

---

# MEDIDAS CAUTELARES EN LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: UN ANÁLISIS DE RIESGOS E INCENTIVOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA COLOMBIANA\*<sup>1</sup>

---

*Juan Pablo Herrera Saavedra*<sup>2</sup>

*Laura María Zapata Burgos*<sup>3</sup>

\* DOI: <https://doi.org/10.18601/01245996.v27n53.02>. Esta investigación no recibió ninguna subvención específica de agencias de financiación del sector público, comercial o sin fines de lucro. Recepción: 06-02-2025, modificación final: 03-07-2025, aceptación: 12-06-2025. Sugerencia de citación: Herrera Saavedra, J. P., Zapata Burgos, L, M (2025). Medidas cautelares en la política de competencia: un análisis de riesgos e incentivos en la función pública colombiana. *Revista de Economía Institucional*, 27(53), 3-19.

<sup>1</sup> Este documento refleja únicamente las opiniones personales de los autores. Su contenido no compromete ni representa en forma alguna la posición institucional de las entidades a las que están adscritos o con las que mantienen vínculo laboral.

<sup>2</sup> Magíster en economía. Decano, Facultad de Economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, [juan.herrera@uexternado.edu.co], [<https://orcid.org/0000-0002-4416-4563>].

<sup>3</sup> Economista. Investigadora, Facultad de Economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, [laura.zapata4@uexternado.edu.co], [<https://orcid.org/0009-0008-8906-7514>].

### **Medidas cautelares en la política de competencia: un análisis de riesgos e incentivos en la función pública colombiana**

*Resumen* Este documento examina por qué la Superintendencia de Industria y Comercio aplica con poca frecuencia las medidas cautelares en libre competencia, pese a su utilidad preventiva. A partir de un modelo microeconómico con umbral de decisión bajo incertidumbre, se incorpora el riesgo percibido por los funcionarios frente a sanciones disciplinarias, fiscales o reputacionales. El estudio concluye que la inacción es un resultado racional en contextos de aversión al riesgo personal y que una reforma efectiva debe considerar tanto el diseño legal como los incentivos institucionales.

Palabras clave: medidas cautelares, política de competencia, función pública, incentivos institucionales, Colombia; JEL: K21, D73, L40.

---

### **Interim Measures in Competition Policy: Risk and Incentives in the Colombian Public Sector**

*Abstract* This paper examines why Colombia's competition authority rarely uses interim measures, despite their preventive role. Using a threshold model under uncertainty, it incorporates perceived risks faced by public officials—disciplinary, fiscal, and reputational. The analysis shows that inaction is a rational response under personal risk aversion, and that effective reform must address both legal design and institutional incentives.

Keywords: interim measures, competition policy, public service, institutional incentives, Colombia; JEL: K21, D73, L40.

---

### **Medidas cautelares na política de concorrência: riscos e incentivos na função pública colombiana**

*Resumo* Este estudo analisa por que a autoridade de concorrência da Colômbia aplica raramente medidas cautelares, apesar de seu caráter preventivo. Com base em um modelo de decisão sob incerteza, incorpora-se o risco percebido por funcionários públicos diante de sanções disciplinares, fiscais ou reputacionais. A inação é interpretada como uma resposta racional em contextos de aversão ao risco, e reformas eficazes devem considerar tanto o marco legal quanto os incentivos institucionais.

Palavras-chave: medidas cautelares, política de concorrência, função pública, incentivos institucionais, Colômbia; JEL: K21, D73, L40.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares —o precautelativas— en el derecho de la competencia constituyen uno de los pocos instrumentos que permiten una intervención temprana de la autoridad a fin de evitar daños graves o irreversibles en los mercados. Estos pueden materializarse entre el momento de apertura de investigación y su resolución definitiva, una vez se ha demostrado plenamente la responsabilidad de quienes ejecutaron la conducta.

En el caso colombiano, a pesar de contar con habilitación legal para su aplicación, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha hecho uso de esta facultad de manera excepcional y esporádica, lo que plantea oportunidades de mejora sobre la efectividad del sistema cautelar como herramienta preventiva en la política de competencia.

Este trabajo parte de dos preguntas centrales: ¿qué explica la aplicación excepcional de las medidas cautelares por parte de la autoridad de competencia en Colombia, pese a su habilitación legal? y ¿cuáles son los factores institucionales, jurídicos y económicos que condicionan esta inacción regulatoria?

El principal aporte de esta investigación consiste en proponer una explicación que trasciende las limitaciones legales o probatorias comúnmente señaladas. Desde un enfoque que articula teoría microeconómica de la decisión y análisis institucional, se introduce una extensión del modelo clásico de umbral de decisión, retomando los aportes de Caminade, Chapsal y Penglase (2020), que incorpora los riesgos disciplinarios y fiscales percibidos por los funcionarios públicos en la definición del problema. Esta perspectiva permite comprender la inacción no como una falla operativa, sino como una consecuencia racional derivada de los incentivos estructurales que configuran la función pública. En este sentido, el trabajo ofrece una contribución original al debate sobre el alcance efectivo de la potestad cautelar en el derecho administrativo sancionador.

