *suficientes*<sup>36</sup> de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se les investigan.

Con la introducción de esta figura se buscaba una mayor eficiencia para resolver los problemas que se presentaban durante el proceso de investigación de las conductas anticompetitivas. No obstante, como afirman Uribe y Castillo (2006) y Miranda (2006), la posibilidad de otorgar garantías en tanto manera eficaz de terminación de la investigación, puede ser perjudicial para el desarrollo del derecho de la competencia puesto que su utilización en casos importantes ha impedido que la SIC se pronuncie a fondo y sienta doctrina sobre distintos temas, como quiera que el mecanismo, no obstan-

<sup>36</sup> Según Miranda (2006), en el caso de la libre competencia, se determina la suficiencia en virtud de que lo que propone es bastante para lo que se necesita.

te permitir la suspensión de una conducta, no conlleva la aceptación del investigado de haber incurrido en una conducta ilegal.

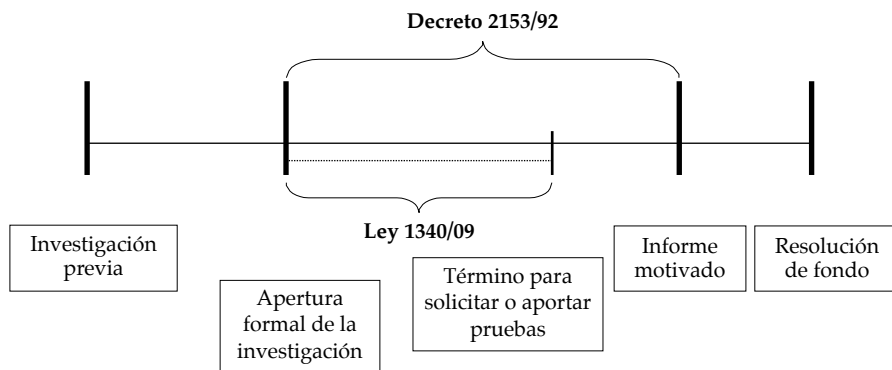
Entre 1992 y 2009 la mayor parte de las empresas investigadas ofrecían a la SIC como garantías el otorgamiento de pólizas de cumplimiento de resoluciones judiciales expedidas por las compañías de seguros, las cuales han sido aceptadas como colateral. Por lo general, el monto de dichas pólizas ha oscilado entre el 10% y el 100% de lo que hubiera podido ser el valor máximo de la multa, tanto para las empresas como para los representantes legales. A partir de la Ley 1340 de 2009 se introdujeron unos cambios importantes durante el proceso de ofrecimiento de garantías por parte de las empresas investigadas, sobre todo en cuanto a la oportunidad procesal para presentarlas. En la normativa anterior -Decreto 2153 de 1992- esa posibilidad está abierta durante casi todo el curso de la investigación... hasta el informe motivado<sup>37</sup>. A partir de la Ley 1340 de 2009, este plazo se acotó, permitiendo hacer uso de esta alternativa solo hasta el vencimiento del término para solicitar o aportar pruebas, es decir, hasta un momento prudencial en el cual el investigado no puede determinar el resultado de la investigación (véase Figura 2).

### *c. Estadísticas de los casos investigados por la SIC (1999-2010)*

A continuación se presentan las estadísticas suministradas por la SIC sobre diversos aspectos de la aplicación de la ley de competencia. Para comenzar, es importante aclarar que dicha información suministrada comprende el período entre los años 1999 y 2010. Durante este período la SIC inició 119 investigaciones debido a infracciones a la normativa de libre competencia

---

<sup>37</sup> En el informe motivado, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presenta al Superintendente de Industria y Comercio un análisis sobre la conducta investigada de acuerdo al material probatorio obtenido para el expediente y, finalmente, le hace una recomendación sobre el sentido en que debería pronunciarse para el caso. Sin embargo, es discrecional del Superintendente acoger o no la recomendación del informe motivado.

**Figura 2. Plazos para el ofrecimiento de garantías dentro de la actuación administrativa de la SIC**

Fuente: Uribe (2006).

en Colombia. De las 119 investigaciones, alrededor del 36% de las aperturas correspondieron al sector de la industria y un 30% para el sector de servicios no financieros (Cuadro 6).

Cuando se desagrega por subsector económico se encuentra que, por ejemplo, para algunos subsectores del sector de manufacturero como la molinería de arroz, el azúcar refinado y el cemento, hubo entre 1999-2010 un número apreciable de investigaciones. Es importante anotar que estos

**Cuadro 6. Investigaciones iniciadas en la SIC entre 1999 y 2010 por sector económico**

Sector económico	(%)
Minería	12
Industria	36
Suministros de electricidad, gas y agua	3
Comercio	15
Servicios no financieros	30
Servicios de intermediación financiera	3

Fuente: SIC.

subsectores se caracterizan por tener estructuras de mercado oligopólicas y producir bienes homogéneos. Veamos, en el año 2005, Fedesarrollo realizó un análisis sobre el comportamiento de los precios de compra de arroz Paddy verde y el precio de venta del arroz molido; una de las conclusiones a las que llega este trabajo es que, por tratarse de un producto homogéneo, su tendencia va en una misma dirección. En ese momento Fedesarrollo argumentó que la existencia de un precio único entre varios competidores no es conclusiva de una conducta colusoria, pues tal paridad puede tener explicación en otras circunstancias, como la estructura y dinámica misma del mercado. En mercados que actúan bajo la forma de un oligopolio o de un oligopsonio, se pueden presentar paralelismo en precios sin que haya un acuerdo en precios (Cuadro 7).

En el Cuadro 8 se muestra que las investigaciones por Acuerdos -pilar 1- entre 1999 y 2010, han sido la principal área de acción de la SIC: 78 casos se abrieron en este período por acuerdos, los cuales representan un 65% del total de casos. Por otro lado, es relevante resaltar que fue durante el período del Superintendente Emilio José Archila (1999- 2003) cuando más investigaciones se iniciaron por prácticas anticompetitivas, alrededor de 53% de los casos abiertos (70 casos de los 119 casos abiertos entre 1999-2010). Claramente se ve que, entre 1999 y 2010, hubo una tendencia decreciente en el número investigaciones abiertas.

Respecto a las investigaciones iniciadas que aquí presentamos, cabe preguntar: ¿en qué terminaron las investigaciones totales iniciadas en cada año entre 1999 y 2007? El Cuadro 10 muestra que, por ejemplo, de las 24 investigaciones iniciadas en el año 1999, 8 casos se archivaron, en 1 operó el fenómeno de la caducidad, en 8 más se aceptó el ofrecimiento de garantías y en 7 casos se impusieron sanciones. Estos resultados muestran lo determinante de la figura de las garantías en la actuación de nuestra autoridad de competencia.

En resumen, en promedio, de las 101 investigaciones que se resolvieron en la SIC en el período (1999-2007) el treinta y dos por ciento (32%) terminaron anticipadamente aceptando compromiso o garantías ofrecidas por los investigados, y un treinta y un (31%) con sanciones pecuniarias (Cuadro 11).

**Cuadro 7. Los subsectores donde se iniciaron más investigaciones**

<b>Industria</b>	Lácteos Productos de panadería Chocolate y productos de confitería Azúcar refinada Molinería de arroz Fabricación de plaguicidas Cemento
<b>Minería</b>	Petróleo crudo y de gas natural Piedra y arena
<b>Suministros de electricidad, agua y gas</b>	Distribución de combustibles gaseosos por tuberías
<b>Comercio</b>	Comercio al por menor de combustibles Venta al por mayor de alimentos, bebidas y tabaco Comercio al por mayor químicos básicos, agricultura Venta al por menor en almacenes no especializados
<b>Servicios</b>	Transporte aéreo Manipulación de carga Almacenamiento y depósito Servicios telefónicos Servicios de transmisión de datos
<b>Publicidad</b>	Actividades de radio y televisión Servicios financieros Intermediación financiera

Fuente: SIC.

**Cuadro 8. Investigaciones iniciadas por sectores económicos y pilares**

	Acuerdos	Posición dominante	Competencia desleal
Minería	11	0	0
Industria	33	9	226
Suministros de electricidad, gas y agua	3	0	0
Comercio	13	6	178
Servicios no financieros	27	3	97
Servicios de intermediación financiera	3	0	5
Total	90	18	506

Fuente: SIC.

**Cuadro 9. Investigaciones iniciadas por años y tipo de infracción a la normativa de libre competencia (1999-2010)**

Tipo de investigación	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total periodo (1999-2010)
Acuerdos	22	7	8	9	10	7	4	4	5	1	2	10	89
Posición dominante	1	2	2	3	1	1	3	0	2	0	4	0	19
Integraciones no informadas	1	1	0	1	2	1	2	0	2	1	0	0	11
Competencia desleal	20	34	32	37	39	35	43	49	46	39	45	40	459
Total Anual	44	44	42	50	52	44	52	53	55	41	51	50	578
Total Anual / Total periodo (1999-2010)	7,6%	7,6%	7,3%	8,7%	9,0%	7,6%	9,0%	9,2%	9,5%	7,1%	8,8%	8,7%	100,0%

Fuente: SIC.

**Cuadro 10. Resultado de las investigaciones iniciadas por año (1999-2007) \***

Año de inicio	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total periodo (1999-2007)
Archivo	8	3	2	5	8	1	3	2	3	35
Caducidad	1	0	1	0	0	1	0	0	0	3
Garantías	8	5	4	3	2	4	3	1	2	32
Sanción	7	2	3	5	3	3	3	1	4	31
Total Anual	24	10	10	13	13	9	9	4	9	101
Total Anual / Total del periodo (1999-2007)	24%	10%	10%	13%	13%	9%	9%	4%	9%	100%

\* Estas cifras no incluyen sanciones por competencia desleal debido a que no existe información detallada para este tipo de infracción.

Fuente: SIC.



**Cuadro 11. Infracciones de la ley de competencia por resultado y conducta (1999-2007)**

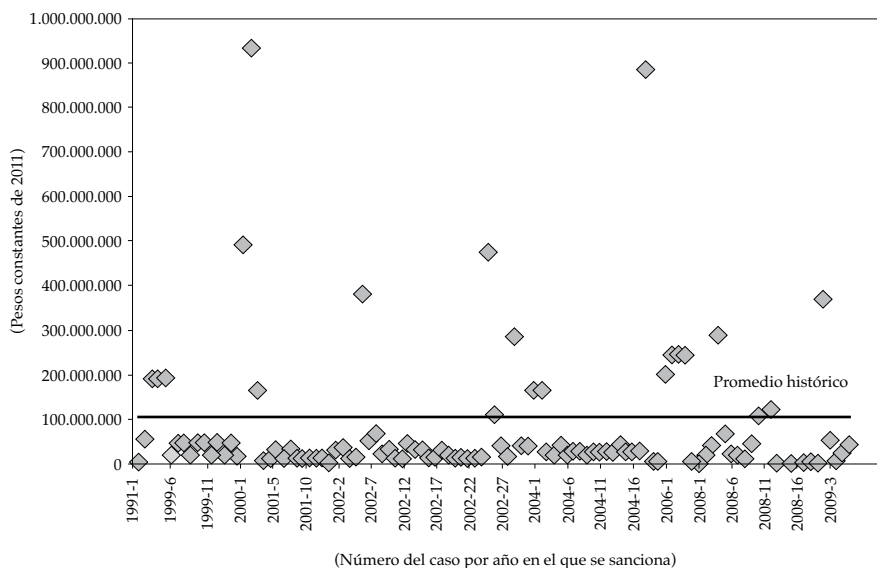
	Archivo	Caducidad	Garantías	Sanción	Total
Acuerdos	16	3	28	21	68
Actos	5	0	2	2	9
Integraciones no informadas	11	0	2	1	14
Abuso de posición dominante	3	0	0	7	10
Total	35	3	32	31	101
(%)	35	3	32	31	100

Fuente: SIC.

Por otro lado, en los casos en los que la SIC investigó y sancionó con multas, como puede verse en los Gráficos 1-4, las multas han sido bajas, tanto para las empresas como para las personas naturales. Solamente en dos investigaciones la SIC impuso las multas máximas establecidas en el Decreto 2153 de 1992. En el Anexo 1 se muestra la relación entre el valor de las multas con respecto al valor del pago de impuestos del sector al cual pertenece la empresa sancionada; es evidente que los valores de las multas son bajos con respecto al pago de impuestos del sector. El hecho que las multas hayan sido bajas durante el período 1999-2009, podría interpretarse como una internalización que hace la misma SIC (en particular para los casos de acuerdos) de sus falencias en infraestructura, tanto en capital humano y financiero, para comprobar que puede haber paralelismo en precios sin la necesidad de que haya un acuerdo anticompetitivo entre los distintos agentes del mercado.

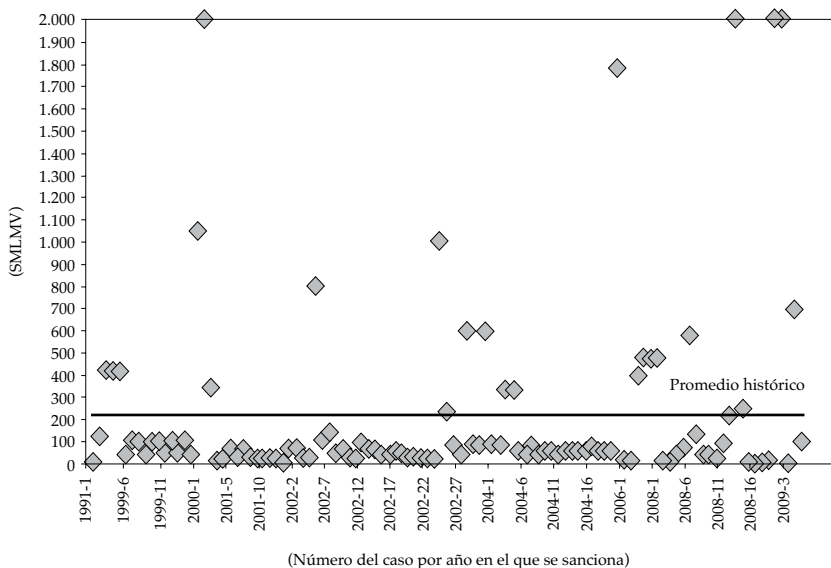
En un ejercicio comparativo, con un país par, cuando se confrontan las multas que se aplicaron en el país con respecto a las mismas para el caso chileno, se encuentra que las multas en Colombia son extremadamente bajas. Por ejemplo, en Chile, la multa máxima es de alrededor de 20 millones de dólares y este monto se ha aplicado en varias ocasiones, más recientemente en el caso de los acuerdos en precios que realizaron tres cadenas de farmacias en dicho país. En Colombia el valor de las sanciones ha sido alrededor de 24 veces el PIB per cápita, en cambio para el caso Chile es alrededor de 995 veces (Cuadro 12).

**Gráfico 1. Multas para las empresas**



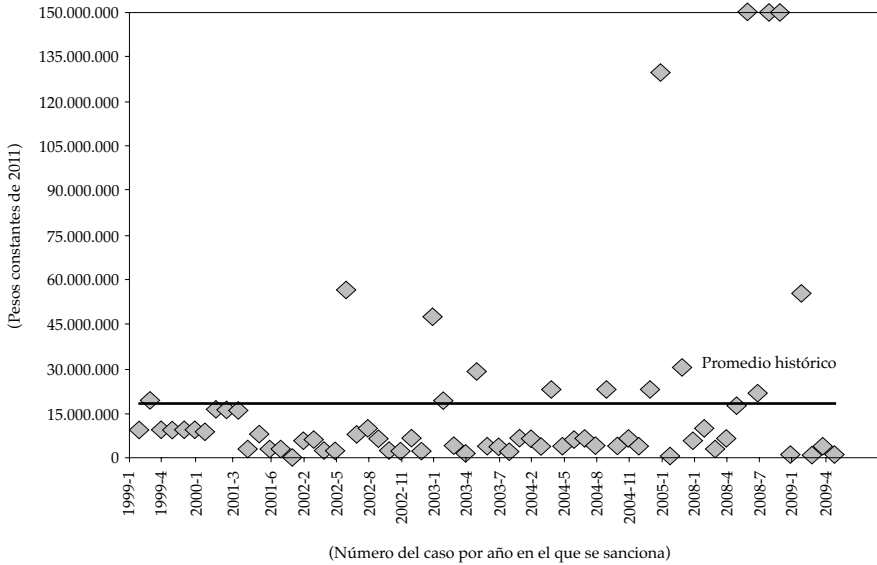
Fuente: SIC.

**Gráfico 2. Multas para las empresas SMLMV**



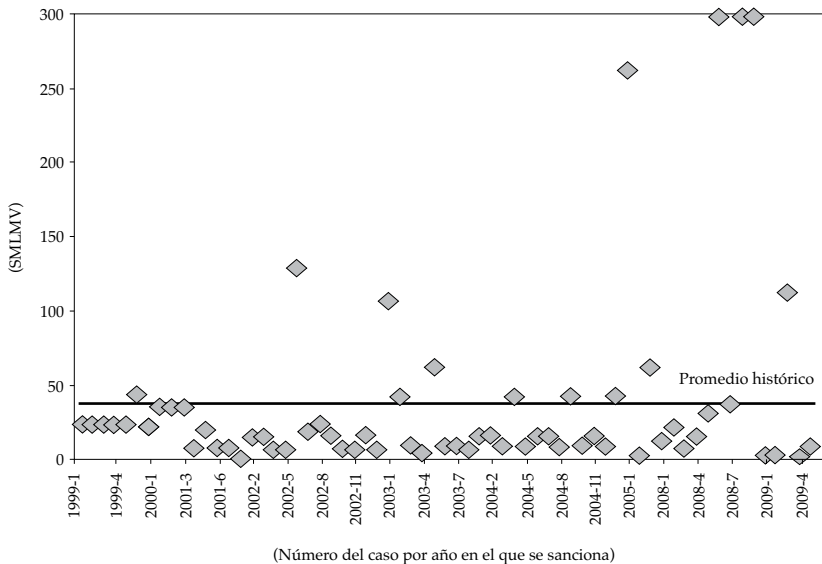
Fuente: SIC.

**Gráfico 3. Multas para los representantes legales**



Fuente: SIC.

**Gráfico 4. Multas para los representantes legales SMLMV**



Fuente: SIC.

**Cuadro 12. El valor de las sanciones en Colombia vs Chile (2004-2009)**

Año	Número de apertura de casos		Promedio de multas (US\$)		(Promedio de las multas/PIB per cápita)	
	Chile	Colombia	Chile	Colombia	Chile	Colombia
2004	56	8	1.483.952	52.720	250	19
2005	21	7	5.651.458	172.614	779	51
2006	36	4	17.382.494	83.519	1.950	22
2007	21	7	23.695.803	77.800	2.399	17
2008	33	1	5.580.913	146.008	549	27
2009	13	6	474.850	47.713	50	9

Fuente: SIC.

Por otro lado, como se puede observar en el Cuadro 8, la SIC impuso algunas multas en los casos en los cuales se presentaban integraciones empresariales, las cuales, por ley, debían ser notificadas ante dicho organismo. Profundizando más en el tema de integraciones empresariales, la SIC cuenta con un plazo de 30 días hábiles para pronunciarse sobre una solicitud de integración empresarial, pero resulta que el proceso real de la resolución puede ser mayor debido a que existen trámites procesales (como requerimientos de información) que pueden alargar dicho trámite de aprobación. El Superintendente puede negar una integración cuando: *"...no se le hayan suministrado las informaciones necesarias sobre los antecedentes, modalidades y finalidades de la operación"*. Durante los años 1999 y 2010, las aceptaciones de integraciones han dependido mucho del carácter discrecional del Superintendente, y del tipo de ponderación que esté le da a la discusión entre eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

Como se observa en los Cuadros 13 y 14, en algunos casos la SIC ha aprobado integraciones empresariales donde la participación del mercado de dichas integraciones ha sido superior al 90% del mercado. En cambio, en algunos casos con las mismas participaciones en el mercado, se han objetado dichas integraciones.

**Cuadro 13. Integraciones aprobadas por la SIC (1999-2010)**

Año	Observaciones	Criterio que se utilizó	Activos conjuntos	Participación del mercado
1999	Aviatur y otros	> = \$20.000.000	39.144.015.333,00	> 20%
2003	DSM N.V. y Roche Vitaminas Colombia S.A.			> 96%
2004	Pavco S.A. y Amero A.G.			56%
2004	Exxonmobile de Colombia S.A. y Carboquímica S.A.		975.080.464.770,00	99%
2004	Haceb S.A. e ICASA- Circular Única	> = 20% mercado / >= 50.000 SMMLV	120.474.377.000,00	
2004	Bananas	> = 20% mercado / >= 50.000 SMMLV	179.462.936.392,00	
2004	Andinet On Line S.A. y UOL Colombia S.A.	> = 20% mercado / >= 50.000 SMMLV	18.050.203.581,00	
2004	Carvajal S.A. y Propal S.A. Aprobada		1.946.541.252.866,00	Reservado
2005	Meals de Colombia S.A. y Productos Lacteos Robin Hood S.A.		95.861.160.174,00	
2005	Coolechera y Lácteos del Campo S.A.	> = 20% mercado / >= 50.000 SMMLV	66.074.013.000,00	
2005	Simesa S.A., y Suministros de Colombia S.A.		93.812.837.206,00	
2005	Editorial Televisa Colombia S.A. y Editora Cinco Cultural S.A.		23.330.328.909,00	
2006	Grupo Argos, Cementos Andino S.A. y Concretem S.A.,		3.861.727.185.692,00	
2007	Linde AG y The BOC Group PLC		171.071.651.000,00	
2007	Postobón S.A.		1.011.524.000,00	
2007	Telmex Colombia S.A., Superview S.A., TV Cable S.A. y TV Cable del Pacífico S.A.	> = 20% mercado / >= 100.000 SMMLV	566.139.590.002,00	
2009	GYJ Ferreterías S.A., GYJ Ramirez S.A., y Sideande S.A.	100.000 SMMLV	239.436.644.909,00	

Fuente: SIC.

**Cuadro 14. Integraciones objetadas por la SIC (1999-2010)**

Año	Observaciones	Criterio que se utilizó	Activos conjuntos	Participación del mercado
2001	Avianca-SAM-Aces	> = 20% mercado / > 50.000 SMMLV	1.231.940.116,00	
2002	Eternity y otros	> = 20% mercado / > 50.000 SMMLV	189.777.000.000,00	
2003	Mexalit S.A. y Nefibouw N.V. S.A.	> = 20% mercado / > 50.000 SMMLV	160.465.832.000,00	
2004	PepsiCo y Postobón S.A.		Reservado	
2004	Procter & Gamble Colombia LTDA. y Colgate Palmolive		551.829.296,00	
2005	Concretos de Occidente S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A.		564.473.205.000,00	
2006	Dupont de Colombia S.A y PLASTILENE S.A.		173.294.535.000,00	
2006	Indac Colombia LTDA. y Acerías Paz del Río S.A.			
2007	Mexichem Colombia S.A. y Pavco S.A.		Reservado	
2007	Clorox Colombia S.A. y Colgate Palmolive		647.723.183.000,00	

Fuente: SIC.



## CAPÍTULO TRES

# Disposiciones vigentes

### 1. Reseña normativa

A continuación se presenta el marco jurídico vigente del régimen colombiano de competencia. Como puede observarse, está compuesto por diversas normas, algunas con vigencia incluso de más de 50 años y otras más recientes, pero emitidas al amparo de regulaciones sectoriales específicas y que distan mucho de lo que en efecto pudiera categorizarse como un estatuto de la competencia.

En primer lugar, debe señalarse que Colombia ha firmado y adherido a tratados internacionales como el Convenio de París, adoptado mediante la Ley 178 de 1994 para la Protección de la Propiedad Industrial, y la Decisión 608<sup>38</sup> de la Comunidad Andina de Naciones que estableció las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

La aplicación de la Decisión 608 corresponde a la Comunidad Andina de Naciones, en la cual se prohíbe y sancionan las conductas restrictivas de la libre competencia que afectan a la Subregión cuando estas son realizadas en el territorio de uno o más de los Países Miembros, o en el territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina, en donde los efectos deben verificarse en alguno de los Países Miembros<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Dentro del proceso de integración subregional de apertura comercial y globalización, se consideró necesario establecer como objeto de la normativa comunitaria la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco de este proceso de integración.

<sup>39</sup> En los artículos siete y ocho de la Decisión 608 se encuentra un catálogo de conductas en donde se establece el procedimiento para acudir ante dicha jurisdicción y así mismo se encuentran las excepciones al régimen, propuestas por los países en la medida que sus legislaciones así lo consideren.



Al buscar las decisiones de la Comisión referentes al tema de la libre competencia en la Comunidad Andina, encontramos exclusivamente actualizaciones del marco jurídico aplicable, más no pronunciamientos de fondo sobre controversias en la materia. De esta forma, se tiene que, si bien se encuentra vigente, los países de la comunidad, Colombia inclusive, no han hecho valer de forma alguna este mecanismo en materia de libre competencia.

En el ámbito nacional y en primera instancia, se tiene como base de la normatividad, según ya se había mencionado, un conjunto de artículos de la Constitución Política de Colombia (Cuadro 15).

De la revisión de las leyes y decretos vigentes en Colombia relacionados con la libre competencia económica, se puede determinar la influencia que tuvo el criterio de la Constitución Política en las normas que la desarrollaron.

