

LA CARTELIZACIÓN EMPRESARIAL Y EL ROL ESTATAL EN LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA: UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO PÚBLICO¹

Diana Carolina Gama Rojas²

RESUMEN

En Colombia el derecho a la libre competencia goza de protección constitucional, el Estado debe garantizar la libertad económica y proteger el interés social. Sin embargo, todos los habitantes sin distinción alguna, hemos sido víctimas de la cartelización Empresarial.

Las prácticas concertadas vulneradoras de la libre competencia económica parecen haberse convertido en “costumbre”, la dificultad para probar la existencia de acuerdos anticompetitivos y el hecho de que las sanciones no sean significativas con respecto al provecho económico obtenido, resultan favorables para los infractores a pesar de que el legislador al expedir la ley 1340 de 2009, reestructuró las normas de competencia e incorporó mecanismos legales que permitieran el desmantelamiento de carteles empresariales.

Palabras Claves: derecho, constitucional, libre competencia, política pública, cartelización, economía, interés social, restablecimiento de derechos, prácticas restrictivas de la competencia, acuerdos anticompetitivos.

ABSTRACT

In Colombia, the right to free competition enjoys constitutional protection, the State must guarantee economic freedom and protect social interest. However, all without distinction, we have suffered the economic consequences of business cartelization.

¹ El presente artículo es el resultado de la investigación realizada para optar el título de Especialista en Derecho Administrativo, por la Universidad Santo Tomás de Bogotá, trabajo que está adscrito a la línea de investigación de derecho Estado, Economía y Constitución y al Grupo de Derecho Público Francisco de Vitoria, bajo la dirección del Dr. Oduber Alexis Ramírez Arenas, PhD.

² Abogada de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja y estudiante de segundo semestre de la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Santo Tomás Seccional Bogotá. E-mail: dianagamarojas@gmail.com

Cartelization was, for a long time, a "commercial custom". The difficulty in proving the existence of anticompetitive agreements and the fact that the sanctions are not significant with respect to the economic benefit obtained result advantageous for law offenders. For this reason, the legislator through law 1340 of 2009, restructured the rules of competition and created mechanism to achieve the effective dismantling of business cartelization.

Keywords: right, constitutional, free competition, public policy, cartelization, economy, social interest, restoration of rights, restrictions of competition, anticompetitive agreements.

INTRODUCCIÓN:

Recientemente Colombia ha sido escenario de escándalos por cartelización empresarial, en los últimos 5 años la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) ha formulado pliego de cargos a reconocidas empresas de distintos sectores del mercado. Según información publicada por la SIC durante el periodo comprendido entre 2013 y 2016, fueron sancionados 19 carteles empresariales,³ dentro de los cuales podemos mencionar: El cartel de los pañales, de cuadernos, de cementos, de ingenios azucareros y de la hemofilia, entre otros. Por lo anterior, y ante la preocupante situación de corrupción que atraviesa el país, indagaremos sobre el impacto de la cartelización en la economía colombiana.

En una economía de mercado, es decir, los bienes o servicios producidos son asignados mediante la interacción descentralizada de los individuos a través del mercado basados en los precios relativos de esos bienes o servicios, es fundamental la competencia o rivalidad económica entre las empresas, pues esta genera los mejores precios, calidades y cantidades de los productos⁴. Así, los beneficios de la competencia entre agentes en una economía son notables y deseable. Esta es, probablemente, la razón por la cual se entiende como un derecho la libertad económica en Colombia.

Las empresas que forman un cartel entre competidores vulneran la competencia y todos los beneficios que se generan a partir de ella, ya que, usualmente, las empresas cartelizadas se ponen de acuerdo en cantidades

³ Información disponible en la página de la Superintendencia de Industria y Comercio, link: http://www.sic.gov.co/decisiones-de-competencia-superintendente?field_comp_super_value%5B%5D=0&field_comp_super_value%5B%5D=1&field_organization_tid=All&field_conducta_value=2&field_anos_value%5B%5D=2017, el 22 de mayo a las 1:13 p.m.

⁴ En una economía en la que los individuos toman decisiones de manera descentralizada mediante el mecanismo de precios, existen asignaciones y precios que generan equilibrio (la demanda y la oferta se igualan) en cada mercado (Debreu, 1959). Estos equilibrios son eficientes, generan el mayor bienestar social posible. Esto último se conoce como el primer teorema del bienestar.

ofrecidas en el mercado, precios finales cobrados al consumidor o calidades en los bienes finales para obtener mayores ganancias.

De esta manera, aunque a simple vista puede parecer que este dilema es irrelevante para el derecho público, la cartelización de las empresas en un mercado es un tema que debería ser de conocimiento e interés general. Por ejemplo, si un par de empresas dedicadas a vender cierta mercancía se ponen de acuerdo a fijar un precio más alto a partir de una fecha, esto genera directamente una reducción en el bienestar de los consumidores⁵.