Para abordar este problema, el documento se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se exponen los fundamentos normativos y económicos de las medidas cautelares en materia de competencia. En segundo lugar, se desarrolla el modelo de umbral de decisión y su extensión institucional. En tercer lugar, se analiza empíricamente el uso de medidas cautelares por parte de la SIC. Finalmente, se discuten las implicaciones regulatorias del modelo propuesto y se plantean recomendaciones para alinear de manera

más efectiva los incentivos del agente estatal con los objetivos de protección del interés público.

## **2. DECISIÓN CAUTELAR EN COMPETENCIA: MODELO ECONÓMICO, FUNDAMENTOS Y PRÁCTICAS INSTITUCIONALES**

Las medidas cautelares constituyen un mecanismo jurídico esencial en la política de competencia, orientado a prevenir daños irreparables en el mercado durante la tramitación de investigaciones administrativas. En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) cuenta con competencia legal para ordenar medidas cautelares dirigidas a la suspensión inmediata de conductas presuntamente contrarias al régimen de libre competencia.

Esta facultad, prevista en el artículo 1, numeral 5 del Decreto 4886 de 2011 —modificado por el Decreto 092 de 2022 (Presidencia de la República de Colombia, 2022)— permite a la autoridad de competencia, en particular al Superintendente de Industria y Comercio, actuar de manera preventiva para proteger la eficiencia del mercado, la libre participación de los agentes y el bienestar general de los consumidores, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 (Congreso de la República de Colombia, 2009). Sin embargo, la experiencia práctica revela que la aplicación de estas medidas ha sido limitada y se caracteriza por una alta incertidumbre institucional y jurídica (Presidencia de la República de Colombia, 2011).

La literatura jurídica ha señalado de manera consistente que la adopción de medidas cautelares en el ámbito del derecho de la competencia debe regirse por principios constitucionales como el debido proceso, la proporcionalidad y la razonabilidad (Congreso de la República de Colombia, 2012; Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], s.f.). En esta misma línea, la jurisprudencia en América Latina —y particularmente en Colombia— ha reiterado que la imposición de estas medidas exige un análisis riguroso, orientado tanto a evitar perjuicios innecesarios para los sujetos investigados como a prevenir afectaciones graves e irreversibles al funcionamiento competitivo del mercado y al bienestar general de los consumidores.

La revisión judicial de las decisiones administrativas suele concentrarse en verificar que la autoridad haya cumplido con los estándares probatorios, que haya fundamentado de manera clara el riesgo de daño inminente, y que se hayan respetado los derechos fundamentales de las partes involucradas (Londoño de Vivero, 2023).

Este enfoque parte del reconocimiento de que, si bien las medidas cautelares pueden constituir instrumentos eficaces para prevenir daños al proceso investigativo y preservar el entorno competitivo, su aplicación exige especial cautela. Es fundamental que las autoridades evalúen con rigor la urgencia del caso, la proporcionalidad de la intervención y el riesgo de incurrir en errores que comprometan derechos o afecten indebidamente a las empresas investigadas. En esta línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha advertido que estas medidas deben aplicarse de forma estratégica y prudente, minimizando tanto los errores en su ejecución como los riesgos reputacionales asociados a decisiones precipitadas (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2024).

Más allá del estándar jurídico nacional, diversas experiencias internacionales ofrecen marcos institucionales orientados a equilibrar el uso de medidas cautelares con la necesidad de garantizar derechos y minimizar riesgos regulatorios. En contextos de mercados dinámicos y con alto riesgo de irreversibilidad, algunas autoridades han adoptado enfoques más proactivos, reconociendo que la intervención temprana puede resultar crucial para preservar la competencia.

Por ejemplo, en el caso de Google News en Francia, la *Autorité de la Concurrence* impuso medidas cautelares para evitar efectos excluyentes durante la investigación por abuso de posición dominante (OCDE, 2022, p. 19). En Europa, el caso Broadcom ejemplifica cómo la Comisión Europea impuso medidas provisionales sin requerir certeza plena, ante el riesgo inminente de exclusión en mercados clave mediante prácticas como cláusulas de exclusividad y degradación de interoperabilidad (Comisión Europea, 2021).

En América Latina, casos recientes en los sectores digital y financiero han impulsado el desarrollo de prácticas cautelares más activas por parte de las autoridades de competencia. La imposición de medidas en el mercado de pagos electrónicos por parte de Chile, Colombia, República Dominicana y Paraguay contra empresas como Mastercard y Visa constituye un ejemplo de coordinación y respuesta convergente frente a riesgos similares de exclusión o discriminación en sistemas críticos para el comercio digital (OCDE, 2024, pp. 14–15).

