

Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RADICACION: 21-355619- -7-0	FECHA: 2021-09-22 16:48:28
DEPENDENCIA: 1007 GRUPO DE TRABAJO DE ABOGACÍA DE LA C	EVENTO: SIN EVENTO
TRAMITE: 396 ABOGACIA COMPETENCIA	FOLIOS: 17
ACTUACION: 440 RESPUESTA	

Doctor
DIEGO ANDRÉS MOLANO APONTE
Ministro
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
alvaro.soto@mindefensa.gov.co
usuarios@mindefensa.gov.co

Asunto:	Radicación:	21-355619
	Trámite	396
	Evento:	0
	Actuación:	440
	Folios:	17

Referencia: Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 Ley 1340 de 2009) frente al proyecto de Decreto: *“Por el cual se clasifica y reglamenta la tenencia y el porte de unas armas y se dictan otras disposiciones”* (en adelante, el (**Proyecto**)).

1

Respetado Doctor Lozano:

En respuesta a la comunicación de la Referencia, radicada por el Ministerio de Defensa Nacional (en adelante **MinDefensa**) el pasado 08 de septiembre de 2021¹, esta Superintendencia rinde concepto de Abogacía de la Competencia sobre el Proyecto en los siguientes términos: primero, se describirá el fundamento legal de la función de abogacía de la competencia; segundo, se expondrán los antecedentes así como las razones presentadas por el regulador para la expedición del Proyecto; tercero, se describirá la estructura de la iniciativa regulatoria en los términos en los que lo entiende esta Superintendencia; cuarto, se presentará el respectivo análisis desde la perspectiva de la libre competencia económica y, finalmente, se formularán algunas recomendaciones.

1. FUNDAMENTO LEGAL DE LA FUNCIÓN DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019:

¹ Resulta pertinente precisar que a través de requerimiento de fecha 08 de septiembre de 2021, se solicitó al Ministerio de Defensa aportar: (i) La respuesta dada al cuestionario contenido en la Resolución No. 44649 de 2010; (ii) Los estudios técnico-económicos que soportan la iniciativa regulatoria; y (iii) Las observaciones y sugerencias que el regulador haya recibido de terceros interesados del proyecto de regulación. El día 10 de septiembre de 2021 el regulador allegó la información solicitada.

"(...) la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio los actos administrativos que pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta."

De igual manera, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó el efecto jurídico que podría tener sobre los actos administrativos de las autoridades regulatorias el incumplimiento de las obligaciones del citado artículo en los siguientes términos:

"El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación el no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o el de apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta, en principio, sería la nulidad del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo"². (subrayado fuera del texto original)

2

Adicionalmente, es importante mencionar que los conceptos de abogacía cumplen labores preventivas de protección de la libre competencia. El Consejo de Estado ha indicado que el objeto de abogacía de la competencia es que el Estado no obstaculice las dinámicas del mercado con su actividad regulatoria. También pretende evitar que a través de actuaciones normativas se generen externalidades o se incremente el costo social de la regulación. La abogacía de la competencia no interfiere en la autonomía de los reguladores y su objetivo tampoco es sugerir medidas regulatorias. Dentro de las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante "SIC") se encuentra la de formular recomendaciones que esta autoridad considera pertinentes, desde la óptica de libre competencia económica, frente a los proyectos de regulación. En este sentido, el regulador mantiene la decisión final de expedir el acto administrativo acogiendo o no las recomendaciones de esta Superintendencia³.

Finalmente, el artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015 indicó la obligación de las autoridades de regulación de dejar constancia del análisis de abogacía de la competencia en la parte considerativa del acto administrativo con posible incidencia en la libre competencia económica. En este sentido, la autoridad correspondiente deberá consignar expresamente si consultó a la Superintendencia y si esta entidad emitió recomendaciones o no.

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

³ Consejo de Estado, Auto del 30 de abril de 2018 mediante el cual se decreta la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 2163 de 2016 "Por la cual se reglamenta el Decreto 2297 de 2015 y se dictan otras disposiciones", expedida por el Ministerio de Transporte e identificada con el radicado No.: 11001-03-24-000-2016-00481-00.

2. REGULACIÓN PROPUESTA

2.1. Antecedentes

2.1.1. Constitución Política de Colombia

El artículo 223 de la Constitución Política hace referencia a lo que se conoce como el monopolio constitucional de las armas en cabeza del Estado. En este sentido, la disposición constitucional establece que “sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente”.

2.1.2. Ley 61 de 1993

A través de esta Ley el Congreso de la República en ejercicio de la facultad conferida mediante el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar normas sobre “armas, municiones y explosivos, y para reglamentar la vigilancia y seguridad privadas”.

2.1.3. Decreto Ley 2535 de 1993

Mediante este Decreto Ley el Presidente de la República desarrolló las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 61 de 1993 y expidió las reglas jurídicas sobre armas, municiones y explosivos. Así las cosas, el Decreto Ley 2535 de 1993 se constituye en el marco jurídico que rige la tenencia y el porte de armas, municiones, explosivos y sus accesorios. Esta norma, en desarrollo del monopolio constitucional de las armas en cabeza del Estado, dispone la exclusividad del Estado en la introducción al país, exportación, fabricación y comercializar de armas, municiones, explosivos, así como respecto de las materias primas, maquinaria y artefactos para su fabricación. Además, señala que el Estado será quien ejerza el control sobre dichas actividades. En línea con lo anterior, esta norma dispone que los particulares excepcionalmente podrán poseer o portar armas sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, previo permiso expedido con base en la potestad discrecional de la autoridad competente.

El artículo 5 define armas como: “todos aquellos instrumentos fabricados con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona”. Por su parte, el artículo 6 define las armas de fuego como “las que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química”. Así mismo, el artículo 7 del mencionado Decreto Ley, clasifica las armas de fuego en: a) Armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública; b) Armas de uso restringido; y c) Armas de uso civil.

Finalmente, es preciso desatacar que el artículo 105 de la misma norma facultó al Gobierno Nacional para que en la medida en que surjan nuevas armas no clasificadas en el decreto se reglamente su tenencia y porte.



2.2. Descripción del Proyecto

El Proyecto inicia indicando que la regulación de las armas traumáticas como armas menos letales, se regirá por las reglas establecidas en el Decreto Ley 2535 de 1993 y sus modificaciones. Esto implica que en materia de armas traumáticas deberán observarse las normas y requisitos relacionadas con la tenencia, permisos, importación, exportación, fabricación, incautación, imposición de multas y decomiso establecidas en el decreto ley mencionado. Además, se señala que las armas traumáticas son diferentes a las de fogueo o a las de gas. Estas diferencias entre armas pueden ser apreciadas en la Figura No. 1.