A principios de la década de 1990, la regulación de los sectores de servicios públicos domiciliarios, salud, puertos y financiero fueron incluidos explícitamente al marco de libre competencia, así, el derecho colectivo recién adoptado por la Constitución, paralelamente a la nueva autoridad administrativa que vigilaría el régimen de competencia, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

**Cuadro 15. Artículos de la Constitución Política de Colombia**

Norma	Temas	Autoridad competente
Artículo 333	Libertad de empresa Competencia como derecho colectivo Protección de la competencia por el Estado Abuso de posición dominante	Estado
Artículo 334	Intervención del estado en la economía	Estado
Artículo 335	Intervención del estado en la economía	Estado
Artículo 336	Monopolios	Estado

**Cuadro 16. Normatividad en materia de competencia**

Norma	Temas	Autoridad competente
Ley 155 de 1959 <sup>a</sup>	Define catálogos de: Acuerdos anticompetitivos Prácticas restrictivas de la competencia Abuso de posición dominante Integraciones empresariales Competencia desleal Excepciones	SIC      SIC
Ley 45 de 1990 <sup>b</sup>	Cláusula general de prohibición general de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que restrinjan la libre competencia. Competencia desleal	Superintendencia Financiera
Ley 1 de 1991 <sup>c</sup>	Restricciones indebidas a la competencia en materia de puertos marítimos.	Superintendencia General Puertos
Ley 35 de 1993 <sup>d</sup>	Declara al sector financiero, asegurador y del mercado de valores en libre competencia.	Superintendencia Financiera
Ley 142 de 1994 <sup>e</sup>	Prohibición de actos y contratos de las empresas de servicios públicos.	Superintendencia de Servicios Públicos
Ley 143 de 1994 <sup>f</sup>	Declara al sector energético en libre competencia.	Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG
Ley 178 de 1994 <sup>g</sup>	Adopta el Convenio de París para la protección de la propiedad intelectual.	SIC

<sup>a</sup> Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones.

<sup>b</sup> Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones.

<sup>c</sup> Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora.

<sup>d</sup> Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

<sup>f</sup> Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.

<sup>g</sup> Por la cual se aprueba el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial.

## Cuadro 16. Normatividad en materia de competencia (Continuación)

Norma	Temas	Autoridad competente
Ley 256 de 1996 <sup>h</sup>	Competencia desleal	Jurisdicción Civil, SIC
Ley 446 de 1998 <sup>i</sup>	Facultades jurisdiccionales en cabeza de la SIC y procedimiento en funciones sobre competencia desleal	SIC
Ley 590 de 2000 <sup>j</sup>	Acuerdos anticompetitivos Abuso de posición dominante en Mypimes	SIC
Ley 632 de 2000 <sup>k</sup>	Declara posibilidad de que el sector (servicio público domiciliario de aseo) se acoja a la libre competencia	Superintendencia de Servicios públicos
Ley 693 de 2001 <sup>l</sup>	Declara sector de hidrocarburos en libre competencia	Ministerio de Minas y Energía
Ley 1340 de 2009	Reafirma los objetivos de eficiencia económica, libre participación de las empresas en los mercados y bienestar de los consumidores. Actualiza el régimen Establece el ámbito de aplicación del régimen a todos los sectores económicos Define la Autoridad Única (Competencia privativa investigaciones), establece el principio de la Abogacía de la competencia, actualiza el régimen de las integraciones empresariales; incluye la figura de la delación o clemencia, modifica el procedimiento (intervención de terceros), publicación actuaciones administrativas. Doctrina probable o precedente Régimen sancionatorio Excepciones	SIC
Ley 1341 de 2009 <sup>m</sup>	Declara el sector de las telecomunicación en libre competencia	Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC

<sup>h</sup> Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal.

<sup>i</sup> Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

<sup>j</sup> Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas.

<sup>k</sup> Por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142, 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996.

<sup>l</sup> Por la cual se dictan normas sobre el uso de alcoholes carburantes, se crean estímulos para su producción, comercialización y consumo, y se dictan otras disposiciones.

<sup>m</sup> Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

## Cuadro 16. Normatividad en materia de competencia (Continuación)

Norma	Temas	Autoridad competente
Ley 1369 de 2009 <sup>n</sup>	Declara la prestación de los servicios postales en libre competencia	Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC.
Decreto 3307 de 1963 <sup>o</sup>	Acuerdos anticompetitivos	
Decreto 1302 de 1964	Acuerdos anticompetitivos Excepciones	SIC
Decreto 2153 de 1992	Autoridad de competencia Acuerdos anticompetitivos Actos contrarios a la libre competencia Excepciones Abuso de posición dominante Integraciones empresariales Procedimiento (Garantías) Régimen sancionatorio	SIC
Decreto 413 de 1994 <sup>p</sup>	Declara el sector en libre competencia	Comisión Nacional de Precios de Medicamentos
Decreto 1663 de 1994 <sup>q</sup>	Prohibición general de conductas contrarias a la libre competencia en el mercado de los servicios de salud Acuerdos anticompetitivos Abuso de posición dominante Competencia desleal Excepciones	Superintendencia Nacional de Salud  SIC
Decreto 1130 de 1999 <sup>r</sup>	Régimen de competencia en el sector telecomunicaciones	Comisión Regulación Telecomunicaciones SIC
Decreto 2896 de 2010 <sup>s</sup>	Delación o clemencia	SIC
Decreto 2897 de 2010 <sup>t</sup>	Abogacía de la competencia	SIC
Decreto 4886 de 2011 <sup>u</sup>	Autoridad Única de Competencia	SIC

<sup>n</sup> Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones.

<sup>o</sup> Por el cual se toman medidas sobre monopolios y precios.

<sup>p</sup> Por el cual se reglamenta el funcionamiento de la Comisión Nacional de precios de medicamentos.

<sup>q</sup> Por el cual se reglamenta el parágrafo 2º del artículo 67 y el artículo 74 del Decreto ley 1298 de 1994.

<sup>r</sup> Por el cual se reestructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas.

<sup>s</sup> Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>t</sup> Por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009.

<sup>u</sup> Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.

### **Cuadro 17. Actos de carácter general de la Superintendencia de Industria y Comercio**

<b>Norma</b>	<b>Temas</b>	<b>Autoridad competente</b>
Circular Única SIC <sup>a</sup>	Prácticas comerciales Restrictivas Integraciones empresariales Competencia desleal	SIC
Circular Externa 005 de 2003 <sup>ab</sup>	Integraciones empresariales	SIC
Resolución 69916 de 2009 <sup>c</sup>	Garantías y condicionamientos	SIC
Resolución 44649 de 2010 <sup>d</sup>	Abogacía de la competencia	SIC
Resolución 35006 de 2010 <sup>e</sup>	Integraciones empresariales	SIC
Guías de preevaluación de integraciones empresariales 2010	Integraciones empresariales	SIC
Guía de estudio de fondo de integraciones empresariales 2010	Integraciones empresariales	SIC
Resolución 52778 de 2011 <sup>f</sup>	Integraciones empresariales	SIC
Guía de abogacía	Abogacía de la competencia	SIC
Guía de asociaciones <sup>g</sup>	Protección de la competencia Competencia desleal administrativa	SIC
Guía de colaboración entre competidores <sup>h</sup>	Protección de la competencia	SIC

<sup>a</sup> La circular única contiene todos los actos administrativos –instrucciones– de carácter general expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio. Por lo tanto, todos aquellos que no se encuentren incluidos se entienden derogados.

<sup>b</sup> Por la cual se adoptan criterios para la evaluación de las integraciones empresariales y se deroga la Circular Externa No. 002 de 2003, expedida por la SIC.

<sup>c</sup> Por la cual se determinan las tarifas correspondientes a la contribución por garantías y condicionamientos a que se refiere el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>d</sup> Por la cual se adopta el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia en los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios, a que hace referencia el artículo 5° de la Ley 1340 de 2009.

<sup>e</sup> Por la cual se imparten instrucciones sobre el procedimiento para la autorización de las operaciones de integración empresarial y se adoptan unas guías.

<sup>f</sup> Por la cual se modifica, aclara y adiciona la Resolución 35006 de 2010.

<sup>g</sup> Existe un borrador de la guía, todavía no ha sido adoptada vía circular.

<sup>h</sup> Existe un borrador de la guía, todavía no ha sido adoptada vía circular.

## Cuadro 18. Actos de carácter general de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones

Norma	Temas	Autoridad competente
Resolución 2058 de 2009 <sup>a</sup>	Determinación mercados relevantes Abuso de posición dominante	Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT

<sup>a</sup> Por la cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes y para la existencia de posición dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones.

## 2. Novedades de la Ley 1340 de 2009

Es relevante, para efectos del trabajo en desarrollo, hacer un análisis de lo que esta ley introdujo al régimen de competencia, bajo el entendido de que su objeto era actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia adecuándola a las actuales condiciones de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.

Confirma esta disposición que las normas sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es, acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales, lo cual es concordante con los criterios que se han usado en los diversos análisis efectuados.

A continuación se presentan las novedades de la Ley 1340 de manera enunciativa, haciendo algunas observaciones al respecto.

### *a. Ámbito de aplicación*

El artículo segundo amplió el alcance del régimen de competencia a todos los sectores económicos cuando señala: *"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 efecto total o parcial en los mercados nacionales, cualquiera que sea la actividad o sector económico”.*

Esta disposición es consistente con la determinación de una autoridad única nacional, lo cual implica que, a partir de su vigencia, es desde la SIC desde donde se aplica el régimen de competencia encontrando limitación sólo en las excepciones explícitas al régimen, constituidas principalmente para el sistema financiero y aeronáutico.

#### ***b. Propósitos de las actuaciones administrativas y concepto de significatividad***

El artículo tercero contempla como propósitos de las actuaciones administrativas: *“Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia, atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.*

*Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta”.*

Siendo el concepto de significatividad un filtro tan determinante en la gestión de la SIC, se considera importante que se definan unos criterios respecto de los cuales se pueda valorar el accionar de la autoridad de competencia, pues puede resultar inconveniente dejarlo por completo a su discrecionalidad. El establecimiento de criterios permite que el mercado conozca la efectiva significancia tanto de las conductas investigadas como de los casos en los que se desestima una queja o actuación administrativa por este concepto. Esto, sumado a la discrecionalidad para determinar el mercado, hace más subjetiva la actuación de la autoridad.

### *c. Aplicación del Régimen General de Competencia en el Sector Agrícola*

El artículo quinto de la ley, que regula el parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, autoriza al Gobierno la celebración de acuerdos o convenios que, no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general e incluye el sector agrícola como sector básico de la economía. A luces de la nueva normativa, es necesario el visto bueno del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para hacer efectiva esta excepción a la regla, lo cual no ha operado hasta la fecha. Cabría preguntarse si esto significó un avance realmente, pero habrá que esperar para ver el verdadero alcance de una normativa de esta naturaleza.

### *d. Autoridad Nacional de Competencia*

Una de las principales novedades de la Ley 1340 de 2009 es la definición de la SIC como la autoridad administrativa, a nivel nacional, encargada del régimen de competencia. Esto, sin perjuicio de las excepciones contempladas en la misma ley. Dichas excepciones, sin embargo, deben entenderse como parte de la norma, como lo reconoce la Corte Constitucional y por ende, la asignación de funciones especiales a la Aeronáutica Civil en asuntos de su competencia se entiende que guarda una relación de conexidad teleológica con la misma ley aprobada.

Este enorme reto de tener una autoridad única lleva necesariamente a revisar la capacidad institucional de la SIC. Al respecto, señala el artículo 29 de la misma ley: *"Con destino a la Superintendencia de Industria y Comercio, se establecerán las fuentes de financiación que requiere la autoridad de competencia para cubrir su operación y desarrollar sus metas misionales. El Gobierno Nacional reglamentará la materia"*.

Por su parte en el artículo 30 se lee: *"Facúltese al Gobierno Nacional para que dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta ley, adecúe la estructura administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio a las*



*nuevas responsabilidades como autoridad única de competencia, así como su régimen presupuestal a las disposiciones que sobre derechos de seguimiento y multas se encuentran contenidas en esta ley”.*

Ahora bien, dentro de los desarrollos, no se encuentra reglamentación del mencionado artículo 29 y, en cuanto al artículo 30, se tiene que, desde la expedición de esta ley y hasta la fecha, la Superintendencia ha sido objeto de dos reformas en su estructura, siendo la más importante la planteada mediante Decreto 4886 de 2011. No obstante, como se ha señalado, no se observa que las reformas a la planta de personal o a las funciones de la SIC en materia de competencia hayan incrementado su capacidad administrativa para detectar y corregir conductas, o su tecnicidad o especialidad como autoridad única.

#### *e. Abogacía de la competencia*

La inclusión de esta figura es vista como un avance muy positivo para el régimen y la política de competencia, ya que pretende crear y expandir la cultura de la competencia en el país y con esta norma, vincular al sector público, específicamente a aquellos que trabajan permanentemente en proyectos de regulación<sup>40</sup>.

Si bien hay que resaltar este avance, aún es pronto para medir sus resultados y se esperaría que, próximamente, cuando se haya desarrollado más el tema en la práctica, se amplíe el margen de acción, incluyendo al Congreso de la República y su labor legislativa dentro este campo de la autoridad nacional de competencia, especialmente respecto del alcance de sus conceptos para que lo posible se tomen como vinculantes.

---

<sup>40</sup> Artículo 2° del Decreto 2897 de 2010, que reglamenta la Abogacía de la Competencia. "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”.

*f. Aviso a otras autoridades*

De manera similar a como se recomienda para el caso de la abogacía de la competencia, se considera que las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes, según sectores involucrados a que hace referencia la norma, estén obligadas a emitir el concepto técnico que pretende la SIC darles aviso, de lo contrario, la norma no hace diferencia alguna con la dinámica que se verificaba antes de la expedición de esta ley.

*g. Integraciones empresariales*

Este es uno de los temas mejor desarrollados por la ley. Se establece un nuevo procedimiento para integraciones dividido en dos fases y una duración específica. Para el estudio de las integraciones empresariales, además de los umbrales económicos ya establecidos, se ha establecido un umbral de participación en el mercado.

También se evidencian otros avances en la materia, por ejemplo, el deber de supervisión de las condiciones impuestas a una integración; ahora bien, establecido el artículo 11 ya mencionado, se va a requerir de la destinación de una parte importante de recursos de la autoridad a su seguimiento.

Aunque ya se hizo mención en el análisis de la regulación comparada, no sobra recordar que, en materia de integraciones empresariales, se incluyeron dos aspectos relevantes a saber: i) la excepción de eficiencia y ii) la orden de reversión de una operación de integración. Ambas figuras son valiosas ya que se considera abren espacios para un régimen más tolerante, con una autoridad más técnica y la orden de reversión como un instrumento fuerte que amplía el campo de acción de la SIC en cuanto a medidas se refiere. A la vista de algunos especialistas, se lamenta que estas medidas no se hubieran extendido a los demás pilares del régimen de protección de la competencia.

#### ***h. Beneficios por colaboración con la autoridad***

El artículo 14 incluye en el régimen colombiano una figura importante que opera en la mayoría de regímenes de competencia en el mundo actualmente; se trata del principio de colaboración. Si bien el tema se reguló mediante el Decreto 2896 de 2010 y el procedimiento para hacer efectivos estos beneficios por colaboración está más claro que antes, los beneficios por colaboración con la autoridad se ven afectados no sólo por su propia reglamentación sino por la falta de armonización con el resto del régimen legal.

Al respecto, se ha señalado que es posible que la figura de las garantías pueda entrar a competir con la de la delación, en la medida en que puede resultar más atractiva para el agente económico infractor, pues en ésta última, entre otras cosas, mientras no esté obligado a confesar la violación de la norma ni a sus participantes, no corre el riesgo legal de ser señalado como infractor ni de que el propio mercado en el que actúa tome represalias por su accionar como "delator".

Por otro lado, aunque la norma contempló el beneficio en cuanto a sanciones administrativas se refiere, nada se dijo frente posibles responsabilidades adicionales, como pueden ser, por ejemplo, la penal en caso de colusión en licitaciones, la cual es sancionable incluso con pena privativa de la libertad o la pecuniaria en una acción popular que se adelante con fundamento en la información brindada a la autoridad de competencia; ambas cosas le restan operatividad a esta figura.

Finalmente, es preciso señalar que de la revisión de las decisiones de la SIC, se evidencia una tendencia clarísima de esta autoridad a responsabilizar a los representantes legales de las personas jurídicas por las conductas anticompetitivas. Así pues, en la medida en que los demás participantes de estas conductas no sean individualizados y sancionados por esta razón, el campo de acción de la delación se disminuirá aún más, ya que habrá funcionarios en empresas que no se sienten disuadidos por las consecuencias de ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas.

*i. Reserva de documentos*

Hay que señalar que, antes de la Ley 1340 de 2009, existía un claro un trámite para pedir la reserva de documentos durante las investigaciones y que éste aún se encuentra vigente. Del análisis del artículo 15 de la citada disposición, tenemos ahora que se exige un paso adicional para darle el carácter de reservado a un documento, condiciones que pueden resultar no muy atractivas para los investigados.

*j. Garantías*

El avance en este tema se presenta, según se ha mencionado en otro aparte del trabajo, en el acotamiento que se hace del período durante el cual es posible presentar garantías durante el proceso de una investigación, racionalizando así su uso por parte de los investigados y disminuyendo los costos en términos de tiempo y capital humano de la autoridad. Este resulta ser un cambio positivo si se tiene en cuenta la influencia de esta figura en las decisiones de la autoridad de competencia.

*k. Publicación de actuaciones administrativas e intervención de terceros*

Estas figuras son una novedad de la Ley 1340 que vale la pena resaltar. La intervención de terceros en las actuaciones administrativas de protección de la competencia son un factor enriquecedor, ya que los terceros interesados pueden ofrecer, entre otras cosas, perspectivas y material probatorio que facilite las investigaciones y mejore el sentido de la decisión, además de ayudar a alcanzar los propósitos del régimen de competencia.

De acuerdo con lo anterior, la publicación de las actuaciones administrativas iniciadas a cargo de los investigados es una herramienta interesante<sup>41</sup>. Sin embargo, al parecer, hay una dificultad para acreditar esta calidad ante la SIC, lo que desdibujaría el alcance de esta nueva herramienta. De ser así, resultaría valioso que se unificara el criterio respecto a los terceros

interesados para asegurar seguridad jurídica y darle plena operatividad a esta figura.

### *l. Vicios y otras irregularidades del proceso*

El artículo 21 contempla una figura diseñada para agilizar el trámite, consistente en restringir el término en el cual los investigados pueden alegar la nulidad por vicios e irregularidades. Se visualiza como una medida enriquecedora del trabajo de la SIC que le permitirá ser más oportuna y eficiente en sus decisiones.

### *m. Contribución de seguimiento*

El artículo 22 plantea una contribución anual de seguimiento a cargo de los investigados cuando les haya sido aprobada una operación de integración sujeta a condiciones o cuando les hayan sido aceptadas las garantías ofrecidas.

Si bien es una medida que conlleva el desgaste administrativo de cumplir con el deber de seguimiento a la que se ha hecho mención, tanto para la figura del condicionamiento en integraciones como para las garantías, igual, de su lectura se deduce que sería una fuente de financiamiento que

---

<sup>41</sup> Modificado por el Decreto 19 de 2012, artículo 156. Publicación de actuaciones administrativas. La Superintendencia de Industria y Comercio publicará en su página web las actuaciones administrativas que a continuación se enuncian y además ordenará la publicación de un aviso en un diario de circulación regional o nacional, dependiendo las circunstancias, y a costa de los investigados o de los interesados, según corresponda, en el que se informe acerca de:

1. El inicio de un procedimiento de autorización de una operación de integración, así como el condicionamiento impuesto a un proceso de integración empresarial. En el último caso, una vez en firme el acto administrativo correspondiente.
2. La apertura de una investigación por infracciones a las normas sobre protección de la competencia, así como la decisión de imponer una sanción, una vez en firmen los actos administrativos correspondientes.
3. Las garantías aceptadas, cuando su publicación sea considerada por la autoridad como necesaria para respaldar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los interesados.

ayudaría a cubrir el costo real del seguimiento, aplicado acorde la capacidad económica del agente vigilado, lo que le da otro matiz a la figura.

#### *n. Notificaciones y comunicaciones*

Pretende facilitar la vinculación a las actuaciones de los investigados para efectos de agilizar las actuaciones administrativas y evitar dilaciones relacionadas con inconvenientes y nulidades ocasionadas en las gestiones de comunicación y notificación de los actos de la autoridad administrativa.

Resaltamos que, en un inicio, la Ley 1340 redujo considerablemente la fijación del edicto para efecto de notificaciones (de 10 a 3 días) pero, posteriormente, la ley anti-trámites de 2012 reemplazó la fijación de decisiones en edicto por una comunicación vía correo certificado, correo electrónico y fax.

#### *o. Doctrina probable y confianza legítima*

Lo que antes de la Ley 1340 operaba por analogía con las decisiones judiciales, fue consagrado por la citada normativa. Es importante haber insistido en esta figura ya que la doctrina probable responsabiliza a la autoridad de competencia frente a sus propias decisiones exigiéndole mayor tecnicismo y calidad.

#### *p. Monto de las multas*

Se incrementaron sustancialmente, actualización que era urgente para cumplir con los objetivos de las sanciones, según se señala en el acápite correspondiente.

#### *q. Caducidad de la facultad sancionatoria*

Si bien el indicador de una buena gestión a la cabeza de la autoridad de competencia es agilizar la atención al ciudadano y reducir los tiempos de

decisión, con la Ley 1340 se amplió la caducidad de la acción sancionatoria hasta 5 años, la cual, hasta ese momento, operaba a 3 años acorde con el Código Contencioso Administrativo. Lo anterior con el objetivo de evitar que opere la caducidad para la autoridad única de competencia bajo ninguna circunstancia.

### *r. Intervención del Estado y situaciones externas*

La última novedad que se observa es la restricción de aplicación del régimen de competencia en los términos de los diferentes mecanismos de intervención del Estado en la Economía del artículo 31, esto a través de mecanismos como los fondos de estabilización de precios, los fondos parafiscales para el desarrollo agropecuario y el establecimiento de precios mínimos de garantía, entre otros.

Por su parte el artículo 32 amplía la intervención del Estado para enfrentar amenazas a la economía provenientes del exterior, con el propósito de estabilizarla.

## **3. Aspectos relevantes de la normatividad colombiana**

Reseñada la regulación vigente en materia de competencia y efectuado el análisis correspondiente en lo que hace a los pilares de la política de competencia en Colombia dentro del acápite comparativo con el modelo estadounidense y europeo, conviene señalar que tal vez antes que vacíos en la regulación, en la normatividad colombiana se evidencian algunos aspectos que vale la pena resaltar, a saber:

- El Estado colombiano tiene un margen de acción amplio, tanto desde el punto de vista de intervención en la economía (pues le permite evitar prácticamente cualquier tipo de acuerdo o acto anticompetitivo), como desde las reglas establecidas en función de los pilares estudiados. De acuerdo con esto, no se evidencian necesidades en materia de regulación

adicionales a las existentes; más bien lo que se requeriría sería la depuración de conductas, que antes que propiciar la competencia pueden ser obstáculos a su desarrollo, como en el ejemplo de paralelismo de precios citado en el recuadro No.1.

- ❑ Por el contrario, con tan amplias facultades, lo que se evidencia es una falta en el accionar de la autoridad de competencia, que a pesar de haber creado precedentes en algunas materias, como se ha anotado para el caso de los acuerdos verticales o algunos casos de posición de dominio, sigue siendo insuficiente en cuanto a creación de precedentes.
- ❑ La pobre actividad de la SIC en materia de determinación de criterios relevantes de interpretación de las leyes, se ha visto aún más menguada si se considera que la mayor parte de las investigaciones iniciadas han concluido mediante la aplicación de la figura del otorgamiento de garantías, la cual por la forma en que fue concebida no implica una aceptación de una violación a las normas de competencia, lo que a su vez significa que no existen antecedentes sobre las conductas de fondo que han resultado de esas prácticas y de la forma en la que las mismas se han superado.
- ❑ Es de esperar que, con los instrumentos dados en la Ley 1340 de 2009, la autoridad única de competencia, investida como está ante todos los sectores de la economía, desarrolle criterios de interpretación, ya que de esta forma se da credibilidad y se enseña que el derecho se construye por las autoridades judiciales y administrativas y no por el legislador exclusivamente. Esta construcción genera mayor responsabilidad de la autoridad en sus decisiones, dándole un matiz jurisdiccional valioso a la autoridad única de competencia.
- ❑ El mejor posicionamiento de la SIC requiere ampliar su capacidad técnica y operativa y así aumentar las posibilidades de detección de acuerdos



en el mercado y asumiendo de manera especializada -técnicamente- la carga de la prueba. Esto conllevaría contemplar un régimen menos estricto en el cual se conozcan con detalle los verdaderos efectos de las conductas en los mercados, dando espacio a la tolerancia de comportamientos económicos que hasta hoy pudieran considerarse ilegales.