Por las razones anteriormente expuestas, se presenta esta investigación, una vista rápida y sucinta sobre el Derecho de la Competencia y la problemática producto de los carteles empresariales, partiendo de que el ciudadano común desconoce que no solo se trata de un conflicto de intereses entre privados, sino que además afectan las condiciones sociales y económicas de la población.

De acuerdo a lo anterior, el principal objetivo será lograr determinar ¿Cuál es el rol que debe asumir el estado y la sociedad frente a esta problemática? ¿cuál es el impacto económico de la cartelización empresarial? Y subsidiariamente, averiguar ¿Por qué preocuparse ante la existencia de acuerdos que restringen la competencia? ¿Cómo se puede afectar al ciudadano común este tipo de prácticas? ¿Cuál es grado de afectación de nuestro poder de adquisición de bienes y servicios? y, por último, pero no menos importante ¿cuál es el impacto económico de la cartelización empresarial?

En consecuencia, dividiremos este trabajo en 3 partes. Una primera en donde intentaremos mostrar la razón por la que el tema de investigación no es de incumbencia exclusiva del derecho privado, pues es común que se crea que el tema de regulación y vigilancia de la actuación empresarial es una cuestión ajena al derecho público. En segundo lugar, estudiaremos el desarrollo del Derecho de Competencia tanto en el ámbito internacional como en el nacional, la normatividad vigente en esta materia y los casos recientes en los que la cartelización empresarial causó perjuicios a la población sin que el estado hubiese realizado un control previo, un control post y la reparación de daños debida.

Por último, el trabajo permitirá definir si existe una política pública que evite la proliferación de carteles empresariales, si la normatividad vigente ha

⁵ El bienestar de los consumidores se mide a través del excedente del consumidor. Este excedente es una medida económica que mide el provecho que sacan los consumidores en agregado de un mercado. Este se mide como la suma de todos los beneficios individuales obtenidos por los consumidores y esos beneficios individuales se miden como la diferencia entre la máxima disponibilidad a pagar por el bien y lo que efectivamente se paga (Varian, 2010). Por tanto, un acuerdo en precios reduce el bienestar de los consumidores.

resultado un mecanismo idóneo para la consecución del fin pretendido y en qué medida ha contribuido en la protección de la libre competencia y el restablecimiento del equilibrio social de un país como el nuestro, en donde los más afectados por este tipo de situaciones son las poblaciones vulnerables, escasos recursos o menor ⁶.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y NORMATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

El derecho de la competencia moderno surgió en los Estados Unidos a finales del siglo XIX, en el año 1890 como producto del proyecto de ley presentado por el senador Sherman, se trataba de “[u]na ley para la protección del comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios.” ⁷ Según Miranda, A (2011): “A partir de este momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho antitrust.”

En Colombia, tuvimos que esperar más de 50 años para que una ley regulara las prácticas comerciales restrictivas, dicha reglamentación vino a darse con la expedición de la ley 155 de 1959, normativa que, aunque inauguró los preceptos que hoy reconocemos como el objeto fundamental del derecho de competencia vigente, careció de aplicación durante un largo tiempo. La estancada ley 155 de 1959, introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la prohibición expresa de celebrar acuerdos que tuvieran por objeto limitar la libre competencia, pero dejó aspectos muy generales, desprovistos de procedimiento y con graves problemas estructurales que según parece impidieron unificar criterios y aplicar la norma.

La liberización económica se materializó con la expedición de la Constitución Política de 1991, la que desde su preámbulo garantiza el orden económico de los integrantes de la nación además tanto el artículo 88⁸ como el 333⁹ y

⁶ En general, los carteles en un mercado general una restricción en la oferta y un aumento en los precios, esto implica que algunas personas, especialmente las de menores ingresos, que anteriormente podían demandar los bienes o servicios, ya no lo pueden hacer. Por tanto, hay una doble afectación, pues, por un lado, a ciertos individuos se les restringe el acceso al bien, mientras que a otros se les reduce su excedente.

⁷ Encabezado de la Ley, “An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies.”

⁸ **Artículo 88.** *La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

⁹ **Artículo 333.** *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.*

334¹⁰, definen la libre competencia económica como un derecho colectivo, el cual debe ser ejercido dentro de los límites del bien común y, además, señala que las empresas como base del desarrollo tienen una función social que demanda obligaciones. Allí se estipula que el Estado se encuentra en el deber de evitar que impida que se restrinja la libertad económica y evitar cualquier abuso que afecte el mercado nacional.