Figura 1 – Definición de armas traumáticas, de fogueo y de gas

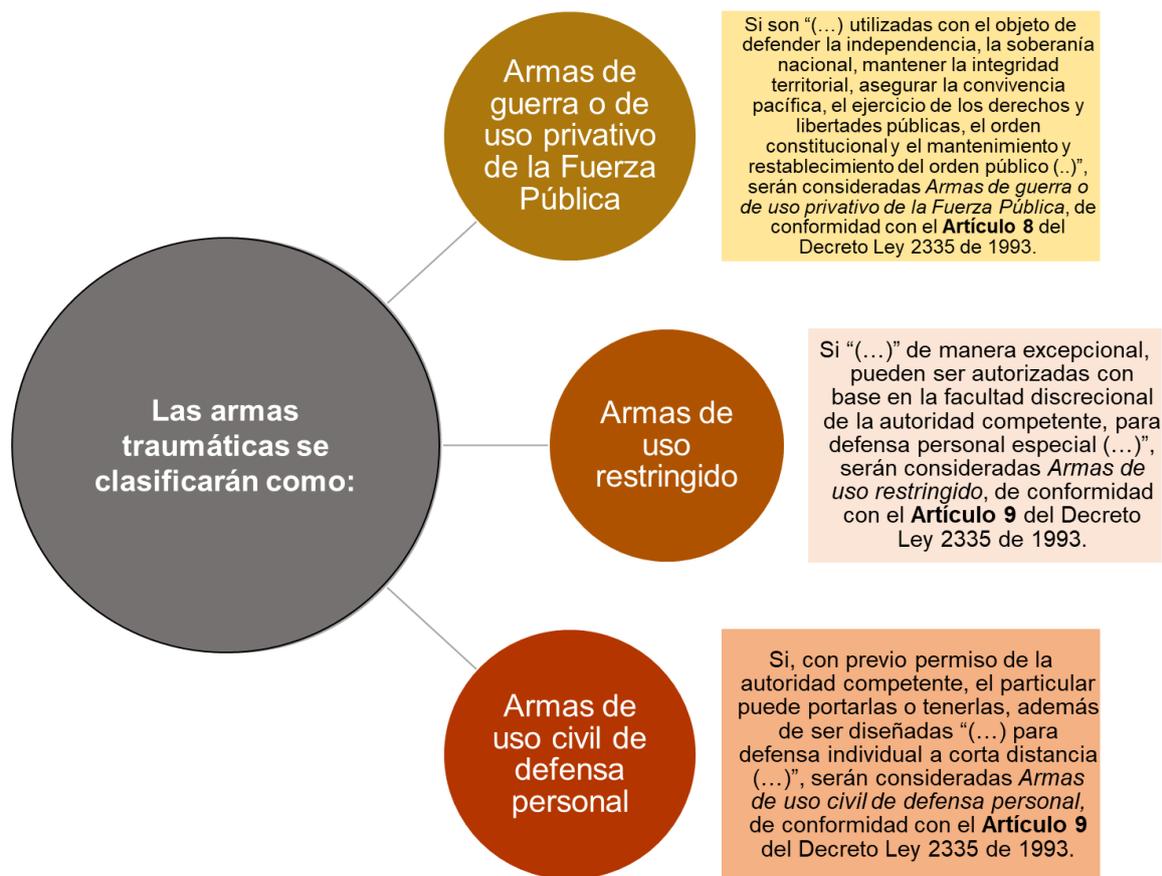
 <p style="text-align: center;">TRAUMATICAS ➔</p>	<p>Armas para la defensa personal que su impacto neutraliza fácilmente a un posible atacante; de cañón abierto que permite el paso de una goma como proyectil, disparados por cartuchos regulares de armas de fuego. Es importante resaltar que éstas se desarrollan como ‘réplicas’ de un arma de fuego real (Manco, 2020), suenan y se disparan como tal, y “...pueden penetrar o lacerar la piel, requerir extracción, lesionar los ojos, producir fracturas, conmoción cerebral, lesiones en órganos internos, hemorragias...” y “...si el disparo fue efectuado a corta distancia y sobre el pecho, el abdomen o la cabeza, estas lesiones pueden ser fatales...” (UNLIREC, 2016).</p>
 <p style="text-align: center;">FOGUEO ➔➔</p>	<p>También denominadas detonadoras, son réplicas con la única función de disparar munición de fogueo, reproduciendo las armas de fuego originales.</p> <p>El cartucho de fogueo o de salva, es un tipo de cartucho para armas de fuego que carece de proyectil o bala; esto cuando se trata de cartuchos metálicos, pero, cuando se trata de los semimetálicos (los de escopeta), no contienen perdigones ni ningún otro proyectil.</p>
 <p style="text-align: center;">GAS ➔</p>	<p>Neumáticas, Son armas cuyo mecanismo se acciona por un violento desplazamiento de aire ya sea aire comprimido o bien efecto de un gas comprimido llamado dióxido de carbono CO₂, que se encuentra dentro de una pequeña botella o pipeta dentro de las armas. Puede ser Pistolas, Revólveres, carabinas que disparan balines de plomo, de plástico o BBs y/o pintura.</p>

Fuente: Investigación Armas traumáticas desde la visión Técnico-Científica y Criminológica – Policía Nacional, 2021⁴

De conformidad con lo anterior, el artículo 3 de la iniciativa regulatoria señala que las armas traumáticas se contemplan como armas menos letales, y las clasifican en alguna de las tipologías establecidas en el Decreto Ley 2535 de 1993. Esta categorización puede ilustrarse en la Figura No. 2.

⁴ Cfr. “Investigación Armas traumáticas desde la visión Técnico-Científica y Criminológica” del archivo PPT “PROYECTO DE INVESTIGACION ARMAS TRAUMATICAS ACTUALIZADO 28-05-21” del Proyecto, aportado al Expediente No. 21-355619. Aportado de manera virtual.

Figura No. 2 – Artículo 3 del Proyecto - Clasificación de las armas traumáticas en el marco del Decreto Ley 2535 de 1993

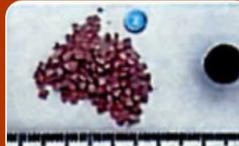


Fuente: Elaboración propia Superintendencia de Industria y Comercio con base en el Proyecto

Nótese que la clasificación previa parte del establecimiento de relaciones entre las armas traumáticas y las armas convencionales que han sido reguladas por el Decreto Ley 2535 de 1993. Por consiguiente, es claro para el MinDefensa que las asociaciones mencionadas parten de un conjunto de criterios, los cuales requirieron de la evaluación elaborada por la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL. En efecto, se llevó a cabo una comparación entre las armas convencionales y las armas traumáticas a efectos de determinar la necesidad de intervención regulatoria de estas últimas. Los análisis llevados a cabo por las autoridades referidas evidencian la similitud que existe en términos físicos y de funcionamiento (químico y físico) entre ambos grupos de armas. Además, a pesar de que el tipo de proyectil que expulsan las armas traumáticas es de goma, es posible modificar la estructura o munición de estas armas para incrementar su letalidad⁵.