- Se hace igualmente necesario que se siga construyendo una cultura de competencia en el país desde el Estado. La SIC ha hecho un esfuerzo considerable en acercar el régimen a los ciudadanos. Entre sus actos de carácter general, se tienen las guías a que se hizo referencia en el recuento de la normatividad vigente, que fueron creadas con carácter informativo para difundir el régimen de protección de la competencia en los sectores específicos. Por ejemplo, para evitar aquellas infracciones cometidas por parte de asociaciones de empresas o colegios de profesionales, personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, que comúnmente excusan acuerdos anticompetitivos a la luz del derecho constitucional de asociación.
- Mediante estos instrumentos, v. gr. la guía de asociaciones y de colaboración entre competidores, la Superintendencia puede conocer la visión de la autoridad respecto, por ejemplo, a la función gremial o asociativa, la cual, siendo legal, debe ser asumida con cuidado a fin de no infringir la normatividad, como cuando al interior de estos entes se discuten temas sensibles como los precios o las cantidades de productos y, en general, compartiendo información que haga el mercado transparente, puesto que esto facilita prácticas anticompetitivas.
- Así mismo, se encuentran disposiciones que, aunque en otros países tienen adelantos que permiten enmarcarlos dentro de un modelo específico, en Colombia aún no presentan ningún desarrollo. Ese es el caso de la figura de la excepción de eficiencia para el tema de acuerdos, que aunque está consagrada exclusivamente para el régimen de integraciones empresariales, no ha tenido ninguna aplicación práctica.

- ❑ Igualmente complejo resulta el análisis de los criterios que ha usado la SIC para establecer condicionamientos a las operaciones de integración, debido a la inseguridad jurídica que ellos pueden generar y al trabajo de supervisor que representa para la autoridad de competencia en un momento determinado, pues una buena parte de la capacidad operativa debe destinarse a verificar el cumplimiento de lo acordado.
- ❑ En el mismo sentido, el régimen de autorización general, donde sólo se requiere remitir una información de la correspondiente integración, puede generar fricciones en tanto que el análisis que fundamenta la decisión de los interesados para entender su operación aprobada y luego simplemente notificar a la SIC, puede no ser compartido por esta autoridad, lo que conduce a la reversión de la operación.
- ❑ Frente a aspectos como la determinación de casos de abuso de posición de dominio, se ve con recelo la discrecionalidad con la que cuenta la SIC para determinar el mercado relevante en algunos casos, lo cual podría afectar la manera en la que se asuman posiciones generales futuras.



## CAPÍTULO CUATRO

### Estudios de caso

El objetivo de esta parte del trabajo es analizar, con base en instrumentos utilizados en el análisis de la competencia, el desarrollo de la competencia en algunos sectores específicos de la economía colombiana, particularmente, el sector de telefonía móvil, el de petróleo y el financiero-bancario. Además, en esta parte se proponen algunas recomendaciones futuras que podrían mejorar la competencia en cada uno de los sectores estudiados.

#### 1. Sector de telefonía móvil

La telefonía móvil es uno de los sectores que ha sido objeto de mayor atención por parte de las autoridades de competencia en el mundo. En efecto, los rápidos cambios tecnológicos que caracterizan este sector frecuentemente modifican la definición de los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones. Además, la presencia de externalidades de redes en estos mercados hace que las recomendaciones tradicionales de política de la competencia no se puedan aplicar de manera tan directa al sector. Por un lado, las inversiones de infraestructura tan importantes que requiere la telefonía móvil y por tanto los costos hundidos de sus operadores, hacen obsoleto cualquier objetivo de imponer una tarificación relacionada con el costo medio o el costo marginal. Por otro lado, en los sectores caracterizados por externalidades de redes como el de la telefonía móvil, la literatura económica ha mostrado que puede surgir un conflicto respecto al objetivo de protección de los intereses económicos de los consumidores con un criterio de eficiencia (Shy, 2002). Como se vio en la primera parte de este trabajo, la normatividad de competencia en Colombia pone en el mismo plano los dos anteriores criterios, lo que no necesariamente facilita las decisiones de la SIC en este sector. Para terminar, las externalidades de redes presentes pueden generar efectos conocidos como "bola de nieve"

en el cual un operador gana participación de mercado en detrimento de sus competidores, hasta el extremo que, en última instancia, queda como operador único en el mercado. De aquí que este sector deba entonces también abordarse considerando una visión dinámica de la evolución de sus mercados y no solamente contemplando un criterio de eficiencia estática, que sea técnica o asignativa.

La presente sección se organiza de la manera siguiente: en la primera parte, se exponen los argumentos conceptuales proveídos por la literatura económica que nos permiten entender las particularidades del sector de la telefonía móvil. En la segunda, se presentan los principales indicadores económicos que ayudan a entender la situación actual del mercado de la telefonía móvil en Colombia. En la medida que se puede (según la disponibilidad de los datos), estos indicadores serán confrontados a los de otros países para facilitar el entendimiento de la situación de este sector en Colombia. Para terminar esta sección, una tercera parte se dedica a la formulación de un diagnóstico y de recomendaciones para el manejo del mercado de telefonía móvil en el futuro, anticipando algunos cambios tecnológicos que pueden ocurrir.

#### *a. Conceptos económicos de economías de las redes*

La telefonía móvil hace parte de lo que los economistas denominan desde hace cerca de dos décadas la economía de las redes. Tal denominación alude a la presencia de externalidades de redes en los mercados de telecomunicación. Concretamente, en el sector de la telefonía móvil, las externalidades de redes provienen del hecho de que los operadores tienen costos distintos dependiendo de si la llamada de un usuario termina en la misma red o no; es decir, si el usuario está llamando a una persona que tiene un plan de telefonía móvil con el mismo operador o, por el contrario, llama a una persona que ha suscrito su plan con otro operador. En el primer caso, se considera que la llamada termina *on-net*, mientras que en el segundo, se trata de lo que denomina una llamada *off-net*. En numerosos mercados de

telefonía móvil<sup>42</sup>, el operador del usuario que ha iniciado la llamada debe pagar un cargo de acceso al operador del usuario que recibe la llamada. Las modalidades de fijación de este cargo de acceso son fundamentales y pueden afectar fuertemente la intensidad de la competencia que rige el mercado de la telefonía móvil, inclusive con efectos contrastados entre el corto y el largo plazo.

Un operador con una mayor participación de mercado se vuelve más atractivo que sus competidores porque sus afiliados llaman en promedio menos frecuentemente a clientes de otros operadores y por tanto, no tienen que pagar costos adicionales. Una mayor participación de mercado de un operador lo vuelve entonces más atractivo, asunto que puede desequilibrar las condiciones en las cuales compiten los otros operadores y generar así una dinámica que refuerza la posición del operador dominante. Esta dinámica de la competencia en los mercados de telefonía móvil tiene consecuencias importantes. Puede ocurrir que, aun cuando la posición dominante de un operador haya sido obtenida de manera lícita y por méritos laudables, por ejemplo, una mayor cobertura en un país dado, mayores inversiones que reducen los problemas de congestión, políticas de precios más agresivas, etc., surja un regulador sectorial en calidad de autoridad de competencia que puede desear frenar el progreso de la participación de mercado del operador dominante cada vez que valora la intensidad de la competencia en el mediano/largo plazo y no solamente la de corto plazo.

Puede también ocurrir que, según las participaciones de mercado respectivas de los operadores presentes por un lado, y del perfil de sus usuarios respectivos, es decir, si son más emisores o receptores de llamadas, el nivel y la modalidad de fijación del cargo de acceso puede también afectar los ingresos y los costos de los operadores y por lo tanto, interferir en la competencia entre ellos. Por ejemplo, en el caso que haya un operador grande que tiene afiliados que son más receptores que emisores de llamadas, este

---

<sup>42</sup> Se puede resaltar que es el caso del mercado colombiano.

operador, dada su mayor participación de mercado, va a recibir más ingresos por cargo de acceso que los costos que esta misma le genera, y gracias a esta ventaja puede bajar sus tarifas para aumentar su participación de mercado<sup>43</sup>. En el mediano plazo, estas externalidades de redes, debidas a esta asimetría en los ingresos netos de los operadores, influyen en las tarifas propuestas de los operadores y, en consecuencia, en las participaciones de mercado de estos últimos. Llevadas al paroxismo, estas asimetrías en las participaciones de mercado presentes en el mercado pueden generar el efecto-club, es decir, que los usuarios escogen sus operadores anticipando a quienes van a emitir la mayoría de sus llamadas para escoger el mismo operador. Como cabe esperar, tal efecto-club genera consecuencias en el funcionamiento de la competencia en dicho mercado. Los operadores en el mercado tratan de favorecer tales efectos-club para aumentar sus participaciones de mercado respectivas. En el mediano plazo, tales efectos pueden generar clubes aislados, es decir, grupos de afiliados que se comunican de manera casi exclusiva con usuarios del mismo operador, lo que en el largo plazo se puede traducir eventualmente en una disminución de la competencia. En efecto, la creación de clubes de usuarios afiliados a cada operador hace que cada operador se enfrenta a su propia función de demanda, es decir, que en tal caso, los operadores se encuentran en una estructura de mercado de tipo competencia monopolística.

Las externalidades de redes descritas pueden también jugar el papel de barreras endógenas a la entrada. En efecto, *ceteris paribus*, se vuelve más difícil para un nuevo operador entrar en un mercado, especialmente si éste

---

<sup>43</sup> Es importante resaltar que participaciones de mercado asimétricas en sí solas no generan asimetrías en los ingresos netos de los operadores por el tema de los cargos de acceso de acceso. En efecto, cuando un operador tiene una participación de mercado más grande que la de sus competidores, todo el resto igual, recibe más ingresos por cargos de acceso, pero también debe pagar más cargos de acceso por las llamadas de sus afiliados a usuarios de otros operadores. Lo que realmente genera asimetría al nivel de los ingresos netos de los operadores es cuando las proporciones de emisores y de receptores difieren entre ellos. Tales asimetrías pueden provenir de las estrategias tarifarias de los operadores.

ya ha alcanzado una madurez suficiente, porque por su posición de nuevo entrante y su participación de mercado muy baja, deberá proponer tarifas más atractivas a sus afiliados para compensar el hecho de que ellos tendrán más llamadas *off-net* las cuales a su vez, tienen un mayor costo. Como se sabe, la presencia de tales barreras de entrada tiene un componente estratégico, porque pueden hacer parte de las estrategias de los operadores presentes en el mercado, y por tanto, debe ser objeto de una vigilancia particular por parte de la autoridad de competencia y del regulador sectorial cuando existe uno.

Otra característica que es importante tener en cuenta para entender el funcionamiento de un mercado de telefonía móvil es la presencia y la importancia de los costos hundidos en la estructura de costos de los operadores, según ya se señaló. En efecto, el costo marginal de las telecomunicaciones es relativamente bajo y los costos de los operadores se explican principalmente por los gastos en los que han tenido que incurrir para poder ofrecer un servicio de telecomunicaciones con amplia cobertura en un país dado y sin problemas de congestión. Como lo indica la literatura de organización industrial, esos costos hundidos tienen un valor de señal en el sentido de que, cuando un operador invierte en infraestructura costosa, manda la señal a sus competidores (o a entrantes potenciales) de que no se va a retirar del mercado, o por lo menos no en el mediano plazo, porque debe amortizar sus inversiones. Si todo lo demás se mantiene, tales señales pueden disuadir o frenar la entrada de nuevos operadores en el mercado. Sin embargo, se debe resaltar que la velocidad de los cambios tecnológicos que caracteriza el sector de la telefonía móvil genera una fuerza contraria que puede suavizar este tema de los costos hundidos. En efecto, cuando un operador se queda un poco atrás en la inversión de infraestructuras relativas a una tecnología dada, por ejemplo en la inversión de una infraestructura para una nueva generación de ondas, la pérdida de participación de mercado que eso genera puede ser temporal por las oportunidades futuras de inversiones en nuevas tecnologías. Por tanto, los cambios tecnológicos del sector, a pesar de las inversiones costosas que pueden implicar, reduce el problema inherente a los costos hundidos.



Para terminar, se debe resaltar que la definición de un mercado relevante en el sector de las telecomunicaciones que incluye la telefonía móvil no es para nada trivial. En efecto, la sustitución con otros medios de telecomunicación está sujeta a cambios tecnológicos que no son necesariamente adoptados por todos los consumidores de telefonía móvil. Por ejemplo, si el uso de la telefonía fija puede ser un sustituto a la telefonía móvil para algunos tipos de consumidores, no lo es necesariamente para todos.

### ***b. El mercado de telefonía móvil en Colombia***

En la primera sección a continuación se presentan los datos principales que permiten entender cuál es la situación actual del mercado de telefonía móvil en Colombia, exponiendo estas cifras con su evolución durante la última década, pero también, cuando se puede, comparando dichos datos con los de otros países. A partir de esta exposición, en una segunda parte se presentan los riesgos potenciales para la competencia en este sector en Colombia.

### ***c. El mercado de telefonía móvil colombiano en algunos datos***

Antes que nada, señalemos que estudios<sup>44</sup> dedicados a definir el mercado relevante en el sector de la telefonía móvil en Colombia han mostrado que el teléfono fijo no es sustituto de la telefonía móvil. Como lo revelan los datos contenidos en la tabla siguiente, el mercado de telefonía móvil colombiano muestra un nivel de cobertura en progresión desde el año 2002 y que ahora alcanza el 85%. Si bien este nivel no es tan importante frente a otros países<sup>45</sup>, como lo resalta el documento de la CRC (2011), sí se puede considerar que el mercado colombiano ya alcanzó su nivel de madurez, lo que significa que no habrá mucho más nuevos usuarios que los actuales (Cuadro 19).

---

<sup>44</sup> Ver Meléndez y Roda (2008) y el documento de la CRC (2011).

<sup>45</sup> La penetración de algunos países en el mercado de la telefonía móvil puede superar el 100%.

**Cuadro 19. Penetración del mercado**

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Penetración de mercado	13,9%	22,9%	47,6%	62,9%	70,5%	84,2%	82,6%

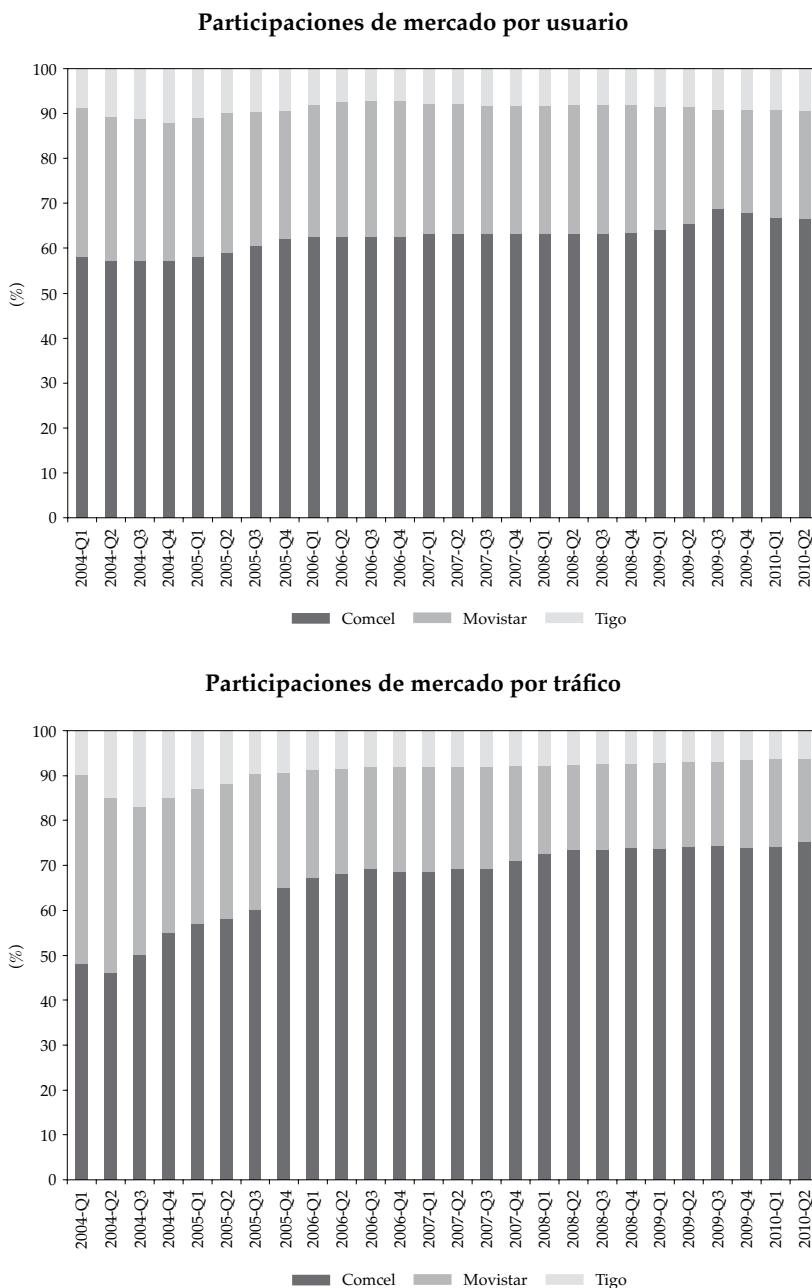
Fuente: Merrill-Lynch.

Como se verá más adelante, este primer diagnóstico es importante para entender la naturaleza de la competencia que enfrentan los operadores del mercado en Colombia. Una disminución de las tarifas por parte de un operador no se va a traducir en un mayor número de clientes sino en cambios en las participaciones de mercado de los operadores presentes. Eso implica, por ejemplo, que en el futuro (y contrario a lo que se observó durante los años anteriores), una reducción simultánea de la tarifas no va a generar más clientes y por tanto no va a generar más economías de escala como ocurrió en años anteriores. En otras palabras, en el futuro, una reducción simultánea de las tarifas de los diferentes operadores del mercado se traducirá en una reducción de sus ingresos porque sus costos se mantendrán en el mismo rango.

El nivel de concentración del mercado es seguramente la variable que más llama la atención en el sector de la telefonía móvil en Colombia. Las gráficas que se presentan en el cuadro a continuación muestran, por un lado, el volumen de suscripción, y por el otro, el volumen de tráfico (Gráfico 5).

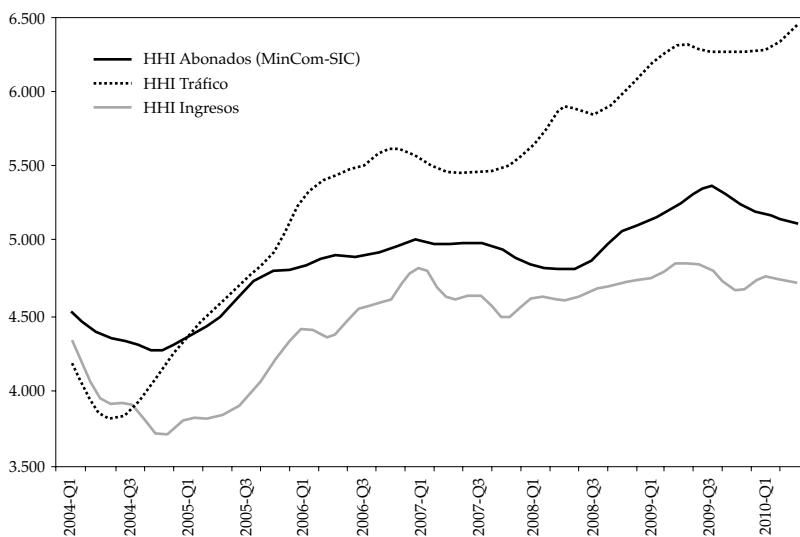
Se puede observar que Comcel ha ganado de manera casi constante participaciones de mercado y se ubica actualmente en cerca del 70%. A partir de la base de datos constituida por Merrill-Lynch, el índice de Herfindhal (IHH en adelante) de este mercado es de 5280, lo que ubica Colombia en la tercera posición entre los 50 países tenidos en cuenta en este estudio en relación a la concentración de su mercado de telefonía móvil (detrás de China y México). A partir de datos del Ministerio de Telecomunicaciones y de la SIC, los IHH se grafican expresados respectivamente en términos de abonados, tráfico e ingresos (Gráfico 6).

**Gráfico 5. Participaciones de mercado por usuario y tráfico**



Fuente: Merrill-Lynch.

## Gráfico 6. Índices de Herfindhal



Fuente: Merrill-Lynch.

Cabe señalar que la concentración en términos de ingresos es menor que las de abonados o de tráfico. Lo anterior puede dar indicios de que el mercado se caracteriza por estrategias de diferenciación por parte de los operadores, lo que se puede fácilmente corroborar mirando los planes ofrecidos por los operadores a partir de sus páginas en internet. En pocas palabras, Tigo se ha especializado en planes económicos, seguramente destinados a usuarios de más bajos recursos. Movistar, por el contrario, parece haberse especializado en clientes con mayor disposición a pagar, en breve, clientes sobre todo corporativos, mientras que Comcel tiene una estrategia intermedia entre las de sus dos competidores.

También se puede resaltar que el mercado colombiano de telefonía móvil tiene una alta proporción de usuarios con planes prepago. A partir de la base de datos de Merrill-Lynch, la tabla siguiente indica las proporciones de planes post-pago en Colombia (Cuadro 20).

**Cuadro 20. Proporción de planes post-pago**

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Comcel	31,6%	24,6%	15,4%	14,8%	14,5%	13,3%
Movistar	0,0%	28,9%	22,8%	23,2%	21,0%	16,4%
Tigo	20,9%	21,0%	21,0%	15,0%	12,0%	12,0%

Fuente: Merrill-Lynch.

Como lo resaltan en su documento Jullien *et al.* (2011), la penetración del mercado se ha realizado a partir de la venta de planes prepago que son más baratos en términos de acceso, aunque la apropiación del excedente económico de los consumidores por parte de los operadores puede ser mayor con esta modalidad de planes<sup>46</sup>.

Dados estos niveles de concentración, es importante examinar el lado de los precios para ver si tales niveles se traducen en precios altos que podrían perjudicar a los consumidores. Una de las medidas tradicionalmente usadas en los sectores de servicios, especialmente en el de telefonía móvil, es el ARPU (acrónimo de *Average Revenue Per User*, ingresos medios por usuario) (Cuadro 21).

Además de la disminución de los ARPU en el tiempo, se puede resaltar que el ARPU de Comcel es el más bajo de los tres operadores. Esto se puede

**Cuadro 21. ARPU**

Monthly ARPU (COP)	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Comcel	29.231	28.524	24.672	19.326	19.848	17.695	16.522
Movistar	48.016	46.855	40.527	26.284	25.127	19.634	17.611
Tigo	37.714	38.753	30.067	22.605	27.173	22.938	20.833
Average	36.282	35.603	29.555	21.400	21.531	18.598	17.161

Fuente: Merrill-Lynch.

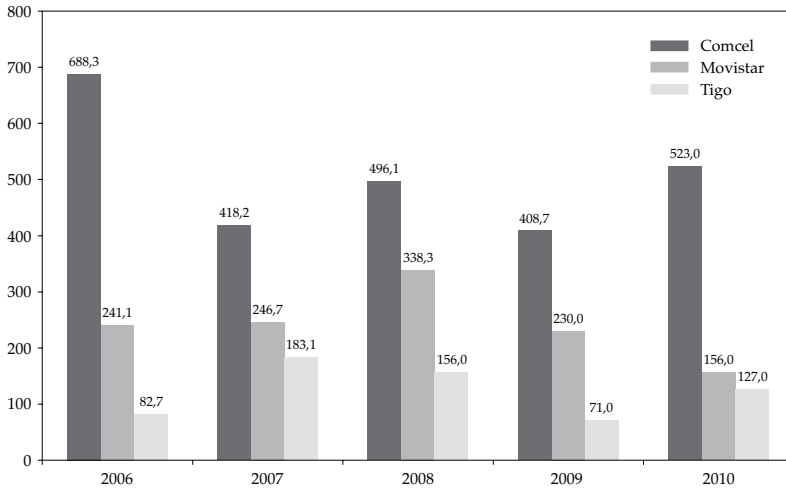
<sup>46</sup> Sin embargo, valdría la pena ver, con datos más actualizados, si la penetración de los servicios de datos móviles ha permitido a los operadores aumentar la proporción de planes post-pago.

explicar también por las mayores inversiones que ha realizado este operador en diferentes períodos, como lo muestra la gráfica siguiente elaborada por la CRC a partir de los datos proveídos por los operadores (Gráfico 7).

Cabe subrayar también que el nivel del ARPU en Colombia, a fines del año 2008, parece bajo en comparación con esta misma variable en Venezuela, Chile o México. Esta primera observación parece indicar que, hoy en día, la competencia entre operadores está funcionando relativamente bien, a pesar de la alta concentración del mercado, lo que confirma en el Gráfico 8, realizado para el año 2010. Además, la tendencia del ARPU es decreciente, lo que puede tener varias explicaciones. La primera explicación sigue la misma lógica que el comentario anterior relativo a la proporción decreciente de planes post-pago. A medida que la penetración aumenta, los nuevos usuarios que los operadores alcanzan a atraer se caracterizan por una disposición a hacer pagos menores, lo que significa que deben ofrecerles planes más baratos que a su vez les generan menores ingresos. Estos planes más baratos toman generalmente la figura de planes prepago. La segunda interpretación es una continuación o extrapolación de la primera: el nivel de penetración alcanzado implica un cambio paulatino en el tipo de competencia que plantean los operadores del mercado. En efecto, como parece que se ha estabilizado el número de usuarios en el mercado de telefonía móvil, los operadores, para ganar mayor participación de mercado, de ahora en adelante se verán obligados a "robar" usuarios a los otros operadores, lo que implica una competencia de mayor intensidad. Si el mercado ya ha entrado en este tipo de competencia, eso contribuye igualmente a explicar la disminución del ARPU de los operadores.