Asimismo, el caso de iFood en Brasil evidencia cómo el uso de cláusulas de exclusividad con restaurantes estratégicos puede desencadenar intervenciones preventivas para evitar el cierre del mercado a nuevos entrantes. En Argentina, las medidas impuestas contra WhatsApp y Facebook —posteriormente confirmadas judicialmente— ilustran cómo la interpretación flexible del estándar de urgencia

y verosimilitud permite proteger la competencia sin exigir certeza plena sobre la infracción (OCDE, 2024, pp. 16–17).

Desde una perspectiva económica, en el marco de la política de competencia, la decisión de imponer medidas cautelares exige un análisis riguroso de los riesgos asociados a dos posibles errores regulatorios que pueden surgir en contextos de información incompleta, dado que la conducta aún no ha sido plenamente demostrada: el error de acción ( $H_1$ ) y el error de inacción ( $H_2$ ).

El error de acción se refiere a la imposición de una medida cautelar que, *ex post*, se reconoce como injustificada, generando un perjuicio directo e inmediato tanto para la empresa afectada como para el mercado en general. Por el contrario, el error de inacción consiste en la omisión o demora en aplicar medidas preventivas cuando, con posterioridad, se comprueba la existencia de la conducta anticompetitiva y su impacto sobre el interés general. Este segundo tipo de error puede dar lugar a daños irreparables o de difícil reversión en la dinámica competitiva y en el bienestar del consumidor.

En este contexto, conviene advertir que el momento en que se decide sobre la imposición de una medida cautelar resulta determinante. Si existe una justificación fundada de un daño inminente derivado de una conducta restrictiva de la competencia, la oportunidad de intervención será crucial para minimizar su impacto sobre el interés general. No obstante, debe reconocerse que la certeza sobre la responsabilidad de los investigados solo podrá establecerse al final del proceso, cuando para el mercado dicha certeza podría llegar demasiado tarde.

Para modelar formalmente este dilema regulatorio, se introduce el concepto de umbral de decisión, entendido como el nivel mínimo de certeza probabilística que debe alcanzar la evidencia para que la autoridad proceda a imponer una medida cautelar. En adelante,  $p$  representará la probabilidad condicional que la autoridad asigna a la ocurrencia efectiva de una conducta anticompetitiva grave y susceptible de causar un daño inmediato al mercado.

Este umbral permite formular una regla de decisión basada en el análisis costo-beneficio: la autoridad optará por imponer la medida si el daño esperado de no intervenir supera al daño esperado de una intervención errónea. En otras palabras, la acción se justifica cuando la relación entre los riesgos y consecuencias de ambos escenarios respalda la adopción de una medida cautelar, de acuerdo con criterios de eficiencia y precaución. Esta condición puede expresarse formalmente como:

$$p * H_2 > (1 - p) * H_1$$

donde  $p$  representa la probabilidad condicional atribuida por la autoridad a que efectivamente exista una conducta anticompetitiva dañina;  $H_2$  corresponde al costo de no actuar (error de inacción), y  $H_1$ , el costo de actuar injustificadamente (error de acción).

Esta regla de decisión, basada en la lógica de utilidad esperada, ha sido ampliamente desarrollada en la literatura jurídica y económica, en particular en los trabajos de Leubsdorf (1978) y Posner (1972), quienes propusieron modelos para evaluar la proporcionalidad de medidas provisionales en el ámbito judicial. Más recientemente, Caminade, Fabra y Rey (2020) adaptaron esta lógica al contexto del derecho de la competencia, proponiendo su aplicación a las decisiones sobre medidas cautelares adoptadas por autoridades regulatorias en condiciones de incertidumbre y asimetría de información. En su enfoque, se incorpora el análisis de errores tipo I ( $H_1$ ) y tipo II ( $H_2$ ) como fundamento para la toma de decisiones en contextos regulatorios.

Esta expresión formaliza el razonamiento que subyace a las decisiones cautelares: cuanto más grave o irreversible sea el daño potencial al mercado por no intervenir —en relación con el daño que podría causar una intervención injustificada— menor deberá ser el umbral de certeza exigido.

En cambio, si se considera que una intervención equivocada podría generar consecuencias severas para el investigado o distorsionar el mercado frente al daño de inacción, se requerirá un mayor grado de convicción antes de actuar. Un umbral elevado de  $p$  implica que la autoridad exige un alto nivel de certeza para intervenir en un caso particular, lo cual reduce la probabilidad de incurrir en un error de acción ( $H_1$ ), pero incrementa sustancialmente la probabilidad de error de inacción ( $H_2$ ), dado que la demora u omisión en la actuación puede permitir la materialización de daños significativos.

Inversamente, un umbral bajo de  $p$  disminuye el requisito probatorio, favoreciendo la aplicación temprana de medidas cautelares que mitiguen posibles daños, aunque con un mayor riesgo de que dichas intervenciones resulten indebidas o excesivas.