⁵ Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL. "Estudio Balístico: Armas de Fuego vs Armas Traumáticas" 2021.

Figura No. 3 – Comparación entre un arma convencional y un arma traumática con base a criterios técnicos

	<p>Descripción técnica</p> <p>Ambas emplean la fuerza que resulta de la expansión de los gases que se producen de la combustión de una sustancia química para expulsar el proyectil.</p>
	<p>Descripción de las partes</p> <p>Ambas tienen: (1) Corredera, (2) empuñadura y alojamiento para proveedor, (3) cañón, (4) marco del receptor, (5) gatillo, (6) retén de proveedor, (7) palanca de desarme, (8) martillo, (9) eyector, (10) resorte de retroceso, y (11) barrilla guía del resorte de retroceso.</p>
	<p>Descripción de la unidad de carga</p> <p>La forma del cartucho convencional se asimila al denominado traumático en términos de sus formas, pues ambas tienen una vainilla cilíndrica con ranura. La diferencia está en el proyectil: el primero emplea proyectil cilindro ojival y el segundo utiliza un proyectil esférico en goma.</p>
	<p>Descripción de la unidad de carga descompuesta</p> <p>Ambas unidades de carga están compuestas por: (1) una vainilla, (2) una sustancia química (pólvora), (3) un proyectil, y (4) una fulminante cápsula iniciadora</p>

Fuente: Elaboración propia Superintendencia de Industria y Comercio con base en documentos técnicos del Proyecto

Así las cosas, la iniciativa regulatoria establece que los particulares podrán tener y/o portar las armas traumáticas de uso civil previo el permiso de la autoridad competente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 22 y 23 del Decreto Ley 2535 de 1993, los cuales regulan el permiso para la tenencia y para el porte de armas, respectivamente.

Por otro lado, el artículo 6 del Proyecto establece el procedimiento de marcaje para los ciudadanos interesados en legalizar y definir la situación jurídica sobre sus armas traumáticas. En este sentido, ante el régimen creado en el Proyecto, el ciudadano tiene dos opciones: (a) Entregar el arma, solicitar el marcaje y continuar con el trámite de registro y emisión del permiso de tenencia y/o porte del arma o, b) Entregar el arma voluntariamente en el caso en que decida no marcarla, ni adelantar el trámite de registro y emisión del permiso.

En lo que se refiere al término de devolución de las armas, el Proyecto establece que las personas naturales o jurídicas propietarias de armas traumáticas que cumplan con las características de armas de guerra o uso privativo y de uso deberán entregarlas al Estado, a partir de la expedición de la iniciativa regulatoria y hasta dentro de los seis (6) meses siguientes a su publicación. El mismo término aplicará para las personas naturales y jurídicas propietarias de armas traumáticas que cumplan con las características de uso civil de defensa personal, y que no quieran solicitar el permiso ante la autoridad competente.

Por su parte, el artículo 8 señala que las personas naturales o jurídicas que tengan armas traumáticas deberán realizar el marcaje de estas ante la autoridad competente en un plazo de ocho (8) meses contados a partir de la entrada en funcionamiento y operación del procedimiento que para ello establezca INDUMIL. Después de dicho trámite, contarán con ocho (8) meses adicionales para presentar la solicitud de permiso de tenencia y/o porte, cuyo término se contará a partir del marcaje y registro de cada arma traumática.

Para la solicitud del permiso de porte y/o tenencia de las armas traumáticas, el Proyecto establece en el artículo 9 que el interesado debe solicitar la cita con el Código Único de Atención Ciudadana Electrónica (ACE), lo cual se podrá hacer a través de los canales establecidos por la autoridad competente y, además, cumplir con los requisitos que se muestran en la tabla No. 1.

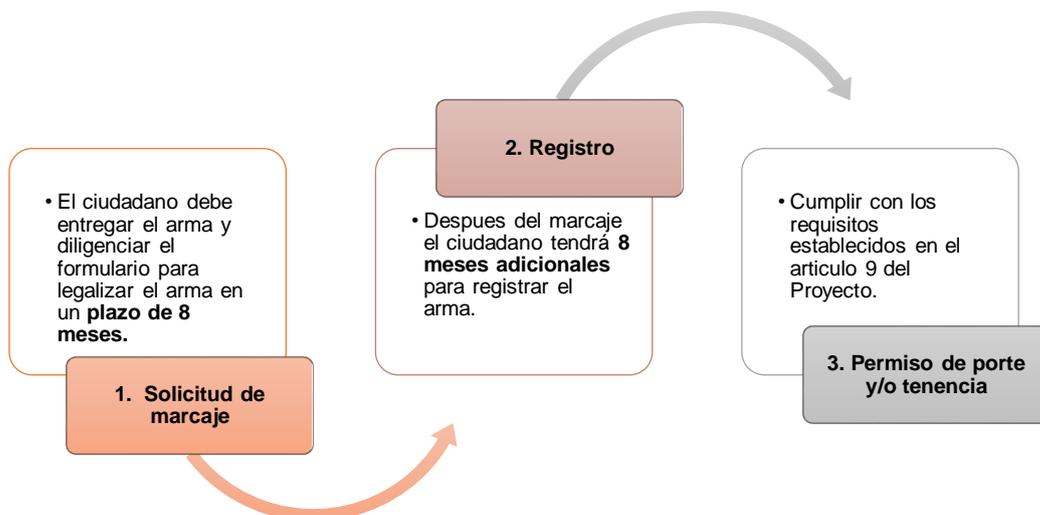
Tabla 1. Requisitos para la solicitud del permiso de porte y/o tenencia de las armas traumáticas

	Persona Natural	Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada
Requisitos	<ul style="list-style-type: none"> a) Cédula de ciudadanía b) Certificado médico de aptitud sicofísica expedido por entidades autorizadas por la Dirección General de Sanidad Militar. c) Certificado del curso de manejo de armas, expedidos por una entidad autorizada por el Departamento Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos. d) Factura de venta o declaración de importación del arma. 	<ul style="list-style-type: none"> a) Cédula de ciudadanía del representante legal. b) Concepto favorable emitido por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada vigente. c) Factura de venta o declaración de importación del arma

Fuente: Elaboración propia Superintendencia de Industria y Comercio con base en el Proyecto

El plazo que establece el Proyecto para el marcaje, registro y trámite de permiso de tenencia y/o porte de las armas traumáticas por parte de la autoridad competente es de ocho (8) meses, prorrogables hasta por ocho (8) meses más. A continuación, la Figura No. 4 ilustra el procedimiento que debe realizar el ciudadano interesado en legalizar, registrar y solicitar el permiso de porte y/o tenencia de armas traumáticas.