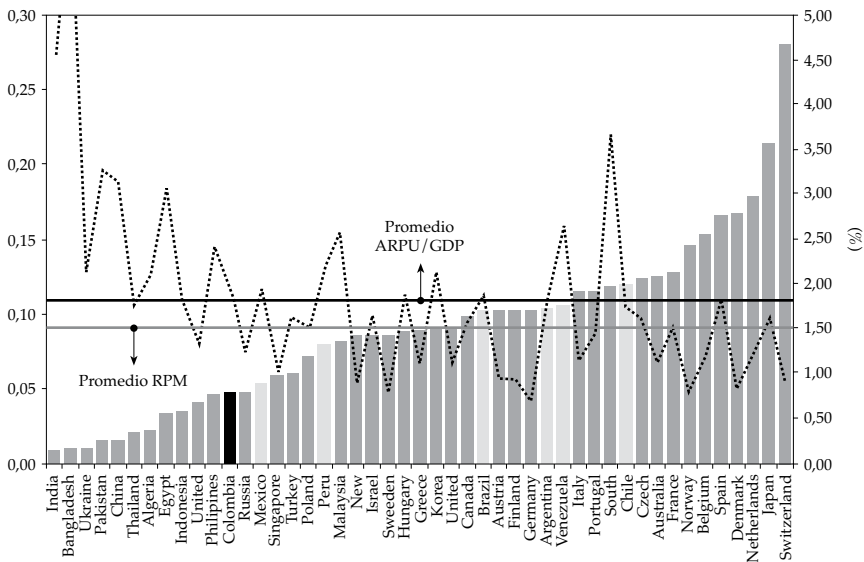
Como señalan Jullien *et al.* (2011), al examinar los planes y tarifas asociadas en las páginas de internet de los distintos operadores, se observa que los dos operadores más grandes tienen una estrategia de discriminación entre las tarifas *on-net* y *off-net*, mientras que el tercer operador cobra un precio constante a sus usuarios independientemente de la terminación de las llamadas. Para los dos operadores con mayor participación de mercado, estos autores estiman que dicho diferencial de precios varía entre el 30 y

**Gráfico 7. Inversiones**



Fuente: Operadores.

**Gráfico 8. Comparativos de precios a nivel internacional**



Fuente: Global Wireless Matriz 3Q 2010. Bank of America Merrill.

el 40% durante el año 2010. Además, como lo indica el documento de la CRC, a pesar de la regulación que fija un techo a este diferencial, Comcel ha logrado desvirtuarla promoviendo los susodichos diferenciales<sup>47</sup>.

Como muestra en los Gráficos 9 y 10, la diferenciación presente entre las tarifas que se aplican a las llamadas *on-net* y *off-net*, se ha traducido en un incremento importante de la proporción de llamadas dentro de las mismas redes.

Esta proporción del tráfico *on-net* puede resultar más inquietante respecto al buen funcionamiento de la competencia en este mercado que los actuales niveles de concentración. En efecto, en el corto plazo, dicha alta proporción de llamadas *on-net* contribuye a bajar la utilidad de los usuarios porque lo anterior implica que deben restringir sus llamadas a los usuarios que son afiliados a otros operadores por ese diferencial de precio. En el mediano/largo plazo, ese diferencial de tarifas *on-net* / *off-net* puede contribuir a reducir la contestabilidad del mercado. Sencillamente, se dificulta la entrada de nuevos operadores en el mercado porque los planes que podrían proponer no serían muy atractivos dado el tamaño de su red, necesariamente pequeño al principio.

En Colombia, como lo resalta la CRC en su documento, las barreras de entrada al mercado de telefonía móvil se deben más a la asignación de espectro que a los permisos de entrada al mercado. La Ley 1341 de 2009 genera un contexto favorable para la entrada de nuevos operadores y puede explicar que, durante el año 2010, tres nuevos operadores virtuales entraran en el mercado<sup>48</sup>. Apesar que estos nuevos operadores pueden potencialmente incrementar la intensidad de la competencia, como lo señala el mismo documento de la CRC basados en experiencias internacionales, igual los nuevos operadores móviles virtuales que entran se concentran sobre todo en nichos de mercado o en la oferta de servicios complementarios.

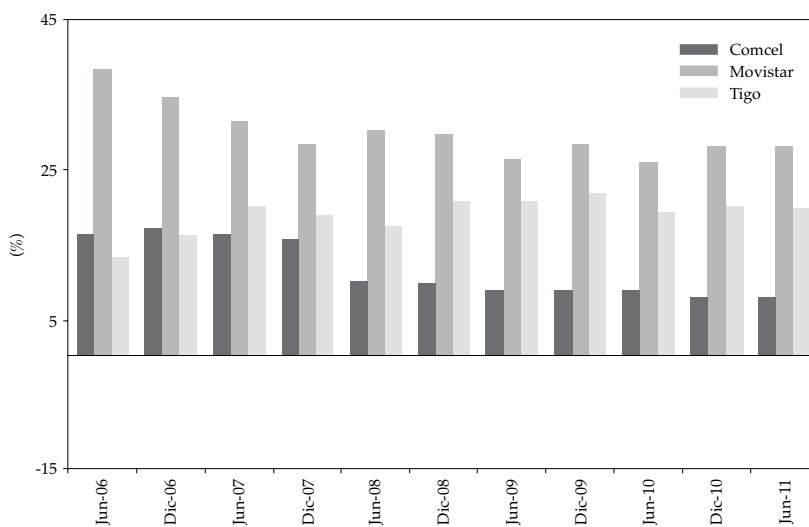
---

<sup>47</sup> Como lo confirmó la resolución CRC 2171 de 2009 con los conceptos CRC 200952741 y 201051936.

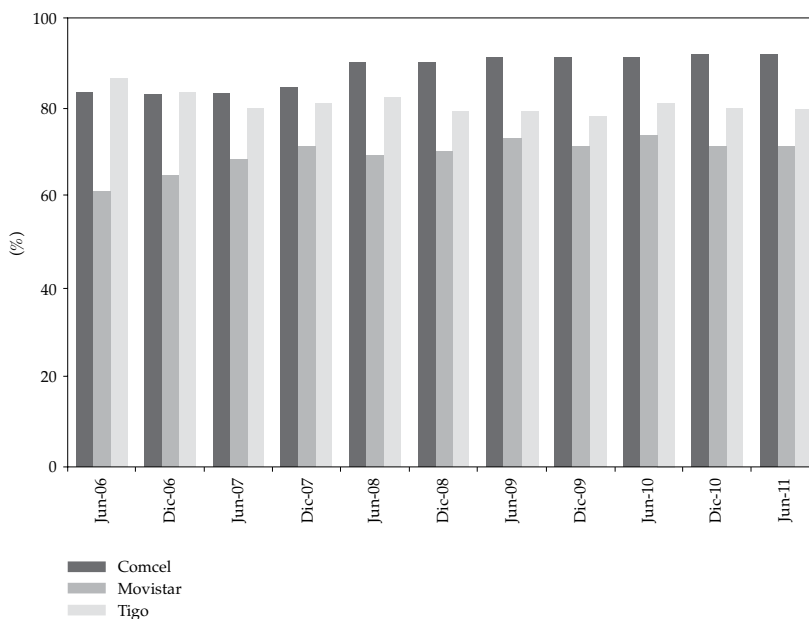
<sup>48</sup> Más precisamente, UNE y ETB ofrecen acceso a Internet en móvil, mientras que Uff Móvil presta servicios de voz y a futuro de datos. Estos tres operadores virtuales ofrecen sus servicios usando la plataforma de Colombia Móvil.



**Gráfico 9. Proporción tráfico off-net /Total**



**Gráfico 10. Proporción tráfico on-net /Total**



Fuentes: CRC.

#### *d. Mercado de telefonía móvil: ¿una competencia en peligro?*

A la luz de lo descrito en el párrafo y párrafo anterior, es difícil decir si el mercado de la telefonía móvil en Colombia es competitivo o no. Por un lado, a pesar de la alta concentración del mercado, debida principalmente a la participación de mercado muy alta de Comcel, los ingresos por usuarios obtenidos por los operadores no parecen alcanzar niveles anormales y, cuando se comparan con los de otros países de la región, resultan relativamente bajos. Sin embargo, dada la presencia de las externalidades de redes que caracterizan este sector, no se puede inferir cuál será el futuro de la competencia en los próximos años a raíz de qué tan competitivas son las tarifas hoy. En efecto, las altas proporciones de llamadas *on-net* pueden indicar que se están formando, por el efecto club mencionado, grupos de usuarios que se comunican principalmente dentro de la misma red. En el mediano / largo plazo, el mercado de telefonía móvil en Colombia se está partiendo en submercados, cada uno de ellos correspondiente a un club de usuarios y cada club, a su vez, operará a través de un operador en posición de monopolio. Más precisamente, una vez que los costos de cambio para pasar de un club a otro sean demasiado altos para los usuarios, por los menos cada vez que sea una decisión individual, los operadores asociados a cada club podrán cobrar precios cercanos a los de monopolio. En última instancia, tal configuración se parecerá a una competencia monopolística, es decir, una en la que los operadores compiten para formar clubes de usuarios pero, una vez formados tales clubes, los costos de cambio para modificar su operador se harán demasiado elevados y los usuarios quedarán capturados. En tal caso, cada operador se enfrenta a su propia función de demanda.

Para anticipar este peligro potencial, la CRC ha introducido la portabilidad numérica, figura que consiste en asignar un número de teléfono a cada usuario, número que a su vez, éste podrá conservar en caso de que cambie de operador. El objetivo de tal medida es reducir los costos de cambio de

los usuarios. Sin embargo, cabe señalar que, dadas las asimetrías presentes en las participaciones de mercado, la portabilidad numérica puede ser un arma de doble filo. En efecto, puede reforzar la posición dominante de Comcel por la reducción de los costos de cambio de los usuarios de los otros operadores.

#### *e. Recomendaciones para el sector de telefonía móvil en Colombia*

El sector de telefonía móvil en Colombia enfrenta algunos retos que ameritan las siguientes recomendaciones.

La primera recomendación que se puede formular concierne naturalmente a la regulación del diferencial de precios *on-net/off-net*. En efecto, frente a la asimetría de participaciones de mercado de las compañías operando el sector de la telefonía móvil, los operadores más pequeños pueden competir con el operador que se encuentra en situación de posición dominante siempre y cuando los costos generados por las llamadas *off-net* de sus afiliados no se encuentren muy por encima de los precios *on-net* del operador dominante. En tal sentido, la regulación debería tener como objetivo asegurar una competencia efectiva en el mediano plazo. Varios esquemas regulatorios pueden satisfacer tal restricción. Por ejemplo, la regulación actual, que incluiría las promociones, alcanzaría este objetivo. Otra regulación que fijara cargos de acceso asimétricos puros podría también asegurar una competencia viable en el mediano plazo, aunque quizás al costo de una reducción de la intensidad de la competencia entre operadores.

La segunda recomendación concierne el mercado de los datos. En efecto, la entrada de operadores virtuales en el mercado muestra que el mercado de los datos será una de las variables claves del mercado en el futuro. Sin embargo, como no se han realizado todavía estudios de mercados relevantes que incluyan este nuevo servicio, se considerará en este documento que los datos a móviles entran como servicios complementarios a los de telefonía móvil. En consecuencia, se propone tener en cuenta la posición dominante de Comcel para restringir la posibilidad de subsidios de este

bien complementario. En efecto, como se aplica en varias jurisdicciones<sup>49</sup>, cuando la posición dominante de una firma es reconocida por el regulador sectorial o la autoridad de competencia competente, la empresa recibe un tratamiento que la pone en desventaja frente a la posibilidad de subsidiar bienes o servicios complementarios. Para terminar sobre el mercado de datos, es importante resaltar que casi seguramente se trata de un mercado de tipo "dos lados", razón por la cual la implementación de una política de competencia se hace siempre más complicada si se consideran los errores de razonamiento que se pueden cometer usando una lógica de mercados de "un lado" en mercados que son de "dos lados" (ver Wright, 2004)<sup>50</sup>.

Para concluir sobre el sector de la telefonía móvil: se trata de un sector en el cual las externalidades de redes pueden rápidamente limitar la contestabilidad de los mercados por el fenómeno de bola de nieve inherente a estas externalidades, lo que a primera vista requiere medidas que se ubican en la frontera entre la regulación sectorial y la política de competencia. Por otro lado, la telefonía móvil pertenece a la clase de sectores que se caracterizan por cambios tecnológicos tan rápidos, que las participaciones de mercado asimétricas pueden ser un fenómeno de corto plazo, lo que a su vez promueve la idea opuesta del *Laissez-faire* en estos mercados. También cabe añadir que estos cambios tecnológicos hacen que, las definiciones de mercados relevantes, sacadas por la SIC o la CRT, rápidamente se tornen obsoletas en estos sectores, lo que complica la elaboración de medidas eficaces para promover la eficiencia o la competencia. En particular, las medidas de políticas a seguir deben tomarse con prudencia para no generar justamente los nuevos costos de entrada que pretenden eliminar o suavizar.

---

<sup>49</sup> Por ejemplo, por su posición dominante, la Comisión Europea restringió las políticas de Microsoft para subsidiar servicios complementarios a Windows, mientras que tales restricciones no existen para los competidores de Microsoft.

<sup>50</sup> Al respecto, se debe reconocer que las mediciones tradicionales de los precios, como el ARPU en estos sectores, no permiten tener en cuenta la estructura de dos lados de estos mercados.

## 2. Sector de petróleo en Colombia

En la última década la importancia económica del sector petrolero en el país ha aumentado con respecto a décadas pasadas. No cabe duda que esta actividad económica resulta estratégica por su alta participación dentro del Producto Interno Bruto (PIB) y por ser una fuente importante del ingreso fiscal de la Nación.

Para poder entender el sector petróleo es relevante tener en cuenta los principales eslabonamientos que conforman la cadena de dicho sector. En su orden, la cadena de petróleo está compuesta por: i) exploración y producción de crudo; ii) transporte de crudo; iii) refinamiento; iv) transporte de refinados y, v) producción de derivados. Es importante anotar que los eslabones de la cadena que van de la exploración y producción de crudo hasta el transporte del mismo (i - iii) se denominan el *upstream* ("río arriba") de la cadena y que los restantes se conocen como el *downstream* ("río abajo") de la cadena de petróleo. Como el objetivo de esta sección es el análisis de la competencia en el sector de petróleo, a continuación se estudiará la competencia en cada uno de los eslabones de la cadena por separado. La razón principal por la cual se realiza este análisis por separado se debe a que las estructuras de mercado en cada eslabón pueden diferir sustancialmente entre uno y otro eslabón. Sin embargo, es importante resaltar que en este sector petrolero hay presencia de varias relaciones verticales, las cuales se pueden dar, por ejemplo, entre los eslabones del *upstream* y *downstream* de la cadena<sup>51</sup>. Por último, en la última sección, se darán unas

---

<sup>51</sup> En general, y al igual que en la mayor parte del mundo, la industria del petróleo presenta un alto grado de concentración en la gran mayoría de los eslabones de la cadena y existe también un grado importante de integración vertical entre ellos. Con respecto al grado de concentración, es importante establecer la existencia o inexistencia de barreras a la entrada en los eslabones donde se presenta alta concentración. Por otro lado, respecto a la integración vertical, es importante señalar que, aunque está puede generar economías que permiten una mejor eficiencia productiva de la industria, también pueden generar barreras a la entrada que reducen el grado de competencia en algunos mercados.

recomendaciones con el objetivo de introducir competencia en algunos de los eslabones de la cadena.

### *a. Exploración y producción de crudo*

La actividad de exploración se encuentra vinculada con los esquemas de contratación entre el Estado colombiano y las empresas exploradoras / productoras de crudo, y en ese sentido, la operación de exploración no implica otra cosa que el cumplimiento de los acuerdos convenidos en los distintos contratos. La UPME<sup>52</sup> (2009), define la exploración como la actividad cuyo objetivo es identificar formaciones geológicas con potenciales yacimientos de hidrocarburos. Este tipo de actividad implica que la empresa tiene que realizar grandes esfuerzos financieros, con un riesgo alto en la inversión.

Ahora bien, el esquema de contratación vigente a partir de la Ley 1760 de 2003, reestructuró las funciones institucionales que por ley le eran asignadas a Ecopetrol, en particular, la administración de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación<sup>53</sup>. El nuevo marco normativo estipuló que esta función debía ser asumida por un nuevo ente, para lo cual se creó la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH)<sup>54</sup>. Con la introducción de este cambio se redefinió el sistema de regalías e impuestos, donde los contratistas exploran y producen con independencia y éstos, a

---

<sup>52</sup> La Unidad de Planeación Minero Energética. Esta unidad se encarga de desarrollar de manera participativa el planeamiento integral y la gestión de la información de los sectores energético y minero en el país.

<sup>53</sup> Se recomienda ver el trabajo de López et al. (2012), el cual realiza un análisis, desde un punto de vista de economía institucional, de los diferentes esquemas de contratación que se han presentado en la historia de Colombia.

<sup>54</sup> Según López et al. (2012), la estructura legal antes de la Ley 1760 de 2003 generaba serias preocupaciones para los inversionistas privados, debido a que un "potencial conflicto de intereses al interior de Ecopetrol por la naturaleza de las funciones asignadas al operador y el regulador, las cuales llevaban a que la entidad tuviera al mismo tiempo las funciones de diseñador de política, regulador, operador, socio de alianzas estratégicas y competidor en el mercado".

su vez, deben asumir los costos y riesgos asociados de llevar a cabo dichas actividades. Específicamente, cuando una empresa está interesada en obtener un área física para exploración y producción de crudo en el país, se obliga a proponerle a la ANH unos términos del contrato en los que se deben especificar: las áreas de asignación, la duración de las actividades de exploración y producción y las obligaciones generales, como el pago de regalías e impuestos.

Cuando la ANH recibe las propuestas de las empresas, la agencia tiene unos criterios para la asignación de las áreas. Entre éstos se incluyen: las capacidades técnicas, operacionales y financieras de las empresas. Estos criterios generan barreras de entrada para las empresas interesadas en participar en este eslabón de la cadena del petróleo<sup>55</sup>. La idea de generar estas barreras de entrada es evitar la asignación de áreas de exploración a empresas que puedan presentar un alto grado de incumplimiento en las labores especificadas en los esquemas de contratación de exploración<sup>56</sup>. Con la reestructuración institucional mencionada, según datos de la ANH, hoy en día hay alrededor de 140 empresas que participan en este segmento de la cadena y, entre los años 2004 y 2011, se presentó un aumento significativo en la suscripción de contratos de exploración; anualmente, cerca de 40 contratos de exploración se firmaron entre 2004 y 2012<sup>57</sup> (véase Gráfico 11).

---

<sup>55</sup> La idea detrás de generar estas barreras de entrada es evitar la asignación de áreas de exploración a empresas que puedan presentar un alto grado de incumplimiento de labores especificadas en los esquemas de contratación de exploración.

<sup>56</sup> En la Constitución está establecido como principio la propiedad del Estado sobre el subsuelo y, por ende, sobre los recursos naturales no renovables, lo que da origen al pago de regalías por parte de los explotadores de tales recursos. Por esta razón, es indispensable asignarle áreas de exploración a empresas que pueden tener una alta probabilidad de descubrir yacimientos de petróleo, y no cabe duda que dicha probabilidad depende de características endógenas a las mismas empresas, como por ejemplo sus capacidades técnicas, operacionales y financieras.

<sup>57</sup> El promedio de firmas de contratos anuales antes de la creación de la ANH era de alrededor de 18 contratos por año. Por otro lado, para la cifra del cuatrienio 2010-2014 solo hay datos para dos años.

Este aumento quizá pueda también explicarse por circunstancias como los altos precios internacionales del petróleo y las dificultades encontradas por los inversionistas internacionales en algunos países de Suramérica. Dado este contexto interno y externo, el hecho es que en los últimos tiempos el Estado colombiano ha podido atraer de manera efectiva capitales de riesgo para la actividad de exploración.

Sin embargo, es importante anotar que, como afirma López *et al.* (2012), a pesar del aumento en el número de contratos de exploración, en el monto de las inversiones realizadas por las empresas exploradoras/productoras y de mayores éxitos en la perforación, igual en los últimos años no se han registrado grandes descubrimientos de yacimientos de hidrocarburos debido a que las inversiones han tenido un perfil de rentabilidad de corto plazo enfocadas, como han estado, en la búsqueda de campos pequeños pero con una mayor probabilidad de éxito en zonas ya exploradas del país<sup>58</sup>.

En cuanto al número de empresas dedicadas a la exploración/producción, se observa un mayor número de firmas de menor tamaño participando en este segmento debido a que, como se mencionó anteriormente, las nuevas empresas participantes en este segmento se están enfocando en la búsqueda de yacimientos pequeños o con menor riesgo exploratorio. Caso contrario a lo que sucedía en décadas pasadas, donde las actividades de exploración y explotación eran llevadas a cabo por un número reducido de firmas de gran tamaño internacional.

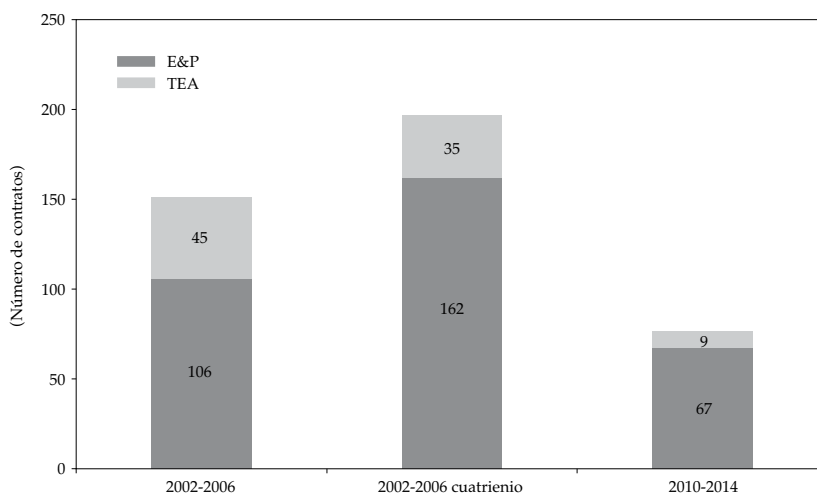
Con respecto a la producción, la mayor producción petrolera colombiana del último decenio proviene de campos maduros<sup>59</sup>. Estos campos son ope-

---

<sup>58</sup> Según la UPME (2009), la mayor exploración registrada en los últimos años se ha realizado en áreas exploradas anteriormente y donde ya se han encontrado importantes yacimientos, por lo que los descubrimientos posteriores podrían ser de menor tamaño o riesgo exploratorio. Igualmente, la teoría de la campana de *Hubbert* (también conocida como *peak oil*), también podría explicar este comportamiento de las empresas. Esta teoría predice que la producción mundial de petróleo llegará a su cenit y después declinará tan rápido como creció, resaltando el hecho de que el factor limitador de la extracción de petróleo es la energía requerida y no su costo económico (ver: Hall *et al.*, 2009).

<sup>59</sup> Por Campos maduros se entienden campos que han estado en producción más de 20 años.



**Gráfico 11. Número de contratos por cuatrienio**

Fuente: ANH.

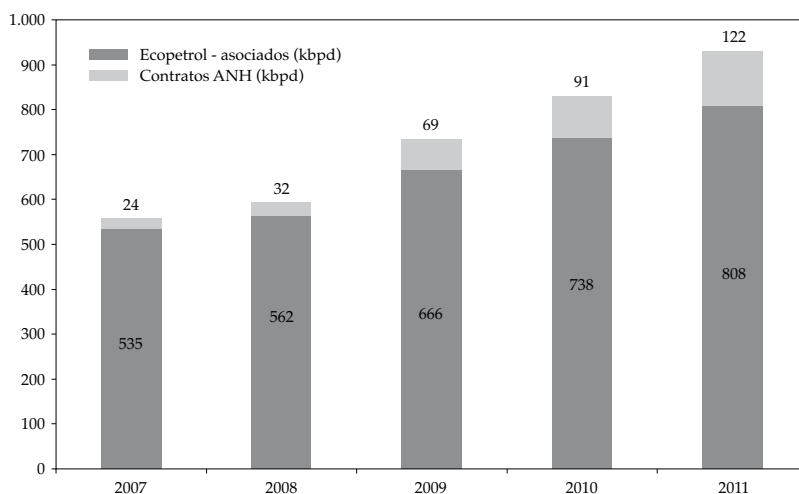
rados directamente por Ecopetrol o a través de contratos por asociación<sup>60</sup>. Es importante señalar que, las actividades emprendidas por Ecopetrol y sus asociados, se han enfocado en maximizar la extracción de los campos existentes a través de aplicaciones de nuevas tecnologías de extracción. Lo anterior ha significado un cambio en el proceso productivo de cada uno de

<sup>60</sup> La historia de los contratos de exploración y explotación de petróleo en Colombia se puede dividir en tres etapas. En la primera etapa (1920-1974), los contratos se realizaban a través de concesión de 30 años. En estos contratos, las empresas privadas se encargaban de la exploración y producción de crudo en áreas que les adjudicaba el Estado colombiano. Después de los treinta años de la concesión, el yacimiento de explotación pasaba a manos del Estado, para lo cual se creó Ecopetrol, empresa estatal que manejaría los activos revertidos de las concesiones. En el segundo período (1974-2003), se abolió el régimen de la concesión petrolera y se impuso otro tipo de contratos para la exploración y explotación de los hidrocarburos de propiedad nacional, como el de asociación. El contrato de asociación es uno que le permitía contratos a través de los cuales la empresa privada exploraba a riesgo propio y, si los yacimientos resultaban comercialmente explotables, Ecopetrol reembolsaba la mitad de los costos asumidos en la etapa exploratoria y participaba en las inversiones posteriores y la producción con un porcentaje definido. En este período Ecopetrol se encargaba de la adjudicación de las áreas de exploración. La tercera etapa (2003-hasta la fecha), los contratos petroleros se realizan a través de concesiones, las cuales son adjudicadas por la ANH.

los campos productores debido a que los costos de producción hoy en día son más elevados, pero también generan menos pérdidas en el crudo explotado (UPME, 2009). Por otra parte, con respecto a la producción de las empresas que firmaron contratos con la ANH, se ha observado que la producción en este segmento de empresas ha venido aumentando, con variaciones en el tipo de crudo producido (Gráfico 12). Hoy en día, Ecopetrol y sus asociados<sup>61</sup> producen el 86,8% de la producción nacional de crudo, y las empresas que firmaron contratos con la ANH producen el restante 13,1 % (Gráfico 13).