En el Estado colombiano, la normativa que protege la libre competencia empresarial es extensa, las normas supranacionales, la constitución, la regulación interna y la misma jurisprudencia en los últimos años han velado por mantener el orden económico y el bien común. Como se mencionó anteriormente reglamentaciones como la Ley 155 de 1959, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”, Ley 1340 de 2009, “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, el Decreto 2153 de 1992, “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, el Decreto 1523 de 2013, “Por medio del cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y se modifica el Capítulo 29 del Título 2 de la parte 2 del libro 2 del decreto único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, sobre beneficios a personas naturales y jurídicas que colaboren en la detección y represión de acuerdos restrictivos de la libre competencia” y el Decreto 2896 de 2010, “Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la ley 1340 de 2009” (Programa de beneficios por colaboración) han buscado reestablecer nuestros derechos económicos en el ámbito nacional e internacional y han ganado un lugar que no teníamos en organizaciones en las que nuestra presencia era casi nula, un ejemplo de esto es la reciente participación de Colombia en la OCDE y consecuentemente el estudio de ingreso como país miembro.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

¹⁰ **Artículo 334.** *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

Posterior a la Constitución de 1991, la autoridad administrativa encargada de la vigilancia y control de la libre competencia, la SIC, observó que las leyes que venían siendo aplicadas habían perdido validez y que demandaban actualización en lo sustancial y procedimental.

Producto de esa reforma, se expide la Ley 1340 de 2009, “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, cuyo objeto principal fue actualizar la normatividad a las condiciones actuales de los mercados y desincentivar a las empresas en la comisión de prácticas restrictivas de la competencia. Uno de los mayores retos de esta ley fue el aumento del monto de las multas, pues uno de los problemas del régimen anterior, era precisamente lo irrisorio de las sanciones pecuniarias, las empresas infractoras no temían a las sanciones, pues no eran significativas.

En ese sentido, Rubio, J (2007) reconoció: “En la actualidad, el monto máximo de la multa que imponerse a una empresa por prácticas comerciales restrictivas es de 2000 salarios mínimos mensuales, lo que equivale a aproximadamente 816 millones de pesos (816.000.000). Aunque el beneficio ilegal que puede representar una práctica varía en cada caso para la empresa o empresas que incurrir en ella (...)”. Producto de la modificación de la norma, las multas en la actualidad por violación al régimen de competencia son pagaderas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Este es un punto fundamental, pues debe existir un equilibrio entre los incentivos económicos para vulnerar las normas que garantizan la libertad económica y las sanciones que se pueden imponer sobre los infractores. Por tanto, este desarrollo normativo a fin de cuentas lo que busca dar mayor solidez jurídica a la economía nacional y respaldo a diversos tratados económicos con países aliados que en teoría generan empleo, crecimiento económico y estabilidad en los precios.

II. CONCEPTO DE CARTELIZACIÓN EMPRESARIAL Y CASOS RELEVANTES

El conocido cartel empresarial obedece a “aquel acuerdo formal entre empresas que participan en un mismo mercado cuyo objeto, con carácter general, es fijar políticas conjuntas para la maximización de beneficios mediante la reducción o eliminación de la competencia, a través de: la fijación de precios y/o establecimiento de cuotas de producción, poniendo barreras de entrada a nuevos competidores, etc.”¹¹

¹¹ Tomado de la Revista CEDDET Introducción a la defensa de la competencia 10ma edición pág. 35

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia definen el cartel como “la infracción consistente en conductas colusorias entre directos competidores, reales o potenciales, de carácter secreto, para coordinar su comportamiento en el mercado o influir en los parámetros de competencia a través de conductas tales como la fijación, directa o indirecta de precios, de otras condiciones comerciales o de servicio, de cuotas de producción o de venta, los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas; el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, la restricción de las importaciones o las exportaciones o los boicots colectivos”¹² las empresas infractoras suelen gozar de control de mercado constituyendo así un oligopolio que impide la incursión al mercado de otros competidores.

Como lo hemos manifestado en lo corrido de este trabajo, esta práctica limita la economía del país, constriñendo a los consumidores a aceptar sus precios y productos aun cuando estos carezcan de la calidad requerida. Algunos ejemplos de tipos de cartelización son:

- Acuerdos de precios
- Acuerdos de control de producción
- Acuerdos de reparto de mercado
- Acuerdos de fijación de condiciones comerciales
- Acuerdos de estandarización
- Acuerdos de precios predatorios
- Acuerdos de boicot de proveedores o de clientes
- Acuerdos de intercambio de información

Entrando en el problema que nos ocupa, tenemos que recordar que la Superintendencia de Industria y Comercio constantemente ha insistido en que en Colombia “es escandalosa la cartelización empresarial”¹³ el problema radica principalmente en que la dificultad existente para probar la cartelización es abrumadora, como quiera que se trata de acuerdos secretos que son conocidos exclusivamente por empresarios de alto rango.

