

**9ª Conferencia de las Naciones Unidas sobre Competencia y Protección del
Consumidor
Sala XIX, Palais des Nations
Ginebra
7-11 de julio de 2025**

**Medidas Cautelares en la Política de Competencia:
Un Análisis de Riesgos e Incentivos en la Función Pública Colombiana**

Contribución

Señor Juan Pablo Herrera Saavedra

Señora Laura María Zapata Burgos

Este material se ha reproducido en el idioma y la forma en que se facilitó. Las opiniones expresadas son las del autor y no reflejan necesariamente los puntos de vista de Comercio y Desarrollo de la ONU.

MEDIDAS CAUTELARES EN LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: UN ANÁLISIS DE RIESGOS E INCENTIVOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA COLOMBIANA¹

Juan Pablo Herrera Saavedra²
Laura María Zapata Burgos³

Resumen:

Este documento analiza por qué la autoridad de competencia colombiana, la Superintendencia de Industria y Comercio, ha aplicado con tan poca frecuencia las medidas cautelares previstas en el régimen particular de libre competencia, a pesar de su utilidad preventiva. A partir de un modelo microeconómico de umbral de decisión bajo incertidumbre, se introduce una extensión institucional que incorpora el riesgo percibido por los funcionarios públicos frente a sanciones disciplinarias, fiscales o reputacionales. El análisis muestra que la baja aplicación de estas medidas no se explica solo por criterios técnicos o normativos propios a la figura cautelar, sino por incentivos de índole institucional dentro del Estado que desalientan la intervención. Esta perspectiva permite entender la inacción como un resultado racional en contextos de aversión al riesgo personal, y sugiere que cualquier reforma eficaz deberá atender no solo al diseño legal propio al régimen de competencia, sino también a la arquitectura de incentivos que condiciona la conducta de los agentes estatales.

Palabras clave: Medidas cautelares, política de competencia, incentivos institucionales, responsabilidad pública, política de competencia económica, Colombia.

Abstract:

This paper examines why Colombia's competition authority, the Superintendence of Industry and Commerce, seldom applies interim measures, despite their preventive value within the legal framework. Building on a decision-threshold model under uncertainty, the study introduces an institutional extension that accounts for the perceived risk of disciplinary, fiscal, or reputational sanctions faced by public officials. The analysis reveals that the limited use of such measures is not merely due to legal or technical constraints, but rather to institutional incentives that discourage intervention. This perspective frames regulatory inaction as a rational outcome in risk-averse bureaucratic contexts and suggests that effective reform must address not only formal legal design, but also the incentive architecture that shapes public agents' behavior.

Key words: Interim measures, competition policy, institutional incentives, administrative liability, economic competition policy, Colombia.

¹ 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.

² Universidad Externado de Colombia. E-mail: juan.herrera@uexternado.edu.co

³ Universidad Externado de Colombia. E-mail: laura.zapata4@uexternado.edu.co

I. 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 los cuales pueden materializarse entre el momento de apertura de investigación y la finalización de la misma, una vez se ha demostrado totalmente la responsabilidad de quienes han ejecutado 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 una pregunta central: ¿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 aporte principal de esta investigación consiste en proponer una explicación que trasciende las limitaciones legales o probatorias habitualmente señaladas. A partir de 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 propuestos por Caminade, Chapsal y Penglase (2020), que incorpora los riesgos disciplinarios y fiscales percibidos por los funcionarios públicos en la manera como está definido el problema. Esta perspectiva permite comprender la inacción no como un defecto operativo, sino como una consecuencia racional de los incentivos estructurales que configuran la función pública. En este sentido, el trabajo ofrece una contribución original al debate sobre el alcance real de la potestad cautelar en el derecho administrativo sancionador.

Para abordar este asunto, la estructura del documento es la siguiente. En primer lugar, se presentan 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. Por último, se discuten las implicaciones regulatorias del modelo propuesto y se plantean recomendaciones

para alinear mejor los incentivos del agente estatal con los objetivos de protección del interés público.