Figura No. 4. Procedimiento para el marcaje, registro y solicitud del permiso de porte de armas



Fuente: Elaboración propia Superintendencia de Industria y Comercio con base en el Proyecto

Adicionalmente, el artículo 15 incorpora el régimen de transición para el comercio de las armas traumáticas y dispone que los comerciantes, que al momento de entrar en vigencia la iniciativa regulatoria tengan registradas en sus balances e inventarios armas traumáticas, podrán comercializarlas en el plazo establecido en la presente disposición con excepción de las armas establecidas en el artículo 7 (armas de guerra o uso privativo y de uso restringido). El plazo para su comercialización será de dieciséis (16) meses siguientes a la fecha de publicación del acto administrativo definitivo. El comerciante deberá llevar un registro de quien las adquiere, salvo cuando se exporten dentro de los 16 meses.

Finalmente, se establece que en el caso de que los comerciantes no comercialicen o exporten las armas traumáticas dentro del plazo establecido, o las personas naturales o jurídicas no realicen el trámite de registro ni se solicite la autorización de tenencia y/o porte, **deberán entregarlas al Estado, so pena de su incautación y judicialización**. La devolución se hará por medio del Departamento Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares y/o Seccionales Control Comercio de Armas a nivel nacional, **sin recibir contraprestación alguna**.

3. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

3.1. Precisiones previas en relación con el monopolio constitucional de las armas en cabeza del Estado

La Superintendencia de Industria y Comercio analizó la solicitud de concepto de abogacía realizada por el Mindefensa junto con los documentos anexos. Esta Superintendencia observa que el Proyecto tiene por finalidad disminuir el riesgo asociado a la utilización de las armas traumáticas como medio para la actividad criminal y actividades que van en contra de la convivencia y seguridad ciudadana. Por este

motivo, en opinión del regulador resulta necesario clasificar y reglamentar la tenencia y el porte de estas armas.

Ahora bien, la Constitución Política reconoce la libre competencia como un derecho con una doble connotación. De un lado, se trata de un derecho individual, consagrado en el artículo 333 el cual dispone que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Del otro, se trata de un derecho colectivo que puede ser protegido mediante acciones populares y de grupo.

Dicho esto, si bien la libre competencia es un derecho reconocido constitucionalmente, existen otros derechos constitucionales como lo es la vida y la seguridad de las personas, los cuales requieren de la intervención y protección por parte del Estado. De este modo, teniendo en cuenta la finalidad que persigue el Proyecto, y en aras de determinar si la regulación propuesta afecta la libre competencia económica, o si, por el contrario, se trata de una intervención regulatoria que se encuentra por fuera de las actividades de mercado; la autoridad de competencia considera necesario hacer referencia a algunos pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en torno a la reglamentación, comercialización y porte de armas en Colombia.

9

En este orden de ideas, desde el año 1995, la Corte Constitucional ha proferido una serie de pronunciamientos en torno al monopolio constitucional de las armas en cabeza del Estado. Así las cosas, en la Sentencia C-038 de 1995 la Corte indicó lo siguiente:

“La Constitución establece un monopolio de principio en cabeza del Estado sobre todo tipo de armas, **pero autoriza la concesión de permisos a los particulares para la posesión y porte de cierto tipo de armas, sin que, en ningún caso, puedan los grupos de particulares sustituir las funciones de la fuerza pública.** El Legislador tiene entonces la facultad de regular el tipo de armas de uso civil que los particulares tienen la posibilidad de poseer y portar, previa la tramitación de la licencia o autorización de la autoridad competente. En tales circunstancias, se observa que existe perfecta congruencia entre el tipo penal impugnado y la regulación constitucional de las armas” (destacado fuera del texto original) ⁶.

Ahora bien, dicho monopolio estatal sobre las armas corresponde a un mandato constitucional, es decir, no es un monopolio en el sentido económico, referencia que convencionalmente se le ha acuñado desde la disciplina económica⁷. Lo anterior

⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-038 de 1995. M.S. Alejandro Martines Caballero [en línea]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-038-95.htm>

⁷ La sentencia C-296 de 1995 es explícita sobre esta división en la concepción que se tiene con respecto al monopolio tratado. Esta delimitación es lo que permite entender el porqué la creación del monopolio de armas traumáticas no vulnera el artículo 336 de la Constitución.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-296. Expediente D-702 (06, Julio, 1995). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [en línea]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-296-95.htm>

implica que el monopolio es un medio que el Estado utiliza para proteger los derechos de las personas⁸. Por ende, el monopolio estatal sobre las armas “(...) **constituye un marco jurídico de prevención al daño**”⁹, lo que evidencia una lógica distinta a la que propiamente se emplea ante dinámicas de mercado.

Bajo esta premisa, debe ser cierto que, si el monopolio estatal en cuestión no obedece a uno de orden económico, las condiciones de existencia de un mercado no deben materializarse. Esta premisa es relevante para esta Superintendencia, puesto que, de plano, implica la imposibilidad de hablar de una estructura de mercado en presencia de actividades que desde la misma lógica constitucional han sido sustraídas de las actividades de mercado. Adicionalmente, se observa que, tal y como lo ha señalado el tribunal constitucional, en la República de Colombia no existe ningún derecho constitucional que respalde la adquisición y porte de armas de defensa personal por parte de civiles¹⁰. Por consiguiente, no existen las condiciones para poder hablar del concepto de demanda de armas como un derecho de los consumidores que amerita protección.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sido explícita en relación con la inexistencia de un derecho a la adquisición de armas, tal y como lo señala en Sentencia C-038 de 1995:

“[E]n Colombia no existe ningún derecho constitucional de las personas a adquirir y portar armas de defensa personal. Un tal derecho no aparece expresamente en ninguna parte del texto constitucional, y sería un exabrupto hermenéutico considerar que se trata de alguno de los derechos innominados que son inherentes a la persona humana (CP art. 94), **cuando todos los principios y valores constitucionales se orientan en el sentido de fortalecer el monopolio de las armas en el Estado, como condición de la convivencia pacífica y democrática.** En efecto, la Constitución de 1991 estableció un riguroso monopolio de las armas en el Estado, principio que legitima aún más la constitucionalidad del tipo penal impugnado” (Destacado fuera del texto original)¹¹.

Continuando con la línea argumentativa, y con el fin de abordar el contenido del derecho en cabeza de aquellas personas que han obtenido un permiso de porte de armas, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“[..] a la luz de Constitución resulta francamente imposible hablar de un derecho fundamental o constitucional a comprar, poseer o portar armas, ni un derecho adquirido a conservar el permiso de porte o tenencia. En efecto, como resulta claro de la jurisprudencia de la Corte, **cuando las**

⁸ Nótese que la razón de ser del Estado no sólo dicta medidas represivas a toda acción que conlleve a algún perjuicio, sino también a toda medida de naturaleza preventiva.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-038. Expediente D-658 (09, Febrero, 1995). M.S. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-038-95.htm>

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

personas han obtenido dicho permiso, se hacen acreedoras, simplemente, a un derecho precario, es decir, a un derecho que puede ser limitado o suspendido, en cualquier momento por el Estado. En consecuencia, nada obsta para que las autoridades competentes, en uso de las facultades que les confiere la existencia del monopolio de las armas, suspendan el porte de armas por parte de particulares cuando ello resulte necesario para el logro de objetivos estatales” (Destacado fuera del texto original)¹².