Por otro lado, es importante resaltar que las empresas productoras, a raíz del Código de Petróleos<sup>62</sup>, están obligadas a abastecer de crudo al sector refinador de crudo y sólo una vez cumplido este requisito los productores

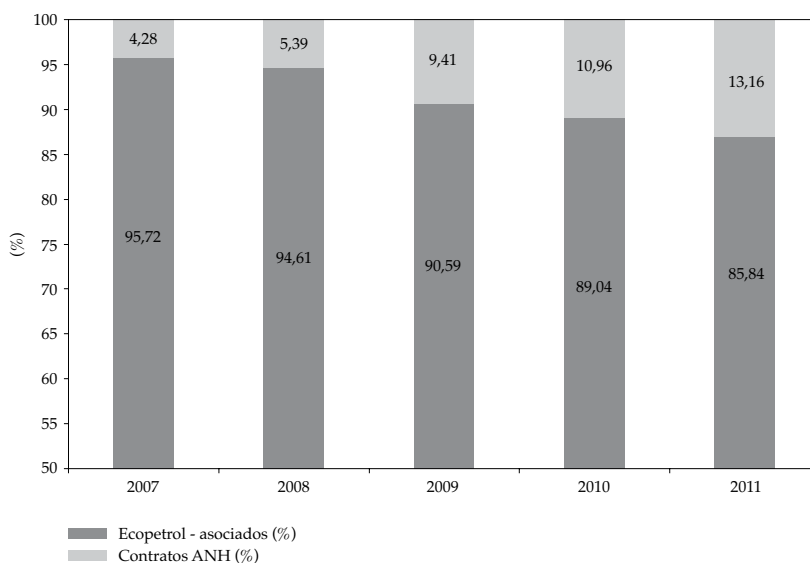
**Gráfico 12. Producción diaria de crudo Contratos ANH vs. Ecopetrol-asociados**



Fuente: ANH.

<sup>61</sup> El término asociados se refiere a los yacimientos de explotación que son de Ecopetrol y de la empresa privada, los cuales fueron adjudicados a través de contratos por asociación.

<sup>62</sup> Decreto 1056 de 1953.

**Gráfico 13. Participaciones en la producción de crudo**

Fuente: ANH.

pueden exportar (UPME, 2009). Los precios a los cuales estas empresas venden el crudo a la industria refinadora nacional son fijados por el Ministerio de Minas y Energía, teniendo como referencia el precio del WTI<sup>63</sup>, *i.e.*, el mercado de referencia para el crudo colombiano. La idea de fijar el precio del crudo con respecto a una referencia internacional es reflejar el costo de oportunidad del petróleo crudo en el mercado internacional. En este caso, el costo de oportunidad se entiende como el valor que recibiría el proveedor (empresa exploradora/productora de crudo) en el mercado si vendiera el producto a su siguiente mejor alternativa de venta. Ahora bien, si la empresa puede obtener un mayor precio de venta con otra alternativa, entonces debe buscar dicha alternativa. Colombia es un país pequeño en

<sup>63</sup> West Texas Intermediate (WTI) es un promedio, en cuanto a calidad, del petróleo producido en los campos occidentales del Estado de Texas (EE.UU.).

producción de crudo y nunca ha existido un mercado competitivo en la exploración y producción; en este sentido, para poder hacer el cálculo del precio competitivo, toca simular un mercado de referencia. Este último concepto es muy importante dado que representa el mercado que comprende la totalidad de los productos que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características y de su precio.

Por último, y a manera de resumen, aunque este eslabón se caracteriza por presentar barreras de entrada<sup>64</sup> debido a los criterios de selección de la ANH para la asignación de áreas de exploración y explotación, igual hay múltiples oferentes y demandantes de este eslabón de la cadena. Del mismo modo, las empresas que hacen parte de este eslabón de la cadena son tomadoras de precios, debido a la baja incidencia en el mercado internacional de la producción total del país. Cabe agregar que, en este segmento, se ha aumentado el número de empresas de menor tamaño, hay mayor participación de Ecopetrol y sus asociados (86%) en el crudo producido en la nación y los precios y cantidades para suplir el mercado nacional son regulados por el Código de Petróleos<sup>65</sup>.

### ***b. Transporte de crudo***

Conforme a las disposiciones del Código de Petróleos, de una parte, el transporte de hidrocarburos se considera una actividad de utilidad pública,

---

<sup>64</sup> Es relevante anotar que aunque existen barreras a la entrada, por lo general las empresas que operan en este sector logran cumplir con facilidad los requerimientos de la ANH.

<sup>65</sup> Según Aguirre (2003), no es posible establecer el futuro que tendrá el país en materia de nuevos hallazgos de petróleo a medida que se vayan adelantando actividades de exploración. Sin embargo, se encontró evidencia que sugiere que la exploración es creciente en las etapas tempranas del conocimiento geológico y decreciente después de haber alcanzado cierto grado de conocimiento acumulado; además, se planteó que los descubrimientos declinan exponencialmente con la perforación exploratoria acumulada, donde las firmas encuentran las reservas en orden descendente a su tamaño. De los resultados también se puede concluir, contrario a lo sugerido por Garavito (1991), que se debe incentivar la exploración en las cuencas donde se tiene muy poco conocimiento o en las zonas (dentro de las cuencas estudiadas), que hayan sido poco exploradas.

y de otra, se define legalmente como un servicio público. Dicho servicio lo constituye el transporte de crudo desde la boca del pozo hasta las refinerías y puertos de exportación.

En todas las partes del mundo el transporte de crudo se realiza principalmente a través de oleoductos<sup>66</sup>. Adicionalmente, las actividades de transporte de crudo suelen adquirir características de monopolio natural y las inversiones para su construcción presentan importantes costos hundidos, por tanto, es ineficiente la duplicación de redes de transporte (Fosco y Saavedra, 2003).

En Colombia, el Código de Petróleos le otorga a los explotadores de crudo la posibilidad de construir su red propia de transporte. Cuando una empresa, por las razones que sea, no ve viable la construcción de su propia red, puede acceder a la redes de transporte de otras empresas productoras siempre y cuando exista la capacidad. La utilización de dicha infraestructura implica el pago por el servicio de transporte prestado al dueño de la red. Las tarifas de transporte de crudo son regulados por el Ministerio de Minas<sup>67</sup>.

Ahora bien, hoy en día, en Colombia el transporte de crudo se realiza a través de oleoductos. Según datos de la UPME, Ecopetrol y sus asociados son dueños del 100% de la red de oleoductos (4.928km)<sup>68</sup>, con una capacidad de transporte de alrededor de 950.000 barriles diarios<sup>69</sup>. Estos datos muestran claramente que los dueños del 86% de la producción nacional son, al mismo tiempo, los dueños del 100% de la infraestructura de transporte en el país.

---

<sup>66</sup> Es importante aclarar que para el caso de Colombia, el transporte de crudo se realiza a través de oleoductos y por vía terrestre. Sin embargo, para fines de este trabajo, solo se analiza el transporte de crudo a través de oleoductos, debido a que este tipo de servicio de transporte no es un sustituto del transporte por oleoducto por su dificultad de transportar grandes volúmenes de producto.

<sup>67</sup> Código de Petróleo.

<sup>68</sup> Ecopetrol, para el año 2011, era dueño del 44% de la red de oleoductos, los restantes 66% son parte de Ecopetrol y sus asociados en exploración y explotación de crudo.

<sup>69</sup> La capacidad actual de los oleoductos es una limitante para lograr llegar a la meta de producción de 1 millón de barriles.

Por otro lado, la integración vertical de Ecopetrol en los eslabones de exploración/producción y transporte de crudo constituye una importante barrera de entrada a nuevos operadores del servicio de transporte de crudo. La integración vertical en este caso puede generar economías de alcance, las cuales aumentan la eficiencia en la asignación de recursos, pero también pueden facilitar la exclusión de mercado y otras prácticas que pueden reducir la competencia. Por ejemplo, con la integración vertical de Ecopetrol, se pueden presentar los casos típicos relacionados con la doctrina de las instalaciones esenciales (*essential facilities doctrine*) debido a que ésta, con la intención de extender su poder de monopolio en un segmento crítico del mercado (*bottleneck segment*), puede dejar de ofrecer un óptimo acceso a la red de transporte. En este sentido, cuando no existe la separación entre las actividades de producción de crudo y de transporte, puede suceder que el acceso de terceros a la red de transporte, en este caso las empresas que firmaron contratos con la ANH, esté limitada a la capacidad de la red<sup>70</sup>.

Aunque el Código de Petróleos le otorga a toda persona, natural o jurídica, con capacidad financiera suficiente, el derecho de construir oleoductos de uso público, en el país todavía no se han construido redes de oleoductos donde sus dueños no hagan parte de la producción. Una posible explicación a este hecho es que el esquema de tarifas fijado por el Ministerio de Minas no es muy atractivo financieramente para las empresas que quieran incursionar en este eslabón de la cadena, lo cual puede representar una barrera a la competencia.

### *c. Refinamiento de crudo*

La refinación es una operación estratégica dentro de la cadena energética del petróleo debido a que transforma el crudo en productos con valor

---

<sup>70</sup> En el Código de Petróleo se especifica que los terceros tienen derecho de acceso a las redes de transporte, siempre y cuando exista la capacidad, donde la utilización de dicha infraestructura implica un pago por el servicio de transporte prestado al dueño de la red.

agregado que más tarde son utilizados como insumos por los hogares y empresas. El principal producto de la refinación es la gasolina y ACPM (aceite combustible para motores o gasolina diesel). En Colombia existe una industria encargada del refinamiento de crudo y, al mismo tiempo, existe libertad para la importación de productos refinados del petróleo como la gasolina.

La actividad de refinación se caracteriza por la presencia de costos hundidos y de importantes economías de escala, lo que hace que el número de actores que operan en el mercado sea reducido. En este eslabón la cadena se presenta igualmente el problema del operador "incumbente" o dominante; en otras palabras, la primera empresa que entra en el mercado puede explotar las economías de escala impidiendo la entrada de terceros en la producción de este bien. Estas particularidades de la actividad promueven la integración vertical (principalmente con el eslabón de transporte de refinados y crudo) y constituye una importante barrera de entrada al mercado limitando la competencia potencial de las importaciones de gasolina (Monaldi, 2008).

En Colombia, la refinación de crudo se realiza en cinco plantas cuya propiedad es en un 100% de Ecopetrol. En este sentido, el mercado actual de la gasolina y el ACPM en el país. Se puede caracterizar como un mercado donde existe un solo vendedor, una empresa que vende la cantidad que se demande (oferta elástica) a un precio regulado, y muchos compradores con una demanda relativamente inelástica. Adicionalmente, no caben dudas que esta empresa se beneficia de la integración vertical entre los eslabones *upstream* y *downstream* de la cadena, lo cual puede llegar a constituirse en una importante barrera de entrada al mercado que limita la competencia potencial de las importaciones de gasolina, aunque exista libertad de importación de la misma.

Del mismo modo, según Rincón y Garavito (2004), aunque el Artículo 58 del Código de Petróleos establece completa libertad en la refinación de crudo en el país, existen barreras regulatorias a los precios de venta que

frenan la entrada de agentes privados en este mercado. El precio de producción, denominado "Ingreso al Productor" está regulado<sup>71</sup>.

En Colombia, entre 1997 y 2007, el precio de producción se fijó como el de paridad de importación, debido a que es éste el precio con el cual pueden competir en iguales condiciones los importadores de gasolina con la industria de refinación de petróleo nacional<sup>72</sup>.

Sin embargo, a partir de 2007, se cambió el precio de referencia para el productor de combustible del precio de paridad de importación al precio de paridad de exportación. Esta modificación se hizo obligatoria con la privatización del 10% de Ecopetrol en el año 2007, ya que la nueva naturaleza legal y económica de la empresa hace que los precios de venta de sus productos se deban realizar a precios de mercado. Así las cosas, por un lado, no se impide la entrada de privados en este segmento del mercado, y por otro, dicho ingreso al productor mide el costo de oportunidad en el que incurre Ecopetrol al vender los combustibles en el mercado interno, en lugar de exportarlo<sup>73</sup>. Para el caso del importador de combustibles, el precio de referencia continuó siendo el de paridad de importación<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> En la actualidad, la formulación y adopción de la política de precios de los combustibles está regida por el Decreto 70 de 2001. Mediante este decreto se establece que el Ministerio de Minas y Energía tiene como una de sus funciones la de fijar los precios de los productos derivados del petróleo a lo largo de toda la cadena de producción y distribución.

<sup>72</sup> Esta política de precios tiene como objetivo central reflejar sus costos de oportunidad. El costo de oportunidad se considera como el valor que recibiría el proveedor en el mercado si vendiera el producto a su siguiente mejor alternativa de venta. Dado que en Colombia nunca ha existido un mercado competitivo en la refinación de crudo, para poder hacer el cálculo del precio competitivo, toca simular un mercado de referencia. Este último concepto es muy importante, debido a que representa el mercado que comprende la totalidad de los productos que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características y su precio. Para el caso de la gasolina y diesel, los mercados de referencia se encuentran en EE.UU., particularmente en Texas.

<sup>73</sup> Resolución 180414 del 23 de marzo de 2007 del Ministerio de Minas.

<sup>74</sup> Resoluciones 82438 y 82439 de 1998 del Ministerio de Minas.



Aunque las normas contemplan plena libertad de importación, en la realidad existen ciertas restricciones debido a que el Ministerio de Minas tiene el monopolio de la importación de combustibles en las zonas de frontera con el fin de controlar el contrabando y otras prácticas ilícitas.

Legalmente, el país cuenta con todas las condiciones jurídicas para establecer un mercado competitivo, pero en este eslabón no hay desarrollo de competencia.

#### *d. Transporte de refinados*

En el Código de Petróleos el transporte de productos refinados se considera un servicio público. Este servicio se define como el transporte de gasolina y otros refinados del petróleo desde las refinerías colombianas hasta las plantas de almacenamiento de los distribuidores mayoristas. El transporte de refinados se realiza principalmente a través de poliductos. Adicionalmente, las actividades de transporte de refinados, al igual que el transporte de crudo, adquiere características de monopolio natural y las inversiones para la construcción de la red de poliductos presenta altos costos hundidos.

Actualmente, el país cuenta con redes de poliductos que se extienden a lo largo de 3.857,4 Km. Ecopetrol es propietario del 99,13% de dicha red. Al igual que con el transporte de crudo, el propietario de la red de poliductos es el mismo productor de la gasolina y del ACPM. Las tarifas de transporte de refinados están reguladas por el Ministerio de Minas.

Ahora bien, aunque en este segmento no hay presencia del sector privado, en el Plan Nacional de Desarrollo (2010-2014), bajo las disposiciones del Código de Petróleos (que otorga la posibilidad a los importadores de gasolina o a terceros la construcción de su red propia de transporte), se contempla la necesidad de que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Minas, establezca los lineamientos de política y los ajustes regulatorios que permitan garantizar la confiabilidad de combustibles líquidos a todos los sectores de la economía. Pero, para poder lograr lo anterior, es importante que el esquema de tarifas fijado por el Ministerio de Minas sea atractivo

financieramente para las empresas que quieran incursionar en este eslabón de la cadena, lo cual puede representar una barrera a la competencia. Lo anterior es de vital importancia, ya que una de las estrategias que actualmente está considerando el Ministerio de Minas es la ampliación de la red de poliductos en el país. Para poder llevar a cabo estas ampliaciones el Ministerio tiene planeado aumentar la infraestructura, ya sea contratando a Ecopetrol o adjudicándoselo a un tercero.

#### *e. Distribución mayorista*

Los distribuidores mayoristas son aquellos agentes que distribuyen el combustible desde plantas de abasto a otras plantas, a los grandes consumidores y a los distribuidores minoristas. La entrada a este mercado es libre; sin embargo, este mercado se puede ver como oligopólico, ya que unas pocas empresas controlan el mercado. De acuerdo con la UPME (2009), tres empresas (Terpel, Chevron-Texaco y Exxon-Mobil) controlan el 83% de la distribución mayorista a las estaciones de servicio del país.

Como se mencionó anteriormente, en los departamentos fronterizos, Ecopetrol es la única empresa autorizada para la distribución de combustibles líquidos<sup>75</sup>. Los márgenes y precios de venta de la distribución mayorista están regulados por el Ministerio de Minas.

#### *f. Distribución minorista*

En este eslabón los distribuidores minoristas adquieren el combustible de los mayoristas y lo venden directamente a los consumidores finales por medio de estaciones de servicio. La entrada en este mercado es libre; además, se puede decir que, en el país, el mercado de la distribución minorista se caracteriza como competitivo (Rincón, 2009). Según cifras de Fendipetró-

---

<sup>75</sup> Artículo 1 de la Ley 681 del 9 de agosto de 2001.

leos, entre 2009 y 2012, el número de estaciones de servicio creció un 34%, pasando de 3500 a 4700 estaciones de servicio.

Con respecto al precio de venta, este es libre cuando se trata del régimen de "libertad vigilada", y controlado cuando se trata del régimen de "libertad regulada". En el primer caso, cada minorista fija libremente el margen de la distribución de acuerdo con sus costos de operación y la tasa de retorno esperada sobre el capital invertido. Este régimen se aplica en aquellas zonas en donde existe un número adecuado de actores en el mercado que garanticen la libre competencia. Por el contrario, el régimen de "libertad regulada" le pone límites al margen del distribuidor minorista y se aplica en aquellas zonas del país donde hay poca oferta o existen "sobrecostos" de transporte. En los municipios, los precios en las estaciones de servicio son supervisados por los gobiernos locales.

### ***g. Recomendaciones***

Como se ha visto a lo largo de esta sección, en cada uno de los eslabones de la cadena se presentan estructuras de mercado diferentes. Ahora bien, cuando se analiza la interacción entre estos eslabones, se observa la presencia de un agente, Ecopetrol, en varios de ellos. En especial, Ecopetrol se beneficia de la llamada integración vertical, o sea, el poder que surge de la integración de distintas partes de las cadenas de producción, transporte y ventas mayoristas.

Algunos trabajos internacionales, como los de Joskow (1998) y Sioshansi y Pfaffenberger (2006), muestran que, en la cadena de hidrocarburos, es indispensable un tratamiento diferenciado a cada una de las actividades de la cadena cuando se presenta una integración vertical. Según Cesário y Pinto (2008), a nivel internacional varios países han adoptado el modelo tipo *unbundling*, o de separación de las actividades de la cadena con el fin de introducir competencia en cada uno de los eslabones. No obstante, el modelo de separación de actividades puede presentar diferentes grados de separación de las actividades de la cadena. Los tres grados de separa-

ción observados en las reformas son: i) separación contable; ii) separación jurídica y, iii) separación propietaria. Según Cesário y Pinto (2008), en el primer nivel, se le exige a la empresa que opera en más que un segmento de la cadena poseer cuentas separadas, con el objetivo de evitar la práctica de subsidios cruzados, o por lo menos que estos sean explícitos. En el segundo nivel, el caso de la separación jurídica, es necesaria que cada actividad de la cadena la ejerzan empresas diferentes, pero sin exigencias sobre el control accionario de cada una de las empresas. Por último, en el tercer nivel, se establecen límites a la participación de un grupo económico en el control societario de empresas que operen en una misma cadena.

En el caso de Colombia, la separación de actividades de Ecopetrol es necesaria para introducir la competencia y también para permitir la introducción del acceso de terceros a las redes de transporte de crudo, que es un segmento donde Ecopetrol y sus asociadas tienen un monopolio. Adicionalmente, la separación de actividades introduce transparencia en los costos de las distintas actividades de la cadena.

Por otro lado, con la integración vertical de Ecopetrol se puede presentar el cierre de mercado debido a que esta empresa puede dejar de ofrecer un acceso óptimo, por ejemplo en el servicio de transporte de crudo, y hacerlo con la intención de extender su poder de monopolio (o reservarlo para una futura explotación) de un segmento de mercado, comúnmente conocido como segmento crítico (*bottleneck segment*).

Además, es aconsejable que la autoridad competente evalúe la normativa que regula el transporte del petróleo con el fin de incentivar financieramente la participación de terceros. En industrias caracterizadas por la presencia de monopolios u oligopolios, cuyos mercados no sean disputables, la regulación resulta indispensable para proveer un mayor bienestar. En este sentido, la idea a explorar es cómo utilizar el marco normativo del Código de Petróleos, el cual da el derecho de construir oleoductos de uso público a terceros que sean dueños de la producción de crudo. Para esto, se recomiendan tarifas diferenciadas para la entrada de nuevos agentes transportadores.

Por último, aunque en el Código de Petróleos se dan las condiciones iniciales para la participación del sector privado en este sector, dado que el Ministro de Minas y Energía es quien fija los precios y las tarifas de la actividad y que es al mismo tiempo miembro de la junta directiva de Ecopetrol, es indispensable que se especifiquen explícitamente los roles que toma dicho Ministerio dentro de la junta de la empresa. Por otro lado, es relevante que se separen sus funciones en el tema de la fijación de las tarifas de la actividad, debido a que se pueden presentar conflictos de interés. Por un lado, el Ministro, en tanto miembro de la junta directiva de la empresa, está obligado a tratar de maximizar las utilidades de Ecopetrol, generando un costo en el bienestar de los consumidores. Por el otro lado, en tanto regulador, debe propender por una mayor competencia y apertura, hecho que podría no estar alineado con los intereses de la empresa. En este aspecto, se puede proponer que el rol del regulador de las tarifas de transporte de crudo y refinados se traslade a un tercero como la CREG o la ANH.

### **3. Sector financiero-bancario**

Los sectores financieros, y dentro de ellos los bancos como principales agentes del mercado financiero en el mundo, son un instrumento fundamental para el desarrollo de la economía de los países ya que canalizan los recursos financieros de las unidades económicas excedentarias a las deficitarias para realizar operaciones o actividades comerciales e inversiones.

Desde el punto de vista estático de la economía, se define como un sector terciario o de servicios mientras que, desde el punto de vista dinámico, es el circuito a través del cual se captan, movilizan y asignan los recursos financieros con los que se hace posible la producción, distribución y consumo de bienes.

Desde esta perspectiva, se trata de un sector intensamente regulado como quiera que sus determinantes lo hacen foco de un alto nivel de regulación y supervisión, a saber: i) el manejo del ahorro, en condiciones de seguridad suficientes (para el ahorrador); ii) el impacto de la administración de ese

ahorro en la generación de renta y riqueza; iii) su papel como soporte de la política monetaria de los países; iii) el constituirse en el principal creador de liquidez de las economías; iv) el manejo del riesgo que implica la actividad y, v) los niveles de rentabilidad que genera el negocio.

Ahora bien, se puede decir que las funciones económicas que cumplen los sistemas bancarios son las siguientes:

- ❑ Permiten la intermediación financiera entre prestamistas y prestadores, especialmente transformando la madurez de los contratos de deuda.
- ❑ Contribuyen a reducir los problemas de asimetría de información entre las partes de la actividad.
- ❑ Permite la delegación del monitoreo a los bancos, en tanto especialistas en la administración de los riesgos implícitos en la actividad.
- ❑ Cumplen un papel de aseguramiento de los recursos del público.
- ❑ Son fundamentales en el funcionamiento de los sistemas de pagos de los países.