Por otra parte, como política para el desmantelamiento de carteles empresariales mediante la ley 1340 de 2009, se incorporaron medidas como el decreto de medidas cautelares, el aumento de multas y añadieron una figura de naturaleza judicial que ha ayudado significativamente en la

¹² Tomado de la Revista CEDDET Introducción a la defensa de la competencia 10ma edición pág. 35.

¹³ Así lo ha manifestado el Superintendente de Industria y Comercio Dr. Pablo Felipe Robledo del Castillo en comunicado de Prensa acerca del cartel de Familia S.A. (papel higiénico y pañales) Resolución. 47965 de 2014.

detección y sanción de estas prácticas, es el caso de la delación¹⁴ ante autoridad administrativa, la cual funciona como un programa de clemencia y faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para ofrecer beneficios por colaboración a los partícipes de acuerdos restrictivos de la libre competencia.

La formación de un cartel, en términos económicos, se presenta usualmente en ambientes de baja competencia, donde las empresas tienen cierto poder de mercado, y, además, la interacción entre las empresas sea repetida a través del tiempo (Varian, 2010). En teoría, las empresas tienen incentivos unilaterales para violar los acuerdos que constituyen, pero si gozan de la suficiente paciencia los acuerdos se vuelven estables y duraderos. Esto último se puede ver como un equilibrio de Nash en juegos repetidos (Gibbons, 1993). Allí toma sentido la delación, pues buscan aumentarse los incentivos a violar los acuerdos establecidos, dado que comprobar un acuerdo puede ser una tarea muy dispendiosa para la autoridad de competencia.

En este punto del trabajo, es permitiente mencionar algunos de los casos relevantes en los que esta práctica ha concluido en la investigación y pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa SIC¹⁵:

La OCDE, en su informe de 2008, presento un resumen de los casos relevantes por cartelización empresarial en vigencia de la Ley 155 de 1969:

Industria arroceras: En 2004 la SIC inició una investigación sobre fijación de precios de los productores de arroz por parte de cinco molinos de arroz (Molinos Roa S.A., Molina Flor Huila S.A., Arroz Diana S.A., Procesadora de Arroz Ltda. y Unión de Arroceros S.A.) y sus representantes legales. La cuota de mercado conjunta de las empresas investigadas llegaba al 64% de las ventas en el mercado del arroz.

Industria del cacao: cartel de demanda sobre el precio del cacao Durante 2006 la SIC investigó un cartel de demanda en el mercado del cacao, creado entre la Compañía Nacional de Chocolates y Casa Luker. El cacao es la principal materia prima para la fabricación de chocolate y su demanda estaba concentrada al 100% en estas dos empresas. La SIC consideró como un indicio de la existencia de un cartel el comportamiento paralelo en los

¹⁴ Según la Real Academia de la Lengua *formal*. Acusación o denuncia que hace alguien de un hecho censurable.

¹⁵ El resumen de los casos relevantes fue tomado de: <https://www.publimetro.co/co/colombia/2017/02/15/carteles-colombia.html>, el día 29 de junio de 2017 a las 9:44 a.m Información reportada por la Superintendencia de industria y comercio. http://www.sic.gov.co/decisionesdecompetenciasuperintendente?field_comp_super_value%5B%5D=0&field_comp_super_value%5B%5D=1&field_organizacion_tid=All&field_conducta_value=2&field_anos_value%5B%5D=2017, el 22 de mayo a las 1:13 p.m.

precios pagados a los productores por Nacional y Luker entre enero de 2005 y febrero de 2006, en todo el territorio nacional. Para determinar la existencia de la presunta conducta, la SIC utilizó el enfoque de un paralelismo deliberado. Llegaron a determinar que el comportamiento del precio era idéntico durante el período de investigación y que no había una explicación alternativa a la coordinación para este comportamiento. Se impuso una multa a cada empresa por valor de 327.954 dólares estadounidenses. También se sancionó a los representantes legales.

Chicles Adams: precios predatorios en el mercado de la goma de mascar En 2004 la SIC investigó una conducta de precios predatorios llevada a cabo por Adams tras la entrada de Tumix en el mercado. El mercado pertinente fue definido como goma de mascar para adultos, dejando a un lado otros tipos de golosinas. No fueron considerados como sustitutos debido a sus diferencias en características y precios. La posición dominante de Adams fue probada utilizando los siguientes elementos: a) Adams representó el 75% de la cuota de mercado y el 80% de la capacidad instalada; b) El índice de concentración (HHI) fue de 5.000 puntos; c) La SIC consideró como barreras de entrada que la posibilidad de una sustituibilidad de la oferta no resultaba fácil debido a: las diferencias en el proceso de producción, los elevados requisitos iniciales de inversión, activos muy especializados, la necesidad de altas inversiones en publicidad, la presencia de capacidad productiva ociosa en el mercado, la dificultad de acceso a los canales de distribución y las economías de escala en el proceso de producción. La Superintendencia de Industria y Comercio, en relación a la conducta investigada, pudo probar que Adams vendió el producto en cuestión a un precio por debajo de su coste variable medio entre agosto de 2002 y diciembre de 2003, para impedir la entrada de Tumix en el mercado. La SIC impuso sanciones de 292.000 dólares estadounidenses a Adams y de 43.000 dólares estadounidenses al representante legal de la empresa.