En cualquier caso, según esta metodología, lo relevante no es tanto el daño en términos absolutos de cada escenario, sino su comparación en términos relativos, con el fin de definir un umbral de decisión. Esto implica necesariamente adoptar una perspectiva caso por caso para determinar la pertinencia de imponer —o no— la medida cautelar correspondiente.

A partir de esta lógica, se puede definir el umbral de decisión como el punto crítico a partir del cual la intervención resulta racional:

$$p^* = \frac{H_1}{H_1 + H_2}$$

Este umbral  $p^*$  funciona como una frontera decisoria: si la probabilidad estimada  $p$  de que exista una conducta anticompetitiva supera el umbral  $p^*$ , la autoridad debería imponer la medida cautelar; si  $p$  es menor que  $p^*$ , lo recomendable es abstenerse. El modelo permite adaptar la decisión al contexto, considerando la magnitud relativa de los costos involucrados.

Cuando  $H_2$ , —es decir, el daño asociado a no intervenir— es significativamente alto en relación con  $H_1$ , el denominador  $H_1 + H_2$  se incrementa más que el numerador  $H_1$ , lo que reduce el valor de  $p^*$ . En estos casos, la intervención resulta justificable incluso con niveles de certeza moderados.

Por el contrario, si  $H_1$  —el costo de intervenir sin justificación suficiente— es elevado en comparación con  $H_2$ , el valor de  $p^*$  se incrementa, y la autoridad deberá exigir un mayor nivel de convicción antes de actuar. En suma, el equilibrio entre  $H_1$  y  $H_2$  determina cuán exigente debe ser el estándar de certeza. Este equilibrio dinámico no solo orienta el juicio administrativo, sino que también ofrece un marco objetivo para el control judicial y la evaluación *ex post* de la razonabilidad de las decisiones cautelares.

Este marco analítico se ve reforzado por el modelo económico desarrollado por Caminade, Chapsal y Penglase (2020), quienes demuestran que la racionalidad de imponer medidas cautelares no depende de la magnitud absoluta de los daños potenciales, sino de su asimetría relativa. Incrementos proporcionales en los costos del error de acción ( $H_1$ ) y de inacción ( $H_2$ ) no modifican el umbral óptimo de intervención ( $p^*$ ), aunque sí aumentan el valor esperado del uso correcto de la medida.

El modelo identifica como parámetros centrales: (i) la probabilidad de que la conducta sea finalmente considerada anticompetitiva, y (ii) la relación entre los daños irreparables derivados de decisiones erróneas, ya sea por acción o por inacción.

Además, se incorporan factores institucionales como los costos fijos de implementación y los costos reputacionales asociados a la imposición incorrecta de una medida, los cuales tienden a elevar el umbral  $p^*$  requerido para intervenir. En el contexto de mercados digitales, los autores subrayan que la aceleración de las dinámicas competitivas y la



posibilidad de daños irreversibles aumentan tanto el valor esperado como la complejidad del uso óptimo de medidas cautelares, lo que exige una evaluación rigurosa caso por caso (Caminade et al., 2020).

En el contexto colombiano, la revisión empírica de resoluciones emitidas por la SIC y los tribunales administrativos evidencia una marcada tendencia hacia la cautela y la restricción en la adopción de medidas cautelares. Según la OCDE (2022), esta inclinación responde tanto a un estándar probatorio elevado por parte de los jueces, como a una cultura institucional que privilegia la estabilidad jurídica y el respeto a los derechos de los investigados (OCDE, 2022).

En línea con lo anterior, el análisis de resoluciones administrativas que decretan medidas cautelares en Colombia revela una estructura metodológica que, aunque formalmente uniforme, presenta variaciones significativas en cuanto a profundidad argumentativa y calidad probatoria. Tal como lo documenta Londoño de Vivero (2023), hasta la fecha de publicación de su artículo, la SIC había emitido cinco resoluciones relevantes: *Pediatras* (Resolución 35019 de 2010), *Agua en Bloque* (Resolución 9907 de 2013), *Ruta del Sol* (Resolución 5216 de 2017), *Ferlag* (Resolución 12011 de 2018) y *Visa y Mastercard* (Resolución 48720 de 2022). A esta lista puede añadirse una sexta resolución más reciente: *COTELCO* (Resolución 62110 de 2024).

En estas resoluciones se identifican tres elementos comunes: (i) la determinación preliminar de una posible infracción al régimen de libre competencia (*fumus commissi delicti*), (ii) la existencia de un riesgo de daño grave e irreversible derivado de la demora procesal (*periculum in mora*) y (iii) un análisis de proporcionalidad entre la intervención y el perjuicio que se busca evitar (Londoño de Vivero, 2023).

Un ejemplo reciente que reafirma esta estructura metodológica es la Resolución 62110 de 2024, mediante la cual la SIC impuso una medida cautelar contra varios hoteles y asociaciones gremiales por la presunta coordinación de tarifas en el contexto de la COP16. En este caso, la autoridad identificó indicios de una posible infracción al régimen de libre competencia, derivados del uso del Sistema de Información Hotelero (SIH), así como de actos de influenciación directa ejercidos por COTELVALLE.