II. Decisión cautelar en competencia: modelo económico, fundamentos y prácticas institucionales.

Las medidas cautelares constituyen un mecanismo jurídico esencial en la política de competencia, orientadas a prevenir daños irreparables en el mercado durante la tramitación de investigaciones administrativas. En Colombia, la SIC cuenta con competencia legal para ordenar medidas cautelares orientadas 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), le permite a la autoridad de competencia, en este caso al Superintendente de Industria y Comercio en particular, actuar preventivamente para proteger la eficiencia del mercado, la libre participación de los agentes en el mercado y el bienestar general de los consumidores, de acuerdo con lo previsto 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 es limitada y está marcada por una alta incertidumbre institucional y jurídica (Presidencia de la República de Colombia, 2011).

La literatura jurídica ha señalado consistentemente 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, s.f.). En esta misma línea, la jurisprudencia en América Latina, y en particular en Colombia, ha reiterado que la imposición de estas medidas exige un análisis riguroso, orientado a evitar perjuicios innecesarios para los sujetos investigados, pero también 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 se sustenta en el 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 requiere especial cuidado. Es imprescindible que las autoridades evalúen con precisión la urgencia del caso, la proporcionalidad de la intervención y el riesgo de incurrir en errores que puedan comprometer derechos o afectar indebidamente a las empresas investigadas. En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha advertido que las autoridades deben utilizar estas medidas de manera estratégica y prudente, minimizando tanto los errores en su aplicación como los riesgos reputacionales asociados a decisiones precipitadas (OCDE, 2024).

Más allá del estándar jurídico nacional, diversas experiencias internacionales ofrecen marcos institucionales que buscan 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 un enfoque más proactivo, reconociendo que la intervención temprana puede ser 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). Otro caso 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 mercados digitales y financieros 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 es un ejemplo de coordinación y respuesta convergente ante 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 el punto de vista económico, en el marco de la política de competencia, la decisión de imponer medidas cautelares implica un análisis riguroso de los riesgos asociados a dos posibles errores regulatorios que la autoridad podría incurrir en un escenario en el que la información no es completa, toda vez que la conducta no ha sido plenamente demostrada: el error de acción (H1) y el error de inacción (H2). El error de acción se refiere a la imposición de una medida cautelar cuando de manera *ex post* se reconoce que no era pertinente adoptar la medida, lo que genera 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 de forma *ex post* se encuentra probada la conducta y la respectiva afectación al interés general, lo cual puede ocasionar daños irreparables o de difícil reversión en la dinámica competitiva y en el bienestar del consumidor.

En esas circunstancias es de advertir que el tiempo en el que se decide sobre la medida cautelar es decisivo. Si efectivamente existe una justificación fundada de un daño inminente derivado de una conducta restrictiva de la competencia, la oportunidad de acción será decisiva a efecto de minimizar la respectiva afectación al interés general, reconociendo que solo hasta el final de la investigación se podrá tener la certeza de la responsabilidad de los investigados, aunque para el mercado dicha certeza sea demasiado tarde en conocerla.

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 con la imposición de una medida cautelar. Formalmente hablando, en adelante en este escrito, 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 construir 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, se actúa cuando la relación entre los riesgos y consecuencias de ambos escenarios justifica la adopción de una medida cautelar, atendiendo a criterios de eficiencia y precaución. Formalmente, esta condición puede expresarse como:

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

donde p es la probabilidad condicional atribuida por la autoridad a que efectivamente exista una conducta anticompetitiva dañina, H_2 representa el 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, especialmente 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 decisiones sobre medidas cautelares por parte de autoridades regulatorias, bajo condiciones de incertidumbre y asimetría de información, adaptando el análisis de errores tipo I (H_1) y tipo II (H_2) a las decisiones sobre medidas cautelares en contextos regulatorios.

Esta expresión formaliza el razonamiento que subyace a las decisiones cautelares: cuanto más grave o irreversible sea el posible daño al mercado por no intervenir, en términos relativos al daño al mercado por la intervención, menor deberá ser el umbral de certeza exigido.

En cambio, si se estima 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 umbral de decisión alto para intervenir en un caso particular, lo que 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 o la omisión en la actuación pueden permitir que se materialicen 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, no importa tanto el daño en términos absolutos de cada escenario, sino su comparación en términos relativos a efectos de definir un umbral de decisión, lo que hace necesariamente que se defina un lente caso por caso para avanzar en la pertinencia o no de la respectiva medida cautelar.

A partir de esta lógica, se puede definir el umbral de decisión p^* 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^* , entonces 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 fortalecido 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 la probabilidad de que la conducta sea finalmente considerada anticompetitiva y la relación entre los daños irreparables derivados de decisiones erróneas de acción o inacción.