Respecto al desarrollo de estas funciones, la literatura económica ha mostrado que los sectores bancarios en el mundo presentan fallas de mercado, razón por la cual son fuertemente regulados. Así, aún en los casos -sectores, subsectores o nichos- en los que los bancos reducen las asimetrías de información entre ahorradores y prestamistas, la información sobre los riesgos involucrados y su transferencia a diferentes agentes no es perfecta. Stiglitz y Weiss (1979) entre otros, señalaron que las asimetrías de información en los mercados de créditos llevan a que, incluso en un mercado de competencia perfecta, haya racionamiento de crédito y por tanto, que las asignaciones alcanzadas por estos mercados sean ineficientes. Lo anterior se debe a que los bancos no siempre pueden observar perfectamente el riesgo asociado de

los prestamistas o de los proyectos de inversiones que atraen, con lo cual, frente a un aumento de la demanda de los créditos, la tendencia natural de aumentar indefinidamente la tasa de interés de sus préstamos se detiene en la medida en la que ningún margen compensa el riesgo de deterioro de los indicadores propios de la actividad como la calidad de la cartera. En otras palabras, el riesgo promedio de los préstamos aumenta porque, frente a tasas de interés mayores, son principalmente los prestamistas con proyectos de inversiones más riesgosos quienes piden préstamos. Además de ese fenómeno de selección adversa, se pueden añadir otros comportamientos de riesgo moral, como cuando los prestamistas aumentan el riesgo asociado a sus inversiones por el incremento de estas tasas<sup>76</sup>.

Por otro lado, es una característica del sector bancario el aprovechar economías de escala en sus diversas fases o actividades, lo que hace que sus mercados sean relativamente concentrados y que los bancos puedan optimizar su estructura de costos. Las economías de escala y de alcance provienen también de los procesos de diversificación de los riesgos que operan los bancos. Más precisamente, cuando un banco alcanza un tamaño suficiente, o cuando dos bancos se fusionan, el portafolio de activos se vuelve más amplio y diversificado generando mayores eficiencias.

Ahora bien, por su función de intermediación, los bancos manejan los ahorros del público, situación que obliga a que se desarrollen desde los mismos Estados unas políticas de protección, acompañadas de lo que universalmente se ha denominado regulación prudencial. Este instrumento de resguardo de la solidez de los sistemas bancarios genera barreras de entrada indispensables para determinar la especialización en el manejo de los recursos del público o el desarrollo libre e independiente de la actividad.

---

<sup>76</sup> Las crisis han demostrado que se trata de una característica que, no obstante haber presentado avances en el sistema financiero tendientes a disminuir los riesgos que subyacen, a saber, el riesgo moral y de selección adversa, principalmente asociados a la implementación de Principios como los de Basilea o a la adopción de estándares de publicidad de información a través de robustas centrales de datos, no desaparecen y se mantienen con algunas variaciones en el tiempo, dependiendo de la complejidad de las operaciones.

Las anteriores características, a pesar de lo generales y de su total aceptación por parte de todos los agentes involucrados, incluidos los consumidores, igual no van necesariamente de la mano de una mayor competencia en el sector bancario. En efecto, una competencia disminuida facilita que los bancos tengan márgenes de intermediación mayores y, por tanto, que puedan alcanzar altos niveles de utilidad. Esas ganancias en algunos casos facilitan posteriores decisiones de capitalización y, con ello, el fortalecimiento de las instituciones, lo cual es óptimo desde la regulación prudencial.

El balance entre regulación prudencial e intensidad de la competencia ha sido reseñado en la literatura académica (Llewellyn, 1999). En efecto, se ha indicado que el establecimiento de reglas prudenciales introduce barreras a la entrada necesarias para el buen funcionamiento del sector bancario. Dicha regulación prudencial, igual que las economías de escala que caracterizan al sector, conduce a una estructura de mercado del sector bancario oligopólica que aleja la competencia perfecta de los óptimos deseados.

### *a. Colombia*

Son diversos los estudios realizados en torno a la competencia del sistema financiero en Colombia recurriendo, para tal efecto, a diferentes indicadores que, en la mayor parte de los casos, buscan determinar el poder de mercado de las instituciones en algunos períodos de tiempo. La conclusión generalizada obliga a señalar que, en las dos últimas décadas, la estructura del sector bancario ha evidenciado concentración de entidades, ya se vía fusiones o reorganización de entidades, y de volumen de activos y pasivos administrados<sup>77</sup>. Barajas *et al.* (2000) y Rodríguez González (2010), muestran que el sector bancario colombiano ha presentado una estructura de

---

<sup>77</sup> Duque (2004), Salamanca (2005) y Bernal (2007).



competencia monopólica. Sin embargo, también ha sido clara la conclusión en el sentido de que en el mismo período ha habido una mayor penetración de productos y servicios financieros en la población, lo que implica mejoras en la prestación de los servicios, dado el incremento en el uso de canales e instrumentos como los corresponsales bancarios, el internet y la telefonía móvil<sup>78</sup>.

En la misma línea, se han realizado mediciones que relacionan la concentración con la eficiencia y, por esa vía, con la estabilidad financiera<sup>79</sup>. El consenso al respecto, indica que, aunque el mercado bancario en Colombia parece funcionar bajo un modelo de competencia monopolística, según se ha indicado<sup>80</sup>, igual la mayor concentración no parece haberse traducido en grandes cambios en la competencia del sistema<sup>81</sup>. Algunas cifras indican que se ha mejorado en consolidación y estabilidad del sistema financiero.

---

<sup>78</sup> El mayor dinamismo se asocia principalmente a la apertura de Corresponsales Bancarios que han mostrado un crecimiento promedio anual de 70% desde 2008 dada su facilidad de implementación y menores costos frente a otros canales y al uso de amplias redes comerciales como tenderos y loterías y muestran un incremento de 1.5 billones en 2006 a 8.9 billones en 2011. Igualmente, respecto al uso de internet se ha presentado un aumento de participación, no sólo para la realización de consultas de saldos, sino también para hacer transacciones monetarias del 14.6% en el 2008 al 26.7% en el 2011. En lo que hace a cuentas de ahorro también se ha presentado un incremento de cuentas activas que pasa de 4.905 en 2008 a 6.858 en 2011. Igualmente, se han impuesto, desde las autoridades del sector, menores tarifas en el uso de cajeros automáticos y otros servicios en beneficio de los consumidores, a través del Decreto 4809 de 2011, por el cual se definen las normas y principios para la fijación, difusión y publicidad de las tarifas y precios de los productos y servicios financieros.

<sup>79</sup> Morales Mosquera, Miguel Ángel. Departamento de Estabilidad Financiera. Concentración y Estabilidad Financiera: el Caso del Sistema Bancario Colombiano, Sept. 2011.

<sup>80</sup> No obstante, existen otros países que puedan presentar mayores niveles de concentración.

<sup>81</sup> Levy-Yeyatiy Micco (2007). "Concentration and foreign penetration in Latin American banking sectors: Impact on competition and risk," *Journal of Banking & Finance*, Elsevier, vol. 31(6), páginas 1633-1647, muestran que, si bien la concentración ha venido aumentando en todos los países de América Latina, ésta se ha visto acompañada de un incremento en la competencia. De hecho, una vez se controlan por factores macroeconómicos e institucionales que afectan los márgenes de intermediación, los autores encuentran que la concentración ha venido acompañada de una reducción en dicho indicador, señalando una mayor competencia entre los intermediarios.

Estrada (2005), por ejemplo, analiza los efectos de las fusiones en el sistema bancario sobre la eficiencia y los precios. Sus resultados muestran que los procesos de fusiones y adquisiciones en el sistema bancario pueden generar mejoras en los índices de eficiencia vía beneficios, y además, que en Colombia no existen comportamientos de monopolio u oligopolio tras procesos de fusión.

ANIF (2006), en un estudio sobre los efectos de las fusiones del sistema financiero, encuentra que, con base en la estimación de la función de costos, la eficiencia<sup>82</sup> del sistema bancario estaba alrededor de 60%, lo cual supone un amplio espacio (del 40%) para mantener el mismo nivel de colocaciones e inversiones produciendo un ahorro importante en costos.

Amel *et al.* (2002), hacen una detallada revisión de la literatura empírica a nivel mundial en la que se ha medido la eficiencia de los sistemas bancarios de países industrializados después de procesos de fusiones. Al respecto, concluyen que los efectos de las fusiones en el desempeño de las entidades no son fáciles de entender, pero su revisión sí sugiere que las ganancias derivadas de la explotación de las economías de alcance y escala han sido menores a lo que comúnmente se cree, y las ganancias en eficiencia que resultan de mejores prácticas administrativas no son evidentes en las instituciones grandes y complejas y tampoco se registra una reducción sistemática en los costos administrativos a raíz de las fusiones. Es decir, en general, parecería existir consenso respecto a que las fusiones en el sector aportan beneficios sólo hasta cierto tamaño de firmas, pues permiten obtener economías de escala.

---

<sup>82</sup> Aunque el estudio citado habla de eficiencia promedio, en opinión de los autores de este documento, la expresión correcta sería eficiencia óptima, debido a que uno de los propósitos del mencionado trabajo es hacer una medición de la eficiencia en costos para la banca colombiana. En ese sentido, uno de los objetivos fue mirar el impacto que han tenido las fusiones sobre los niveles de eficiencia en costos de las firmas involucradas, donde la medición de la eficiencia es absoluta y no relativa. En línea con lo anterior, el ejercicio que siguió ANIF fue la metodología de frontera estocástica, la cual sirve para estimar la eficiencia del sector bancario. Esta metodología permite obtener medidas de eficiencia absoluta (a través de las desviaciones de los bancos en relación con la frontera de costos óptima).

En este estudio se presenta, en primera instancia, un resumen del contexto actual del sistema financiero en términos de sus indicadores generales y particularmente el de los establecimientos bancarios<sup>83</sup>, concentrándose fundamentalmente en cuatro aspectos a saber: i) número de establecimientos bancarios; ii) referencia al volumen de activos administrados por el sistema; iii) niveles de profundización financiera y, iv) margen de solvencia, para continuar con una segunda sobre lo que se consideran posibles barreras a la competencia dentro del sector; luego, en un tercer acápite, procedemos con la presentación del indicador de Panzar y Rosse comparado con otros países de la región que se aproximen a la posición de Colombia en lo que hace a niveles de competencia y terminar, finalmente, con una cuarta subsección donde emitimos las recomendaciones que se consideren necesarias para el sector en análisis.

### *Contexto del sector*

Las últimas dos décadas son muy importantes en lo que a la evolución del sistema financiero concierne, no sólo por el proceso de liberalización iniciado a comienzos de la década de 1990, sino por la solidez y estabilidad logradas en el modelo, que le ha permitido enfrentar situaciones de crisis como las vividas a finales de la década mencionada o, más recientemente, ante la mayor crisis financiera internacional.

El efecto de todas las medidas adoptadas dentro de la apertura de servicios financieros que facilitó la entrada de nuevos intermediarios, se vio acompañada a través de los años de una política de inversión extranjera más flexible que se ha materializado incluso en Tratados de Libre Comercio con países y regiones de la mayor importancia. En igual sentido, se han adoptado otros instrumentos de política macroeconómica que, sin duda,

---

<sup>83</sup> Entidades sobre las cuales se realizarán los análisis. Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF).

han cerrado brechas existentes en el pasado<sup>84</sup>, como es el caso del tratamiento de los encajes bancarios, el desmonte de las inversiones forzosas, el adecuado manejo de la política monetaria en materia de tasas de interés y, en general, en el seguimiento al crecimiento del crédito. También se dieron importantes cambios en la regulación y el comportamiento de ciclos económicos que han ido desde recesiones y contracciones en el crédito, pasando por períodos de altas tasas de interés y factores macroeconómicos destacables, como alta inflación e imposición de impuestos a la actividad, incluso booms de crédito y controles al mismo<sup>85</sup>.

Todo lo anterior se ha acompañado de la adopción de estándares internacionales de regulación prudencial y buenas prácticas en el manejo de las instituciones financieras. Por último, más recientemente, se evidencia un impulso importante a las políticas de profundización financiera, todo favorecido por el impresionante desarrollo de las tecnologías de la información, factor determinante en el desarrollo de la prestación del servicio bancario.

Del mismo modo, durante los últimos veinte años, Colombia no ha sido ajena a lo que ha venido ocurriendo en el resto del mundo en el sector financiero, especialmente en el bancario, y ha sufrido por tanto un fuerte proceso de concentración generado sobre todo por reorganizaciones de entidades ya existentes -fusiones y adquisiciones-<sup>86</sup> lo cual, al menos intuitivamente, permitiría señalar que el proceso favorece las

---

<sup>84</sup> Al respecto, Barajas *et al.* señalan que, *"Mientras varios de los cambios estructurales adoptados son conducentes al logro de un sistema financiero más eficiente y competitivo, algunas de las medidas de estabilización han apuntado en el sentido contrario. Así por ejemplo, al tiempo que se ha facilitado la entrada de inversión extranjera directa al sector -lo cual posibilita la introducción de nuevas tecnologías y estimula la competencia- se han establecido encajes al endeudamiento externo"*.

<sup>85</sup> Morales Mosquera, Miguel Ángel. Departamento de Estabilidad Financiera. Concentración y Estabilidad Financiera: el Caso del Sistema Bancario Colombiano, sept. 2011.

<sup>86</sup> Ver Levy-Yeyati y Micco (2003). La consolidación entre bancos, tanto nacionales como extranjeros, ha derivado en una reducción del número de entidades de crédito en los países más grandes de América Latina.

economías de escala y con ello una reducción de los costos de operación de los bancos<sup>87</sup>.

Así mismo, es destacable la importancia dada al consumidor financiero, no sólo desde las disposiciones y autoridades nacionales, sino desde las mismas instituciones financieras. Las primeras, han centrado parte de sus políticas en establecer un marco jurídico en pro de los intereses de los clientes o usuarios, en tanto que el sector mismo ha emprendido desde adentro campañas de divulgación de costos y tarifas en todos sus medios y canales de prestación de sus servicios, así como campañas de educación financieras, con lo que se busca que los consumidores tomen conciencia de la necesidad de informarse adecuadamente antes de vincularse con algún producto o servicio financiero.

### *Número de establecimientos bancarios*

Actualmente, los principales indicadores del sistema financiero muestran que, desde el punto de vista del tamaño del sector, aunque hay períodos de depuración de entidades y de consolidación en los establecimientos bancarios de muchas operaciones (esto en virtud de la autorización cada vez más amplia de las licencias de estas entidades), la mayor parte de la entrada de nuevos actores ha sido el resultado de reorganizaciones empresariales, tanto a nivel de grupos financieros como individualmente de propietarios que han vendido la licencia de operación a terceros, de manera que el número de entidades, especialmente en lo que a bancos concierne, se ha comportado de manera relativamente sostenida.

Resalta, tal vez, el período 1995-2012, durante el cual los establecimientos de crédito pasaron de 32 en un comienzo, a 23 en este momento, presentando su caída más fuerte a finales de la década de 1990. Gelos y Roldos (2002) y Levy-Yeyati y Micco (2003), en un estudio para América Latina,

---

<sup>87</sup> Estrada (2005) muestra cómo los procesos de fusión y de reorganizaciones dentro del período 1994-2004 mejoraron la eficiencia en beneficios de las entidades involucradas.

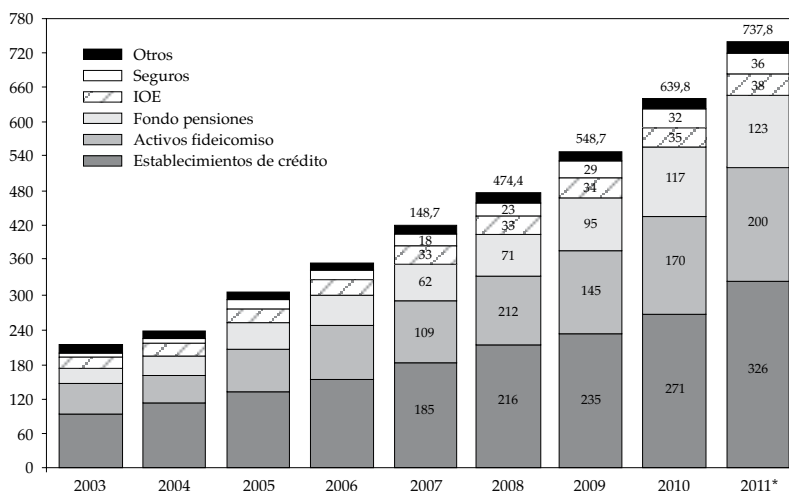
no encontraron indicios de que la reducción del número de bancos se tradujera en menor competencia. El incremento de la concentración se debió en su mayoría a la innovación tecnológica y a la liberalización financiera.

### *Administración de activos financieros*

De manera especial se destaca el crecimiento de casi el doble de activos administrados por los establecimientos de crédito, principalmente los bancos, frente a los que se administraba en el año 2007 y anteriores, tal y como puede verificarse en el Gráfico 14.

Por su parte, acorde con las cifras de la Superintendencia Financiera, el comportamiento que mostraron los desembolsos de cartera por tipo de crédito y por montos, evidencia un mayor dinamismo para las carteras de consumo, vivienda y microcrédito las cuales han incrementado su participación en el total de desembolsos (Gráfico 15).

**Gráfico 14. Activos del sistema financiero**



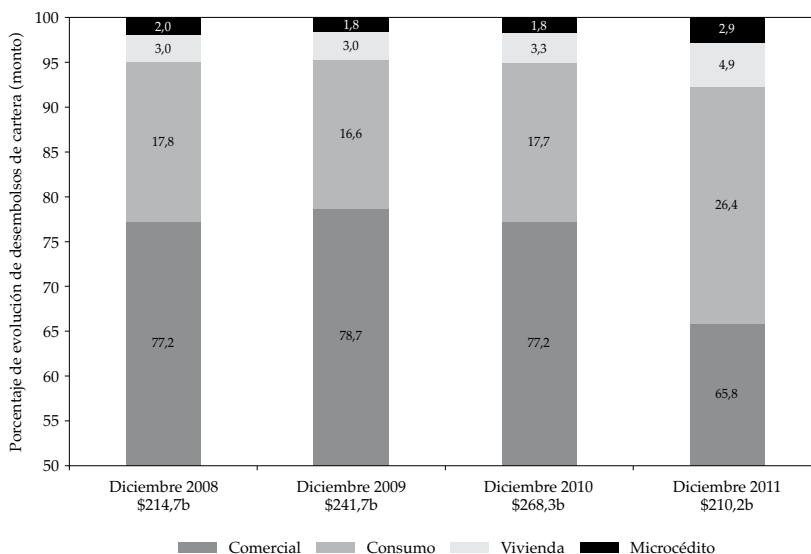
Nota: Cifras al cierras de cada año.

\* Cifras hasta diciembre.

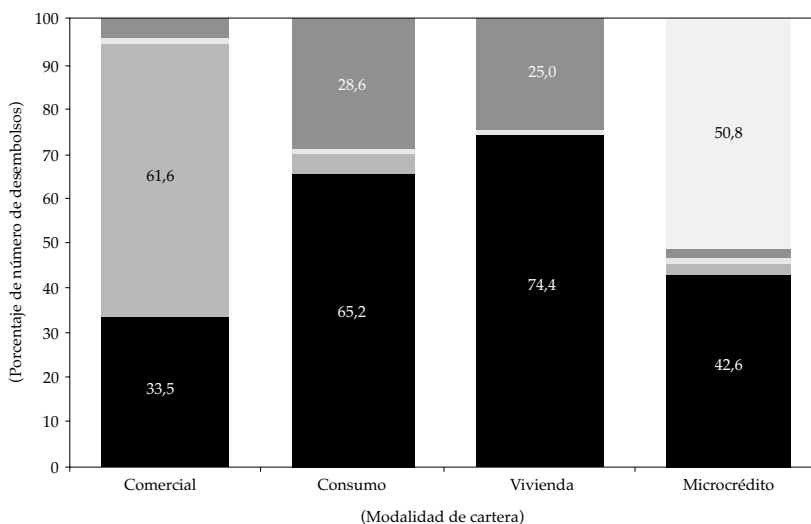
Fuente: Superintendencia Financiera. Estados Financieros sujetos a revisión. Cifras reportadas hasta el 31 de enero de 2012.

### Gráfico 15. Desembolsos

Porcentaje evolución de desembolsos por cartera



Porcentaje de número de desembolsos



Fuente: SFC.

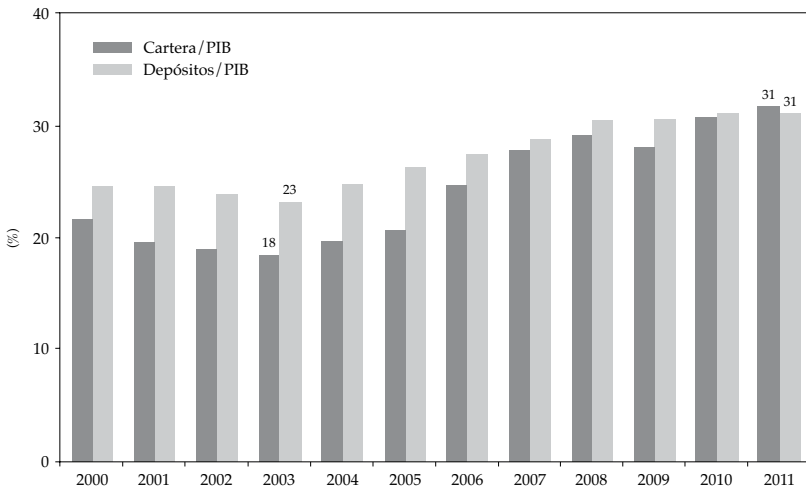
### *Profundización financiera*

Los indicadores de profundización indican importantes niveles de acceso en los últimos 10 años, tanto en cartera como porcentaje del PIB, como en lo que hace a los depósitos constituidos en los establecimientos de crédito (Gráfico 16).

Salazar *et al.* (2011) señalan, siguiendo cifras de Asobancaria, cómo la bancarización en Colombia, medida como la relación entre el número de personas mayores de edad con al menos un producto financiero sobre el total de la población adulta, fue de 62,4% para el primer trimestre de 2011, y encontraron que cerca de 5,5 millones de personas tenían al menos un crédito con el sistema financiero.

Lo anterior sin embargo, sigue mostrando una penetración financiera relativamente baja. Un indicador que permite ilustrar este hecho es el número de cajeros automáticos por cada 100.000 adultos. Dentro de la

**Gráfico 16. Profundización en Colombia (2000-2011)**

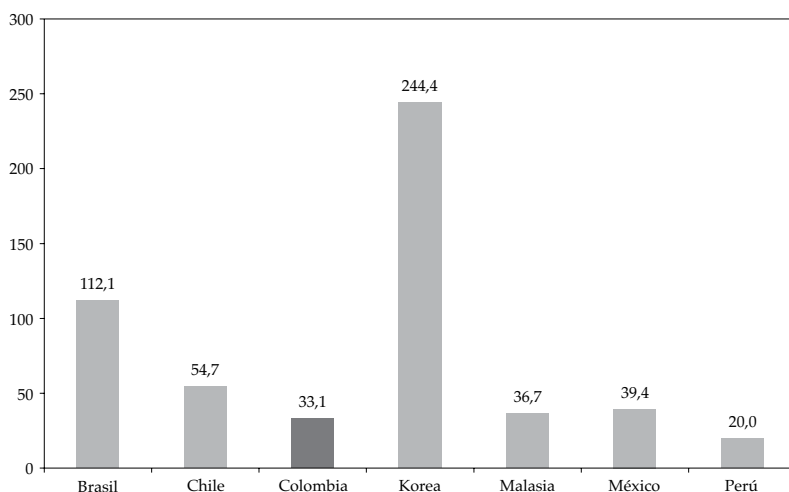


Nota: Datos hasta junio de 2011. Establecimientos de crédito con cooperativas. No incluye IOE.  
Fuente: Superintendencia Financiera, DANE.



muestra de países analizados, Colombia mantiene el indicador más bajo (33), después de Perú (20), mientras que en Corea del Sur este porcentaje llega a 244 y en Brasil 112 (Gráfico 17).

**Gráfico 17. Número de cajeros automáticos por cada 100.000 habitantes**



Fuente: WDI.

### *Margen de intermediación*

En Colombia continúa siendo objeto de crítica el margen de intermediación que mantiene el sector financiero en general y, dentro de él, el de los establecimientos bancarios. Por supuesto, la discusión sobre los niveles de margen debe revisarse a la luz de las tasas de interés diferenciales dependiendo del tipo de cartera. Así, por ejemplo, es cierto que los niveles de rentabilidad de la cartera de consumo<sup>88</sup> son más altos que los de otras carteras, como la comercial, y es ahí donde debe darse la discusión en materia de

<sup>88</sup> En general las tasas cobradas están cerca del techo de la tasa de usura del mercado.

competencia. Esto, en tanto que debería entenderse bien que los mayores beneficios de las economías de escala de los sectores deben transferirse a los destinatarios del servicio en beneficios económicos.

Sobre el particular, señalaron Barajas *et al.* (1999) que el margen de los bancos colombianos, aunque ha generado niveles de rentabilidad bastante elevados, en gran parte esas utilidades han sido capitalizadas, y por tanto, cualquier manifestación adversa que se haga respecto de los elevados márgenes debe contrastarse con esta realidad. Señalan que en ese orden de ideas, el evidente costo para la economía de operar con elevados márgenes de intermediación, debe sopesarse con el beneficio de contar con un sistema bancario sólido, cuya solidez depende en parte de la capitalización de las utilidades originadas en los altos márgenes mismos.