La resolución argumenta que, de no suspenderse de manera inmediata el uso del SIH y las conductas asociadas, podría generarse un daño grave e irreversible a la dinámica competitiva del mercado hotelero durante un evento internacional de alto impacto. La intervención se justifica, por tanto, en la necesidad de preservar las condiciones de competencia en un mercado temporalmente sensible, integrando los

tres elementos estructurales que han caracterizado otras decisiones cautelares de la SIC: identificación preliminar de una infracción, urgencia procesal y análisis de proporcionalidad (SIC, 2024).

Por ejemplo, en la Resolución 5216 de 2017 (*Ruta del Sol*), la SIC fundamentó la imposición de la medida en la identificación de una serie de prácticas anticompetitivas en un proceso de licitación pública, así como en la necesidad de suspender el contrato estatal para evitar que “las rentas ilícitas se consoliden en el tiempo” (SIC, 2017). Este razonamiento integra de forma clara los elementos de urgencia, daño proyectado y alteración sustancial de las condiciones de competencia.

De manera similar, en la Resolución 48720 de 2022 (*Visa y Mastercard*), la SIC argumentó que la implementación de nuevas reglas por parte de las franquicias podría excluir a agentes del modelo LCA<sup>4</sup>, con un incremento estimado en los costos del orden del 600 al 1000 %, lo cual justificaba suspender dichas conductas de forma inmediata para preservar el acceso al mercado y la innovación (SIC, 2022).

En otros casos, como la Resolución 9907 de 2013 (*Agua en Bloque*), la autoridad fundamentó su decisión en pruebas técnicas que acreditaban un abuso de posición dominante mediante la instalación de válvulas destinadas a restringir el flujo de agua a un operador competidor. Aunque el análisis probatorio resulta menos sofisticado que en resoluciones posteriores, la SIC reconoció que la continuidad de dicha conducta podía afectar un servicio público esencial, constituyendo un daño de carácter irreversible (SIC, 2013; Londoño de Vivero, 2023).

Asimismo, el marco jurídico nacional establece ciertos criterios normativos para la adopción de medidas cautelares en materia de competencia. De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, la autoridad puede ordenar la suspensión inmediata de una conducta investigada cuando, a su juicio, esta pueda afectar la eficacia de la decisión definitiva, lo que exige una valoración preliminar tanto de la infracción como del riesgo de daño (Congreso de la República de Colombia, 2009).

Este estándar incorpora elementos reconocidos en el derecho comparado, como la verosimilitud de la infracción investigada (*fumus boni iuris*) y la urgencia derivada de un perjuicio grave o de difícil reversión (*periculum in mora*) (OCDE, 2024).

En este contexto, las resoluciones administrativas que han impuesto medidas cautelares permiten observar cómo la autoridad interpreta y aplica los criterios normativos en función de las particularidades

<sup>4</sup> Modelo alternativo al sistema Cross Border, conocido como “Agente de Retención Local” (*Local Capture Agent*, LCA por sus siglas en inglés).

de cada caso. El parámetro  $H_2$  puede inferirse a partir de la descripción de posibles afectaciones irreversibles: en *Agua en Bloque*, por la interrupción de un servicio público; en *Pediatras*, por la amenaza a la continuidad de la atención médica; en *Ferlag*, por la exclusión anticipada de un competidor regional; en *Ruta del Sol*, por la consolidación de relaciones contractuales difíciles de revertir; y en *Visa y Mastercard*, por la distorsión de las condiciones de un sistema de pagos de amplio alcance.

Estas valoraciones ofrecen una base empírica valiosa para explorar, de forma más estructurada, el dilema que enfrentan las autoridades regulatorias al decidir si intervenir o no ante una posible infracción, considerando los riesgos asociados a ambos cursos de acción.

La eficacia de una medida cautelar depende en gran medida del momento en que se adopta. Como señalan Caminade et al. (2020), la autoridad debe decidir sobre la intervención en el tiempo  $t_{IM}$  cuando solo dispone de información parcial sobre la conducta investigada, mientras que la conclusión definitiva del caso ocurre en el tiempo  $T$ , una vez finalizada la investigación. Si el intervalo entre  $t_{IM}$  y  $T$  es extenso, el riesgo de que se consoliden efectos anticompetitivos irreversibles se incrementa sustancialmente. La experiencia colombiana confirma esta dinámica: los procedimientos correspondientes a los casos resueltos en 2010, 2013, 2017, 2018 y 2022 registraron duraciones variables, que en su conjunto oscilan entre uno y ocho años desde la denuncia o apertura de la investigación hasta la resolución definitiva del procedimiento, mediante una sanción formal en algunos casos, y en otros, con procesos aún en curso al momento de esta revisión.