Además, se incorporan factores institucionales como los costos fijos de implementación y los costos reputacionales asociados a la imposición incorrecta de la medida, los cuales elevan 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 ha revelado una tendencia a la cautela y restricción en la adopción de medidas cautelares. Según la OCDE (2022), esta tendencia responde a un alto estándar probatorio exigido por los jueces y 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 muestra una estructura metodológica que, si bien es formalmente uniforme, varía en profundidad argumentativa y calidad probatoria. Tal como lo documenta Londoño de Vivero (2023), a la fecha de publicación de su artículo la SIC había emitido hasta la fecha 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), Visa y Mastercard (Resolución 48720 de 2022). A esta lista puede ahora sumarse una sexta resolución, COTELCO (Resolución 62110 de 2024).

En ellas, se observan tres elementos comunes: identificación preliminar de una posible infracción al régimen de libre competencia (*fumus commissi delicti*), riesgo de daño grave e irreversible derivado de la demora procesal (*periculum in mora*) y análisis de proporcionalidad de la intervención frente al perjuicio evitado (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 presunta coordinación de tarifas en el contexto de la COP16. En este caso, la autoridad identificó indicios de una infracción al régimen de libre competencia derivados del uso del Sistema de Información Hotelero (SIH), así como de actos de influenciación directa por parte de COTELVALLE. La resolución argumenta que, de no suspenderse inmediatamente el uso del SIH y las conductas asociadas, se podría causar un daño grave e irreversible a la dinámica competitiva del mercado hotelero durante un evento internacional de alto impacto. La intervención se justifica así por 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 existencia de una serie de prácticas anticompetitivas en un proceso de licitación pública y la necesidad de suspender el contrato estatal para evitar que “las rentas ilícitas se consoliden en el tiempo” (SIC, 2017). Este razonamiento integra con claridad los elementos de urgencia, daño proyectado y desviación grave de las condiciones de competencia. De manera similar, en la Resolución 48720 de 2022 (Visa y Mastercard), se argumenta que la implementación de nuevas reglas por parte de las franquicias podría excluir a agentes del modelo LCA, incrementando los costos en un 600–1000 %, lo que justifica 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 fundamenta su decisión en pruebas técnicas que acreditan un abuso de posición de dominio mediante la instalación de válvulas que restringían el flujo de agua a un operador competidor. Aunque el análisis probatorio es menos sofisticado que en los casos posteriores, la SIC reconoce que la continuidad de dicha conducta afectaría un servicio público esencial, constituyendo un daño de naturaleza 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 de la infracción y 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 conducta (*fumus boni iuris*) y la urgencia basada en 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 dichos criterios en función de las características del caso concreto. El parámetro H_2 , se infiere de la descripción de posibles afectaciones irreversibles: en el caso de 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 condiciones en un sistema de pagos de amplio alcance. Estas valoraciones ofrecen una base empírica para explorar de forma más estructurada el dilema que enfrentan los reguladores 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 está condicionada al momento en que se adopta. Como señalan Caminade et al. (2020), la autoridad decide 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, pues los procedimientos correspondientes a los casos resueltos en 2010, 2013, 2017, 2018 y 2022 registraron duraciones de tres, uno, ocho, tres y dos años, respectivamente.

Las resoluciones advierten que, de no haberse intervenido oportunamente, los efectos excluyentes o distorsionadores se habrían profundizado, lo que habría limitado 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 la medida se decreta, la SIC prioriza el error de inacción (H2) sobre el de acción (H1), 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 medida solicitada, 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 casos en los que se aplicó un umbral de decisión elevado (p alto), privilegiando la precaución jurídica sobre la urgencia económica.

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

El análisis de resoluciones de la SIC revela que, aunque legalmente está previsto el uso de medidas cautelares, su aplicación ha sido limitada y episódica, con solo cinco casos significativos desde 1992. Esta baja tasa de uso refleja no solo la excepcionalidad jurídica con que se concibe esta herramienta dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, sino también una cultura institucional de intervención restringida, caracterizada por altos 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; por el contrario, responde a una dinámica más profunda relacionada con los incentivos que enfrentan los funcionarios encargados de tomar decisiones cautelares.

III. Distorsiones institucionales en la decisión cautelar: una extensión del modelo económico desde la teoría principal-agente.