Dicho esto, resulta claro para esta Superintendencia que las personas que adquieren un permiso de porte o tenencia de un arma, se hacen acreedoras de un derecho precario, esto es, que reconoce limitación ajena, y que, en efecto, puede ser restringido o suspendido por el Estado cuando sea necesario cumplir con otros objetivos estatales. Del mismo modo, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Ley 2535 de 1993, el principio de la exclusividad en cabeza del Estado implica que no existe un derecho a la comercialización de armas, municiones, entre otros¹³, una vez la intervención ha tenido lugar. Como se observa, en lo que respecta al bien en cuestión, ha de considerarse que éste sólo podrá ser fabricado o importado por el Estado¹⁴, en virtud de la exclusividad mencionada. Por lo anterior, no es preciso hablar de una oferta asociada a la comercialización y distribución de armas en un mercado privado¹⁵.

En atención a lo señalado hasta este punto, esta Superintendencia concluye que la fabricación, comercialización, entre otras actividades asociadas a las armas, municiones y explosivos, se encuadran en el monopolio constitucional de las armas en cabeza del Estado. Así las cosas, en la medida en que la iniciativa regulatoria pretende incluir dentro de este monopolio a las armas traumáticas, no es posible hablar, en adelante, de un mercado o situación de mercado creada en el marco de la iniciativa regulatoria. Esto se puede observar en la Figura No. 5, la cual ilustra los dos escenarios que resultan a partir de la entrada en vigencia del Proyecto. El primer escenario acontece antes de la vigencia del Proyecto, y se caracteriza por la existencia de un mercado de armas traumáticas. Por su parte, el segundo escenario sucede posterior a la vigencia mencionada, período en el cual el mercado de armas traumáticas ya no está presente, y este tipo de bienes entran a hacer parte del monopolio de armas en cabeza del Estado.

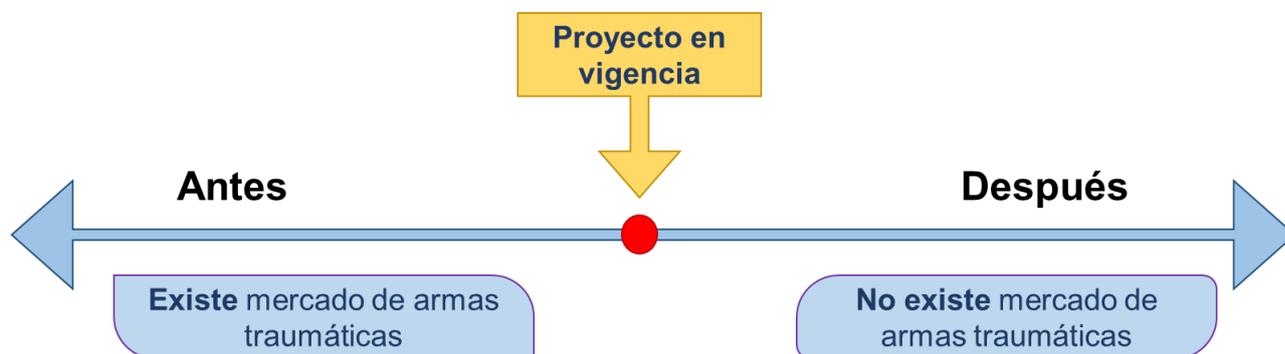
¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-082 de 2018. M.P. Gloria Stella Ruiz Delgado [en línea]. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-038-95.htm>.

¹³ Artículo 2 del Decreto Ley 2535 de 1993. El artículo 223 de la Carta Magna también menciona algo al respecto, puesto que establece que sólo el Gobierno podrá introducir y fabricar armas.

¹⁴ Nótese que la Corte Constitucional en la Sentencia C-038 de 1995 ha advertido frente al artículo 223 de la Constitución que "la disposición constitucional no distingue entre armas de guerra y otro tipo de armas, puesto que el calificativo "de guerra" está únicamente referido a las municiones, pero no a las armas.

¹⁵ Es claro que esta Superintendencia no se pronuncia ante la existencia de mercados paralelos o de naturaleza ilegal, por cuanto está por fuera de sus competencias.

Figura No. 5. Escenario previo y posterior a la entrada en vigencia del proyecto



Fuente: Elaboración propia Superintendencia de Industria y Comercio con base en el Proyecto

Finalmente, nótese que la Figura No. 5 ofrece una perspectiva transicional a la luz de la intervención regulatoria, cuyo mensaje principal es la supresión del mercado de armas traumáticas que existe *ex ante*. Por lo tanto, es necesario llevar a cabo un análisis en virtud del cual se analice el impacto que tiene la medida regulatoria sobre el mercado previo. Para ello, es necesario analizar qué ocurrirá a futuro con aquellos agentes demandantes de este tipo de bienes, así como cuál será la situación de los oferentes de armas traumáticas. En relación con la demanda, es preciso señalar que no le es dable a la autoridad de competencia hablar sobre derechos de los consumidores toda vez que la Corte Constitucional ha señalado en diversas oportunidades que no existe un derecho al porte de armas¹⁶. Por su parte, en lo que se refiere a la oferta, se hace necesario llevar a cabo un análisis puesto que la iniciativa regulatoria implica la eliminación de ésta. Por lo anterior, la siguiente sección se ocupará de analizar el mecanismo de transición propuesto en el Proyecto a la luz de la situación de los actores incumbentes en la comercialización de armas así como de los propósitos y finalidades del Proyecto.

3.2. Sobre la transferencia del costo de la medida

La existencia de un mercado previo a la regulación incide notablemente la materia de análisis, ya que implica estudiar el mecanismo de transición propuesto hacia el modelo de monopolio estatal de las armas. El reconocimiento de un mercado de armas traumáticas es evidente, toda vez que existe, en la práctica, un conjunto de oferentes de un bien específico que ha sido adquirido por consumidores. Precisamente, dicho escenario es el que se pretende abolir con la iniciativa regulatoria, situación que amerita un análisis de la transición entre ambos estados donde la evaluación de la conducta de los agentes es sustancial.

Esta autoridad de competencia resalta que podría presentarse lo que en la literatura económica se conoce como problemas de información asimétrica, sobre los cuales esta Superintendencia resalta el riesgo moral¹⁷. Este tipo de incertidumbre proviene

¹⁶ Se puede apreciar que esta Superintendencia no contempla en el contrafactual a la demanda. Esto porque su existencia no está justificada, por cuanto no hay un derecho a obtener un arma para la legítima defensa, tal como lo sugiere la Sentencia C-038 de 1995.