Las resoluciones analizadas advierten que, de no haberse intervenido oportunamente, los efectos excluyentes o distorsionadores se habrían intensificado, limitando la eficacia de cualquier sanción posterior. Estos casos ilustran empíricamente la relevancia del marco temporal propuesto, en la medida en que un mayor daño acumulable entre  $t_{IM}$  y  $T$  refuerza la justificación para intervenir cautelarmente bajo condiciones de incertidumbre.

Estas resoluciones evidencian que, cuando se decreta una medida cautelar, la SIC prioriza el error de inacción ( $H_2$ ) sobre el de acción ( $H_1$ ), reconociendo que la omisión puede causar distorsiones sistémicas en mercados sensibles. Sin embargo, no existe trazabilidad sobre los casos en que la autoridad optó por no intervenir o negó la solicitud, lo cual limita el análisis empírico de la racionalidad cautelar del regulador. Dado que muchas decisiones denegatorias no se hacen públicas, se desconoce el universo completo de situaciones en las que se aplicó

un umbral de decisión elevado ( $p$  alto), privilegiando la precaución jurídica sobre la urgencia económica.

Esta limitación sugiere la existencia de un sesgo de selección estructural: solo se documentan y estudian aquellas resoluciones que culminan con la imposición de medidas, mientras que los casos archivados o resueltos sin intervención no permiten evaluar con claridad los criterios de exclusión. Como resultado, la arquitectura institucional del análisis cautelar permanece opaca y reactiva, lo que reduce la efectividad del sistema de protección de la competencia en su dimensión preventiva.

El análisis de resoluciones emitidas por la SIC revela que, si bien el ordenamiento jurídico contempla expresamente el uso de medidas cautelares, su aplicación ha sido limitada y episódica, con apenas seis casos relevantes desde 1992. Esta baja frecuencia de uso refleja no solo el carácter excepcional que se atribuye a esta herramienta dentro del procedimiento administrativo sancionador, sino también una cultura institucional de intervención restringida, caracterizada por elevados niveles de aversión al riesgo dentro de la función pública. Esta propensión a la inacción no puede explicarse únicamente por restricciones normativas o ausencia de casos, sino que responde a una dinámica más profunda asociada a los incentivos que enfrentan los funcionarios encargados de adoptar decisiones cautelares.

### **3. DISTORSIONES INSTITUCIONALES EN LA DECISIÓN CAUTELAR: UNA EXTENSIÓN DEL MODELO ECONÓMICO DESDE LA TEORÍA PRINCIPAL-AGENTE**

La determinación del umbral óptimo de en la práctica no constituye una cuestión probabilística derivada de la ponderación entre los dos tipos de errores analizados hasta aquí. Por el contrario, está profundamente condicionada por factores institucionales y contextuales que modelan el comportamiento y los incentivos de los funcionarios públicos responsables, y que deberían incorporarse de alguna manera en el análisis normativo que acá se presenta. En efecto, la fijación del umbral de decisión se ve influida por incentivos institucionales, la cultura organizacional y marcos legales que pueden premiar o castigar a los funcionarios según los resultados de sus decisiones. Así, el riesgo percibido de enfrentar sanciones disciplinarias o responsabilidades patrimoniales empuja a muchos reguladores a elevar el umbral, priorizando la minimización del error de acción, aun a costa de aceptar un mayor riesgo de inacción.

En Colombia, esta problemática se agrava debido a la rigidez institucional y los altos niveles de responsabilidad patrimonial y disciplinaria que enfrentan los servidores públicos. Esta situación genera una fuerte aversión al riesgo e “*irreflexividad institucional*”, donde los funcionarios prefieren evitar decisiones que puedan derivar en sanciones, incluso si la inacción produce efectos adversos en el mercado.

El análisis institucional de la función pública en materia de medidas cautelares puede enmarcarse en el modelo principal-agente, que conceptualiza la relación entre el Estado (como principal) y los funcionarios públicos (como agentes). En este contexto, el principal busca que los agentes actúen en función del interés público, adoptando decisiones que maximicen el bienestar general, como la implementación oportuna de medidas preventivas para proteger la competencia. Sin embargo, la asimetría informativa, los costos de supervisión y las consecuencias personales que enfrentan los agentes generan problemas clásicos de agencia, en los que el agente puede actuar con reticencia o desviarse de los objetivos del principal (Ross, 1973; Mitnick, 1975; Jensen & Meckling, 1976).

Una característica clave que condiciona esta dinámica es la ausencia —o insuficiencia— de reglas de razonabilidad que orienten la evaluación de errores por parte de los funcionarios públicos. El modelo principal-agente aplicado al sector público sugiere que, en ausencia de tales reglas, los agentes adoptan posturas conservadoras que elevan el umbral de decisión para intervenir (Mitnick, 1975).

En la práctica, esta dinámica se traduce en demoras sistemáticas en la adopción de medidas cautelares y en una baja utilización de esta herramienta, a pesar de su respaldo normativo y de la existencia de indicios que justifican su aplicación. En términos del modelo del “umbral”, esta rigidez institucional incrementa el parámetro  $p$  —la probabilidad mínima requerida para actuar— hasta niveles que, en la práctica, obstaculizan la acción preventiva. Ello ocurre porque los costos personales percibidos por el agente superan con creces los beneficios sociales asociados a una intervención oportuna.

En particular, la existencia de un régimen disciplinario y patrimonial estricto, la percepción de un riesgo personal elevado ante posibles sanciones, y la ausencia de mecanismos que reconozcan un margen razonable de error técnico inducen a los funcionarios a elevar artificialmente el umbral de decisión. Esta situación se traduce en una conducta precautoria excesiva, caracterizada por la inacción o la demora en la adopción de medidas cautelares, incluso cuando existe evidencia técnica suficiente para justificar la intervención.

Esta dinámica genera un dilema regulatorio: fijar un umbral demasiado alto conduce a la parálisis institucional, donde la aversión al riesgo de equivocarse frena la aplicación de medidas necesarias; mientras que un umbral demasiado bajo puede provocar intervenciones excesivas, dañando la competencia y generando incertidumbre en los agentes económicos.

Este fenómeno puede representarse mediante una extensión del modelo clásico, incorporando un parámetro adicional  $\varepsilon$ , que refleja los costos percibidos por el funcionario público asociados a posibles consecuencias disciplinarias, fiscales o reputacionales en caso de adoptar una medida cautelar que luego sea considerada indebida. A diferencia del análisis neutral, en el que los costos  $H_1$  y  $H_2$  se limitan a los efectos económicos de actuar o no actuar, la inclusión de  $\varepsilon$  permite capturar cómo el entorno institucional distorsiona la percepción del riesgo. Formalmente, esta situación se expresa modificando la ecuación base de decisión:

$$p * H_2 > (1 - p) * (H_1 + \varepsilon)$$

donde  $\varepsilon$  se suma exclusivamente al término de error de acción, pues es este el que conlleva consecuencias personales directas para el agente. Al despejar la desigualdad, se obtiene un nuevo umbral ajustado:

$$p^* = \frac{H_1 + \varepsilon}{H_1 + H_2 + \varepsilon}$$

Este umbral elevado, que en ningún caso representa una transformación monótona del umbral refleja que, aun si el balance entre  $H_1$  y  $H_2$  fuera equilibrado desde una lógica de bienestar social, el riesgo institucional personal que percibe el funcionario público lo lleva a requerir un mayor grado de certeza para actuar. En la práctica, este ajuste implica que el umbral de decisión se incrementa artificialmente, volviendo menos probable la imposición de medidas cautelares oportunas, incluso cuando la evidencia técnica lo justifica. Esta dinámica institucional termina privilegiando la autoprotección del agente sobre la intervención eficiente, consolidando un patrón de inacción que debilita la capacidad preventiva de la política de competencia. Para verlo, obsérvese que:

$$\frac{\partial p}{\partial \varepsilon} = \frac{H_2}{(H_1 + H_2 + \varepsilon)^2} > 0$$

Esta expresión muestra que el impacto de los costos personales sobre el umbral de decisión es positivo pero decreciente. Cada aumento

en  $\varepsilon$  eleva el umbral, pero lo hace de forma no lineal, es decir, con una pendiente cada vez menor. No obstante, la acumulación de estos costos resulta suficiente para inclinar la decisión hacia la inacción, incluso en casos que justificarían una intervención preventiva desde una perspectiva técnica y de bienestar social.

#### 4. CONCLUSIÓN

Este análisis permite concluir que el modelo técnico de decisión no es suficiente para explicar el comportamiento real de las autoridades en materia cautelar. Más allá de los criterios económicos y probabilísticos, la conducta del regulador está condicionada por el diseño institucional en el que opera, en particular por los incentivos y el riesgo percibido que enfrenta el funcionario individual en un entorno de control sancionatorio estricto. En este contexto, se vuelve indispensable introducir un ajuste al modelo que capture estas distorsiones.

La inclusión del parámetro  $\varepsilon$  —entendido como el costo institucional percibido por el agente— no solo modifica la función de decisión individual, sino que revela una falla de diseño en la arquitectura del control público. Desde la teoría del principal-agente, esta situación evidencia una divergencia entre los objetivos del principal (proteger la competencia y el interés general mediante intervenciones oportunas) y los incentivos reales del agente, quien internaliza principalmente el riesgo de sanción derivado de un error de acción. En ausencia de mecanismos que mitiguen dicho riesgo, la racionalidad individual conduce al agente a elevar el umbral de actuación por encima del nivel socialmente eficiente.

En términos prácticos, lo anterior equivale a que  $p^*$  deja de reflejar únicamente los costos sociales esperados de intervenir o no intervenir, para incorporar también elementos de racionalidad defensiva individual. La paradoja es evidente: el diseño normativo, al pretender controlar el poder público mediante sanciones severas, termina desincentivando su ejercicio justo en los momentos donde es necesario para prevenir daños irreparables. Así, el modelo extendido con no solo expone un problema de decisión bajo incertidumbre, sino que diagnostica un desajuste estructural entre responsabilidad institucional y acción regulatoria eficiente.

Este hallazgo tiene implicaciones significativas para la política pública. Si se desea fortalecer la capacidad preventiva del Estado en materia de competencia, no basta con ajustar estándares probatorios o ampliar facultades legales. Las reformas legales aisladas resultan

insuficientes si no se modifican las estructuras de incentivos que hoy penalizan la acción y recompensan la inacción. Solo así podrá reducirse el peso de  $\varepsilon$  en la decisión individual del agente y restituirse un equilibrio funcional entre responsabilidad, riesgo y eficacia regulatoria.

Desde esta perspectiva, el análisis sugiere al menos tres líneas de acción. En primer lugar, se requiere una revisión de los marcos de responsabilidad disciplinaria y patrimonial aplicables a los funcionarios que ejercen funciones sancionatorias, con el fin de establecer márgenes claros de actuación razonable frente a decisiones adoptadas bajo incertidumbre. En segundo lugar, resulta clave incorporar criterios institucionales de proporcionalidad *ex ante* que permitan fundamentar medidas preventivas cuando exista evidencia técnica sólida, aunque no concluyente, superando así el requisito de certeza absoluta que actualmente limita la acción temprana. En tercer lugar, sería recomendable crear mecanismos internos de respaldo jurídico y protección institucional para decisiones cautelares adoptadas de buena fe técnica y dentro de estándares razonables.

Finalmente, futuras investigaciones podrían profundizar este análisis mediante el estudio sistemático de resoluciones denegatorias no publicadas, la aplicación de encuestas estructuradas a funcionarios de la SIC sobre percepción de riesgo y toma de decisiones, o el desarrollo de estudios comparados con jurisdicciones que han adoptado estándares más dinámicos de intervención cautelar. Estos desarrollos permitirían cerrar la brecha entre capacidad legal y acción efectiva, fortaleciendo la función preventiva del derecho de la competencia en Colombia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Caminade, C., Fabra, N., & Rey, P. (2020). *Interim measures in antitrust investigations: An economic perspective* (CEPR Discussion Paper No. DP14609). Centre for Economic Policy Research.
- Comisión Europea. (2021). *Informe del consejero auditor: Broadcom – Procedimiento de medidas provisionales (Asunto AT.40608)*. Diario Oficial de la Unión Europea, C 81/11.
- Congreso de Colombia. (2009). Ley 1340 de 2009, por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Diario Oficial No. 47.417, 24 de julio de 2009.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). *Ley 1564 de 2012 por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 48.489. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48425>



- Jensen, M. C., & Meckling, W. H. (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305–360.
- Leubsdorf, J. (1978). The standard for preliminary injunctions. *Harvard Law Review*, 91(2), 525–566.
- Londoño de Vivero, D. E. (2023). Las medidas cautelares en el derecho de la competencia: desarrollo en Colombia 1992–2022 / Interim measures in competition law: Colombia's experience 1992–2022. *Vniversitas Jurídica*, 72, 1–34. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.mcdc>
- Mitnick, B. M. (1975). The theory of agency: The policing “paradox” and regulatory behavior. *Public Choice*, 24(1), 27–42.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2022). *Interim measures in antitrust investigations (OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 283). OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/5a3242e9-en>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2024). Medidas cautelares en investigaciones de abuso de posición dominante en América Latina y el Caribe (Documentos de las mesas redondas sobre política de competencia de la OCDE). <https://doi.org/10.1787/20758677>
- Posner, R. A. (1972). *Economic analysis of law*. Little, Brown and Company.
- Presidencia de la República de Colombia. (2011). *Decreto 4886 de 2011, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio*. *Diario Oficial*, No. 48.234. [https://sedeelectronica.sic.gov.co/sites/default/files/contenidosAdjuntos/Decreto\\_4886\\_de\\_2011.pdf](https://sedeelectronica.sic.gov.co/sites/default/files/contenidosAdjuntos/Decreto_4886_de_2011.pdf)
- Presidencia de la República de Colombia. (2022, enero 24). *Decreto 092 de 2022: Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se determinan las funciones de sus dependencias*. *Diario Oficial*, No. 51.951. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=176826>
- Ross, S. A. (1973). The economic theory of agency: The principal's problem. *The American Economic Review*, 63(2), 134–139.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). *Comentarios a proyectos de Ley*. <https://www.sic.gov.co/abogacia-de-la-competencia/comentarios-proyectos-de-Ley>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2010). *Resolución 35019 de 2010*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2013). *Resolución 9907 de 2013*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2017). *Resolución 5216 de 2017*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2018). *Resolución 12011 de 2018*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2022). *Resolución 48720 de 2022*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2024). *Resolución 62110 de 2024*.