Ahora, la descripción de algunos de los casos relevantes, sancionados con posterioridad a la Ley 1340 de 2009:

Cartel de la vigilancia (2017): impuesta a 7 empresas prestadoras del servicio de seguridad y vigilancia privada. En el año 2011, el ICBF puso en conocimiento de la SIC, la presunta ocurrencia de acuerdos anticompetitivos en licitaciones públicas presentadas por empresas de seguridad que se presentaban coordinadamente para que alguna ganara el proceso licitatorio.

Cartel azucarero (2013): Ingenios azucareros del país concertaron impedir que llegara azúcar importada para poder mantener un alto costo. La sanción impuesta por la SIC fue de 324.441 millones de pesos

Cartel del cemento (2013): Grandes compañías cementeras acordaron precios para mantenerlos en un alto costo. La multa ascendió a 3.183 millones de pesos en total, aunque Cementos Argos logró desprenderse de la investigación.

El cartel de los pañales (2014): la Superintendencia formuló pliego de cargos en contra de Familia, Kimberly, Papeles Nacionales, Cartones Y Papeles De Risaralda, y Drypers por la presunta cartelización empresarial que desarrollaron desde 1998 hasta 2013, cuando varias empresas decidieron delatar el cartel. La multa, para este proceso, ascendía los 60 mil millones de pesos.

El cartel de la hemofilia (2016): Quienes conformaron esta organización usaban pacientes con hemofilia para robarse los recursos destinados a la salud. El caso ocurrió en Córdoba, donde los supuestos pacientes reclamaban medicamentos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

El cartel de los medicamentos (2016): Nueva EPS fue la entidad que resultó afectada con el desfaldo al entregar 6.123 dosis de medicamentos que sumaban más de 1.261 millones de pesos.

El cartel del papel higiénico (2016): El precio de productos como el papel higiénico, servilletas, toallas de cocina y pañuelos para manos y cara entraron en la mira de la SIC. Poco tiempo después la entidad descubrió un cartel conformado por las empresas Kimberly, Familia, Papeles Nacionales y C. Y P. Del R., quienes por más de una década fijaron artificialmente los precios de estos papeles.

El cartel de los cuadernos (2016): 58 mil millones de pesos tuvieron que pagar Kimberly, Carvajal y Scribe por la presunta cartelización en la fijación de los precios de los cuadernos. Estas empresas habrían creado un acuerdo para evitar la competencia y así poder inflar los precios de estos útiles escolares.

El cartel de la chatarrización (2017): la Policía capturó a 20 personas en todo el país por este cartel, empezando por Pedro Aguilar, quien sería la cabeza del cartel de la chatarrización. Según el ente acusador, fueron cerca de 12 mil vehículos de carga chatarrizados de manera fraudulenta en el país, “operaciones que podrían representar ganancias aproximadas a los seiscientos mil millones de pesos (\$600.000.000.000), es decir, cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) por cada camión”.

El cartel del ganado (2013): La Superintendencia de Industria y Comercio descubrió irregularidades en las subastas ganaderas y anunció una millonaria multa de 2.692 millones de pesos. Son 17 empresas que hacen parte del sector de las subastas ganaderas y que fueron sancionadas por “violación a la libre competencia”. Según la SIC, “las mencionadas sociedades formaron un cartel empresarial para fijar, coordinada y artificialmente, una comisión que se les cobraba a quienes compraban ganado en subastas públicas”.

Estos son apenas algunos de los casos en los que la Superintendencia de Industria y Comercio logro probar la cartelización, sin embargo, son incalculables los casos en los que aun reina la impunidad, cabe mencionar que la SIC hace apenas unos días, formulo pliego de cargos en contra de la contratación realizada por el Grupo Odebrecht.

Mencionar los casos más sonados de cartelización empresarial, contribuye también en la clasificación de la rama del derecho en la que podríamos encasillar el derecho de Competencia, es claro que existe un problema de identificación y son muchas las discusiones que se han dado entorno a este tema, es más un porcentaje elevado de los ciudadanos comunes ni siquiera han sido enterados de que el Derecho de la Competencia existe y que nos incumbe y puede llegar a afectarnos más de lo que podría cualquier impuesto. En adelante, haremos un estudio del tema de clasificación, partiendo de la base que con la constitución de carteles se está vulnerando un derecho colectivo que no cuenta con un solo caso en el que se haya indemnizado a los directamente afectados.