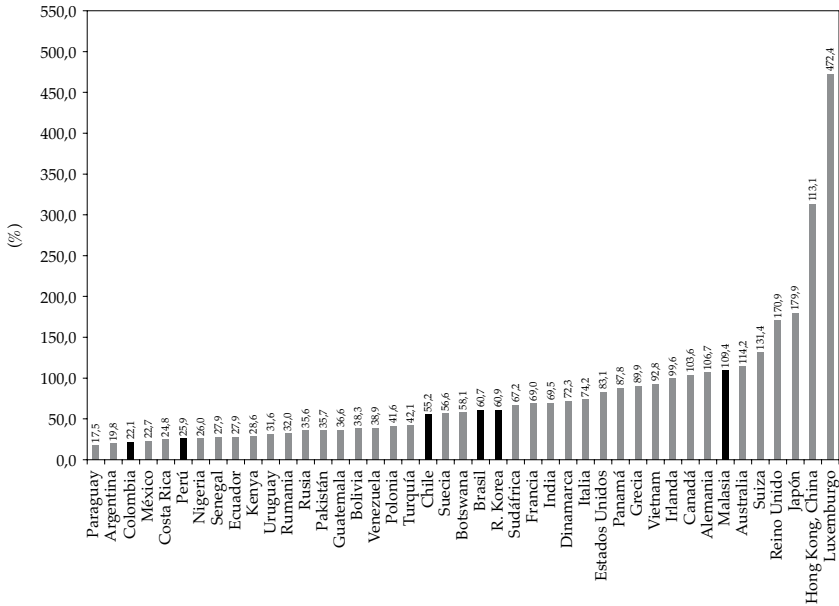
### ***b. Barreras a la competencia del sistema bancario en Colombia***

El tamaño del sistema es pequeño, particularmente si se le compara internacionalmente. Los depósitos, como porcentaje del PIB, estuvieron en alrededor del 22% en el año 2009. Al respecto Salazar *et al.* (2011) señalan que, cuando se compara este indicador con otros países como Chile, México, Malasia y Corea del Sur se encuentra que, salvo México, en donde el tamaño es similar, dichos países tienen sistemas bancarios más profundos; los depósitos como porcentaje del PIB en Perú alcanzan 25%, en Chile 55,2%, en Corea 60,9% y en Malasia 109,4%. Por su parte, el crédito al sector privado se acerca al 30%. La relación crédito a PIB cayó fuertemente durante la crisis financiera de finales de la década de 1990, cuando se acercó al 20%; tenemos entonces que, a pesar de la recuperación de los últimos años, aún se observa que la relación de crédito al sector privado sobre PIB no ha vuelto ni siquiera a los niveles observados antes de la mencionada crisis, como puede verse en el Gráfico 18.

Esta baja penetración del sector bancario en la economía puede tener varias explicaciones. Por un lado, como se verá a continuación, el nivel de los márgenes de intermediación quizás explique por qué no sea tan atrac-

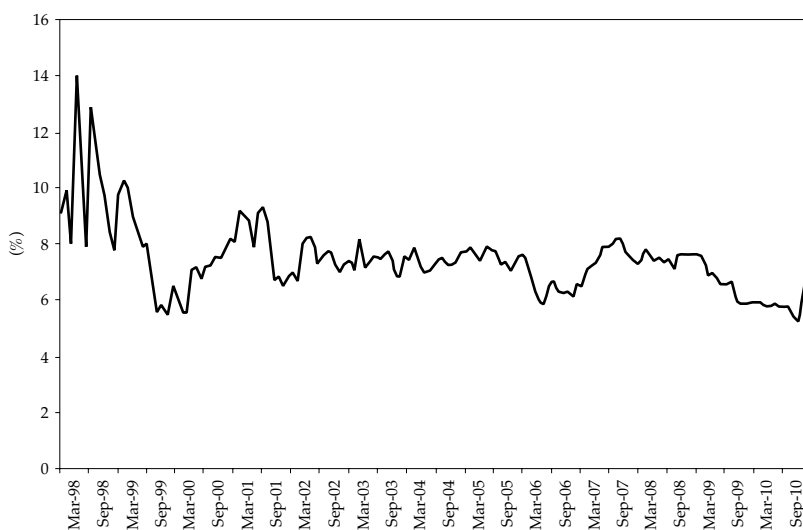
tivo para algunas personas prestar su dinero a los bancos y que prefieran guardar sus ahorros de otras formas. Por otro lado, se puede resaltar que la alta tasa de informalidad que caracteriza el mercado laboral colombiano va de la mano con el acceso limitado al sistema financiero. En efecto, es poco probable que trabajadores del sector informal necesiten una cuenta bancaria para recibir sus salarios.

**Gráfico 18. Crédito privado/PIB**

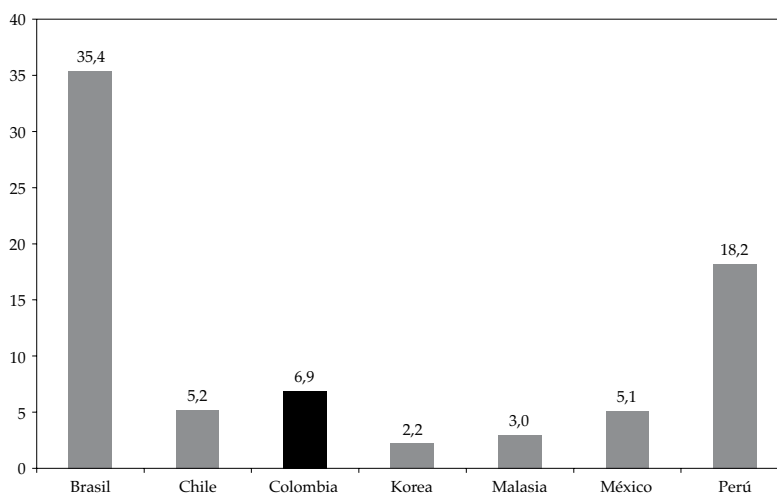


Fuente: WDI.

Con todo, y si se sobreentiende que un indicador que refleja la eficiencia del sistema financiero es el margen de intermediación, definido éste como la diferencia entre la tasa activa y pasiva de los bancos, tenemos que, en la actualidad, este indicador muestra una mayor eficiencia técnica que en el pasado; está en niveles del 6,5%, cuando hace 20 años podía ser cercano al 20% (Gráfico 19). Sin embargo, es relevante resaltar que, comparando con otros países, los márgenes colombianos son todavía elevados frente a los observados en países como Malasia, Chile y México (Gráfico 20).

**Gráfico 19. Diferencial tasa de interés**

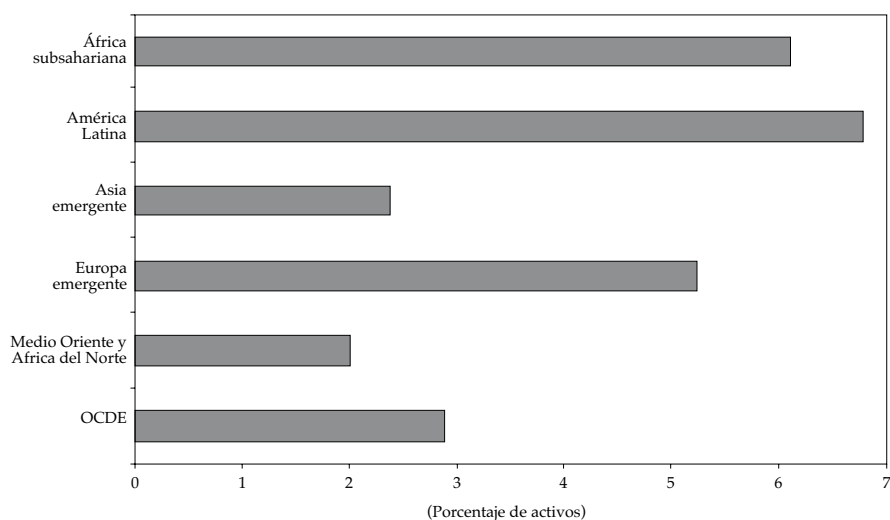
Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia.

**Gráfico 20. Spread Colombia vs. otros países**

Fuente: Banco Mundial.

Existe amplia evidencia para Latinoamérica que apunta a que los costos operativos del sistema financiero podrían explicar bien el asunto de los diferenciales; así lo indican los hallazgos de Brock y Rojas-Suárez (2000), Barajas *et al.* (2000), Catao (1999), Arreaza *et al.* (2001), Antelo *et al.* (2000). El Gráfico 21 muestra cómo los costos operativos de los bancos en América Latina son aún los más elevados a nivel internacional. Existen diversos factores que pueden estar manteniendo los costos elevados. Sin embargo, algunos autores, como Beck y de la Torre (2007), sugieren que los altos costos fijos que caracterizan a los bancos en América Latina no se han disminuido ante presencias de economías de escala, debido a que los bancos operan con un limitado número de cuentas de bajos montos, lo que dificulta el aprovechamiento de las economías de escala por el volumen o monto de transacciones. Lo que conduce a que, a pesar del proceso de consolidación bancaria que ha avanzado desde la década de los noventa, las ganancias en eficiencia por la presencia de economías de escala no se vean reflejadas.

**Gráfico 21. Costo de operativos/activos**



Fuente: CAF (2011).

El bajo nivel de desarrollo de la banca en la región se refleja en parte en el elevado costo de los servicios bancarios. Los países de ALC operan con márgenes de interés elevados, que en promedio se situaron en el 8,5% entre 1995 y 2002, frente al 5,1% en Asia Oriental y el Pacífico y del 2,9% en los países desarrollados (BID, 2004). Los gastos generales en porcentaje de los activos alcanzaron en promedio el 4,8% durante este período, en comparación con el 2,3% de Asia Oriental y el Pacífico y el 1,8% de los países desarrollados<sup>89</sup>.

En breve, los costos para los bancos finalmente se transfieren a los diferenciales. Existe amplia evidencia de que regulaciones de distinta índole, como los impuestos a las transacciones financieras, las políticas de direccionamiento de créditos y los requerimientos de reservas, inciden positivamente sobre los diferenciales en América Latina. Barajas *et al.* (2000), Fuentes y Basch (1998), Cardoso (2002), Grasso y Banzas (2006) y Arreaza *et al.* (2009) presentan evidencia en este sentido para los casos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y la República Bolivariana de Venezuela, respectivamente.

### *c. Indicadores*

#### *Indicador de concentración*

Como ya se ha mencionado, la concentración en el sector bancario tiene implicaciones ambiguas sobre la eficiencia de este sector. Por un lado, una mayor concentración permite a los bancos sacar provecho de los rendimientos de escala crecientes que caracterizan a este sector, lo que mejora la eficiencia técnica; por otro lado, puede disminuir la intensidad de la competencia y por tanto perjudicar la eficiencia asignativa. En este sentido, es difícil saber cuál efecto domina sobre el otro.

---

<sup>89</sup> BIS Papers No. 33, 2007. Evolución de los sistemas bancarios en América Latina y el Caribe: retos e implicaciones para la política monetaria y la estabilidad financiera.

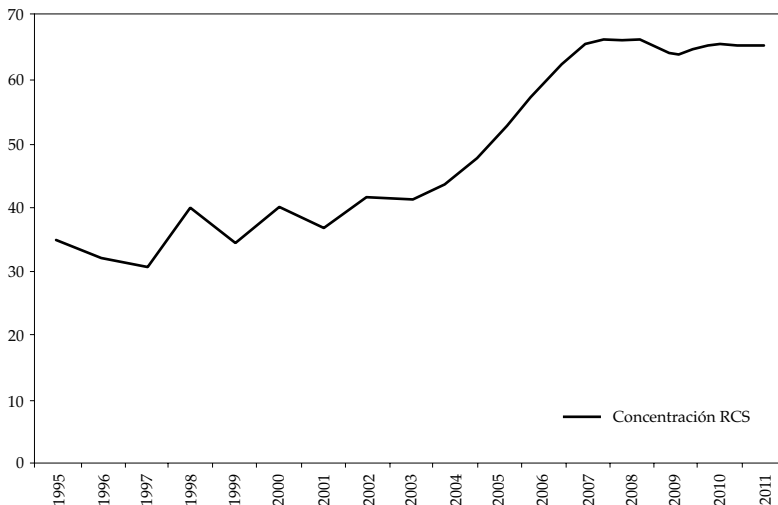
El RC5 es un indicador bastante utilizado en la literatura empírica y, para el caso de Colombia, ha sido utilizado por Bernal (2007) y Morales (2011). La idea detrás del uso de este indicador es poder medir la participación de los 5 bancos más grandes (de ahí el RC5) en el mercado de crédito. Para poder llevar a cabo dicho cálculo se suman las participaciones del mercado de las 5 entidades más grandes del sector a través de la siguiente fórmula:

$$RC5 = \sum_{i=1}^5 P_i \quad \text{donde} \quad 0 \leq RC5 \leq 1,$$

donde  $P_i$  es la participación de la cartera del banco  $i$  dentro de la cartera total del sistema. Ahora bien, cuando el indicador  $RC5$  toma valores cercanos a 1, este resultado representa la existencia de una alta concentración en el sistema.

El Gráfico 22 muestra el comportamiento del indicador para el mercado crediticio en Colombia. Se observa que este indicador ha presentado crecimiento positivo entre 1995-2011. Ahora bien, el efecto de la crisis financiera

**Gráfico 22. RC5 (1995-2011)**



Fuente: Superintendencia Financiera, cálculos propios.

del 1999 tuvo efectos sobre la concentración financiera en los años posteriores a dicha crisis, debido a que el Estado vendió las entidades que por entonces fueron intervenidas.

Por otro lado, se cuenta con el índice de Herfindahl e Hirschman (IHH), que es el indicador tradicional para cuantificar el nivel de concentración de un mercado específico. Este indicador considera el total de empresas en un mercado y le asigna una mayor ponderación a las empresas de mayor tamaño en comparación con las más pequeñas. Para el caso del mercado de crédito, este índice se calcula como la suma al cuadrado de la participación porcentual del  $i$ -ésimo banco en el sistema:

$$IHH = \sum_{i=1}^N \left( \frac{X_i}{X} \right)^2 100,$$

donde  $X_i$  es la cartera del  $i$ -ésimo banco,  $X$  la cartera del sistema y  $N$  el número total de bancos en el sistema<sup>90</sup>.

En el caso del sector bancario en Colombia, el índice de IHH, al igual que el indicador de RC5, presenta una tendencia positiva en el período 1995 y 2011, sugiriendo que el nivel de concentración en el país ha venido creciendo paulatinamente en dicho mercado. Por ejemplo, en el Gráfico 23 se observa que el indicador IHH se ubicó en un nivel de 1124 para 2011, lo que indica que la concentración en el mercado es de nivel medio o moderado.

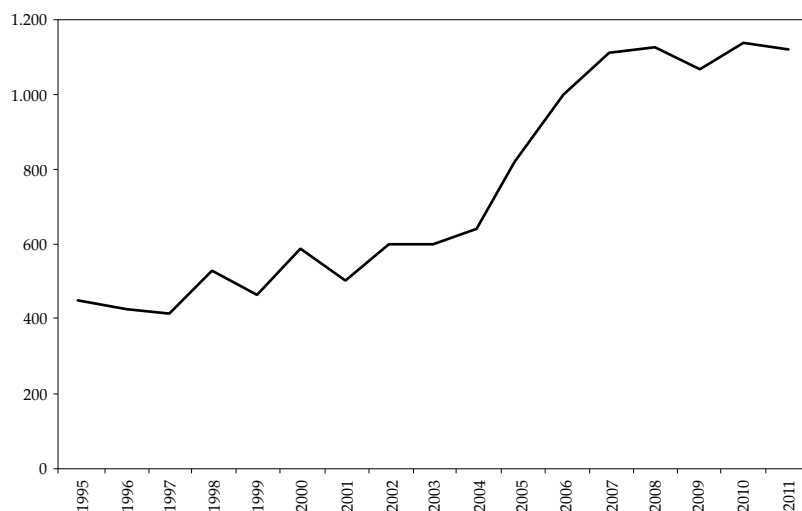
### *Indicador de competencia*

En la literatura económica se ha utilizado el llamado estadístico H para intentar capturar el nivel de competencia en el mercado bancario. El estadístico H de Panzar y Rosse (1987) permite analizar la respuesta que tienen los ingresos de las empresas ante cambios en los precios de los factores de

---

<sup>90</sup> El rango en el que se define el indicador es  $0 < IHH < 10.000$ , donde un sistema con una cifra menor a 1.000 se considera de baja concentración, entre 1.000 y 1.800 como de concentración media o moderada y un índice superior a 1.800 se considera como de alta concentración.



**Gráfico 23. Herfindahl-Hirschman (1995-2011)**

Fuente: Superintendencia Financiera, cálculos propios.

producción. Este estadístico captura dicha respuesta a través la suma de elasticidades de ingreso con respecto a cambios en el precio de los insumos. Este enfoque desarrolla una prueba estadística que permite identificar el tipo de estructura de mercado existente por medio de la suma de elasticidades de una función reducida del ingreso con respecto a los costos de los insumos:

$$H = \sum_{k=1}^N \frac{\partial Y_i^*}{\partial P_{ki}} * \frac{P_{ki}}{Y_t^*}$$

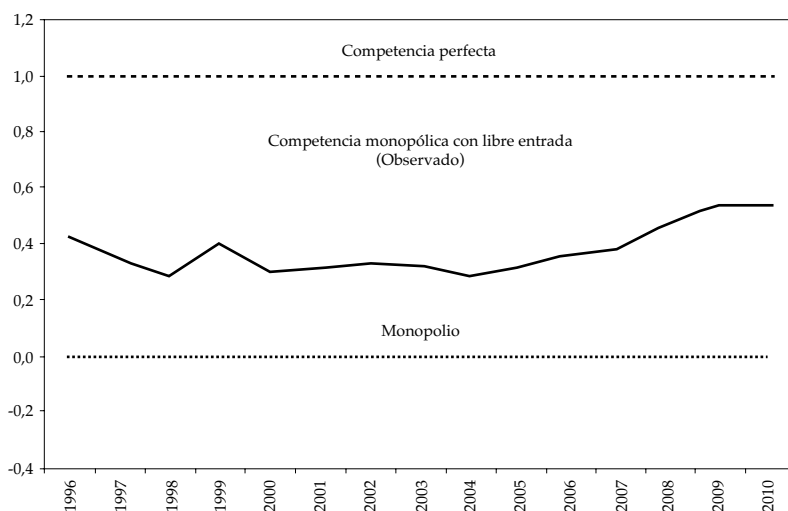
donde  $Y_i$  se define como la función de ingresos del banco  $i$  y  $P_{ki}$  representa el costo del insumo  $k$  que enfrenta el banco  $i$ . El estadístico representa la suma de las elasticidades del ingreso con respecto a cambios en los precios de los insumos e identifica la estructura que caracteriza el mercado.

Para la aplicación empírica de este estadístico se siguen los trabajos de Binkker y Haaf (2003) y Pérez (2009), donde se supone que los bancos operan en sus niveles de equilibrio de largo plazo, lo que implica que el

número de bancos debe ser endógeno. Se asume una elasticidad precio de la demanda constante y mayor a uno, además de una estructura de costos homogénea. En este trabajo se adopta el enfoque de intermediación, según el cual los bancos producen únicamente servicios de intermediación usando como insumos trabajo, capital físico y capital financiero, con una tecnología de retornos constantes a escala del tipo Cobb-Douglas. Generalmente, la modelación econométrica del modelo Panzar y Rosse (1984) se hace sobre una especificación log-lineal de las funciones de ingreso y costo marginales del  $i$ -ésimo banco. En el Anexo se presenta en detalle el cálculo de este estadístico para el caso de Colombia. Los resultados obtenidos muestran que el mercado de crédito se ha comportado como una estructura de competencia monopolística con libre entrada durante el período 1995-2010 (véase Gráfico 24).

Por otro lado, en el anterior Gráfico 24 se observa que el estadístico disminuyó entre 1996 y 1998; esto se puede explicar debido a que a finales de la década de 1990 se presentaron episodios de fuerte concentración,

**Gráfico 24. Estadístico H (1996-2010)**



Fuente: Superintendencia Financiera, cálculos propios.

explicados por la crisis financiera de la década entera. Algunos trabajos, como los de Tovar *et al.* (2007), sugieren que, en momentos de expansión económica, las entidades tienen incentivos para competir por los deudores, mientras que en escenarios de estrés financiero, los aumentos en la vulnerabilidad del sistema reducen estos incentivos y de una u otra manera surgiría alguna especie de coordinación entre las diferentes entidades a través de la cooperación de actividades.

Ahora bien, al comparar estos resultados con otros países, encontramos que, en el país, el estadístico H ha estado muy por debajo de otros países como Chile, México, EE.UU. y Holanda. No cabe duda que los resultados de estos últimos tienden a mostrar que dichos países se acercan más a una competencia perfecta que lo que muestra el caso colombiano, donde los resultados están más cerca de la categoría de monopolio (Cuadro 22).

**Cuadro 22. Estadístico H para varios países**

País	Estadístico H	Fuente
Chile	0,66	Claessens (2009)
México	0,64	Claessens (2009)
EE.UU.	0,75	Bikker y Haaf (2001)
Holanda	0,91	Bikker y Haaf (2001)
Colombia	0,34	Cálculos propios

Fuente: Claessens (2009), Bikker y Haaf (2001) y cálculos propios.

#### *d. La competencia y el consumidor financiero*

En paralelo a las mediciones de concentración y competencia del sector, se resalta la forma en que las políticas de libre competencia brindan protección al consumidor. La UNCTAD<sup>91</sup> en su momento señaló: "El eje

<sup>91</sup> JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO - Naciones Unidas. Reunión de Expertos sobre los intereses de los Consumidores, la Competitividad, la Competencia y el Desarrollo Ginebra, 2001.

del derecho y la política de la competencia lo constituyen las conductas de las empresas para dominar los mercados mediante, por ejemplo, los carteles de fijación de precios o de reparto de mercados, los abusos de las empresas principales y el control de las fusiones. El objetivo fundamental es promover la competencia para ayudar a crear mercados que respondan a las demandas de los consumidores y de garantizar la asignación eficiente de los recursos en la economía y una producción eficiente gracias a incentivos a la innovación. De esta manera los consumidores gozarán de las mejores posibilidades de elegir entre productos de calidad, de los precios más bajos y de un suministro adecuado, lo que a su vez incrementará su bienestar. La asignación y utilización eficientes de los recursos también estimulan la competitividad, lo que se traduce en un crecimiento y un desarrollo sustanciales...".

En Colombia se han desarrollado políticas de promoción de la competencia aparejadas de medidas tales como las siguientes: el establecimiento de un sistema de atención al consumidor desde la Superintendencia Financiera; la obligación de mantener defensores del consumidor financiero desde las propias instituciones financieras con procedimientos de resolución de quejas debidamente regulados; otorgamiento de facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas para resolución de determinadas reclamaciones; obligación de divulgación de tasas pactadas para diferentes tipos de productos financieros; publicaciones comparativas de tarifas cobradas por cada una de las entidades financieras respecto de los servicios y productos ofrecidos; identificación de costos en los mismos canales de prestación de los servicios a los usuarios, y control a tasas de interés para segmentos de crédito como el hipotecario entre otras más.

Así las cosas, se espera que los sistemas de protección fuerte del consumidor contribuyan a eliminar las negligencias en la gestión de la actividad y ayuden a los bancos a ser más eficientes y competitivos en cuanto a calidad y precio para que, junto con programas de educación financiera, los beneficios de la innovación y las economías de escala propias del sector, se transfieran de manera adecuada a los consumidores.

*e. Recomendaciones al sector*

- Promover la coordinación de las autoridades de supervisión del sector bancario con la autoridad única de competencia en aras de que los procesos de reorganizaciones empresariales sean analizados y entendidos desde la perspectiva de las dos instancias. En efecto, se ha mencionado que existe un balance entre los criterios que deben seguir una regulación prudencial y la promoción de la competencia cuando una mayor concentración se puede asociar a menor intensidad de la competencia. Por tanto, es oportuno y necesario que cada uno de los entes supervisores escuchen los criterios del otro y decidan conjuntamente la aprobación o no de una solicitud de integración, cuando exista una participación de mercado por encima del umbral establecido por la ley.
  
- Dada la concentración del mercado bancario en Colombia, así como las barreras de entrada que lo caracterizan y su alto nivel regulatorio, debe mantenerse un nivel de supervisión rigurosa que permita detectar eventuales acuerdos explícitos o implícitos.

## CAPÍTULO CINCO

# Recomendaciones finales

Con fundamento en lo analizado en este estudio respecto del marco regulatorio e institucional de libre competencia vigente, a continuación se presentan algunas recomendaciones de carácter general que, en criterio de los autores, deben ser objeto de revisión por las autoridades, en aras de propender por continuar el camino de avances que se han implementado y que se espera fortalezcan esta materia en el futuro.

### **1. Desde el punto de vista de la Institucionalidad de la Autoridad única**

Si bien es cierto el mayor avance en este frente lo constituye el establecimiento de una autoridad única en materia de competencia en el país, igual no se ve con claridad que la infraestructura de la Superintendencia de Industria y Comercio haya sufrido cambios suficientes; en este orden de ideas, se sugiere que se analice y trabaje lo siguiente:

- ❑ Continuar con el fortalecimiento patrimonial, técnico y administrativo de la Delegatura de Protección a la Competencia de la SIC. Entre los aspectos a revisar se sugiere que se diferencien claramente las funciones de promoción de otras funciones -como, por ejemplo, las que ostentan frente a las Cámaras de Comercio- y las instancias desde las cuales se implementan dichas políticas y las de supervisión de las conductas y prácticas que atentan contra la libre competencia. Resulta indispensable que el fortalecimiento, desde la perspectiva de los recursos humano y económicos<sup>92</sup>, contribuya a que la autoridad de competencia cumpla cabalmente sus funciones en los diferentes sectores de la economía, de manera muy especial, que le permita cumplir con principios aplicables plenamente a la materia como son la oportunidad -que produzca un

verdadero impacto respecto del momento en que se comete la infracción- y el disuasorio o ejemplarizante de la medida impuesta.