¹⁷ Krugman, P., & Wells, R. (2018). *Microeconomics* (Fifth ed.). New York: Worth Publishers.

de una situación en la que un agente, conociendo más de sus propias estrategias, transfiere el costo al agente en desventaja. En el marco del Proyecto objeto de análisis en el presente concepto, el riesgo moral se referiría a aquel fenómeno en el cual los oferentes actuales de armas traumáticas, teniendo mayor conocimiento de sus inventarios al momento de entrada en vigencia del Proyecto, podrían manipular las cantidades registradas (subdeclaración del inventario), con el objeto de vender a través de diversos medios en aras de recuperar la inversión inicial de la adquisición de la mercancía. Lo anterior, puesto que partiendo de la racionalidad de los agentes, para estos no será una alternativa razonable llegar con inventario al momento de cumplimiento de los 16 meses del período de transición, puesto que este será un inventario cuyo costo no podrá ser recuperado.

En efecto, el establecimiento de un plazo máximo para que los oferentes comercialicen su mercancía, so pena de la incautación y judicialización de su inventario, impone una restricción en la medida que estos asumirían parte del costo de la intervención regulatoria. Además, considerando que este inventario es un tipo de activo que puede perder liquidez a raíz de los costos de transacción que han sido impuestos con la medida regulatoria sobre las personas que deseen adquirir este tipo de bien¹⁸, resulta preocupante para esta Superintendencia que esto pueda servir de insumo para la consolidación de una barrera de salida¹⁹. Cabe decir que dicho inventario alude a la mercancía identificada como armas de guerra o uso privativo y de uso restringido²⁰.

La existencia de dicha barrera de salida representaría para el oferente vigente un factor que cambiaría sus estrategias de cara al mercado que dejará de existir (recordar Figura No. 5), lo cual conllevaría a la reevaluación de sus acciones a la luz del costo de oportunidad. Para ilustrar, piénsese en un perfil de oferente que logra comercializar sus productos al final del régimen de transición de los 16 meses. Este tipo de oferente se llamará Perfil 1, y el comportamiento de su inventario en el tiempo se representa en la curva azul de la Figura No. 6. Por su parte, piénsese en un tipo distinto de oferente (llamado Perfil 2) que, dada la iliquidez de su inventario y el volumen registrado al momento de la vigencia del Proyecto, no logra vender toda su mercancía al final del régimen de transición, cuyo comportamiento es representado a través de la curva verde de la Figura No. 6. Ante esto, esta Superintendencia teme que el Proyecto cree incentivos que lleven a que el Perfil 2 reevalúe sus acciones en aras de asemejarse al Perfil 1, con los efectos contraproducentes de dicha determinación. Por último, y como se explicará más adelante, el Perfil 3 obedece a un agente que podría tener los incentivos para conservar su inventario dadas determinadas circunstancias y en presencia de una determinada señal regulatoria.

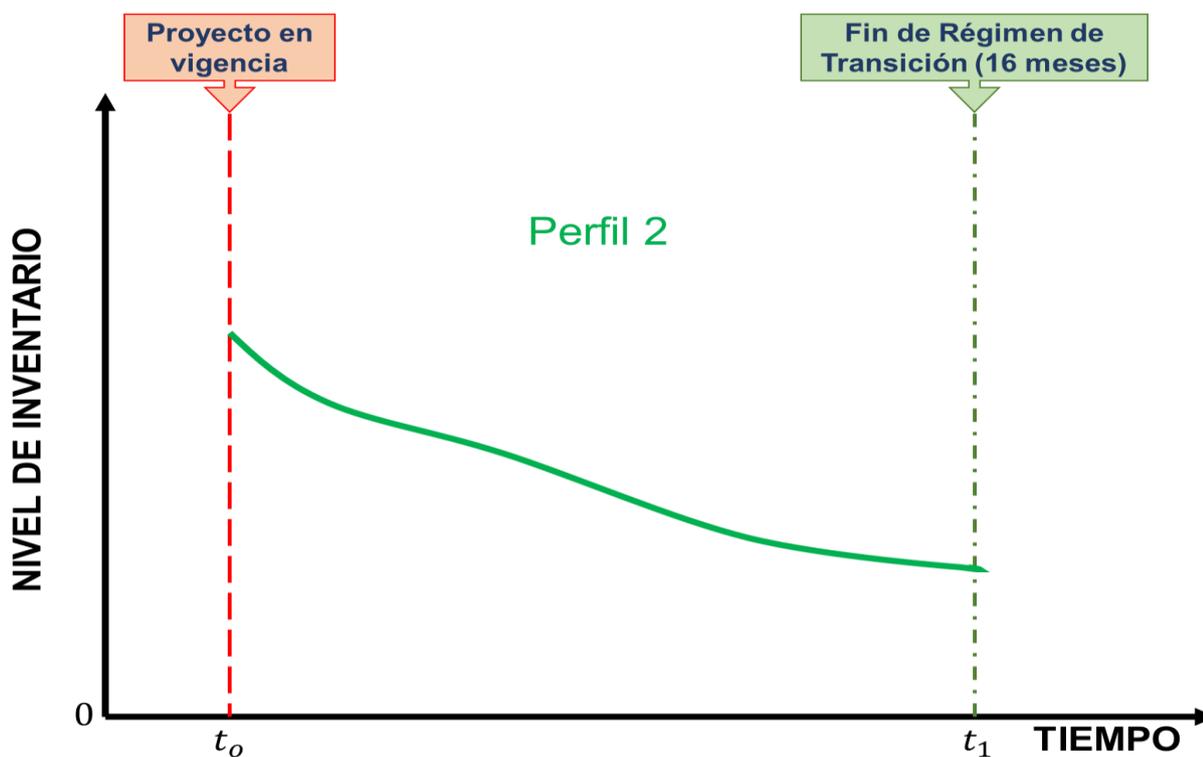
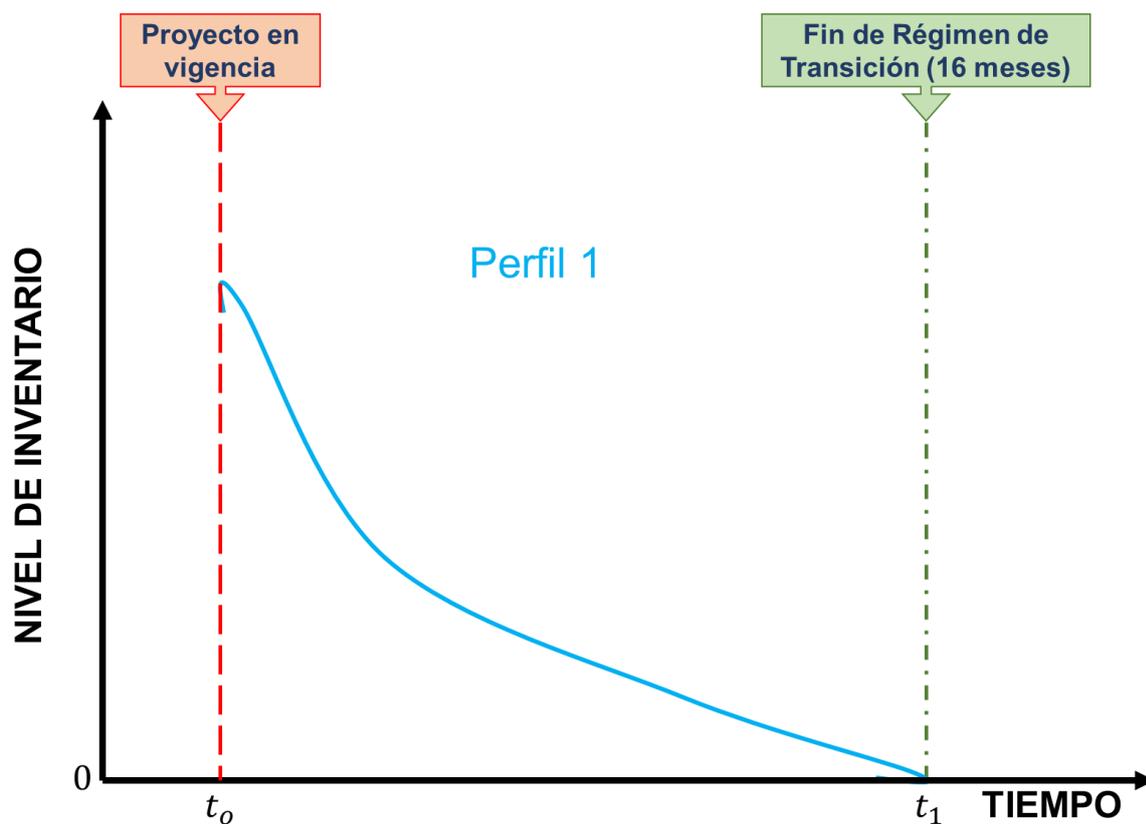
¹⁸ Estos costos de transacción se refieren a los requisitos para la tenencia y/o porte, marcaje y registro de las armas traumáticas, como también la solicitud de los permisos relacionados.