No obstante, la determinación del umbral óptimo de p en la práctica no es meramente una cuestión probabilística que responda exclusivamente a la ponderación o valoración de los dos posibles daños hasta acá mencionados. Está fuertemente influida 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 la práctica, la fijación de este umbral está influido por incentivos institucionales, cultura organizacional y

marcos legales que pueden premiar o castigar a los funcionarios públicos según el resultado de sus decisiones. Así, el riesgo percibido de sanciones disciplinarias o responsabilidades patrimoniales puede empujar a los reguladores a elevar el umbral, priorizando la minimización del error de acción a costa de tolerar mayores riesgos 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 aversión al riesgo e "*irreflexividad institucional*", donde los funcionarios prefieren evitar decisiones que puedan derivar en sanciones, incluso si la inacción implica perjuicios para el mercado.

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

Una característica clave que afecta esta dinámica es la ausencia o insuficiencia de reglas de razonabilidad que guíen la evaluación de errores por parte de los funcionarios públicos. El modelo principal-agente aplicado al sector público sugiere que la falta de reglas de razonabilidad para evaluar errores induce a posturas conservadoras que elevan el umbral para actuar (Mitnick, 1975). En la práctica, esta dinámica se traduce en demoras en la adopción de medidas cautelares y en una baja utilización de esta herramienta a pesar de su presencia legal, pese a la evidencia o sospecha de prácticas anticompetitivas que podrían dañar el mercado. En términos del modelo del "umbral", esta rigidez institucional incrementa el parámetro p , la probabilidad de actuar, hasta un nivel que en realidad dificulta la acción preventiva, pues los costos personales percibidos por el agente superan con creces los beneficios sociales de intervenir oportunamente.

En particular, la existencia de un régimen disciplinario y patrimonial estricto, la percepción del riesgo personal de sanciones, y la ausencia de mecanismos que permitan un margen razonable de

error técnico, inducen a los funcionarios a elevar artificialmente el umbral de decisión. Esto se traduce en una conducta precautoria excesiva caracterizada por la inacción o la demora en la imposición de medidas cautelares, a pesar de la existencia de evidencia técnica suficiente para intervenir.

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 ε , 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 corresponden únicamente a los efectos económicos de actuar o no actuar, la inclusión de ε 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 ε 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, el cual 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 es positivo pero decreciente. Cada aumento en ε eleva el umbral, pero lo hace de forma no lineal, es decir, con un efecto cada vez menor. Aun así, la acumulación de estos costos basta para inclinar la decisión hacia la inacción, incluso cuando el caso ameritaría una intervención preventiva.

IV. Conclusión.

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

La inclusión del parámetro ε (entendido como el costo institucional percibido por el agente) no solo ajusta la función de decisión del agente, sino que revela una falla de diseño en la arquitectura institucional del control público. Desde la teoría del principal-agente, esta situación refleja 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 exclusivamente el riesgo de sanción por el error de acción. En ausencia de mecanismos que compensen o mitiguen ese riesgo, la racionalidad individual del agente lo conduce a elevar el umbral de actuación más allá de lo socialmente eficiente.

En términos prácticos, lo anterior equivale a que p^* deja de reflejar únicamente los costos sociales esperados de intervenir o no intervenir, y pasa a incorporar elementos de racionalidad defensiva individuales. La paradoja es clara: el diseño normativo, al buscar controlar el poder público mediante sanciones estrictas, termina desincentivando su uso en los momentos donde es necesario

para evitar daños irreparables. Así, el modelo extendido con ε no solo ilustra un problema de decisión bajo incertidumbre, sino que diagnostica un desajuste estructural entre la responsabilidad institucional y la acción regulatoria eficiente.

Este hallazgo tiene implicaciones relevantes para la política pública. Si se desea fortalecer la capacidad preventiva del Estado en la protección de la competencia, no basta con ajustar estándares probatorios o ampliar facultades legales. 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 ε en la decisión individual del agente y restituirse un equilibrio funcional entre responsabilidad, riesgo y eficacia regulatoria.

En términos de política pública, este 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.

Adicionalmente, 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:

- Caminade, C., Fabra, N., & Rey, P. (2020). *Interim measures in antitrust investigations: An economic perspective* (CEPR Discussion Paper No. DP14609).
- 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.
- OCDE (2022), “Interim Measures in Antitrust Investigations”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 283, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/5a3242e9-en>.
- OCDE (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
- 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*.