Enmarcar fuera del derecho público el derecho de competencia en mi concepto sería un craso error, en primer lugar, porque fue creado para proteger un interés general, que resulta ser el equilibrio económico y por ende el bien común, razón por la que la ley impone al estado la obligación de impedir que se restrinja la libertad económica mediante cualquier práctica anticompetitiva. No de gratis se confiere a la Superintendencia de Industria y Comercio la carga de vigilar, investigar y sancionar cualquier viso de vulneración a este derecho constitucional. Al respecto; Rivero, R (2015) señala: *“El Derecho económico es una materia interdisciplinar, dedicada al análisis de cuestiones como regulación de mercados, el régimen de la competencia o los derechos de los consumidores. (...) Pero esta amplitud del Derecho económico no obsta la segregación de un Derecho público de la Economía, compuesto sobre todo por Derecho constitucional y administrativo, diferenciable del Derecho privado (mercantil o civil) porque centra menos su atención en la voluntad de los particulares (contratos, sociedades mercantiles, etc.) y más en las intervenciones y regulaciones del poder público.”*

Habiendo enunciado lo anterior, debemos recordar que constitucionalmente el estado está obligado a intervenir y crear políticas públicas que dirijan la economía y protejan a los habitantes de los efectos hostiles de los acuerdos anticompetitivos, los cuales causan daños irreparables en la economía de un país y su desarrollo sostenible. Al respecto, tal como indica la OCDE (2009): *“la Constitución Política de 1991, estableció políticas públicas que el Estado debe implementar para la optimización de los sectores económicos, tales como: a). La gestión global de la economía se encuentra en las manos del estado que, por mandato de la ley, intervendrá en todos los sectores económicos para racionalizar la economía, mantener la participación dinámica de agentes económicos y mejorar la calidad de vida, para distribuir las oportunidades y los beneficios de desarrollo equitativamente, para mantener un ambiente de prosperidad, para lograr la plena utilización de los recursos humanos y el desarrollo armonioso de las regiones; b). Las actividades del sector financiero (bancos, compañías de seguros, etc.) son de interés público y deberán dirigirse bajo autorización y supervisión estatal; c). Se pueden establecer monopolios legales solo con propósitos sociales o públicos, como en el caso de las bebidas alcohólicas y el juego, cuyos beneficios se asignaran a la sanidad y a la educación.”*¹⁶ Para tal efecto, La Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad administrativa autorizada para la protección y promoción de la libre competencia empresarial tiene la función de vigilar, investigar, sancionar a los posibles infractores y contribuir a la implementación de políticas públicas y mecanismos que permitan su efectiva ejecución.

III. CONSIDERACIONES ACERCA DEL ROL DEL ESTADO FRENTE A LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA CARTELIZACIÓN EN LA ECONOMIA COLOMBIANA

El estado Social de Derecho, como garantista y protector de la constitución, está en el deber salvaguardar todos y cada uno de los preceptos establecidos en la norma de normas, de despliega su poder de vigilancia y control mediante la Superintendencia de Industria y Comercio, Así lo explica la OCDE en su informe inter-pares (2009): *“La SIC cuenta con autonomía administrativa, con personería legal propia, e independencia administrativa, presupuestaria y financiera. Sin embargo, debido a que el Superintendente es nombrado por el Presidente de la República y puede ser cesado del cargo a su voluntad, la independencia del Superintendente de la influencia del poder ejecutivo se reduce. La posición del Superintendente Delegado de Competencia también está sujeta al nombramiento y cese a voluntad. La SIC no se dedica exclusivamente de la aplicación de la ley de competencia. Tanto el Superintendente (que cuenta con la competencia de toma de decisiones) como el Superintendente Delegado (que cuenta o comparte con el*

¹⁶ Informe de la OCDE, Examen inter-pares.

Superintendente la facultad de realizar investigaciones) desarrollan otras tareas. La División de Promoción de la Competencia, que es la unidad dedicada exclusivamente a la aplicación de la ley de competencia, no tiene poderes propios.”

A este respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que: “La Constitución ha elevado la libre competencia a principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa...La ley debe impedir que personas o empresas que detentan una posición dominante en el mercado la exploten de manera abusiva”¹⁷; “La competencia... a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores... el objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños¹⁸; se concibe la libre competencia económica como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo...”¹⁸

La Superintendencia de Industria y Comercio se convirtió en la Entidad del estado responsable de la protección de la competencia. Sin embargo, esta Entidad solo cuenta con las multas para infundir temor entre los empresarios que consideraran cartelizarse, pues no existe una política pública que infunda respeto sin llegar a la sanción. El estado ha omitido hablar del tema y comunicarlo a la población, en las altas esferas del estado, se protege al empresario posicionado y se dota de garantías, la razón, que no es secreto para los colombianos, parece ser que los candidatos reciben contribuciones para la financiación de sus campañas y una vez se posicionan de sus cargos, su objetivo principal es retribuir a sus benefactores. Por consiguiente, a parte de la imposición de multas no se cuenta con una política pública que impida de alguna forma que las empresas se cartelicen, tampoco un castigo no pecuniario que condene a los infractores, pues no están obligados siquiera a la presentación de disculpas públicas.

El un impacto claro es el detrimento patrimonial, sin embargo. Tal como lo indica naciones unidas “La imposición de grandes multas a los miembros de los cárteles no beneficia directamente a los pobres o a las pymes. Las

¹⁷ Sentencia T-240 de 1993.

¹⁸ Sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002.

multas cobradas no se distribuyen entre quienes sufrieron los efectos del cártel, sino que van a parar, por lo general, al presupuesto del Estado. Por lo tanto, la lucha contra los cárteles no redundará en ningún beneficio real para los consumidores hasta que no bajan los precios. En los sectores de los alimentos básicos, una disminución del precio sería un resultado eficaz de la investigación de un cártel desde la perspectiva de los pobres.”¹⁹ Lo más grave del asunto, es que en Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio cobra las multas pero estas entran al haber del Estado sin generar una reparación por los daños y perjuicios sufridos por los consumidores, pues no se ha establecido una política o medio para que estos puedan obtener algún tipo de indemnización.

El autor Martínez, R (1988): define la responsabilidad extracontractual como “la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso” 23. En esta definición el autor no hace referencia alguna al hecho de que las partes de la relación dañosa, es decir, la víctima y el autor del daño tengan o no relación o vínculo jurídico anterior, pero en la misma obra en páginas anteriores al referirse a la responsabilidad en general, consagra lo que tradicionalmente se ha entendido por responsabilidad extracontractual como “la que nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior.” ²⁰De acuerdo con esto, los consumidores están sufriendo un daño patrimonial por cuenta de los carteles, la obligación de combatir la cartelización se encuentra en cabeza del estado y aunque los infractores purgan sanción pecuniaria en nada se les está retribuyendo, los que claramente mantiene el perjuicio causado por cuenta de los carteles.

El rol que ha asumido el estado es insuficiente desde todo punto de vista. En primer lugar porque el pago de la multa producto de las sanciones por prácticas que restringen la competencia ingresa a su haber sin obligación alguna de reparar, no sanciona de forma ejemplar, lo que ocasiona que dichas prácticas se mantengan y que además de proliferen y además no controla que producto de la sanción las empresas no entren a aumentar los precios para el pago de las multas, como se puede ver el consumidor está asumiendo un doble perjuicio por una falla grave del estado.

Las empresas que más acuden a la cartelización son las que proveen a la población de servicios y productos básicos, esto genera que la diferencia del

¹⁹ Extraído de la Conferencia de Naciones Unidas Sobre comercio y desarrollo. TD 24 de julio de 2013

²⁰ MARTINEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 4ª . ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1988.

precio real con el precio cobrado por estas sea asumida por el consumidor, un consumidor que para el caso de Colombia ha tenido que trabajar largas jornadas para poder acceder a estos bienes o servicios, lo que genera que la brecha existente entre ricos y pobres cada día sea más extensa.

IV. CONCLUSIONES

En el desarrollo del trabajo se abarcaron varios temas, se estudió la evolución histórica del derecho de competencia y se sugirió que este debe ser considerado como parte del derecho público, pues se trata de un derecho de protección constitucional, su vulneración genera efectos nocivos en el poder de adquisición de los colombianos e indefectiblemente genera un detrimento económico en una extensa parte de la población. Si analizamos el recuento de casos de cartelización empresarial además de pretender eliminar actores del mercado y aumentar sus ingresos, genera la afectación económica población colombiana (ya en este punto sabemos que generalizar a los afectados por este tipo de prácticas, tiene sustento en que todas las familias colombianas somos consumidoras de azúcar, papel higiénico, hacemos uso de vías o servicios de salud, etc.), por ende entendemos que las prácticas anticompetitivas generan un rompimiento del equilibrio económico, que debiera no solo ser protegido por el estado, sino que además los afectados se encuentran en todo el derecho de reclamar reparación de perjuicios al estado nula o tardía intervención.

La presentación de los casos relevantes de cartelización empresarial nos permitió corroborar que los casos en que la autoridad administrativa logró detección y sanción de acuerdos anticompetitivos, castigó a las empresas con altas multas que ingresan al haber del estado, pero en ninguno de los casos se ha propuesto una política que indemnice a los realmente afectados por este tipo de prácticas. El panorama es agobiante, revisando los antecedentes de los actos administrativos mencionados, se evidencia que estas empresas han actuado de forma ilegal y fraudulenta durante años, que aprovechan los mercados que ofrecen productos básicos y de mayor acceso de los colombianos. Establecer cuál es el daño económico que se nos ha causado por cuenta de los carteles y durante cuánto tiempo, tal vez sea una tarea sin un resultado preciso. Sin embargo, resultaría irrisorio negarnos a que la cartelización empresarial nos ha hecho víctimas a todos los colombianos sin distinción de estrato social y que ha afectado el desarrollo de nuestra economía y coartado nuestro poder de adquisición, en unas comunidades más que en otras pero que al fin de cuentas se concreta en una práctica deshonesta que afecta nuestro patrimonio.

Del impacto de la cartelización empresarial en la economía colombiana, podemos concluir que a todos hemos sufrido un perjuicio patrimonial que no ha sido resarcido, parece más un derecho de papel pues no es mucho lo que los ciudadanos comunes podemos hacer para evitarlo. Todos los días utilizamos papel higiénico, requerimos servicios de salud, demandamos el mantenimiento de vías, consumimos azúcar, miles de personas construyen diariamente sus viviendas y que las grandes empresas se concierten para dañarnos genera un daño irreparable de nuestros intereses. Duele darse cuenta que por tratarse de un derecho poco mencionado y nos ha sido trasgredido por las grandes empresas que en abuso de su posición han buscado sacar provecho económico sin tener en cuenta la crisis que enfrenta el país y la población, que en ultimas es la que resiente sus prácticas, pues han generado un trastorno que, aunque casi imperceptible a simple vista.

Ahora bien, se debe precisar que el estado como obligado constitucional tiene que parar de proteger a las oligarquías y monopolios y tomar un rol participativo en esta problemática, que permita evitar la cartelización empresarial, atacarla cuando se presente y reparar patrimonialmente a los afectados directos con este tipo de prácticas, pues como ya se ha mencionado al generarse aumento de precios en productos de la canasta básica familiar, los consumidores están asumiendo una carga (daño patrimonial) que no tiene por qué soportar y el estado quien es el encargado directo de su protección e indemnización como consecuencia de su falla, no está ejerciendo los controles que debiera. practicas más comunes y reincidentes son: el acuerdo de precios, definir cuotas de producción o la repartición de mercados. Por tratarse de prácticas ilegales los partícipes de acuerdos anticompetitivos se esfuerzan por no dejar evidencia, mientras la población se ve obligada a pagar un alto costo por productos y asumir el impacto económico que esto genera.

Por último, podemos concluir que por ahora, la abstención de compra a los implicados en cartelización empresarial es el único medio eficaz, que tenemos como población como muestra de rechazo social, dado que no un secreto que las multas impuestas son pagadas por los consumidores pues es común que luego de impuesta la multa se aumenten los precios como por arte de magia y en la mayoría de los casos no resultan significativas con relación al provecho económico obtenido durante años en abuso de su posición de dominio.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Casos recientes de cartelización empresarial (2017, junio) / Acceso el 24 de junio de 2017. Disponible en www.publimetro.co/co/colombia/2017/02/15/carteles-colombia.html.

Consulta de casos de la Delegatura de Protección de la Competencia por acuerdos (2017, mayo) / Acceso el 18 de junio de 2017. Disponible en www.sic.gov.co/decisiones-de-competencia-superintendente.

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 333. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 334. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Debreu, G. (1959). *Theory of value: An axiomatic analysis of economic equilibrium*. New Haven, CT: Yale University Press.

Decreto 2153 de 1992. “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”. Diciembre 30 de 1992.

Decreto 1523 de 2013. “Por medio del cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009”.

Decreto 2896 de 2010, “Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la ley 1340 de 2009” [Programa de beneficios por colaboración]. Agosto 5 de 2010.

IDB, OCDE (2007). *Derecho y política de la competencia, examen inter – pares*.

Gibbons, R. (1993). *Un primer curso de teoría de juegos*. Barcelona: Antoni Bosch.

Gutiérrez Rodríguez, Juan David, y otros. El Derecho de la Competencia en América Latina y El Caribe. Tesis universitaria para optar a la titulación de abogado, Director Alfonso Miranda Londoño., Bogotá (Colombia): Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

Ley 155 de 1959. “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”. Diciembre 24 de 1959.

Ley 1340 de 2009. “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”. Julio 24 de 2009.

MARTINEZ RAVE, Gilberto (1988) *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. 4ª . ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Revista CEDDET Introducción a la defensa de la competencia 10ma edición
pág. 35.

Rivero Ortega, Ricardo (2009). *El Derecho Administrativo Económico*. Editorial marcial Pons 5.ª ed.

Rivero Ortega, Ricardo (2015). *El Derecho Administrativo Económico*. Editorial marcial Pons 7ª ed.

Rubio Escobar, Jairo (2007). *Derecho de los mercados*. Editorial legis 1ª ed.

Varian, H. (2010). *Microeconomía Intermedia*. Barcelona: Antoni Bosch.