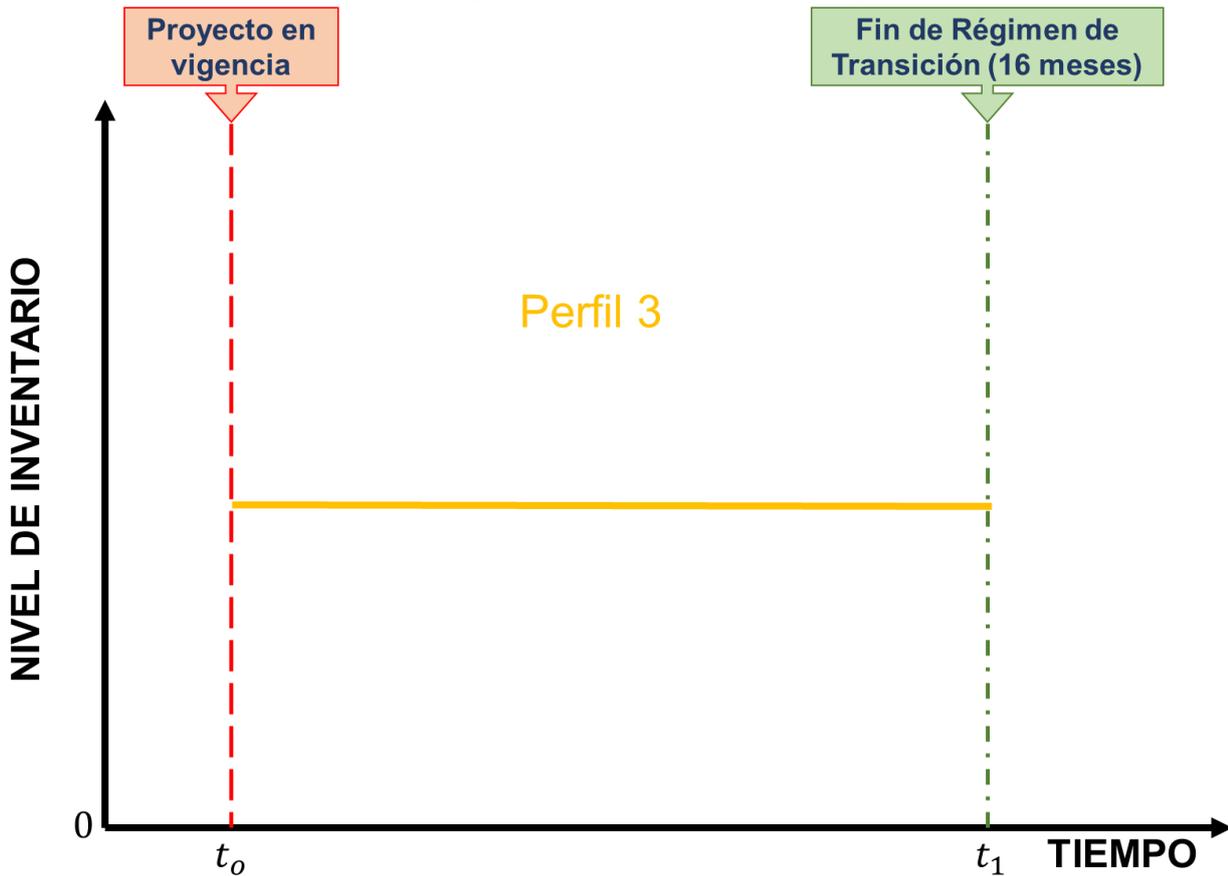
¹⁹ Estas barreras de salidas pertenecen a la Intensidad de la Competencia, la cual es una de las cinco fuerzas de Porter.

Porter, Michael E. "How competitive forces shape strategy." *Readings in strategic management*. Palgrave, London, 1989. 133-143.

²⁰ Artículo 7 del Proyecto.