- Inclusión de una instancia de apelación a las sanciones: recomendamos un sistema mixto parecido al de la Unión Europea, es decir, administrativo en primera instancia y judicial en segunda instancia. Para tal efecto, se señalan como beneficios de contar con dos instancias independientes los siguientes puntos:
  - No se requieren cambios en la estructura ni el funcionamiento actual de la SIC.
  - Complementa la función administrativa de la SIC y garantiza la independencia.
  - Dicha instancia debe emitir sus fallos con carácter judicial.
  - Así las cosas, la primera instancia -en la SIC- se obliga a ser más rigurosa en la recolección de pruebas porque ya internaliza los criterios judiciales de la segunda instancia.
  - Se disminuye la incertidumbre jurídica para las empresas investigadas.
- Las sanciones deben ser el resultado de un acervo de pruebas que permitan de manera ejemplarizante encauzar las industrias a mejores prácticas de competencia y a que la sanción evite que los participantes del mercado

---

<sup>92</sup> Según información suministrada por la SIC el cambió en materia de personal radica en haber suprimido casi en su totalidad el personal vinculado como contratista y haber incrementado el número de funcionarios de la Delegatura de un promedio de 24 durante los últimos 5 años a 61 en el año 2012. Igualmente, se ha indicado que el presupuesto de la mencionada Delegatura ha tenido un incremento del 2010 a la fecha (3 años) del doble de lo que le era apropiado antes, alcanzando niveles por encima de los \$4.600.000.000

vulneren la norma que dio origen a la sanción. Ello implica un esfuerzo de especialización dentro de la SIC que permita apoyar técnicamente la vulneración de las conductas investigadas y sancionadas, así como las condiciones que se imponen para evitar la reiteración de las mismas.

## 2. Regulación de las conductas

Contrario a identificar vacíos en la regulación, lo que se encuentra es una amplia gama de conductas que podrían ser objeto de revisión a fin de depurarlas y definir una línea más clara de modelo de competencia. Para tal efecto se sugiere:

- ❑ La Ley 1340 pone en el mismo plano los criterios de eficiencia y de protección al consumidor. Se propone ordenar estos criterios, como quiera que en algunos casos pueden ir en direcciones opuestas. Es importante que dichos criterios se materialicen en las decisiones de la autoridad única.
- ❑ Revisar los listados de conductas contrarias a la libre competencia hoy contemplados en la legislación y eliminar algunas consideradas en otras jurisdicciones como aceptables, al menos definiendo la necesidad de tener intencionalidad al acometer la conducta. Se ha subrayado que la normatividad de competencia colombiana se basa en muy buena medida en el modelo de competencia perfecta, lo cual resulta irreal en la práctica a la hora de abordar los comportamientos de las empresas.
- ❑ En este orden de ideas, se propone, a título de ejemplo significativo, que las empresas no puedan ser castigadas por colusión tácita, en términos prácticos, por paralelismo de los precios sin que antes se hayan encontrado pruebas de que tal paralelismo es resultado de estrategias concertadas por parte de las empresas involucradas. En efecto, dado que tener una práctica concertada no es condición necesaria para que



resulte un paralelismo de los precios entre empresas que operan en un mismo mercado, su materialización debe constituir un indicio que lleve a la SIC a profundizar la investigación, más no ha concluir *per se* que existen comportamientos indebidos por este solo factor.

### **3. Información al mercado**

A pesar de que comprendemos que se trata de un tema muy complicado de implementar y de supervisar adecuadamente, consideramos que la SIC debería exigir a sectores sensibles datos mensuales de precios, cantidades y, eventualmente, de costos para poder aplicar las técnicas de econometría estructural que son útiles para detectar los equilibrios de colusión o para dar con sustento técnico el visto bueno o el no a una solicitud de integración por parte de dos empresas. No obstante, dicha información debe ser usada internamente por el ente de control y no publicadas al mercado justamente para no facilitar la colusión.

### **4. Concepto de significancia que aplica la SIC**

Debe fundamentarse en criterios que permitan al mercado conocer la efectiva significancia, tanto de las conductas investigadas como de los casos en los que se desestima una queja o actuación administrativa por este concepto. En estos eventos, no es conveniente la discrecionalidad, pues genera inseguridad jurídica respecto del criterio que tiene el supervisor para abrir investigaciones o desestimarlas. Lo mismo aplica para la determinación del mercado relevante en algunos sectores.

### **5. Participación de terceros**

Reconociendo la importancia de haber incorporado en la Ley 1340 de 2009 figuras de participación de terceros que buscan ayudar la labor de la autoridad única y, sobre todo, la protección de los mercados, en este análisis

se evidenciaron algunas fallas que podrían impedir un eficiente desarrollo de las figuras mencionadas, a saber:

- ❑ Debe revisarse la delación contemplada en la Ley 1340 frente al esquema de ofrecimiento de garantías, dado que la forma en la que opera este mecanismo reduce la posibilidad de uso del primero. Es explícito el aparte del trabajo que recoge el inconveniente encontrado, por lo cual se remite al mismo.
- ❑ Requiere la consistencia de disposiciones de diferente naturaleza de manera que realmente se promueva la figura. En similar sentido, ya se señaló la necesidad de coordinar las distintas disposiciones que rigen la materia, especialmente en lo que hace relación a los efectos penales de las conductas.
- ❑ Debe propenderse porque las investigaciones y sanciones se apliquen no sólo a las empresas como personas jurídicas y a sus representantes legales, sino que es importante que las responsabilidades en materia de afectación de la competencia se trasladen a todos los niveles de las organizaciones, es decir, que cubran a cualquier empleado o persona relacionada o involucrada con las actividades o conductas sancionables.

## **6. Promoción de instancias que faciliten la libre competencia**

Colombia requiere la inclusión de instrumentos para el desarrollo de la competencia como las *class actions* ("querellas o demandas colectivas") y su análisis económico. Estas querellas aumentan las penas esperadas de infracciones a la ley de competencia (disuasión) y acercan al público a la ley de competencia interesándolos en las denuncias, las investigaciones y los resultados de las mismas, tal como ha sucedido en países como Chile.

Recursos de esta naturaleza, contemplados legalmente, permiten que se demande colectivamente la indemnización de perjuicios por infracciones

de la libre competencia (previa calificación dada por la autoridad única de la violación a la ley), a través de procesos sumarios que permiten materializar de manera efectiva las quejas y peticiones de los consumidores. Igualmente, faculta a la misma autoridad o a las asociaciones de consumidores a demandar los daños causados a los consumidores por la presencia de carteles anticompetitivos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, P. (2003). Exploración de Petróleo en Colombia: una aproximación empírica. *Revista Desarrollo y Sociedad*, Universidad de los Andes.
- Amel, D., C. Barnes, F. Panetta and C. Salleo (2002) "Consolidation and Efficiency in the Financial Sector: A Review of the International Evidence" (G-10 Report on Financial Sector Consolidation).
- ANIF (2006). Fusiones y Adquisiciones en el Sector Financiero Colombiano: Análisis y Propuestas sobre la Consolidación Bancaria (1990-2006).
- Antelo, E., Crespo, C., Cupe, E., Ramírez, J. & Requena, B. (2000). Determinants of bank spreads in Bolivia. En Brock, P. y Rojas-Suárez, L. (Eds.), *Why so high? understanding interest rate spreads in Latin America*. Washington, D.C.: BID y Latin American Research Network.
- Arreaza, A., Fernández, M. & Mirabal, M. (2001). Determinantes del spread bancario en Venezuela. Colección Banca Central y Sociedad. Caracas: Banco Central de Venezuela.
- Barajas, A., Steiner, R. & Salazar, N. (1999). Interest spreads in banking in Colombia 1974-96, *IMF Staff Papers* 46(2).
- Barrios, A. & Martínez, A. (2003). *Energía y Desarrollo*, Centro de Estudios para el Desarrollo (CID).
- Baumol W., Panzar J. & Willig R. (1982). *Contestable Marketstand Theory of Industry structure*. Harcourt Brace, New York.
- Beck, T. y de la Torre, A. (2007). The basic analytics of access to financial services. *Financial Markets, Institutions and Instruments*, 16(2), 79-117.
- Becker G. (1969). *Crime and Punishment: An Economic Approach*. *The Journal of Political Economy* 76: pp. 169-217.
- Bernal, R. (2007). Concentración y competencia en el sistema financiero crediticio colombiano en la última década, *Borradores de Economía*, Banco de la República (432).
- Bikker, J & Haaf, K, (2002). Competition, Concentration and Their Relationship: An Empirical Analysis of the Banking Industry. *Journal of Banking and Finance*, Vol. 26, pp. 2191-2214
- Brock, P. & Rojas-Suárez, L. (2000). Interest rate spreads in Latin America: facts, theories, and policy recommendations. En Brock, P. y Rojas-Suárez, L. (Eds.), *Why so high? Understanding interest rate spreads in Latin America*. Washington, D.C.: BID.
- CAF (2011). *Servicios financieros para el desarrollo: Promoviendo el acceso en América Latina*. Reporte de Economía y Desarrollo (RED).

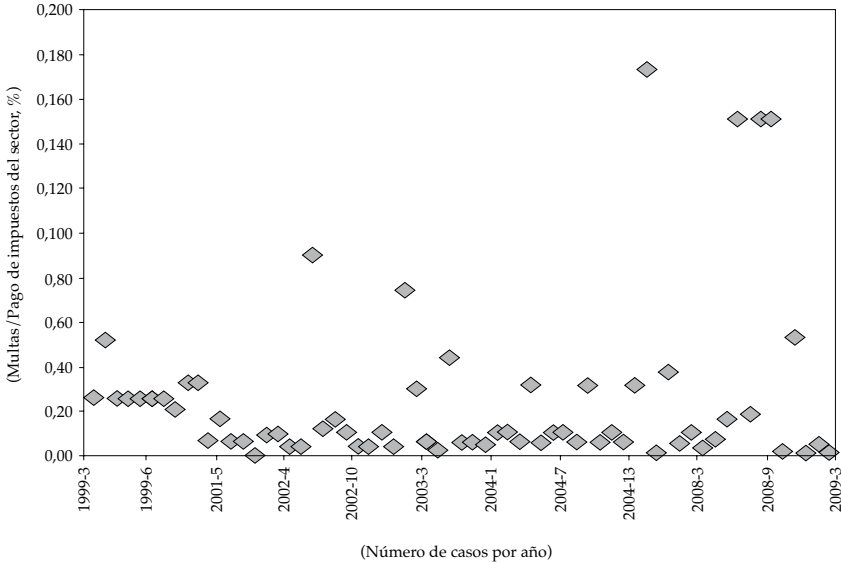
- Cardoso, E. (2002). Implicit and explicit taxation of financial intermediaries in Brazil: The effect of reserve requirements on bank spreads. Manuscrito no publicado, Georgetown University.
- Catao, L. (1999). Intermediation spreads in a dual currency economy: Argentina in the 1990s. (Working Paper No. 99/90). Washington, D.C.: FMI.
- Cesário J. y Pinto M. (2008). Desarrollo del Marco Normativo de la Industria Gasífera en Brasil, la Revista de Gas Natural.
- Claessens S. (2009 ). Competition in the Financial Sector: Overview of Competition Policies. IMF Staff Papers 45(2009).
- CRC 2011, Revisión de condiciones de competencia del mercado "voz saliente móvil", Documento de la CRC.
- Duque, G. (2004). Análisis de la estructura competitiva del sistema financiero colombiano, Ecos de economía 18, 183-205.
- Economides N. (2010). *Broadband Openness Rules Are Fully Justified by Economic Research*, Communications Strategies, No. 84, 4th quarter 2011, p.1.
- Estrada, D. (2005). Efectos de las fusiones sobre el mercado financiero colombiano, Borradores de Economía, Banco de la República (329).
- Fox, Elenor. (2010). "Competition in Times of Change", lecture in the sixth annual Seminar on Antitrust Law and Economics.
- Fuentes, R. & Basch, M. (1998). Determinantes de los spreads bancarios: el caso de Chile. (Working Paper No. R-329). Washington, D.C.: BID.
- Gelos, R. (2006). Banking spreads in Latin America. (Working Paper No. 0644). Washington, D.C.: FMI.
- Grasso, F. & Banzas, A. (2006). Determinantes del spread bancario en Argentina, un análisis de su composición y evolución (1995-2005). (Documento de trabajo No. 11). Buenos Aires: Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de la Argentina.
- Hall, C.A.S., Day, J.W. Jr. (2009). Revisiting the Limits to Growth After Peak Oil. *American Scientist*, 97: 230-237.
- Joskow, P. (1998). Electricity Sectors in Transition. *The Energy Journal* 19 pp. 25-52.
- Jullien B, Sand-Zantman W. y D. Bardey, 2011, "Report on the competitive situation of the Colombian mobile telecommunication market."
- Levy , E., Micco, A. & Panizza, U. (2007). A Reappraisal of state owned banks. *Economía*, 7(2), 209-247.

- Levy-Yeyatiy Micco (2007). "Concentration and foreign penetration in Latin American banking sectors: Impact on competition and risk," *Journal of Banking & Finance*, Elsevier, vol. 31(6)
- Llewellyn D.(1999). *The Economic Rationale for Financial Regulation*. FSA Occasional Papers in Financial Regulation
- López E., Montes E., Garavito A., & Collazos M. (2012) *Economía Petrolera en Colombia*. Borradores de Economía, Banco de la República (692).
- Miranda A. (2006). El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia. *Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), Vol. 2, No. 2: 245-268.
- Molina J. (2009). *Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia*. *Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), Vol. 5 No. 5, 495-543
- Monaldi, F. (2008). Análisis institucional de la gobernabilidad y contratación en el sector petrolero: casos de la región andina" en Castilla, M; R. Espinasa; P. Kalil; y O. Manzano, editores. *Hacia la integración energética hemisférica: retos y oportunidades*. CAF - BID.
- Panzar, J. & Rosse, J. (1987). Testing for monopoly equilibrium, *Journal of Industrial Economics*.
- Publicación Semana Económica. "ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA COMPETENCIA BANCARIA EN COLOMBIA". No. 644, Febrero 29 de 2008.
- Rincón H, & Garavito A. (2004). Mercado Actual de la Gasolina y del ACPM en Colombia e Inflación, Borradores de Economía, Banco de la República (287)
- Salamanca, D. (2005), Competencia en los mercados de crédito y depósitos en Colombia: aplicación de un modelo de oligopolio fijador de precios, Tesis de Magíster, Universidad de los Andes.
- Sioshansi, F & W. Pfaffenberger. (2006). *Electricity Market Reform: An International Perspective*, Global Energy Policy and Economics Series, Elsevier.
- Shy O., 2001, *The Economics of Network Industries*, Cambridge University Press.
- Stiglitz J. & Weiss Andrew (1979). Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. *American Economic Review*. LXXI, 383-410.
- Tovar, J. & Jaramillo, C. (2007). Risk, concentration and market power in the banking industry: Evidence from the Colombian system (1997-2006), Documentos CEDE, Universidad de los Andes (27).
- Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) (2009). *La Cadena del Petróleo en Colombia*, Bogotá, Ministerio de Minas y Energía.
- Uribe C. & Castillo f. (2006). *El otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (un análisis jurídico y económico)*. *Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), Vol. 2, No. 2: 401-476.



# ANEXOS

## Anexo 1. Multas /Pagos de impuestos del sector



Fuente: SIC.



## Anexo 2. Modelo Panzar y Rosse

---

Generalmente, la modelación econométrica del modelo Panzar y Rosse (1984) se hace sobre una especificación log-lineal de las funciones de ingreso y costo marginales del  $i$ -ésimo banco.

$$LNR_i^{\wedge} = \alpha_0 + \alpha_1 Lny_i + \sum_{j=1}^J \vartheta_j LnZ_{ji}^R \quad (1)$$

$$LNC_i^{\wedge} = \theta_0 + \theta_1 Lny_i + \sum_{k=1}^k \rho_k Lnw_{ki} + \sum_{l=1}^L \delta_l Z_{li}^C \quad (2)$$

Donde  $R_i^{\wedge}$  es la función del ingreso marginal,  $C_i^{\wedge}$  es la función del costo marginal  $y_i$  es el producto del banco  $i$ ,  $n$  es el número de bancos en el sistema,  $Z_{ji}^R$  y  $Z_{li}^C$  son las variables exógenas que afectan la función de ingreso y costo marginal respectivamente, y  $w_i$  es el vector de precios de insumo del banco  $i$ .

En un banco que maximiza beneficios, el óptimo se obtiene de la condición de equilibrio en la cual ingreso marginal es igual a costo marginal:

$$Lny_i^* = \frac{1}{(\alpha_1 - \theta_1)} \{(\theta_0 - \alpha_0) + \sum_{k=1}^k \rho_k Lnw_{ki} + \sum_{l=1}^L \delta_l Z_{li}^C - \sum_{j=1}^J \vartheta_j LnZ_{ji}^R\} \quad (3)$$

Con respecto al nivel de precios, estos se obtienen de la función de demanda inversa, que en términos logarítmicos se expresa:

$$Lnp = \mu + \gamma LnY \quad (4)$$

Donde,  $Y = \sum_{i=1}^n y_i$  es el producto agregado de la industria.

La ecuación de ingreso en forma reducida para el banco representativo se determina por:

$$Ln(R_i^*) = Ln(p^* y_i^*) \quad (5)$$


---

## Anexo 2. Modelo Panzar y Rosse (*Continuación*)

---

Reemplazando las ecuaciones de precio y producto, se tiene que la forma reducida de la ecuación de ingresos es la siguiente:

$$\ln(R_i^*) = w + \sum_{k=1}^K \ln w_{ki} + \sum_{q=1}^Q \ln Z_{qi} \quad (6)$$

Donde  $Z_{qi}$  es el vector de las  $Q$  variables específicas del banco  $i$ .

$$H = \sum_{k=1}^K \frac{\partial R_i^*}{\partial P_{ki}} * \frac{P_{ki}}{R_i^*} \rightarrow H = \sum_{k=1}^K \beta_k \quad (7)$$

Cuando el indicador  $H$  se encuentra por debajo de cero ( $H = 0$ ) existe una estructura de equilibrio monopólico ya que, un aumento en los precios de los insumos se traduce en menores ingresos, pues el monopolio siempre opera en la parte elástica de su curva de demanda. Si el indicador es igual a uno ( $H = 1$ ) la estructura corresponde a un mercado de competencia perfecta; un aumento en los precios de los insumos genera incrementos en los precios de mercado y por ende aumentos en la misma proporción de los ingresos de equilibrio, dado que las entidades mantienen su nivel de producto y los ajustes de precio se realizan por la salida de empresas del mercado. Finalmente, si el estadístico se encuentra entre cero y uno ( $0 < H < 1$ ) el mercado se asemeja a uno de competencia monopólica con libre entrada (tipo Chamberlain), en el cual cada entidad tiene cierto poder de mercado y puede ofrecer servicios financieros diferenciados.

El estadístico  $H$  se obtiene de la ecuación de ingresos en forma reducida, la cual se estimó con un modelo de efectos fijos en un panel desbalanceado de las informaciones mensuales de cada banco. Las variables utilizadas son estadísticamente significativas y el modelo estimado presenta un buen ajuste a los datos. Para el caso de Colombia, la estimación de la ecuación (6) se realiza a través de la estimación propuesta por Pérez (2009):

---

**Anexo 2. Modelo Panzar y Rosse (Continuación)**

$$\begin{aligned} \ln(IA)_{i,t} = & \alpha_0 + \alpha_1 \ln(GP)_{i,t} + \alpha_2 \ln(GF)_{i,t} + \alpha_3 \ln(GD)_{i,t} + \alpha_4 \ln(DA)_{i,t} + \\ & \alpha_5 \ln(DA)_{i,t} + \alpha_6 \ln(CA)_{i,t} + \alpha_7 \ln(LA)_{i,t} + \alpha_8 \ln(KA)_{i,t} + \varepsilon_{i,t} + d_i \quad (8) \end{aligned}$$

Para el caso de Colombia, el estadístico H es la suma de  $\alpha_1$ ,  $\alpha_2$  y  $\alpha_3$ . A continuación, se presentan los resultados de la ecuación (8).

**Cuadro 1: Resultados del estadístico H**

Variables	LN(IA)
LN(GP)	0.0419 *** (0.013)
LN(GF)	0.0101 *** (0.002)
LN(GD)	0.2945 *** (0.003)
LN(DA)	-0.0053 ** (0.002)
LN(CA)	0.0185 *** (0.001)
LN(LA)	-0.0129 *** (0.001)
LN(KA)	-0.0030 (0.002)
Constante	0.0011 (0.002)
R-squared:	
Within	0.8288
Between	0.7794
Overall	0.8177
Observaciones	3,284
Número de Bancos	21
Sigma u	0.2112
Sigma e	0.1753
Rho	0.4078
F(7,3256)	2251.7
Prob>F	0.000

\*\*\* p<0.01, \*\* p<0.05, \* p<0.1.

Nota: todas las variables son en logaritmos para el período 1996M1-2010M12. Se estimó a través del método de efectos fijos; en el Cuadro 2 están las pruebas que justifican la utilización de efectos fijos. Las variables

## Anexo 2. Modelo Panzar y Rosse (Continuación)

se definen como: GP, el gasto en personal sobre depósitos; GF, los gastos administrativos sobre activos físicos; GD, egresos por intereses sobre depósitos; DA, depósitos sobre activos totales; CA, cartera de créditos sobre activos totales; LA, disponible sobre activos totales, y KA, la razón entre patrimonio y activos totales.

**Cuadro 2: Prueba de efectos vs aleatorios**

Prueba	Estadístico	Valor- P
Efectos fijos	F(20,3256)=73.42	0.000
Hausman	178.54	0.000

Con respecto al cálculo anual del estadístico H, en todos los años se descarta que la banca se comporte como un monopolio, ya que H es estadísticamente distinto de cero. Sin embargo, para los años 1996 y 1997, con un 90% de confianza, no puede rechazarse la hipótesis de que el estadístico H sea estadísticamente igual a uno, indicando que el sistema bancario es en esos años perfectamente competitivo.

**Cuadro 3. Resultados anuales del estadístico H (1996-2010)**

Año	GP (1)	GF (2)	GD (3)	H(1+2+3)	Prueba H=0		Prueba H=0	
					F	Prob.	F	Prob.
1996-2010	0,0419	0,0101	0,2945	0,3465	156,86	0,000	16,74	0,000
1996	0,0847	0,0064	0,3353	0,4264	143,67	0,000	2,77	0,098
1997	0,0852	0,0152	0,2479	0,3483	67,89	0,000	2,72	0,105
1998	0,0329	0,019	0,2363	0,2882	96,63	0,000	49,32	0,000
1999	0,0901	0,031	0,2768	0,3979	43,71	0,000	25,97	0,000
2000	0,0153	0,0023	0,2722	0,2898	54,87	0,000	14,98	0,000
2001	0,0256	0,0074	0,2791	0,3121	38,91	0,000	25,76	0,000
2002	0,0195	0,0063	0,3051	0,3309	54,32	0,000	10,12	0,000
2003	0,0177	0,0009	0,3005	0,3191	63,22	0,000	13,43	0,000
2004	0,0287	0,0098	0,2473	0,2858	76,34	0,000	18,11	0,000
2005	0,0972	0,0012	0,2226	0,321	155,23	0,000	21,89	0,000
2006	0,0703	0,0039	0,285	0,3592	164,76	0,000	19,77	0,000
2007	0,1199	0,0004	0,2643	0,3846	875,98	0,000	12,53	0,000
2008	0,0287	0,0098	0,4473	0,4858	12879	0,000	13,39	0,000
2009	0,0458	0,0109	0,476	0,5327	13870	0,000	26,29	0,000
2010	0,0162	0,0009	0,5242	0,5413	7689	0,000	27,00	0,000

La política de competencia y la expedición de la normatividad sobre la misma en Colombia han sido desarrolladas por los gobiernos atendiendo a las coyunturas políticas y económicas de cada momento. Igualmente, dicha evolución normativa se ha visto fuertemente influenciada por desarrollos internacionales en la materia, de manera especial por la forma en que se han concebido y desarrollado las políticas de competencia en Estados Unidos de América y la Unión Europea.

Este Cuaderno de Fedesarrollo analiza la normatividad colombiana sobre competencia de manera integral, tanto nacional como internacionalmente, y los efectos económicos de la misma en la actividad económica del país, ya sea a través de la promoción de la eficiencia de los mercados por el buen desempeño de los agentes económicos o de la protección de los intereses de los consumidores. Este trabajo recibió el apoyo de Fedesarrollo a través del concurso anual del Fondo Germán Botero de los Ríos correspondientes al año 2011 y constituye un valioso aporte para la discusión de la política de competencia en Colombia.



ISBN:978-958-57963-0-0