Figura No. 6. Comportamiento del inventario según el perfil de oferente a la luz del Proyecto





Fuente: Elaboración propia Superintendencia de Industria y Comercio con base en el Proyecto

Es importante mencionar que esta Superintendencia considera al Perfil 1 como la línea base que el Proyecto asumiría, toda vez que las reglas relacionadas con el registro de la mercancía y la venta controlada de ésta²¹ tendrían, en principio, la virtualidad de crear los incentivos sobre los oferentes para que estos decidiesen adaptarse al perfil en cuestión²². No obstante, esta Superintendencia reconoce la existencia de otro tipo de perfil distinto al Perfil 1, que previamente fue referenciado como Perfil 2, el cual, en aras de retirar la mercancía bajo cualquier medio, con el objeto de evitar la consecuente incautación y judicialización que establece el Proyecto una vez que entre en vigor, decidirá acudir a estrategias que dan origen al riesgo moral que le preocupa a esta Superintendencia. En efecto, lo que observa esta autoridad de competencia es que el Proyecto crea un incentivo en los actuales comercializadores de armas traumáticas para deshacerse de todo el inventario en el período de 16 meses contados a partir de la entrada en vigencia del Proyecto. Esto es así, puesto que el agente económico, ante el eventual escenario en el cual no pueda vender la totalidad de la mercancía, y por tanto, cuente con una mercancía remanente, no encontrará una retribución respecto de la mercancía que entrega, con lo que estaría perdiendo el valor de inversión de dichos productos. En este sentido, puede concluirse que el comportamiento del agente comercializador de armas traumáticas parte de la base de maximizar su beneficio, situación que obtiene siempre

²¹ De acuerdo con el artículo 15 del Proyecto, el comerciante deberá llevar un registro de quien adquiera las armas.

²² En otros términos, los oferentes de Perfil 1 se caracterizan por vender la mercancía registrada desde el momento de la vigencia del Proyecto hasta antes de los 16 meses del régimen de transición.

y cuando pueda recuperar por lo menos el costo asociado a la adquisición de la mercancía, máxime cuando la regulación elimina del mercado la actividad económica a la que se dedica, y, seguramente, dichos recursos de recuperación de costos asociados al inventario serán aquellos que el agente podrá destinar a la nueva actividad económica que pretenda desarrollar.

Ahora bien, no cabe duda de que el Proyecto establece unas reglas que propenden por el registro y la trazabilidad de la mercancía. Sin embargo, no hay un verdadero incentivo para que, en la práctica, el riesgo de la manipulación del registro pueda ser controlado. Lo anterior, más aún cuando el costo de la no manipulación de la mercancía es superior para el oferente de Perfil 2. Con esto, esta Superintendencia advierte la posibilidad de que aquella mercancía no registrada, adrede, termine en mercados paralelos o en la venta informal, por cuanto, como se señaló, el oferente querrá recuperar parte de la inversión inicial.

Como se puede observar, el comportamiento del Perfil 2 responde a una decisión adecuada, aunque no racional²³, toda vez que el costo de oportunidad de no hacerlo es superior²⁴. En efecto, el agente se verá enfrentado a tomar una decisión entre comercializar su inventario mediante diferentes medios, y así recuperar el dinero invertido, o entregar el inventario no vendido una vez se cumpla el término previsto en el Proyecto. De este modo, dicha conducta podría obedecer al último intento de capturar un mayor excedente del productor, por lo que el acto podría responder a un inconveniente de incentivos dentro de la intervención regulatoria.

16

Nótese que el acto de los agentes de Perfil 2 puede ir en contra del trasfondo constitucional del Proyecto en el “marco jurídico de prevención al daño” mencionado en la sección 3.1., puesto que las armas no registradas en inventario al momento de su venta no gozarían de una trazabilidad, así como tampoco los adquirentes, lo que representaría parte del problema que el Proyecto precisamente pretende solucionar. Por ende, esta Superintendencia hace énfasis en el problema de incentivos que puede tener el diseño de la política tratada en el Proyecto objeto de análisis, motivo por el cual esta Entidad recomienda al MinDefensa la consideración de un análisis que contemple reglas para la alineación de incentivos de los agentes implicados.

Una regla de alineación de incentivos puede ser el reconocimiento de la inversión inicial de la mercancía que se encuentra registrada al momento de la vigencia del Proyecto. Como se verá, no habría motivos para ocultar la mercancía (subestimación del inventario) ante un incentivo como el descrito, razón por la que estrategias contrarias al Proyecto no tomarían lugar, y como consecuencia, el Perfil 2 (e incluso el Perfil 1) resultarían completamente razonables. Así, en presencia de un incentivo como el descrito para el agente sería indiferente optar por vender en el mercado su producto u obtener la debida compensación por parte del Estado. Como se observa, el Perfil 3 se caracterizaría por tener como estrategia la no venta de la mercancía, siempre que el valor reconocido por arma traumática sea mayor o igual al precio de venta. Por consiguiente, el inventario registrado al momento de la vigencia del

²³ Es importante mencionar que esta Superintendencia no hace referencia a la bondad del acto, puesto que la discusión moral de la estrategia del Perfil 2 está por fuera del objeto de análisis de esta Superintendencia.

²⁴ Si el oferente de Perfil 2 no logra vender su inventario, perderá lo que tenga registrado de acuerdo con el artículo 15.

Proyecto sería igual al inventario al fin del régimen de transición, puesto que la remuneración de su mercancía le daría los incentivos para entregarla a las autoridades. El comportamiento del inventario del Perfil 3 puede observarse en la curva amarilla de la Figura No. 6.

Finalmente, obsérvese que el comportamiento del inventario del Perfil 3 resultaría conveniente para la Autoridad Regulatoria, puesto que, prescindiendo del Régimen de Transición, podría reconocerse el valor de la mercancía en el período de vigencia del Proyecto y evitar, a la postre, una comercialización en los 16 meses subsiguientes, con los consecuentes efectos que ello tendría en términos de seguridad y protección de la vida. Por ende, esta Superintendencia recomienda que el regulador incorpore una regla de alineación de incentivos que funcione adecuadamente como un mecanismo transitorio de la medida, tal como podría serlo la remuneración de la mercancía en aras de evitar el riesgo moral mencionado y disminuir las posibilidades de resultados adversos a la política regulatoria. Esta regla podría ser incluida dentro del régimen de transición propuesto en el artículo 15 del Proyecto.

4. RECOMENDACIONES

Una vez presentado el análisis de libre competencia económica en relación con la medida regulatoria, esta Superintendencia no encuentra que el Proyecto impacte el correcto funcionamiento de los mercados, así como tampoco observa que este limite la libre competencia. No obstante, esta Superintendencia advierte de un posible acontecimiento que pueda ir contra de la naturaleza preventiva de la medida, aunque esto no se relacione con una práctica restrictiva de la competencia. Con esto dicho, esta Superintendencia sugiere lo siguiente:

- **Incluir** un incentivo que permita que la opción de entrega de las armas traumáticas al Estado contenida en el artículo 15 resulte racional para los agentes comercializadores/ comerciantes de armas traumáticas.

Finalmente, esta Superintendencia agradece al Ministerio de Defensa Nacional que, al momento de expedir la regulación en cuestión, remita una copia al correo electrónico amperez@sic.gov.co

Cordialmente,

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA
Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

Elaboró: Daniella Sosa Cruz / Santiago Mosquera Daza
Revisó: Ana María Pérez Herrán
Aprobó: Juan Pablo Herrera Saavedra

Es importante para nosotros conocer su percepción sobre la atención de su solicitud, por esta razón lo invitamos a evaluar el servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio siguiendo el siguiente enlace:

