

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

**La Reparación Integral por la Implementación de Carteles Económicos en el Mercado del
Azúcar Blanco en Colombia, Periodo 2008-2011**

Carlos Manuel Márquez Serrano

Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de Abogado y Economista

Directoras:

Dra. Karol Viviana Vega Peña

MSC. Internacionalización Económica Diana Carolina Páez Ardila

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Facultad de Derecho

Facultad de Economía

2017

Dedicatoria

A Dios, por permitirme experimentar Su amor, Su presencia viva y ayuda continua, regalarme la existencia, la salud y las maravillosas oportunidades con que he contado.

A la Santísima Virgen María, por ser esa madre amorosa que me guía de su mano por el camino correcto, dándome su maternal consuelo.

A mis padres y hermano, quienes son un ejemplo a seguir, y siempre me han dado su apoyo incondicional, animándome a continuar adelante por el camino correcto.

Agradecimientos

En primer lugar a Dios, a quien todo se debe; A la Santísima Virgen María, Omnipotencia Suplicante que nos guía con su amor; A mis padres y hermano por su incondicional apoyo y formación, acertados consejos, y ánimo en esos momentos difíciles.

A mis directoras, Diana Carolina Páez y Karol Viviana Vega, por su paciencia y acertada conducción de la presente investigación, por sus consejos y sugerencias, que hicieron posible la llegada a puerto seguro, aun cuando no se veía la luz del faro.

A Luisa Fernanda García, quien, como su pupilo, me dio su guía y apoyo determinante en mi desarrollo personal y académico, además de brindar, su ayuda incondicional para el desarrollo de este trabajo y la obtención de los datos requeridos para culminarlo.

A Álvaro Ramírez, quien con su experiencia investigativa y profesional, contribuyó con invaluable consejos y sugerencias para el desarrollo del presente trabajo

A la Universidad Santo Tomás, por ser mi Alma Mater, y a todos los docentes que contribuyeron en mi formación profesional, haciendo posible la realización de esta investigación.

A mis amigos, de quienes me quedan gratos recuerdos de las maravillosas experiencias vividas, por su incondicional ayuda y consejos para mi desarrollo personal y profesional, y por su aporte a este arduo trabajo investigativo.

A todos aquellos, quienes de una u otra manera contribuyeron con su granito de arena, ya con una sonrisa, ya con el trámite y agilización de datos e información requerida, ya con una conversación que daba guía y orientación a la investigación, ya con cada acto que aun pequeño, fue igual de importante para el desarrollo y culminación de la presente investigación.

¡Gracias a Todos!

Tabla de contenido

	Pág.
Introducción.....	11
1. Planteamiento del problema	16
2. Pregunta de investigación	25
3. Objetivos.....	25
3.1. Objetivo General	25
3.2. Objetivos Específicos	26
4. Justificación	26
5. Marco Referencial	31
5.1. Marco Teórico y Conceptual	31
5.1.1. La competencia.....	31
5.1.2. El derecho de la competencia.....	34
5.1.3. Responsabilidad civil, daño y reparación.....	36
5.1.4. Cuantificación del daño y tasación del perjuicio: Modelo de Van Dijk y Verboven.....	43
5.1.5. Otros métodos para cuantificar los daños causados por los carteles económicos.....	48
5.2. Marco Legal.....	50
5.3. Estado del Arte.	55
6. Metodología	60
6.1. Tipo de investigación	60
6.2. Población.	61
6.3. Información	62

7.	El mercado del azúcar en Colombia, estructura y funcionamiento	63
7.1.	Producción y consumo de azúcar en Colombia.....	65
7.1.1.	Localización Geográfica.....	67
7.1.2.	Proceso productivo del azúcar.....	70
7.2.	Estructura del mercado del azúcar en Colombia	72
7.2.1.	Mecanismos de regulación de precios.....	75
7.2.1.1.	Sistema Andino de Franja de Precios.....	75
7.2.1.2.	Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar (FEPA).....	78
7.2.2.	Órganos Gremiales	83
7.2.2.1.	ASOCAÑA.....	84
7.2.2.2.	CENICAÑA	84
7.2.2.3.	TECNICAÑA	85
7.2.2.4.	CIAMSA	85
7.2.2.5.	DICSA	86
7.3.	El azúcar blanco en Colombia y el mundo, volumen de producción, precios y otros factores	86
7.3.1.	Mercado internacional del azúcar.....	87
7.3.2.	Mercado del azúcar en Colombia.....	94
8.	Cartel del azúcar blanco en Colombia 2008-2011.....	104
8.1.	Estado colombiano y economía de mercado.	105
8.1.1.	Economía de mercado	106
8.1.1.1.	El precio en competencia perfecta en la economía de mercado.....	106
8.1.2.	Colombia un Estado Social de Derecho	108

8.1.2.1. La libertad de empresa en el marco del Estado Social de Derecho colombiano	110
8.1.2.2. Libertad de competencia en el marco del Estado Social de Derecho Colombiano.	113
8.2. Cartel del azúcar en Colombia, investigación y sanción administrativa por parte de la SIC, Resolución 80847 de 2015.	117
8.2.1. Consideraciones de la Delegatura para la Protección de la Competencia.	119
8.2.1.1. Sobre los intercambios de información entre los investigados	120
8.2.1.2. Sobre las prácticas para la obstrucción del acceso al mercado del azúcar en Colombia.	123
8.2.1.3. Respecto de los acuerdos que tienen como objeto o efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.	124
8.2.2. Recomendaciones del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia al Superintendente de Industria y Comercio.	124
8.2.3. Consideraciones y sanción por parte del despacho del Superintendente de Industria y Comercio	125
8.2.3.1. Consideraciones de la SIC respecto del primer cargo (asignación de cuotas de producción o suministro).	125
8.2.3.2. Consideraciones del Superintendente respecto del segundo cargo (Obstruir a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización del azúcar.)	127
8.2.3.3. Sanción a las personas jurídicas investigadas por la cartelización en el mercado del azúcar en Colombia	129
8.3. Responsabilidad civil por cartelización del sector azucarero en Colombia periodo 2008- 2011: aplicación privada del derecho de la competencia.	132

8.3.1. El Daño	135
8.3.1.1. La prueba del daño	135
8.3.2. Nexo causal	138
8.3.3. Procedimiento para la reclamación de los perjuicios	140
8.3.4. Teoría de la reparación integral a los compradores directos de azúcar blanco.	141
8.3.4.1. Daños patrimoniales.	142
8.3.4.1.1. Daño emergente.....	142
8.3.4.1.2. Lucro cesante.....	144
8.3.4.2. Daños extrapatrimoniales	146
8.3.4.3. Daño autónomo de pérdida de oportunidad	147
9. Cuantificación de los daños causados en el efecto costo a los consumidores directos de azúcar blanco periodo 2008-2011	148
10. Conclusiones.....	155
Referencias Bibliográficas.....	156
Apéndices	167

Lista de tablas

	Pág.
Tabla 1. <i>Producción de Azúcar en Colombia 2008-2011</i>	22
Tabla 2. <i>Fórmulas de corrección monetaria en la tasación del perjuicio.</i>	41
Tabla 3. <i>Duración Temporada de Cosecha principales productores de azúcar de caña</i>	65
Tabla 4. <i>Empresas que conforman el clúster del azúcar</i>	73
Tabla 5. <i>Personas Jurídicas Investigadas por la SIC por el Cartel del Azúcar</i>	117
Tabla 6. <i>Proceso administrativo de investigación y decisión en la SIC</i>	119
Tabla 7. <i>Multa impuesta por la SIC a personas jurídicas por cartel del azúcar</i>	130
Tabla 8. <i>Multa impuesta por la SIC a personas jurídicas por cartel del azúcar, tras decisión de recurso de reposición</i>	131
Tabla 9. <i>Daño total causado por el cartel al mercado colombiano de azúcar (2008-2011)</i>	151
Tabla 10. <i>Resultados de la estimación del Daño Total y la Variación de la Cantidad Vendida.</i>	154

Lista de Figuras

	Pág.
<i>Figura 1.</i> Equilibrio de mercado	33
<i>Figura 2.</i> Efectos de un cartel en el mercado	34
<i>Figura 3.</i> Efectos sobre la industria del aumento de precios del insumo efectuado por el cartel.	46
<i>Figura 4.</i> Ubicación geográfica de los ingenios azucareros en el Valle del río Cauca	68
<i>Figura 5.</i> Proceso de producción del azúcar blanco.....	70
<i>Figura 6.</i> Arancel vs. Precio en SAFP del azúcar crudo, Colombia, periodo 2008-2011	77
<i>Figura 7.</i> Arancel vs. Precio en SAFP del azúcar blanco, Colombia, periodo 2008-2011.....	77
<i>Figura 8.</i> Producción y consumo mundial de azúcar	88
<i>Figura 9.</i> Comercio internacional de azúcar.	89
<i>Figura 10.</i> Participación en la producción mundial de azúcar para el 2011	90
<i>Figura 11.</i> Participación en el consumo mundial de azúcar para el 2011.....	90
<i>Figura 12.</i> Participación en las exportaciones mundiales de azúcar para el 2011	92
<i>Figura 13.</i> Participación en las importaciones mundiales de azúcar para el 2011.....	92
<i>Figura 14.</i> Superávit/déficit mundial de azúcar vs. Variación del precio internacional promedio anual del azúcar (%)	93
<i>Figura 15.</i> Producción y consumo de azúcar en Colombia, periodo 2000-2011	95
<i>Figura 16.</i> Producción total de los ingenios colombianos de azúcar blanco y crudo	96
<i>Figura 17.</i> Ventas de los ingenios al mercado nacional de azúcar crudo y blanco.....	97
<i>Figura 18.</i> Importaciones de azúcar a Colombia, periodo 2005-2011.....	98
<i>Figura 19.</i> Países de origen de las importaciones de azúcar blanco, para el 2011	99

<i>Figura 20.</i> Exportaciones de azúcar desde Colombia, periodo 2005-2011.	100
<i>Figura 21.</i> Países de destino de las exportaciones de azúcar blanca de Colombia 2011.	101
<i>Figura 22.</i> Tasa representativa del mercado vs. Cotización azúcar blanco en bolsa de Londres.	102
<i>Figura 23.</i> Precio en Colombia vs. Precio de cotización en bolsa de Londres.	103
<i>Figura 24.</i> Daño total causado por los ingenios al mercado discriminado mensualmente	152

Lista de Apéndices

Pág.

Apéndice A. Datos para el cálculo del daño total causado por el cartel del azúcar blanco en Colombia Periodo 2008-2011	167
--	-----

Introducción

Decía John F. Kennedy, el 15 de marzo de 1962 ante el Congreso de los Estados Unidos: “Por definición, el término consumidores, nos incluye a todos; se trata del grupo económico más amplio que afecta y es afectado por casi cada decisión económica pública o privada. No obstante es el único grupo importante... cuyas opiniones casi nunca son escuchadas”

El Estado colombiano ha implementado el modelo liberal en su economía, abriendo sus fronteras al comercio internacional y a la inversión extranjera. Pero este modelo traía consigo un temor, y no exclusivamente para Colombia. Todas las economías liberales temían que el sector privado frustrara las ganancias y los beneficios derivados de la liberalización económica adoptando prácticas anticompetitivas. Para contrarrestar esto, los estados han adoptado leyes de competencia, o como en el mundo anglosajón se denomina leyes *antitrust*.

La legislación colombiana en materia de competencia es una de las más antiguas de la región. La ley 155 de 1959 Siendo promulgada bajo la Constitución del 86 (Constitución proteccionista) estableció algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, entre las que se encuentran la cartelización. Posteriormente, nació el nuevo modelo económico liberal para el Estado colombiano con la Constitución de 1991, en la que se incluyó también la protección de la libre competencia. En 1992 se promulga el decreto 2153 mediante el cual se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), se ampliaron las conductas sujetas a la ley de competencia y se perfeccionaron las disposiciones legales aplicables a dichas conductas. Con la ley 1340 de 2009, se establece en cabeza de la SIC competencia jurisdiccional para conocer de los asuntos relativos a la competencia económica, asimismo le otorgó un aumento sustancial en las multas que podía imponer para sancionar las conductas anticompetitivas allí enunciadas.

Finalmente, con el Decreto 1523 de 2015 se establece un régimen de beneficios por colaboración que es de gran utilidad para obtener información que le permita a la SIC sancionar a quienes han incurrido en prácticas anticompetitivas.

Amparada en este marco legislativo, la SIC investigó y sancionó a empresas y organizaciones del sector azucarero colombiano. De acuerdo con la SIC, se logró probar que hubo una conducta concertada, continuada y coordinada que tuvo por objeto la obstrucción o restricción de importaciones de azúcar de países de Centro y Suramérica, tras lo cual decidió, de acuerdo con sus competencias, imponerles una multa a 15 personas jurídicas y 14 personas naturales, entre ingenios, asociaciones y altos directivos de las empresas, por un total de \$324.441.168.950 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015). Sin embargo, Esto solo representó una sanción administrativa, lo que en el *common law* se ha denominado *public enforcement*.

Asimismo, la SIC (2015) manifestó que el Fondo para la Estabilización de los Precios del Azúcar (FEPA) se desnaturalizó, y a través del mismo se llevó a cabo la conducta de cartelización empresarial en la modalidad de reparto de cuotas de producción o suministro de azúcar en Colombia. Sin embargo, el FEPA es un mecanismo de intervención del Estado en la economía, y la SIC por expresa disposición legal (Art. 31 Ley 1340/09) tiene restringidas sus facultades sancionatorias ante dicho evento, razón por la cual exoneró a todas las personas naturales y jurídicas investigadas por dicha conducta.

Una vez anunciado el monto de la sanción y la decisión, tanto las personas naturales como las personas jurídicas afectadas interpusieron el recurso de reposición, ante lo cual la SIC (2015) confirmó el fallo ya proferido, pero redujo el monto de la sanción a \$260.094.223.150.

Esta conducta constituye uno de los más graves atentados contra los beneficios que produce la competencia para la economía de un Estado entre los que se encuentran: un funcionamiento más

eficiente de la misma al destinarse los recursos a las actividades de mayor productividad; facilita la adaptación de las empresas para competir globalmente al verse presionadas por los consumidores y los competidores a producir bienes de mejor calidad a un menor precio; siendo esto a su vez beneficioso para el excedente del consumidor, ofreciéndole productos con la mejor relación de precio-calidad, y finalmente; equilibra los intereses de todos los agentes del mercado. (Miranda & Gutierrez, 2006)

La cartelización que llevaron a cabo los industriales del azúcar, fue una conducta *per se* ilegal, que causó un daño al mercado, a los empresarios que utilizaron como insumo el azúcar, a los distribuidores de azúcar y demás cadena de distribución y consumo del azúcar.

Hasta este punto, la sanción impuesta por la SIC fue administrativa. Pero esta conducta violatoria de la ley se asienta en la clásica pero vigente cláusula abstracta de responsabilidad en la que se lesiona un derecho ajeno por acto imputable a un agente, esto es que la cartelización comporta la causación de un daño en cabeza de terceros, a quienes en su condición de víctimas les asiste el derecho al restablecimiento de su *status quo* en virtud de la deuda de responsabilidad de la cuál son acreedores frente a los agentes causantes de tales daños.

En este sentido, la Constitución establece a la competencia como un derecho y un interés colectivo, pero una colectividad no es otra cosa que una suma de individualidades. Al cartelizarse los productores de azúcar, aumentaron sustancialmente los precios, sacándolos de la esfera de la competencia, violando así el derecho constitucionalmente reconocido que tienen todos los habitantes del territorio, menoscabando el patrimonio de aquellos que de alguna manera comerciaron o consumieron azúcar. Justo aquí subyace la pretensión de responsabilidad, en tanto el bien jurídico lesionado goza de protección constitucional y legal, por lo cual se entrega al

postulado de la reparación integral, máxime si se trata de un bien de rango superior de contenido sustancial y no necesariamente de stirpe patrimonial.

Así las cosas, la legislación colombiana establece la obligación de reparar en cabeza del infractor, a las víctimas, empresarios que tienen como insumo el azúcar, distribuidores y consumidores de azúcar, por el daño causado y por ellos sufrido. Aquí estamos hablando de acciones privadas tendientes a la indemnización, lo que en el derecho anglosajón se ha denominado *Private Enforcement* o *Private compensation*. Significa la limitación a la libertad de acción por la correlación con el deber de contenido obligacional entre quien produce el daño y quien lo sufre, para que a través de la acción instituida para tal fin, se restablezca el bien jurídico vulnerado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC 13925, 2016).

Es decir, aquí hay lugar a una reclamación privada que es pertinente tramitar a través de la vía judicial solicitando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la cartelización del sector azucarero, mediante un proceso de naturaleza declarativa de responsabilidad civil regido por el principio de reparación integral, ante la concurrencia de los tres elementos esenciales para la atribución de responsabilidad a saber: (a) presencia de un daño jurídicamente relevante, (b) que el daño sea atribuido al agente de quien se demanda la reparación y (c) que exista título de imputación frente a la conducta generadora del daño

Ahora bien, Navia manifestó "[...] es por este principio por donde empiezan las dificultades, pues es evidente que si un hecho dañoso repercute de varias maneras [...], el juez, si quiere cumplir - y está obligado a hacerlo- con el precepto de la indemnización integral deberá determinar con exactitud, no solo cada una de esas lesiones, sino que además deberá valorarlas y sumarlas para que pueda hablarse a ciencia cierta de una reparación integral" (2007, p. 291)

Si bien es cierto que la legislación colombiana en materia de competencia es una de las más antiguas de la región, es solo hasta tiempos muy recientes que empieza a hacerse realmente efectiva. Esto hace que el desarrollo jurisprudencial en materia de reparación de daños, siguiendo el principio de reparación integral, causados por los cartelistas sea nulo, además de ser una difícil labor, dada la complejidad de cuantificar la consecuencia económica del daño, esto es, el perjuicio.

Teniendo en cuenta esta deficiencia, en el presente trabajo se realizará un ejercicio concreto de valoración del daño en sede patrimonial en la modalidad de daño emergente, en el que se aplicará el modelo desarrollado por Theon van Dijk y Frank Verbonden (2009) al cartel del azúcar en Colombia, y se verificará si a través de la aplicación de este modelo al ejercicio concreto en el cartel del azúcar, contribuye al desarrollo del principio fundamental de reparación integral en la responsabilidad civil.

El documento se estructura en tres grandes apartados, el primero corresponde a la caracterización del mercado del azúcar mediante el análisis de su comportamiento a nivel nacional e internacional, en el segundo apartado se analiza la configuración de la responsabilidad civil como consecuencia de la infracción a las normas sobre competencia mediante la configuración de un cartel en dicho mercado. Finalmente, se cuantifica el daño causado por los ingenios.

1. Planteamiento del problema

Es condición *sine qua non* del progreso económico de un Estado la competencia tanto en la curva de oferta como de demanda. La competencia en los mercados eficientes tiene como función: (a) Proteger la soberanía del consumidor¹, (b) fomentar la productividad, (c) estimular la innovación, (d) mejorar la distribución del ingreso y por último (e) flexibilizar la economía. Cuando un mercado no puede cumplir con estas funciones por existencia de estructuras de mercado imperfectas como los carteles económicos, las economías de libre mercado no crecen, y de crecer, lo hacen en forma asimétrica y poco sustentable.

Sin embargo, en algunos casos los empresarios, ya sean productores o distribuidores, en su afán por maximizar sus ganancias y en detrimento de los derechos de los consumidores han constituido carteles económicos en los cuales, en algún punto de la cadena de producción o distribución, los agentes económicos poniéndose de acuerdo se reparten cuotas de mercado e incrementan los precios. Los participantes del cartel pueden acordar diversas modalidades, en las cuales ellos, aun conservando su independencia de los demás participantes del ilícito anticompetitivo, pueden: “(a) vender a un precio acordado, (b) aplicar métodos de producción o fórmulas comunes de comercialización y (c) dividir el mercado fijando cuotas de producción y zonas de comercialización.” (Miranda y Gutierrez, 2006)

Con esto, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia se ha pronunciado sobre la materia enunciando los motivos por los cuales son nocivos para la economía los carteles económicos argumentando que:

Se forman carteles con el fin de eliminar la presión ejercida por las empresas de la competencia toda vez que, de no existir el cartel, las empresas se ven forzadas a mantener

¹ En el presente trabajo el concepto de consumidor no es el establecido en la ley 1480 de 2011. Consumidor se entenderá desde el ámbito económico como aquellas personas naturales o jurídicas que adquieren un bien o servicio ofrecido en el mercado.

precios bajos e innovar en sus productos y métodos, y/o a mejorar la calidad de éstos. El cartel permite mantener precios más altos, precios fijos, menor variedad y menor calidad de bienes y servicios, lo cual repercute en los consumidores. (SIC, s.f.)

Esta conducta ilícita y anticompetitiva causa un daño en la cadena de producción y distribución aguas abajo del cartel, es decir aquellas personas naturales o jurídicas que transforman, comercializan o consumen los bienes y/o servicios cartelizados, daño con el que se afecta el patrimonio que puede alcanzar hasta el consumidor final. Esto se ve retribuido en un detrimento patrimonial antijurídico de toda la cadena de producción y distribución aguas abajo, razón por la cual nace el derecho a la reparación integral.

En Colombia los carteles empresariales se encuentran prohibidos constitucionalmente. Así, en el artículo 78 de la Carta Política de 1991 se establece la regulación legal que deberá darse de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad; también consagra el artículo la atribución de responsabilidad a aquellos que en la producción y comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, seguridad y adecuado aprovisionamiento de consumidores y usuarios.

Asimismo en el artículo 88 constitucional (1991) establece la posibilidad de instaurar acciones populares para la protección de derechos relacionados con el patrimonio, la seguridad y la libre competencia económica. Igualmente otorga la posibilidad de instaurar acciones, legitimadas en la causa por el daño, a un número plural de personas sin perjuicio de las acciones particulares que se pretendan.

Finalmente se encuentra constitucionalmente protegida la libre competencia en el artículo 333 de la carta política (1991) que consagra:

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. 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 ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y 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.

En estos mandatos encontramos consagrada la libre competencia como un derecho colectivo, por esta razón las multas impuestas por la SIC van directamente al erario público (Decreto 111, 1996, art. 27) para contribuir a la inversión pública en pro del bienestar común. Sin embargo, detrás del atentado contra el derecho colectivo, existen vulneraciones individuales contra sujetos determinados; no podría hablarse de atentado colectivo, si tras este no existen una suma de detrimentos individuales que agregados producen el movimiento del derecho de la competencia en sentido lato. (Pico, 2017) De allí nace la expresa prohibición de los carteles económicos, y el derecho a la reparación que tienen las personas cuando ven menoscabados sus derechos por una conducta anticompetitiva como la cartelización.

Pero a pesar de la prohibición de los acuerdos colusorios (Carteles económicos) tanto en la constitución como en las leyes que regulan la materia, y en especial el decreto 2153 de 1992 modificado por la ley 1340 de 2009, las colusiones siguen teniendo lugar en nuestro país y en todo el orbe.

De lo enunciado anteriormente es ejemplo el cartel del azúcar en Colombia investigado por la Superintendencia de Industria y Comercio. De acuerdo con esta entidad, los ingenios y organismos

gremiales del sector azucarero durante varios años incurrieron en una conducta concertada, continuada y coordinada para obstruir las importaciones del *commodity*, caso que se analizará en el presente trabajo, el cual se enmarcará en el azúcar blanco ya que representa el mayor porcentaje de producción por parte de los ingenios y de consumo por parte del mercado nacional (ASOCAÑA, 2015) delimitándose al período 2008-2011, siendo el lapso en el cual se presentó el mayor incremento en el precio del azúcar en el país (CORABASTOS, s.f.). Asimismo, se tendrá en cuenta el gremio azucarero por la importancia económica del sector para el desarrollo colombiano y la disponibilidad de los datos.

La SIC (2012), comenzó a investigar la posible existencia de un cartel en el sector azucarero por una denuncia radicada el 14 de mayo de 2010 por la Asociación de Agroindustriales del Bocado Veleño (ASOVELEÑO) quienes manifestaron su inconformidad por el alza exagerada en el precio del azúcar, así como una escasez en el producto. De igual forma, el 01 de junio de 2010, Ernesto Parra Rodríguez, subgerente de la empresa Comestibles San Antonio Ltda. presentó un escrito ante dicha entidad solicitando una investigación por el mismo motivo, argumentando un alza exorbitante en los precios del azúcar desde el segundo semestre de 2009 y el primer semestre de 2010.

El 30 de julio de 2010, los directivos de empresas como Coca Cola Femsa, Bavaria S.A., Coca Cola, Aje Colombia, Nestlé de Colombia S.A, Bimbo de Colombia S.A. Compañía Nacional de Chocolates S.A. Compañía de Galletas Noel S.A.S. Meals de Colombia S.A. y Casa Luker S.A. enviaron un comunicado a la SIC, pronunciándose en el mismo sentido de Comestibles San Antonio, manifestando su inconformidad por el alza exagerada en los precios del azúcar y solicitando a dicha entidad investigar si se estaban llevando a cabo prácticas restrictivas de la libre competencia. Dichas empresas se fundamentaron para presentar esta petición, en que la inflación

en Colombia entre septiembre de 2008 y enero de 2010 presentó un incremento de 3,7% mientras que, para el mismo periodo, el precio del azúcar se incrementó en un 51,4%. Asimismo, evidenciaron los empresarios que se presentaba una falta de correlación entre el precio internacional del azúcar y el precio nacional, porque mientras que el precio internacional durante el primer semestre de 2010 descendió en un 50%, en el mercado interno aumentó en un 16%. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012)

Con esta información, la SIC realizó visitas administrativas a la Comercializadora Internacional de Azúcares y Mieles S.A. (CIAMSA), Desarrollos Industriales y Comerciales S.A. (DICSA), Mayagüez S.A., San Carlos S.A., Riopaila Castilla S.A., Ingenio María Luisa S.A., Ingenio La Cabaña S.A., Ingenio Providencia S.A., Ingenio del Cauca S.A., Ingenio Pichichí S.A., Central Tumaco S.A., Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia (ASOCAÑA), Ingenio Manuelita S.A., Ingenio Risaralda S.A., Ingenio Carmelita S.A. Asimismo, escuchó a altos directivos de empresas como Nestlé, la Compañía Nacional de Chocolates y Coca Cola Femsa quienes comparecieron al caso. Con esto se dio trámite a la investigación.

Sin embargo, las funciones oficiosas de la SIC en esta investigación que cursó bajo su conocimiento se limitan a imponer sanciones administrativas, las cuales son multas a favor suyo por hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes o, hasta por el 150% de la utilidad obtenida por el cartel; pero, para determinar la reparación a las víctimas del cartel que en su mayoría son industrias alimenticias, farmacéuticas, de licores y bebidas, y los hogares colombianos debe ser por solicitud de parte. Asimismo, parece ser que los colombianos desconocen sus derechos y tienen la percepción que la única posibilidad derivada de dicha infracción es la sanción administrativa impuesta a las empresas infractoras, pero desconocen que ellos como víctimas directas o indirectas, ya sean personas naturales o jurídicas, tienen derecho

de acción para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a su patrimonio. Esto debido a que posterior a una búsqueda jurisprudencial preliminar para evidenciar el desarrollo que ha tenido Colombia en esta materia, no se encontraron pronunciamientos de ninguna Corte, ni del Tribunal de Santander.

Como es natural, este cartel conformado por 12 ingenios azucareros colombianos, causó un daño muy grave para la economía, dada la importancia del sector, teniendo en cuenta que son los proveedores de grandes industrias alimenticias. Asimismo, el azúcar es un insumo básico de la canasta familiar, por lo que impactaría directamente en el patrimonio de las familias colombianas.

Para evidenciar la magnitud del cartel, y a su vez el daño que este ha causado, hay que mencionar que para el año 2008 se produjeron en el país 2.036.134 toneladas de azúcar, en el 2009 fueron 2.598.496 toneladas de azúcar, para el 2010 la producción fue de 2.077.613 toneladas, y finalmente para el 2011 la producción total fue de 2.077.654 toneladas de acuerdo con datos de ASOCAÑA (2015).

Tabla 1. *Producción de Azúcar en Colombia 2008-2011*

Año	Azúcar Blanco	%Azúcar Blanco	Azúcar Crudo	%Azúcar Crudo	Total
2008	1.797.022	88%	239.113	12%	2.036.134
2009	2.188.577	84%	409.919	16%	2.598.496
2010	1.892.607	91%	185.006	9%	2.077.613
2011	1.825.000	88%	252.654	12%	2.077.654

Fuente: Elaborado con datos de Asocaña (2015)

Tal y como se puede evidenciar en la tabla 1, la mayoría de la producción entre 2008 y 2011 se concentra en el azúcar blanco, oscilando entre el 84 % y el 91% de la producción total de azúcar.

Una vez establecida la responsabilidad de los causantes, estos se encuentran frente a la obligación de reparar el daño bajo el cauce ordinario del título XXXIV del Código Civil colombiano, que impone la obligación de reparar a quien ha cometido un delito o culpa infringiendo

un daño a otro, lo cual se traduce de la aplicación de la cláusula general y abstracta de la responsabilidad civil moderna adoptada por Andrés Bello en fiel seguimiento a los postulados Napoleónicos y de los juristas franceses del siglo XVIII.

Así las cosas, con los carteles económicos se viola el derecho a la libre competencia, que está en cabeza de todos los ciudadanos. Con esta violación se causa un daño a los afectados por el mismo ya sean directos o indirectos, que son toda la cadena de producción, distribución y consumo que se encuentra aguas abajo del cartel.

De este daño patrimonial causado surge el derecho de los afectados por el cartel a reclamar por medio de acciones privadas la reparación del mismo. El propósito de la reparación es situar a la víctima en el estado en que se encontraría en el evento en que el daño no hubiese ocurrido. Sin embargo, en múltiples ocasiones no es posible devolver a las víctimas al estado en que se encontrarían en dicho evento, por lo que se acude a la reparación mediante el pago de una indemnización, que no es más que una cantidad determinada de dinero con la cual se pretende compensar a la víctima por los perjuicios ocasionados. Es por este motivo, y para el desarrollo auténtico del principio de reparación integral que resulta de vital importancia lograr un método de criterios cristalinos que permita cuantificar el daño, estableciendo así, el valor de la indemnización cuyos acreedores son las víctimas de la cartelización. La cuantificación del daño es la traducción a términos económicos de la lesión de los derechos ocasionada por los cartelistas, en este caso del azúcar blanco entre 2008 y 2011.

Con esto, se hace hincapié en que el tratamiento que se le ha dado en Colombia a los cartelistas ha sido netamente administrativo, en el cual la entidad encargada de la protección de los derechos del consumidor, que es la Superintendencia de Industria y Comercio, sanciona mediante la imposición de multas a los cartelistas. Sin embargo, el daño patrimonial que se le causa a toda la

cadena de producción, distribución y consumo aguas abajo del cartel queda sin lugar a una reparación.

En Colombia el desarrollo de un método que permita la cuantificación de los daños en la responsabilidad civil está delegado en cabeza del Congreso de la República, así lo ha enunciado la Corte Constitucional de manera consistente y reiterada, señalando que es responsabilidad de éste “en desarrollo de su libertad de configuración política, regular el régimen de responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo”(Corte Constitucional, Sentencia C-1008, 2010) Sin embargo, el Congreso no se ha tomado la detenida tarea para desarrollar el principio de reparación integral y legislar sobre la cuantificación del daño en estos casos específicos de cartelización empresarial, especialmente en el desarrollo de un método que permita cuantificar el daño para tasar la indemnización. La legislación y la jurisprudencia en Colombia se encuentran muy atrasadas en materia de reparación del daño sufrido por toda la cadena de producción, distribución y consumo aguas abajo del cartel, dejando un amplio vacío normativo que ocasiona un enriquecimiento sin causa en los cartelistas y un detrimento patrimonial en dicha cadena, quienes son los más afectados, generando graves consecuencias para la economía tales como una mayor concentración de capital en cabeza de los cartelistas quienes ya poseen un gran poder económico, y en menoscabo de las familias e industrias que utilizan el azúcar blanco como materia prima para el normal desarrollo de su actividad económica.

Al respecto y debido a que la cartelización es un fenómeno internacional que se intensificó con la globalización, en la cuantificación del daño sufrido por los consumidores ha habido avances, cito al respecto la obra de Theon Van Dijk y Frank Verboven quienes en sus artículos denominados *Quantification of Damages* (2008) y *Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense* (2009)

proponen un método que hace posible la cuantificación de los daños causados tanto a la industria como a los consumidores finales.

En su modelo de cuantificación toman en consideración las diferentes posibilidades de cartelización de las empresas, asimismo tienen en cuenta que el daño causado como consecuencia de los carteles es sufrido por diferentes partes, tales como consumidores directos e indirectos, distribuidores, intermediarios y demás actores que estén en la cadena. Con este modelo los autores pretenden tener en cuenta a las víctimas del cartel dejándolas indemnes en la mayor medida de lo posible, mediante la cuantificación del daño y tasación del perjuicio.

Con esto, en el presente trabajo se pretende el establecimiento de una subregla en la legislación colombiana que permita la cuantificación de los daños causados por los carteles económicos a los consumidores directos (el efecto costo) verificando si el principio de reparación integral en el derecho de la responsabilidad civil en Colombia se desarrolla al aplicarse el modelo desarrollado por Van Dijk y Verboven (2009) para cuantificar el daño causado a las víctimas directas del cartel del azúcar blanco en Colombia ejecutado entre los años 2008 y 2011.

2. Pregunta de investigación

¿De qué manera la cuantificación de los daños causados en el efecto costo sobre el consumidor directo por la implementación de carteles económicos en el mercado del azúcar blanco, permite la aplicación del principio de reparación integral en el derecho de responsabilidad civil en Colombia?

3. Objetivos

3.1. Objetivo General

Analizar la cuantificación de los daños causados en el efecto costo sobre el consumidor directo de azúcar blanco en Colombia por la implementación de un cartel económico durante el periodo 2008 - 2011 en el marco de la aplicación del principio de reparación integral en el derecho de la responsabilidad civil.

3.2. Objetivos Específicos

1. Caracterizar el mercado del azúcar blanco en Colombia, desde su estructuración y funcionamiento.
2. Identificar el comportamiento anticompetitivo del cartel económico en el mercado del azúcar blanco y el daño causado a toda la cadena de producción, distribución y consumo *aguas abajo* del cartel.
3. Cuantificar el daño emergente derivado de la responsabilidad civil que se genera a los compradores directos del azúcar blanco (efecto costo) por la implementación de un cartel económico.

4. Justificación

Con el transcurrir del tiempo la inteligencia humana ha vencido los límites espacio-temporales, logros que le han permitido interconectarse, ha nacido la sociedad global, donde todos son vecinos. Con esto, el derecho ha tendido a armonizarse para poder regular efectivamente las nuevas prácticas humanas globales, especialmente las económicas, que van surgiendo como consecuencia de los desarrollos tecnológicos.

La cartelización es una práctica que traspasa fronteras, es una práctica desleal global, y la aplicación privada de la responsabilidad que se reconoce por el daño que esta práctica genera ha ido cambiando también con el transcurrir del tiempo en los diferentes países.

La legislación más representativa respecto al tema se encuentra en Estados Unidos y la Unión Europea. Es hasta hace poco que los tribunales Europeos empiezan a reconocer la posibilidad de que los particulares acudan a la jurisdicción en busca del resarcimiento de los perjuicios causados como consecuencia de la violación de las normativas anti carteles y *antitrust*. Es así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Courage contra Crehan, Sentencia C-453/99 del 20 de septiembre de 2001 y posteriormente en el caso Manfredi, Sentencia C.295/04 del 13 de julio de 2006 ratifica su posición consistente en que cualquier persona o empresa tiene derecho a interponer una demanda para la reparación de daños y perjuicios frente a la empresa o las empresas que le hubieran causado el daño como consecuencia de la vulneración de la normativa de la Comunidad Europea relativa a la competencia. (De Quinto, 2012)

En los Estados Unidos también ha habido una reciente evolución. Inicialmente, se tenía la doctrina expuesta en el caso Illinois Brick en el cual unos fabricantes de ladrillos habían coludido para incrementar los precios, estos ladrillos eran comprados por una empresa constructora de viviendas (consumidor directo) quien ante el incremento del precio de los ladrillos, incrementó el precio de las viviendas que vendía, trasladando el sobre costo al consumidor final (consumidor indirecto). La tesis allí sostenida argumenta que no es posible que los consumidores indirectos acudan en acción resarcitoria porque se abriría el espacio para una multiplicidad de acciones, generando para las empresas infractoras un detrimento patrimonial, teniendo que reparar más de una vez el daño. (De Quinto, 2012)

Sin embargo la tesis varió en el caso California vs. ARC America Corporation En donde la Suprema Corte rechazó los argumentos expuestos en Illinois Brick abriendo la posibilidad para que los consumidores indirectos pudieran ser reparados en sus perjuicios, argumentando que los consumidores directos en este caso habrían trasladado los sobrecostos a los consumidores indirectos, siendo estos los reales afectados, reforzando lo que ya se venía desarrollando en políticas *antitrust* conocido como el *private enforcement*. (De Quinto, 2012)

Resulta, además, de gran relevancia la investigación acerca de las consecuencias de la cartelización, teniendo en cuenta que la libertad de competencia es un derecho, y este se ve vulnerado con los acuerdos colusorios, lo que resulta a su vez muy perjudicial para el desarrollo económico de un país teniendo presentes los beneficios que tiene la competencia: como la destinación de los recursos a actividades de mayor productividad debido a un funcionamiento más eficiente de la economía, asimismo facilita a las empresas para competir globalmente al ser presionadas por consumidores y competidores a producir bienes de mejor calidad a un menor precio, lo que beneficia a su vez el excedente del consumidor, ofreciendo al consumidor productos con la mejor relación precio-calidad y por último la competencia sirve como regulador de los agentes del mercado, equilibrando sus intereses.

Ahora bien, un acuerdo colusorio afecta todos los beneficios que tiene consigo la libre competencia, y por lo tanto afecta el desarrollo económico de un país; por lo que se encuentra taxativamente prohibido y sancionado por la normatividad nacional e internacional. Sin embargo, y a pesar de estar prohibido, las empresas en Colombia siguen cartelizándose.

La conducta de la cartelización genera un daño susceptible de ser reparado. Los titulares de la acción son los compradores directos e indirectos del cartel y toda la cadena de producción y

distribución de bienes y servicios aguas abajo del cartel, afectados por la conducta anticompetitiva del acuerdo colusorio.

Actualmente los carteles se sancionan administrativamente, con multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Pero los privados en la mayoría de los casos no ejercen su derecho de acción, y el daño no es cuantificado en debida forma, lo que conlleva a no lograrse el desarrollo del principio de reparación integral que gobierna por excelencia la responsabilidad civil.

Asimismo, resulta un tema de actualidad teniendo en cuenta la vertiginosidad del crecimiento económico contemporáneo y el proceso globalizador, lo que conlleva a crear grupos económicos muy poderosos. Tal es el caso del gremio azucarero en Colombia, capaz de provocar cambios abruptos en el comportamiento económico de un país, lo que terminaría siendo un asunto de soberanía nacional. Igualmente han salido a la luz últimamente investigaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre carteles económicos en el país, distintos al del azúcar, que han acordado subir sustancialmente los precios de sus productos para generar mayores ganancias para sus empresas, afectando el excedente del consumidor y el comportamiento de la economía nacional.

En el presente trabajo se tomará como base de investigación el cartel del azúcar blanco entre 2008 y 2011, dado que es un sector relevante a nivel nacional. En primera instancia, este sector afecta a la gran mayoría de los colombianos teniendo en cuenta que el azúcar se encuentra presente en un gran porcentaje de productos alimenticios y otro tipo de productos como licores y medicamentos. En segunda medida, el sector azucarero en Colombia es uno de los gremios más cohesionados a nivel mundial, y así lo referencia la Superintendencia de Industria y Comercio en la investigación que adelantó, teniendo los 12 ingenios azucareros que existen actualmente en

Colombia varios entes que coordinan sus actividades y les posibilita además ejercer una gran influencia sobre las decisiones políticas para el sector. Por último el sector azucarero no produce bienes de lujo accesibles únicamente para las personas con mayores ingresos de la sociedad, produce un bien esencial de la canasta básica familiar que afecta a toda la población por igual; pero es más perjudicial para aquel sector de la sociedad con menor poder adquisitivo.

Esta importancia del sector azucarero para la economía nacional se puede evidenciar en el impacto socioeconómico generado por este sector. En cuanto a insumos, por cada peso de producción de los ingenios, se inyectan en total 10,5 pesos en la economía en su conjunto; por cada peso invertido por los ingenios azucareros en bienes de capital, la economía en su conjunto invierte 2,3 para poder sostener la demanda de materias primas por parte de los ingenios; y por cada peso pagado de salario por los ingenios, se genera un pago de la economía en su conjunto de 6,8 pesos. Adicionalmente, por cada peso de valor agregado generado por los ingenios azucareros, en la economía se generan 3,9 pesos de valor agregado; por cada peso de impuestos que pagan directamente los ingenios se generan pagos de impuestos a la producción por 10,3 pesos en la economía; por cada empleo generado por los ingenios, en la economía se generan 28,4 empleos gracias a sus actividades. Finalmente, el sector azucarero entre 2000 y 2007 generó entre 30.000 y 32.000 empleos, todos ellos de trabajadores vinculados directamente con el sector azucarero. (Arbeláez, Estacio, & Olivera, 2010)

Vislumbrada la importancia que tiene el sector azucarero para la economía nacional, una de las intenciones del trabajo es dejar sentado un precedente para generar conciencia en los que han sido víctimas de la cartelización, no solo del sector azucarero, sino de todos los carteles que se puedan conformar, para que tengan conocimiento del derecho de acción del que son titulares, del daño que se les ha causado y la reparación a la que hay lugar, estableciendo una subregla para la

cuantificación de los daños causados por el cartel, mediante la verificación de la armonía entre el modelo de Van Dijk y Verboven (2009) y la legislación nacional. Lo que a su vez servirá de inhibidor de las empresas para no coludir, por cuanto hay que reparar el daño; lo que en otras palabras quiere decir devolver las ganancias que se obtuvieron producto del exceso en los precios fuera de libre competencia; sin perjuicio además de las sanciones administrativas a que haya lugar.

Teniendo en mente la reparación que se debe también a los afectados por el cartel, los dineros que deberán cancelar los cartelistas entre sanciones administrativas y reparación serán sumas proporcionalmente mayores a solamente la sanción administrativa, situación que hará reflexionar a los empresarios que tengan en mente la colusión, que ésta trae más perjuicios que beneficios.

5. Marco Referencial

5.1. Marco Teórico y Conceptual

5.1.1. La competencia

En economía, la competencia se presenta como una situación de mercado en la que concurren múltiples consumidores y múltiples oferentes, siendo el modelo de competencia perfecta el ideal para el mercado.

El modelo de competencia perfecta se presenta cuando concurren los siguientes presupuestos: una demanda y una oferta atomizada, es decir, multiplicidad de oferentes y demandantes; inexistencia de barreras de entrada o salida del mercado; inexistencia de diferencias entre los productos de los diversos competidores; e inexistencia de asimetrías en la información que posee

el consumidor al momento de tomar la decisión, el consumidor siempre toma una decisión bien informado. (Bocanegra, 2005)

Con la concurrencia de estos factores, de acuerdo con la teoría económica clásica, el precio y las cantidades demandadas saldrán del punto en el que se intersecta la oferta y la demanda en el gráfico de la tijera marshalliana. Esto es lo que Adam Smith llamó la mano invisible del mercado. Allí el precio y la cantidad se encuentran en los óptimos de Pareto, dado que no es posible mejorar la situación de los consumidores sin desmejorar la de los productores, y no es posible mejorar la situación de los productores sin desmejorar la de los consumidores. Por lo que es en este punto en el que el mercado alcanza la máxima eficiencia asignativa, es el punto óptimo de eficiencia asignativa del mercado. En esta situación, ni productores ni consumidores pueden determinar el precio, es el mercado el que lo determina. (Gómez, s.f.)

Ahora bien, de la ley de oferta y demanda surge el excedente del consumidor y el excedente del productor. El excedente del consumidor es la ganancia que obtienen los consumidores por comprar un producto a un menor precio del que estarían dispuestos a pagar. Entretanto, el excedente del productor es la ganancia obtenida por el productor como consecuencia de la venta de un producto por encima del precio que estaría dispuesto a aceptar, que sería en este caso el costo marginal de producir dicho bien, como lo ilustra la Figura 1.

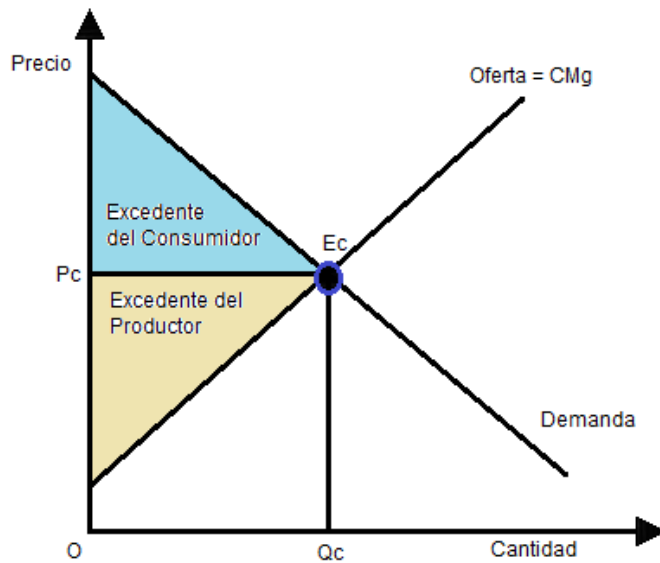


Figura 1. Equilibrio de mercado

Fuente: Krugman, P. y Wells, R. 2007. P.121.

No obstante, existen objeciones respecto del modelo de competencia perfecta, bien sea porque se presentan diferenciaciones en los bienes producidos, los cuales aunque presten la misma utilidad se diferencian por la marca; o porque existen asimetrías por parte del consumidor al momento de tomar la decisión de compra, no estando lo suficientemente informado; entrando a jugar otros factores como la propiedad intelectual y la disponibilidad de información. Sin embargo, en una economía de libre mercado, como la que rige actualmente la mayoría de países del mundo, se presenta un modelo de competencia que sirve de autorregulador de los precios y la demanda.

Ahora bien, cuando los agentes que antes competían entre sí en la curva de oferta, se ponen de acuerdo para elevar artificialmente los precios, es decir, se cartelizan, están adquiriendo un poder de mercado ilegalmente. Este poder de mercado los faculta para determinar el precio del producto, y así aumentar el excedente del productor en detrimento del excedente del consumidor (rectángulo de coordenadas $(P_c, P_m; 0, Q_m)$) ilustrado en la Figura 2. En esta situación el mercado pierde eficiencia asignativa, debido a que no se maximiza el bienestar general.

Esta pérdida irrecuperable de eficiencia asignativa, o también denominada pérdida de peso muerto, que se presenta cuando el equilibrio entre la oferta y demanda no es el óptimo, surge a consecuencia de un número de transacciones no realizadas por no encontrarse el precio en el punto de competencia, es decir, el consumo no realizado por un número de personas que estarían dispuestas a hacerlo en un precio competitivo, y de las ventas no realizadas por los productores que se habrían realizado en un punto competitivo.

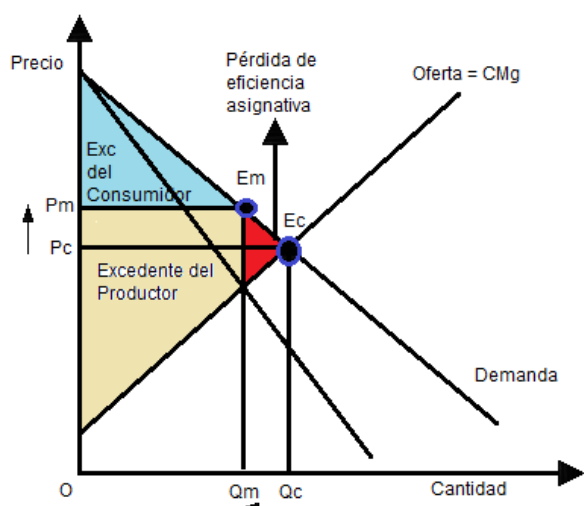


Figura 2. Efectos de un cartel en el mercado
Fuente: Krugman, P. y Wells, R. 2007. P. 122

5.1.2. El derecho de la competencia

El derecho de la competencia, es una rama del derecho económico que tiene por fin el estudio, expedición, aplicación, análisis y tratamiento de las normas que regulan las conductas anticompetitivas que se presentan entre los agentes económicos, entre ellas la cartelización de los agentes del mercado. Todas estas conductas tienen en común las restricciones a la libertad de competencia en los mercados, generando un desequilibrio en los precios, afectando y por ende causando un menoscabo al patrimonio de productores, distribuidores y consumidores.

Enuncian Witker y Varela (2003) que el objetivo del derecho es explicar la realidad en un momento histórico determinado con base en una normatividad vigente. Pero con el transcurrir del tiempo la realidad cambia y el derecho se vuelve insuficiente para explicarla, por lo que entonces, se hace necesario, desde la teoría proponer los fundamentos que resuelvan el problema de coherencia entre el discurso normativo y la realidad regulada. Es así como el derecho comienza a valerse para sus decisiones de la ciencia económica, llegando a relacionarse tan íntimamente que las decisiones que se tomen en el derecho afectarían inevitablemente a la economía y viceversa. Es entonces la aleación entre economía y derecho la base del surgimiento del derecho de la competencia.

De acuerdo con Miranda (2006), del derecho de la competencia, aunque se puede encontrar codificaciones desde el imperio romano, éstas son muy incipientes. El derecho de la competencia surgió propiamente en Estados Unidos entre 1861 y 1890, años en los cuales se dio el surgimiento de los carteles de precios (*pooling arrangements*) y los acuerdos económicos (*corporate trusts*). Estos carteles, que tenían su campo de acción a lo largo y ancho de toda la Nación, terminaron generando un gran descontento en toda la población tras la posibilidad que éstos tenían de fijar artificialmente los precios por encima de lo que estarían en situación de libre competencia. Esta época en los Estados Unidos fue caracterizada por la imposibilidad de actuación por parte de la administración frente a estos actos, debido a la falta de regulación sobre esta nueva conducta.

Posteriormente los empresarios constituyentes de acuerdos económicos (*Trusts*) mutaron su conducta debido a las inconformidades y constituyeron matrices (*Holdings*) para controlar los mercados. Sin embargo, se le continuó dando el nombre de *trust* a cualquier conglomerado de empresas que logrará monopolizar una actividad económica. Este fue el origen del nombre asignado (*antitrust law*) a la legislación que tiene por motivo prohibir y sancionar los acuerdos

anticompetitivos de la cartelización y otras prácticas que impongan barreras a la libre competencia. *Antitrust law* podría traducirse como derecho antimonopolio. Sin embargo, en el derecho de tradición romana, se le ha denominado a esta disciplina positivamente como derecho, protección o defensa de la competencia.

5.1.3. Responsabilidad civil, daño y reparación.

Una vez analizado el concepto de competencia y establecido el derecho que tiene un ciudadano de un Estado liberal, partícipe de una economía de mercado a gozar de los beneficios que produce la competencia; se pasa a analizar los conceptos que a su vez son derechos que posee el mismo ciudadano, que nacen cuando su derecho a la competencia es violado, y este es el derecho a la reparación integral (que a su vez opera como principio), reparación proveniente del daño generado por la transgresión de su derecho a la competencia.

El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño, o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. [...] (Hinestrosa, 2007, p.36)

Así, Hinestrosa determina que el fundamento de la responsabilidad civil en última instancia, viene sinendo la posibilidad de determinación del daño que se ha infligido a la víctima. Si no es posible determinar la cuantía del daño, no será posible devolver a la víctima al estado en que se encontraba anterior a la ocurrencia de los hechos, y es éste el objetivo de la responsabilidad civil.

Es carga de la víctima demostrar la existencia de todos los elementos que configuran la responsabilidad, entre los que se encuentra el daño; el juez debe valorar el daño como cierto, veraz y real, so pena de que no prospere la acción de responsabilidad. Pero una cosa es la prueba de la existencia del daño y otra la prueba de su intensidad. Es deber del juzgador de instancia suplir la falta de prueba de la intensidad del daño mediante el decreto de pruebas de oficio, quedando vedadas por este precepto las condenas *in genere*, y en consecuencia la absolución por falta de precisar una condena en concreto. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, C-7623, 2004)

Con esto, la responsabilidad civil, el daño y la reparación integral son tres conceptos que la doctrina ha relacionado estrechamente. Así, Henao (2007) en su obra titulada El Daño afirmó que “el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil” (p.37)

De lo anterior, es posible afirmar que la responsabilidad se predica de una relación entre dos o más personas en la cual, de un extremo de la relación está quien causa o quienes causan el daño, y del otro, quien lo sufre o quienes lo sufren. De esta relación nace la obligación jurídica de asumir las consecuencias provocadas a otro con ocasión de un hecho o acto que lo ha lesionado en sus intereses.

Las funciones de la responsabilidad son tres: reparar, sancionar y prevenir. De estas tres, la de nuestro interés es la función reparadora que podría subdividirse en tres escenarios. En el primer escenario, la función reparadora procura regresar a la víctima al estado en que se encontraría de no haber ocurrido el hecho dañoso (*restitutio in integrum*). En el segundo escenario, al no ser posible regresar a la víctima al estado en que se encontraba, se propende por acercarla en la mayor medida de lo posible a dicho estado. Y finalmente, en el tercer escenario de no ser posible el

acercamiento del segundo escenario, se genera entonces una compensación por los daños irrogados.

Es entonces, el daño un elemento esencial de la responsabilidad. Sin daño no hay lugar a responsabilidad. Henao (2007) citando al profesor Francis-Paul Bénéoit en su obra *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé* señaló que “...el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación” y lo diferencia del perjuicio enunciando que “el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño, para la víctima del mismo.”(p.78)

Los hermanos Mazeaud, citados también por Henao (2007), enunciaron que los romanos “trataron tímidamente de sustituir la noción de *damnum*, por la de perjuicio: comprendieron que lo que importaba no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (*damnum*) sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario” (p.79)

En la misma línea de argumentación fue emitida una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la que se afirma que el daño considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, mientras que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño. (Henao, 2007, p.79)

Con esto, se puede afirmar que el daño irrogado por los carteles económicos se traduce en la disminución del excedente del consumidor propiamente dicha junto con la pérdida irrecuperable de eficiencia asignativa del mercado. Asimismo, los perjuicios ocasionados vendrían siendo la posibilidad de cuantificar los daños irrogados, otorgando pleno desarrollo al principio de reparación integral, lo que no sería otra cosa más que la indemnización plena de los perjuicios.

Se entiende entonces por reparación integral, la indemnización plena de los perjuicios, o como enuncia Henao (2007), “dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso.” (p. 45)

Este principio que ha sido acogido por gran parte de las legislaciones de tradición francesa, forma parte importante del sistema de responsabilidad civil, y del sistema de reparación de daños, e implica que la violación del *alterum non laedere* comporta una obligación de resarcir el perjuicio en la cuantía de la magnitud del daño. Esto, de acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia citada por Henao (2007) implica que “el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite” (p.45)

Con esto, se da a entender que el perjuicio, es decir, la cuantificación del daño debe estar en estricta concordancia con el daño infligido. Si la indemnización otorgada a la víctima es mayor que el daño efectivamente causado se produce un enriquecimiento sin justa causa en cabeza de la víctima; y si por el contrario la indemnización otorgada a la víctima es menor que el daño efectivamente infligido habrá un empobrecimiento sin justa causa en cabeza de la víctima.

Así, el principio de reparación integral es definido como la reparación de *tout le dommage, mais rien que le dommage*. Esto es la indemnización de todos los perjuicios en la estricta medida de los daños.

Ahora bien, el perjuicio puede presentarse en diversas formas, y ha sido clasificado por la doctrina y la jurisprudencia colombiana en perjuicios patrimoniales, extrapatrimoniales, y la pérdida de oportunidad como daño autónomo. (a) Los perjuicios patrimoniales son de orden material, es decir, aquellos que atentan contra bienes o intereses económicos, y de acuerdo con los artículo 1613 y 1614 del Código Civil (Ley 57 de 1887) se pueden sub-clasificar en daño emergente y lucro cesante, los que a su vez pueden ser consolidados o pasados y futuros. (b) Los

perjuicios extrapatrimoniales no son de naturaleza económica, por lo tanto no son medibles ni cuantificables en dinero. Sin embargo, lo que se busca al otorgar una suma dineraria en esta tipología del perjuicio es la compensación, Vgr. dada la imposibilidad de cuantificar el dolor de una persona. Y finalmente, (c) la pérdida de oportunidad, en el que la lesión se presenta sobre un interés jurídico representado en una expectativa legítima de obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

La tipología en la que se centrará el presente trabajo es la de orden patrimonial, dada la posibilidad de cuantificación dineraria de los perjuicios ocasionados por el cartel económico del azúcar blanco al mercado. Siendo, a su vez, el daño que ocasionan estos carteles de orden material, es decir, un detrimento patrimonial en los bienes del consumidor.

Así las cosas, como se enunció anteriormente, el perjuicio patrimonial esta subdividido en daño emergente y lucro cesante, los cuales a su vez pueden ser consolidados o pasados, y no consolidados o futuros. De acuerdo con Henao (2007) el daño emergente se presenta cuando un bien económico representado en dinero, cosas o servicios salió (daño emergente pasado) o saldrá (daño emergente futuro) del patrimonio de la víctima. Por su parte el lucro cesante existirá cuando un bien económico que debía ingresar al patrimonio de la víctima en condiciones de normalidad, no ingresó (lucro cesante pasado) ni ingresará (lucro cesante futuro) al patrimonio de la víctima. Esta distinción es perfectamente resumida por los Hermanos Mazeaud citados por Henao (2007) al enunciar que el daño emergente es una pérdida sufrida, entretanto el lucro cesante es una ganancia frustrada.

Ahora bien, de acuerdo con Isaza (2013), en su obra *De la Cuantificación del Daño*, la manera en que se determinan actualmente dichos perjuicios en Colombia se lleva a cabo de acuerdo con las fórmulas expuestas en la Tabla 2.

Sin embargo, con estas fórmulas lo que se realiza es la actualización de la cuantificación del daño, es decir la actualización del perjuicio, pero el perjuicio ya debe estar valorado, el daño ya debió haber sido estimado, y este es el objeto de la presente investigación, la cuantificación del daño causado al comprador directo por la cartelización en el sector del azúcar en Colombia, dada las dificultades que se presentan para su estimación, teniendo en cuenta los conceptos teóricos económicos y jurídicos anteriormente enunciados.

Tabla 2. *Fórmulas de corrección monetaria en la tasación del perjuicio.*

Concepto a liquidar	Fórmula	Explicación
Daño Emergente Pasado o Consolidado sumas únicas	$S = Ra (1 + i)^n$ $Ra = Rh * \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$	Se toma el valor en que se produjo la erogación y se actualiza a la fecha en que se realiza la valoración aplicando la variación en el índice de precios al consumidor mensualmente, posteriormente a la suma se le aplica un interés del 6 %.

Tabla 2. *(Continuación)*

Concepto a liquidar	Fórmula	Explicación
Daño Emergente Pasado o Consolidado sumas Periódicas	$Ra = Rh * \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$ $S = Ra * \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$	El valor de cada una de las mensualidades se actualizan aplicando el IPC mensual hasta la fecha de cálculo, y a la cuantía actualizada se le aplica un interés puro del 6 % anual.
Daño Emergente Futuro o no Consolidado Sumas Únicas	$S = R \frac{1}{(1 + i)^n}$	El valor de la indemnización se calculará tomando el costo acreditado a la fecha de liquidación y descontando el 6 % anual durante el tiempo que transcurrirá desde el momento en que se efectúa el pago de la

indemnización hasta el momento en que se efectuará el gasto.

Daño Emergente Futuro o no Consolidado Sumas Periódicas	$S = Ra * \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$	Se toma el valor de la erogación mensual actualizada al día de la liquidación, descontando una tasa de interés pura del 6 % anual, acorde con el número de mensualidades que se deban indemnizar.
Lucro cesante consolidado o pasado Sumas Únicas	$Ra = Rh \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$	Se toma el valor de la fecha en que se hubiera recibido la cantidad correspondiente y se actualiza a la fecha de estimación, tomando como referente la variación en el Índice de Precios al Consumidor.
Lucro cesante consolidado o pasado Sumas	$Ra = Rh * \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$ $S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$	El valor de la mensualidad se actualiza estimando la variación del IPC mensual hasta la fecha en que se realiza la estimación, y al monto actualizado en cada periodo se le aplica un interés puro del 6 %

Tabla 2. (Continuación)

Concepto a liquidar	Fórmula	Explicación
Lucro cesante futuro Sumas Únicas	$S = R * \frac{1}{(1 + i)^n}$	Se estima el valor de la indemnización tomando el valor del ingreso futuro acreditado a la fecha de liquidación y descontando el 6 % anual durante el tiempo que transcurrirá hasta el momento en que se realice el gasto

**Lucro cesante
futuro
Sumas Periódicas**

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

Se toma el valor mensual que se hubiera percibido y se trae al valor presente de la fecha en que se realiza la estimación, descontando una tasa de interés pura del 6 % anual teniendo en cuenta el número de mensualidades que se deben indemnizar.

Nota. S: Valor a pagar, Rh: Renta histórica, Ra: Renta actualizada, n: Periodo Indemnizable en meses, i: 0,004867 (mensual), IPC: Índice de precios al consumidor, R: Renta a pagar
De “De la cuantificación del daño; Isaza, M. (2013)”

5.1.4. Cuantificación del daño y tasación del perjuicio: Modelo de Van Dijk y Verboven

El modelo propuesto por Theon Van Dijk y Frank Verboven (2009) es un modelo innovador diseñado para la tasación de los perjuicios de todas las víctimas, tanto directas como indirectas de un cartel. Este modelo es producto de un vacío doctrinal en el derecho económico, ya que no existía una forma clara establecida para cuantificar los daños generados por los carteles a todas las víctimas del mismo, que tienen derecho de acudir a la jurisdicción para reclamar el resarcimiento.

Este modelo ha sido ilustrativamente explicado por ellos (Theon van Dijk y Frank Verboven), quienes en su artículo titulado “*Cartel damages claims and the passing on defense*” publicado en *The Journal of Industrial Economics* expone los diferentes parámetros que se han de tener en cuenta para la tasación de los perjuicios de las víctimas del daño causado por los carteles económicos.

En este contexto, van Dijk y Verboven desarrollaron un marco económico para calcular el daño causado por un cartel, enfocado en la tasación de los beneficios perdidos por las víctimas directas (industriales compradores directos del insumo cartelizado), pero a su vez también se consideran los daños totales ocasionados por el cartel, incluidos los causados a las víctimas indirectas.

En el presente apartado se analizará el marco económico establecido para cuantificar el daño causado a las víctimas directas. Para esto, van Dijk y Verbonden descomponen las pérdidas ocasionadas al comprador directo del cartel en tres efectos: 1. El efecto costo que es el sobreprecio que el comprador directo tiene que pagar por el insumo cartelizado. 2. El efecto repercutido que representa la medida en la que el comprador directo del insumo cartelizado traslada el sobre costo a los consumidores de su producto, que serían víctimas indirectas del cartel. 3. El efecto producción que determina las ventas perdidas por el comprador directo del insumo cartelizado, cuando parte del sobreprecio es trasladado a los consumidores.

A continuación se analizarán de acuerdo con de Quinto (2012) más detenidamente los efectos propuestos por van Dijk y Verboven que tiene el aumento en el precio de un insumo provocado por un cartel aguas arriba que se denominará genéricamente cartel, sobre el beneficio de una industria aguas abajo (industria). Para este efecto, se parte de la base que el cartel incluyó a todas las empresas aguas arriba, y que estas eran proveedoras de todas las empresas de la industria aguas abajo.

La reducción de los beneficios de la industria, a consecuencia de un aumento en los precios generado por el cartel se tendrá como el daño ocasionado por el cartel. Así las cosas, una industria que es suministrada por un cartel, compra q cantidades de un insumo cartelizado a un precio w . La industria produce q unidades, y cada unidad producida por la industria requiere una unidad del bien cartelizado. Con esto, la función de costos totales de la industria sería $C(w, q) = C(w) * q$
 $= C * q$. (1)

Esto quiere decir que el costo marginal es independiente de la cantidad producida y a su vez constante pues $\frac{\partial C(w, q)}{\partial q} = C * W = C$, es decir, se suponen rendimientos constantes a escala sobre el proceso productivo. Asimismo, la variación del precio del insumo dw , será igual a la variación

del costo marginal dc . Es decir, se tiene como presupuesto que el aumento del precio del insumo cartelizado será el único factor que haga aumentar el costo marginal de la industria.

Así las cosas, los beneficios π de la industria se traducen en los ingresos, que serían (precio p * cantidad q) menos los costos totales ($\pi = pq - C(w, q)$). (2)

La formación de un cartel conlleva un aumento del precio en el insumo en dw . Con esto, la variación en los beneficios de la industria $d\pi$ sera:

$$d\pi = \frac{\partial C(w, q)}{\partial w} dw + qdp + \left(p - \frac{\partial C(w, q)}{\partial q} \right) dq \quad (3)$$

Esta ecuación se puede simplificar en $X = \frac{\partial C(w, q)}{\partial w}$. Además, como se asume que cada unidad producida por la industria contiene una unidad del insumo cartelizado, $x = q$. Ahora bien, como la única variación en los costos marginales será causada por el aumento del precio del insumo cartelizado. Entonces, finalmente:

$$d\pi = -qdc + qdp + (p - c)dq \quad (4)$$

En esta expresión están contenidos los tres efectos que se generan sobre la industria por un aumento de precios debido a la cartelización de un insumo:

1. Efecto costo ($-qdc$) es el efecto directo del aumento de los precios en los insumos y es el producto de la cantidad (q) comprada por la industria, multiplicada por la variación del costo marginal causada por el cartel. El signo negativo es producto de la disminución en los beneficios de la industria. Esta será la cuantía total a abonar para aquel que esté interesado solo en resarcir los daños a los compradores directos del cartel.
2. Efecto repercutido ($+qdp$). Es el efecto producido como consecuencia de la reacción de la industria a causa de un aumento en el precio del insumo y su costo marginal, y que consiste en un incremento del precio del producto ofertado por la industria. Este efecto es positivo porque

supone un aumento sobre los beneficios de la industria. Este efecto contrarresta parcialmente el efecto costo.

3. Efecto producción $(+(p-c)dq)$. En este efecto se representa el hecho de que al subir el precio del producto ofrecido por la industria, la demanda se contrae, ya que menos compradores estarán dispuestos a pagar un precio más elevado por el mismo producto. Esta será el producto del precio menos el costo marginal, por la variación de la cantidad producida. Es de resaltar que dq es negativo dado que la pendiente de la curva de demanda es negativa, y como consecuencia el efecto en conjunto también será negativo

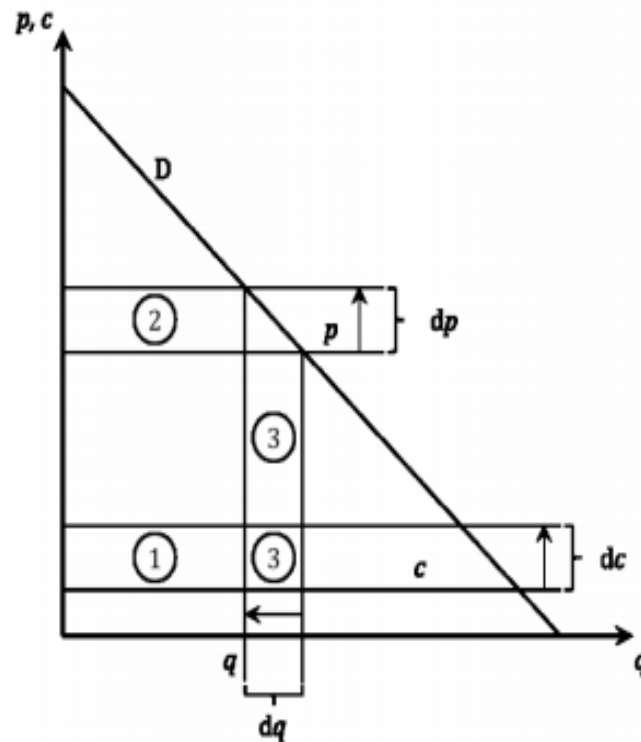


Figura 3. Efectos sobre la industria del aumento de precios del insumo efectuado por el cartel.
Fuente: De Quinto, M. 2012. P. 13

1. Efectos sobre los consumidores finales

Hay que iniciar mencionando que el efecto repercutido mencionado anteriormente, no es más que la transferencia de parte del daño generado por el cartel, de la industria al consumidor final, por lo que el daño continua existiendo y son los consumidores finales quienes lo soportan, ya que están pagando un precio más alto a la industria por el bien ofrecido, del que pagaban antes de la existencia del cartel.

Así, el daño sobre los consumidores finales vendría siendo igual a la pérdida irrecuperable de eficiencia, representada por el triángulo aledaño a los puntos 2 y 3 del gráfico No. 3. Y esta pérdida irrecuperable de eficiencia representa aquellos consumidores que como consecuencia del aumento del bien de la industria se han visto excluidos del mercado.

De este razonamiento, se deriva el cálculo del daño sobre los consumidores finales infligido por el cartel, y en específico, sobre el excedente del consumidor (EC). Como ya se mencionó anteriormente el efecto repercutido es soportado por los consumidores finales de la industria. Así se puede definir la variación en el excedente del consumidor (dEC) como:

$$dEC = -qdp$$

Obsérvese que los daños sobre los consumidores son iguales al efecto repercutido, pero cambia el signo positivo por el signo negativo. El aumento de precios efectuado por la industria, derivado del aumento de costos originado por el cartel, supuso un aumento de ingresos para la industria. Sin embargo, este incremento es con base en el detrimento del excedente del consumidor.

2. Daños totales

Para la tasación de los perjuicios y cuantificación de los daños originados por el cartel, en últimas se tiene que tener en cuenta los daños ocasionados al consumidor final y a la industria por lo que será:

$$\text{Daños totales} = d\pi + dEC = -qdc + qdp + (p - c)dq - qdp = qdc + (p - c)dq$$

Así, los daños totales son iguales al efecto costo más el efecto producción, sin tener en cuenta el efecto repercutido, porque este representa una ganancia para la industria y una pérdida para el excedente del consumidor en exactamente la misma cuantía, es decir, es una transferencia de rentas del consumidor final a la industria. (De Quinto, 2012)

5.1.5. Otros métodos para cuantificar los daños causados por los carteles económicos

Con esto, hay que mencionar que el método de Van Dijk y Verboven no es el único diseñado para cuantificar los daños causados por la cartelización sobre el mercado. Existen otros métodos, algunos más simples, otros más complejos; pero todos buscan el mismo objetivo, tasar los daños causados por el cartel sobre el mercado. Algunos de estos métodos han sido expuestos en un documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea (2013).

El primero de estos métodos es la comparación directa, que consiste sin más ajustes, en comparar directamente los datos obtenidos del mercado en que operó la infracción con otro mercado o con otro periodo de tiempo. Este método tiene múltiples limitantes entre las que se encuentran las similitudes entre los mercados en comparación, la cantidad de datos obtenidos para la variable sub-examine desde muy pocos datos obtenidos para determinado periodo de tiempo a una vasta cantidad de datos para el periodo de la infracción o viceversa.

Un segundo método, consiste en la interpolación lineal de los datos. Es aplicable cuando la comparación diacrónica ha dado series de datos en la variable del precio antes y después de la infracción. Es decir, se han obtenido datos sobre el precio antes de ocurrida la infracción y después de finalizada la misma. Esto permite estimar el precio en situación de competencia durante la infracción trazando una línea entre el precio anterior y el precio posterior a la infracción.

La extrapolación lineal, opera de forma similar al método de la interpolación, con la única diferencia que solo se obtuvieron datos anteriores a la infracción o posteriores a la infracción, por lo que la línea continuará solo a partir de dichos datos. No es un periodo de datos intermedio.

El análisis de regresión es un método con un mayor grado de complejidad que los anteriores, consistente en técnicas estadísticas que ayudan a determinar comportamientos en la relación entre las variables económicas, y hasta qué punto determinada variable se encuentra afectada por la infracción y por otras variables que no están afectadas por la infracción Vgr. El precio del azúcar hasta qué punto se encuentra afectado por la infracción y, hasta qué punto está influenciado por los costos de las materias primas, la variación en la demanda de los consumidores, el nivel de concentración del mercado o las características del producto. En este método la relación identificada entre las variables se representa mediante una ecuación denominado modelo de regresión, la cual permite estimar los efectos de las variables influyentes sobre la variable en estudio y aislar los efectos de la infracción, la cual puede consistir en la cartelización. (Comisión Europea, 2013)

Sin embargo, estos métodos expuestos anteriormente presentan grandes limitantes que deben tenerse en cuenta a la hora de cuantificar el daño, para dar un íntegro desarrollo al principio de reparación integral. El primer modelo no toma en cuenta las posibles diferencias entre mercados o periodos de tiempo. Por lo tanto, la comparación directa de variables estaría muy restringida, los mercados tendrían que ser muy similares para poder realizar una comparación directa. Este modelo propone la cuantificación del daño como la diferencia entre el mercado bajo cartelización y el mercado sin cartelización, o la diferencia entre el periodo de tiempo bajo cartelización y el periodo de tiempo sin cartelización. Pero no hace diferencias entre los daños causados a la industria aguas

abajo y los causados a los consumidores finales, igualmente tampoco tiene en cuenta la pérdida irrecuperable de eficiencia del mercado.

Los siguientes métodos: la interpolación, la extrapolación y la regresión, presentan también grandes limitantes. Al igual que el anterior, no hacen diferenciación entre el daño causado a la industria aguas abajo del cartel y los consumidores finales. Asimismo, tampoco tienen en cuenta la pérdida irrecuperable de eficiencia del mercado, factores determinantes para dar desarrollo al principio de reparación integral.

La interpolación y la extrapolación no tienen en cuenta las variaciones climáticas y estaciones, que en efecto afectan considerablemente los precios, y esto ocurre porque la variable estimada se determina con base en series de datos anteriores o posteriores al periodo de la infracción.

Finalmente la ecuación de regresión, con un mayor grado de complejidad que los anteriores, elimina varios errores, pero sigue siendo insuficiente porque como ya se mencionó no realiza una distinción entre los daños causados a la industria y los daños causados a los consumidores finales.

5.2. Marco Legal

Los carteles económicos, son figuras anómalas e ilegales que atentan directamente contra la libertad de competencia, bajo las cuales los empresarios coluden para obtener unas mayores ganancias, violando y transgrediendo derechos constitucional y legalmente protegidos, entre esos la libre competencia y todos los beneficios que esta otorga.

La Constitución Política de Colombia de 1991 estatuye expresamente en 3 artículos la defensa de la libertad de competencia y la protección del mercado y los consumidores. El artículo 78 de la carta política atribuye responsabilidad a aquellos que en la producción y comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, seguridad y adecuado aprovisionamiento de

consumidores y usuarios. Asimismo, en el artículo 88 establece la potestad de instaurar acciones populares para la protección de los derechos relacionados con el patrimonio, la seguridad y la libre competencia económica; así como la posibilidad de instaurar acciones, legitimadas en la causa por el daño, a un número plural de personas sin perjuicio de las acciones particulares que se pretendan.

Finalmente, encontramos en la Constitución Política el artículo 333 que consagra expresamente:

“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. 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 ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y 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.”(Const., 1991, art.333)

Ahora bien, la protección del derecho de la competencia no nace con la Constitución Política de 1991, ya desde antes se venían estructurando los fundamentos legales para la protección de la libertad de competencia y prohibición implícita de las prácticas anticompetitivas, entre las que se encuentran los carteles.

El derecho de la competencia en Colombia, empezó a tratarse de manera poco sistemática en las leyes 27 de 1888, 16 de 1936 y 5 de 1947; para posteriormente si expedirse la ley 155 de 1959, una importante ley que estructuró la materia del derecho de la competencia.

La ley 27 de 1888 reformó el código de comercio. En su artículo segundo consagraba la facultad que poseía el gobierno de examinar por medio de sus agentes los trabajos de las empresas que desarrollaban sus actividades económicas en Colombia, así como revisar los libros, cuentas y contratos y demás operaciones y documentos. Y consagraba la potestad de intervenir en dichos actos cuando lo considerará conveniente.

Asimismo, el artículo sexto de esta misma ley dispuso “Se prohíbe la fundación de sociedades anónimas contrarias a las buenas costumbres, al orden público y a las prescripciones legales; así como aquellas que no versen sobre un objeto real y de lícita negociación, o que tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de la industria.” (Ley 27, 1988)

Por su parte, el artículo séptimo de la ley 5 (1947) consagró “los miembros de las juntas directivas y los gerentes de los establecimientos bancarios no podrán pertenecer a juntas directivas de otros institutos de crédito, ni a las bolsas de valores, con excepción de la junta del Banco de la República.” (Superintendencia de Sociedades)

A este artículo anteriormente mencionado hace expresa referencia el artículo 5 de la ley 155 de 1959, el cual extendió dicha incompatibilidad a los presidentes, gerentes, directores, representantes legales, administradores y miembros de juntas directivas y empresas que tengan por objeto la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o la prestación de los mismos servicios, siempre que dichas empresas tuvieran activos por valor igual o superior a veinte millones de pesos.

La ley 155 de 1959 fue la primera legislación en estructurar la materia del derecho de la competencia y prohibir expresamente las prácticas restrictivas de la competencia, su estructura normativa era muy similar a la de la Ley Sherman². Así en su artículo primero consagra:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”(Ley 155, 1959, art. 1)

Hoy, tras cincuenta años de la expedición de dicha ley, sus postulados continúan teniendo vigencia, y jugó un papel trascendental en el desarrollo del derecho de la competencia. Sin embargo, su aplicación no fue inmediata, debido al modelo de desarrollo cepalino que imponía el cierre de las fronteras y la sustitución de las importaciones para el desarrollo de la industria nacional, por lo que su aplicación taxativa era imposible.

Posterior a esta ley, vino la constituyente de 1991 con la protección explícita de la libertad de competencia en su artículo 333, elevando el derecho de la competencia a rango constitucional, y a su vez siguiendo la tendencia que traían los países latinoamericanos de liberalizar la economía y proteger la competencia.

En el año 1992 se expide el decreto 2153 con el cual se modifica la estructura normativa del derecho de la competencia que se tenía con la ley 155 de 1959 y se adoptó una estructura normativa similar a la que utilizaba Europa, que mantiene la prohibición general de las conductas

² Ley Sherman Antitrust: fue publicada el 2 de julio de 1890 y fue la primera medida del gobierno federal de los Estados Unidos para limitar los monopolios, su estructura propendía por la prohibición de los monopolios de manera general.

anticompetitivas de manera residual, que se activan cuando las conductas no se encuentren taxativamente prohibidas.

Con la ley 256 de 1996, se legisla nuevamente sobre la protección de la competencia, teniendo por objeto la garantía de la libre y leal competencia económica consagrando la prohibición de actos o conductas de competencia desleal.

En el año 2009 se expide la ley 1340. Esta, mantiene la estructura dispuesta por el decreto 2153 de 1992 y consagra en su artículo primero:

“La presente ley tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.”(Ley 1340, 2009)

Así, la ley 1340 de 2009 se limita a actualizar la normatividad en materia de la protección de la competencia, y consagra que es de su ámbito de aplicación lo relativo a las prácticas comerciales restrictivas, que contienen actos y abusos de posición de dominio y el régimen de integraciones empresariales. Es de gran importancia resaltar que esta ley complementa las legislaciones anteriores, y consagra como normatividad aplicable al régimen de protección de la competencia la ley 155 de 1959, la ley 256 de 1996, el decreto 2153 de 1992 y las disposiciones consagradas en la misma.

Finalmente, y a manera de complemento de la ley 1340 de 2009, se expide en el año 2015 el decreto 1523, reglamentando el artículo 14 de dicha ley, estableciendo el régimen de beneficios por colaboración, que le permite a la SIC ser más eficiente en sus investigaciones, obteniendo información a cambio de beneficios económicos.

5.3. Estado del Arte.

El sector azucarero es un sector económico de suma importancia para Colombia, y esto es posible evidenciarlo en el estudio realizado en 2009 por el Centro de Investigación Económica y Social de FEDESARROLLO, denominado “Impacto socioeconómico del sector azucarero colombiano en la economía nacional y regional”. Allí se evidenció que los ingenios azucareros contribuyen de forma importante a la economía del país tanto directamente, como por el efecto generado por su operación en otros sectores y agentes, lo que se denomina efectos multiplicadores en la economía.

Estos efectos multiplicadores de la economía se ven reflejados en los datos aportados en la justificación, en donde es posible apreciar el impacto que genera la actividad del sector en la economía. Adicional a esto, gracias a sus actividades, el sector azucarero entre 2000 y 2007 generó entre 30.000 y 32.000 empleos, todos ellos de trabajadores vinculados directamente con el sector azucarero. El efecto directo de la actividad productiva en cuanto al número de empleos generados por los ingenios y sus proveedores en el 2007, asciende a 93.787, de los cuales, los proveedores de los ingenios generaron 62.568; los ingenios, en cuanto a labores no industriales generaron 25.410 empleos; y en cuanto a labores industriales, los ingenios generaron 5.809 empleos. Si tenemos en cuenta el efecto multiplicador de la economía solo en empleos industriales generados por los ingenios, tenemos que por cada empleo que estos generan en la economía se generan 28,4 empleos. Por lo tanto si los ingenios emplean a 5.809 trabajadores, en la economía se generan 164.863 empleos. (FEDESARROLLO, 2009)

Igualmente, y dada su importancia económica, en el estudio titulado “Mezcla óptima de azúcares” de Buenaventura, Moreno, Dussan y Rivera (2004), se han establecido, con impecable exactitud, los insumos y cantidades necesarias para la producción de azúcar, así como los costos

finales de dicha producción. Estudio que fue de gran utilidad para el presente trabajo, teniendo en cuenta que para la tasación de los perjuicios es necesario conocer los costos de producción del insumo cartelizado.

Esta importancia económica le ha dado un gran poder político, aunado a la cohesión del gremio, siendo catalogado como uno de los gremios más cohesionados y mejor encadenado del mundo. Sin embargo la cooperación económica empresarial no está prohibida por la ley. Por el contrario, se encuentra expresamente autorizada. Los actores económicos tienen garantizado constitucionalmente el derecho a la libertad de empresa, y este derecho ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, quien es el órgano encargado de la interpretación de la Constitución, el cual ha manifestado en reiterada jurisprudencia que

“La libertad de empresa es la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (a) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (b) la libre iniciativa privada.”(Corte Constitucional, Sentencia C-197, 2012)

Sin embargo, no se puede confundir, cooperación con colusión, y esto ha sido muy bien entendido por Rodríguez y Cárdenas (2013), quienes en su tesis de grado titulada “clúster del azúcar del Valle del Cauca: ¿cartel del azúcar?” trazan muy bien la delimitación de los derechos de libertad de empresa y libre competencia, que no en pocas ocasiones entran en conflicto. Allí se enuncia a la Superintendencia de Industria y Comercio como la entidad encargada de distinguir

entre cooperación y colusión, determinando el momento en el cual la cooperación muta en una colusión, y deja de ser un elemento para el progreso económico y se convierte en una transgresión al régimen de la competencia.

Ahora bien, una vez establecida la existencia de la cartelización e impuesta la sanción administrativa, función que está en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, es procedente la atribución de responsabilidad a los cartelistas y la reparación de los daños causados a las víctimas, a consecuencia de la implementación de dicho cartel. Sobre la cuantificación de los daños aplicando el modelo propuesto por van Dijk y Verboven no se encontraron estudios. Sin embargo, Banfi del Río (2013), analizó la responsabilidad civil como forma de la aplicación privada del derecho de la competencia y vislumbra la aplicación por los particulares de las normas sobre libertad de competencia, teniendo en cuenta específicamente la responsabilidad civil extracontractual entre rivales. Hace referencia a que la responsabilidad aquiliana, realizando una contribución limitada a la prevención y sanción de las conductas anticompetitivas. Asimismo resalta el papel de la responsabilidad civil, enunciando que son los consumidores los más afectados por la infracción a la libertad de competencia, y esta es un instrumento esencialmente compensatorio del perjuicio generado por dichas conductas a las víctimas. Sin embargo, determina que la compleja prueba del daño y la causalidad restringen considerablemente la posibilidad de lograr un resarcimiento por parte de las víctimas.

Los autores van Dijk y Verboven (2009) aplicaron su modelo teórico al cartel de vitaminas en Europa durante los años 1989 y 1999.

Así, en decisión del 21 de noviembre de 2001, la Comisión Europea multó a productores de vitaminas por participar en un cartel durante el periodo comprendido entre 1989 y 1999. Las empresas dedicadas a pre-mezclar las vitaminas eran importantes consumidores de esta industria

dado que requerían de las vitaminas como insumo para la producción de los aditivos nutricionales. En este caso se verán reflejados los tres efectos causados a los consumidores directos del insumo cartelizado.

Para hacer los cálculos sobre este análisis del cartel de vitaminas y el mercado de la pre-mezcla de vitaminas Van Dijk y Verboven utilizaron dos fuentes de información: la decisión de la Comisión Europea (2001) respecto al cartel de vitaminas y el reporte de la Comisión de Competencia del Reino Unido (2001) relativo a la fusión de dos productores de vitaminas, BASF y Takeda Chemicals.

Metodológicamente, asumieron para el cálculo que el mercado de pre-mezcla de vitaminas era descrito por el modelo de competencia de precios de Bertrand con productos diferenciados, esto implica que la siguiente es la fórmula que se debe aplicar:

$$\text{Descuento} = \frac{\sum_{i \in I} T_i - S_1(1 - S_1)}{(1 - S_1)^2 + S_1} \quad (5)$$

Dónde:

$$T_i = \frac{\frac{S_i(1 - S_i)^2}{(1 - S_i)^2 + S_i}}{S_0 + \sum_{k=1}^N \frac{S_k(1 - S_k)^2}{(1 - S_k)^2 + S_k}}$$

Para el desarrollo de esta fórmula Van Dijk y Verboven requirieron saber las empresas dedicadas a la pre-mezcla de vitaminas y sus respectivas cuotas de mercado. El reporte de la comisión de competencia del Reino Unido describió las cuotas de mercado de: Roche, Frank Wright, Trouw, Premier, Nutec y los demás. Así, las cuotas de mercado del pre-mezclado de vitaminas están repartidas de la siguiente manera: Frank Wright (30%), Roche (26%), Trouw (15%), Premier (12%) y otros (7%).

También se requirió información acerca del mercado de bienes sustitutos, y el reporte de la Comisión para la Competencia del Reino Unido determinó que habían unos pocos bienes sustitutos, por lo que la posibilidad de sustitución de este bien es relativamente baja.

Finalmente requirieron información acerca de qué empresas se habían visto afectadas por el cartel, y se encontró que dos empresas de pre-mezcla estaban integradas verticalmente con los productores de vitaminas, por lo que lo se habían visto afectadas. Roche había estado integrada verticalmente durante todo el tiempo que duró el cartel y Frank Wright desde 1997. En principio los productores de vitaminas no necesariamente querrían favorecer a sus filiales de pre-mezcla de vitaminas, ubicadas más abajo en la cadena de producción, ya que esto podría implicar distorsiones en la producción o demanda del bien. Sin embargo, en el caso de un cartel, las empresas integradas verticalmente podrían encontrar favorable esta situación ya que los provee de una oportunidad para trampear el cartel.

La Comisión Europea describió que los miembros del cartel eran conscientes de este problema, y tenían un sistema de cuotas que incluía las ventas de vitaminas de las compañías subsidiarias integradas verticalmente con las productoras de vitaminas, más abajo en la cadena. Esta afirmación se basa en evidencia empírica. Vgr. La cuota de mercado de Frank Wright no se incrementó después de ser adquirida por BASF.

Pero como no hay razones de peso para afirmar que Roche y Frank Wright no se vieron afectados por el cartel, Van Dijk y Verbonden tienen en cuenta esta posibilidad considerando tres escenarios. En el primer escenario, todas las pre-mezcladoras se vieron afectadas por el sobre-precio. En el segundo escenario Roche no se vio afectada por el sobre-precio, y en el tercer escenario, Roche y Frank Wright no se vieron afectadas por el sobre-precio.

Así, con la aplicación de la ecuación (5) se demuestra el efecto repercutido sobre los consumidores finales, teniendo en cuenta que los pre-mezcladores de vitaminas transfirieron parte del sobre-precio en sus insumos a los consumidores finales.

Así las cosas, en el primer escenario donde todos las empresas pre-mezcladoras de vitaminas se ven afectadas por los productores de vitaminas, las primeras transfirieron en promedio el 90% del sobre-precio a los consumidores finales, en otras palabras, solo el 10% del sobre-precio en el insumo cartelizado es soportado directamente por los pre-mezcladores de vitaminas, lo que vendría siendo el daño realmente causado a estos últimos.

En el segundo escenario en el cual, la subsidiaria de Roche no se hubiera visto afectada, la transferencia del sobre-precio al consumidor final variaría entre el 66% y el 68%. El sobre-precio transferido al consumidor final es menor debido a que las pre-mezcladoras perderían una mayor porción del mercado por la competencia de la filial de Roche.

Y en el tercer escenario en el cual Roche y Frank Wright no se verían afectadas por la cartelización, la transferencia del sobre-precio es aún menor hacia el consumidor final, variando entre un 39% y un 43%.

6. Metodología

6.1. Tipo de investigación

La metodología implementada en la presente investigación se desarrolló dentro de los estándares planteados para una investigación de tipo cuantitativo, con un alcance descriptivo-analítico a partir de la revisión del modelo propuesto por Theon Van Dijk y Frank Verboven, realizando un barrido

doctrinal y legal acerca de la responsabilidad, el principio de reparación integral y su desarrollo respecto de la cartelización de las empresas en una economía de mercado.

Así, en un primer momento se caracterizó el mercado del azúcar en Colombia, la forma en la que se estructura, quiénes son los actores principales y su funcionamiento. Posteriormente se identificó el comportamiento anticompetitivo de los carteles económicos en el mercado del azúcar, la responsabilidad que acarrea ejecutar dicho comportamiento, el daño y el deber de reparación que nace del mismo respecto de todas las víctimas del cartel.

Por último, a través de la metodología cuantitativa descriptiva, se cuantificó el posible nivel del daño causado al consumidor directo en el efecto costo“-*qdc*” (ecuación 4), que representa la modalidad de daño emergente en sede patrimonial, derivado de la responsabilidad civil por la infracción de las normas sobre competencia, debido a la implementación del cartel económico en el mercado del azúcar blanco en Colombia. Esta cuantificación se realizó para la tasación de los perjuicios y reparación de las víctimas directas del cartel planteada en el modelo de Van Dijk y Verboven, en desarrollo del principio de reparación integral.

6.2. Población.

Dentro del presente trabajo se estudió el mercado del azúcar blanco en Colombia comprendido entre los años 2008 y 2011, para ello fue necesario tener en cuenta la producción total de azúcar blanco realizada por los ingenios colombianos, el consumo de azúcar blanco en Colombia, las importaciones y exportaciones realizadas, y el comportamiento de los precios de este producto.

6.3. Información

A lo largo de la investigación se recurrió fuentes secundarias y terciarias de recursos formales, escritos u orales.

En un primer momento se revisó información secundaria y terciaria, proveniente de fuentes oficiales y privadas de orden nacional e internacional, de revistas indexadas, periódicos, legislación nacional e internacional, textos académicos en sus modalidades físicas o virtuales.

Posteriormente para la identificación del comportamiento anticompetitivo del cartel se consultó legislación y jurisprudencia nacional e internacional, así como libros y revistas indexadas en correspondencia con la temática.

En el desarrollo del tercer objetivo, se realizó una estimación del daño causado por el cartel del azúcar blanco en Colombia a los consumidores directos en el efecto costo, de acuerdo con el planteamiento de Van Dijk y Verboven.

Así, el efecto costo contemplado en la ecuación 4 es un efecto que disminuye los beneficios de los consumidores directos, razón por la cual aparece en signo negativo. Ahora bien, este efecto ($-qdc$) contempla dos variables: la cantidad consumida del insumo cartelizado (q), que para este caso sería el azúcar blanco consumido en Colombia durante el periodo 2008 a 2011; los datos correspondientes a esta variable fueron obtenidos de la agremiación ASOCAÑA. La segunda variable contemplada en este efecto es la variación en el costo (dc) que se obtuvo de la resta entre el precio al que los ingenios vendieron el azúcar a los consumidores directos (generalmente industriales que compran al por mayor) durante 2008 y 2011, además el costo marginal de producir el azúcar blanco durante este periodo. Los datos correspondientes al precio que los ingenios vendieron el azúcar a los consumidores directos se obtuvieron del banco de datos de CORABASTOS. El costo marginal de producir azúcar blanco en Colombia fue obtenido a través

del cálculo y actualización de los costos de producción basados en el caso de grado para la especialización en finanzas de la Universidad ICESI desarrollado por Buenaventura, Moreno, Dussán y Rivera (2004) titulado Mezcla Óptima de Azúcares.

Finalmente, con la información obtenida a lo largo del estudio se concluyó sobre la cuantificación de los daños causados en el efecto costo sobre el consumidor directo de azúcar blanco en Colombia por la implementación de un cartel económico bajo el principio de reparación integral en el derecho de la responsabilidad civil.

7. El mercado del azúcar en Colombia, estructura y funcionamiento

El azúcar se ha consolidado como un importante producto a nivel mundial ya que es utilizado por un significativo número de industrias licoreras, alimenticias y farmacéuticas, entre otras, como insumo para la producción de sus bienes. Asimismo, es ofrecido como bien de consumo final para las familias y personas en general, quienes lo utilizan como endulzante para sus comidas.

De acuerdo con datos de la Organización Internacional del Azúcar, en adelante OIA (2012) la producción mundial de azúcar entre 2000 y 2011 se incrementó en 31,6% pasando de producirse 130 millones de toneladas en el 2000 a producirse 171,1 millones de toneladas en el año 2011. El consumo mundial de azúcar también presentó un incremento en 28,5% para el mismo periodo, mientras que en el año 2000 se consumían 127,1 millones de toneladas, en el año 2011 se consumieron 163,3 millones de toneladas. Algunas razones de este incremento, tanto en producción como en consumo corresponden al aumento en la población a nivel global, el crecimiento económico que presentaron importantes economías azucareras, como Brasil, India, China o Tailandia; o a cambios demográficos en la composición de la población, que ha estado

migrando en las últimas décadas del campo a la ciudad lo que ha generado nuevos hábitos alimenticios. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2005)

Colombia juega un rol activo dentro de la dinámica de este mercado. En el 2011 se ubicó como el séptimo mayor exportador de azúcar (blanca y cruda) a nivel mundial, exportando 750.000 toneladas; de las cuales el 85% correspondieron a exportaciones de azúcar blanco, y el restante de azúcar crudo. Colombia se ubicó como el quinto mayor exportador de azúcar blanco del mundo en el 2011, con cifras que alcanzaron las 640.000 toneladas métricas (Organización Internacional del Azúcar, 2012). Esto evidencia la preponderancia que tiene el azúcar blanco para los ingenios nacionales, que en los últimos años se vienen especializando en la producción de este último bien.

En Colombia, los productores nacionales son capaces de abastecer el mercado interno de azúcar sin necesidad de importar este bien, en parte a que es posible cultivar caña de azúcar durante todo el año y, a la suficiencia de tierras aptas para el cultivo de caña de azúcar. Esto se evidencia con los datos del Fondo para la Estabilización de los Precios del Azúcar (FEPA) (s.f.) de acuerdo con los cuales desde el año 2000 al 2015 Colombia siempre ha sido superavitario en azúcar, es decir, produce más azúcar de la que consume.

Habiendo enunciado esto, en el presente capítulo se caracteriza el mercado del azúcar en Colombia, la forma en la que se estructura este mercado, los actores principales y el funcionamiento del mercado. Para esto, en un primer momento se analiza la producción y consumo de azúcar en Colombia, así como la delimitación geográfica del cultivo y las ventajas geográficas y climáticas de la misma. Posteriormente se realiza una descripción del proceso productivo del azúcar blanco.

A continuación se determina los principales actores y participantes en el mercado colombiano, tales como ingenios, asociaciones, agremiaciones e instituciones. Finalmente, se analiza la dinámica comercial, los inventarios y precios tanto en el mercado nacional como en el mercado mundial.

7.1. Producción y consumo de azúcar en Colombia

De acuerdo con ASOCAÑA, (2012) Colombia es un país que posee ventajas comparativas para el cultivo de caña de azúcar y posterior procesamiento y producción de azúcar. La geografía, la riqueza en nutrientes de los valles, los adecuados cambios de la temperatura, entre otros, permiten el desarrollo de este cultivo a lo largo de todo el año, situación que no ocurre en la gran mayoría de los países productores de azúcar. Esta situación se evidencia en la Tabla 3 donde se muestra el periodo de cosecha de caña de azúcar de los principales países productores de este bien.

Tabla 3. *Duración Temporada de Cosecha principales productores de azúcar de caña*

PAÍS	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	Duración (Meses)
China													Cinco
Irán													Seis
Brasil Norte													Siete
Tailandia													Siete
Australia													Siete
Indonesia													Ocho
Guatemala													Ocho
Brasil Centro-Sur													Ocho
Unión Europea													Ocho
India													Ocho
México													Ocho
Sudáfrica													Ocho
Colombia													Doce
Perú													Doce
Malasia													Doce

Fuente: ASOCAÑA con datos de la OIA, 2012.

A estas ventajas que posee el cultivo de caña de azúcar en Colombia por factores naturales debe sumársele las que se han venido dando por factores humanos, como la cercanía geográfica de los ingenios entre sí, respecto de los cultivos y el puerto de Buenaventura; y la constitución de asociaciones que coordinan diferentes aspectos del gremio azucarero colombiano y realizan e incentivan la investigación para el mejoramiento del proceso productivo del azúcar en todas las etapas (ASOCAÑA, 2012). Pero la consolidación de esta agroindustria tiene un proceso histórico que se describirá a continuación.

El cultivo de caña de azúcar, ha sido desde antaño una importante fuente de energía para los seres humanos. Se tiene registro de que alrededor del año 327 a.C. ya era un importante cultivo en la India. En la historia quedó registrado que el general griego Nearchus, quien acompañó en su viaje a la India a Alejandro el Grande, habló de una caña que produjo miel sin la ayuda de las abejas. Se introdujo en Egipto hacia el año 647 d.C. y hacia el año 755 d.C. sería introducida en España (Sugar cane crops, s.f.). Y desde ese entonces sería esparcida a otras regiones tropicales y subtropicales alrededor del mundo. Los españoles y portugueses la trajeron a América a comienzos del siglo XVI, y sería introducida en Norteamérica alrededor de 1741.

De acuerdo con PROCAÑA (s.f.) fue Pedro de Heredia el primero en introducir la caña de azúcar a Colombia alrededor del año 1533, a través del puerto de Cartagena, pero el cultivo no prosperó. Posteriormente, sería Sebastián de Belálcazar, fundador de Santiago de Cali, quien en su estancia en Yumbo sembró caña en el Valle del Cauca hacia el año de 1541.

Hacia 1560 se fundaron tres ingenios a orillas del río Amaime: el de San Jerónimo, perteneciente a Gregorio de Astigarreta, y los otros dos, uno a Andrés y otro a Lázaro Cobo. Se fundó también un ingenio en Caloto, propiedad de Francisco de Belalcázar. En

el año 1600 ya existían ingenios en Ocaña, Vélez, Mahates, Tocaima, Guaitara, La Palma, Ibagué, Buga, Cali y otras regiones del país. (CENICAÑA, s.f.)

Después del establecimiento de la caña como un cultivo en Colombia vino la expedición de Alexander von Humboldt en 1801, quien recomendó a los hacendados la siembra de la caña de tipo Tahití u Otahití en lugar de la caña criolla que había sido traída por los españoles. Este tipo de caña fue introducido en los cañaverales Colombianos años más tarde. (CENICAÑA, s.f.)

Finalmente, El paso de lo artesanal a lo industrial terminó de consolidar el desarrollo de esta agroindustria. Durante toda la época de la colonia la producción de azúcar siempre fue artesanal. En 1855 la azucarería de San Pedro Alejandrino cerca de Ciénaga Grande introdujo las máquinas de vapor. Hacia el año de 1901, el ingenio Manuelita inauguró una planta elaborada de procesamiento de caña que funcionaba con máquinas de vapor. De aquí en adelante vino el desarrollo tecnológico, los mayores conocimientos sobre el cultivo y el procesamiento del azúcar, generándose una mayor productividad y crecimiento de este sector económico. (CENICAÑA, s.f.)

7.1.1. Localización Geográfica

Tras la implantación del cultivo de caña de azúcar en Colombia, este se concentró en el valle geográfico del río Cauca debido a las condiciones climáticas y agrícolas de la zona. Encontrándose en promedio a 1.000 metros de altura sobre el nivel del mar, este área tiene una extensión de 429.000 hectáreas planas, la temperatura en promedio es de 25 grados y presenta variaciones de 12 grados entre el día y la noche, el brillo solar supera las seis horas diarias, tiene unas precipitaciones promedio al año de 1.000 mm, y la humedad relativa es del 75,6%, reuniendo todas las características para hacer posible el cultivo a lo largo de todo el año. Estas características las

reúne además del valle geográfico del río Cauca, algunas áreas de Hawai, Perú, Malasia y las Islas Mauricio. (Centro Nacional de Productividad, 2002)

En el año 2011 el área cultivada de caña de azúcar en esta zona del país abarcaba 47 municipios representados en la Figura 4, desde el norte del departamento del Cauca, pasando por la franja central del departamento del Valle del Cauca hasta el sur del departamento de Risaralda, ocupando un área de 226.152 hectáreas, de las cuales solo el 25% correspondía a propiedad de los ingenios, el restante 75% era propiedad de los agricultores de la región, cifra que ascendía a 2.750 agricultores de caña de azúcar. (ASOCAÑA, s.f.)

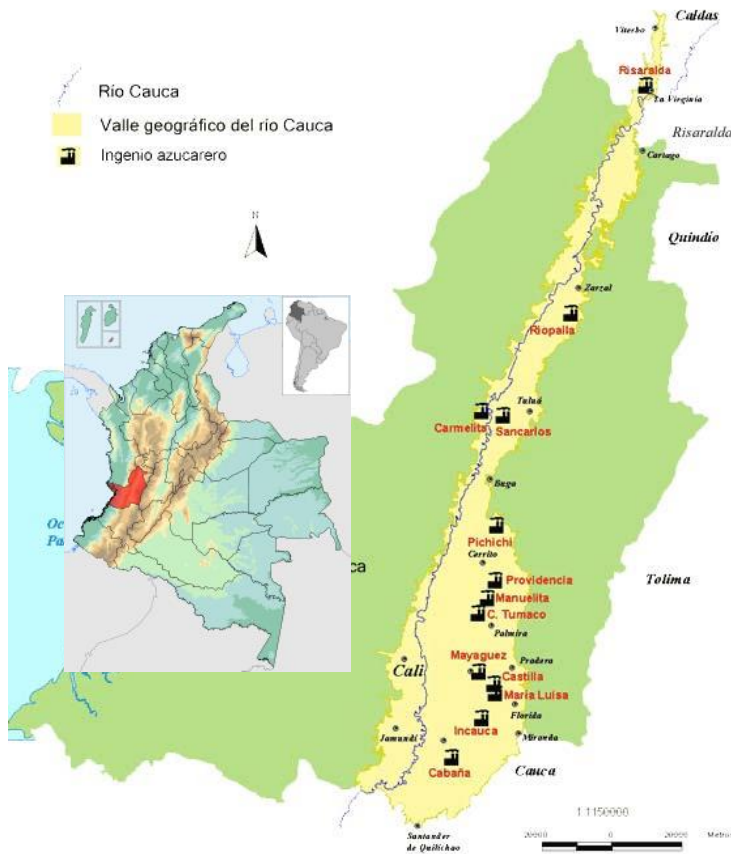


Figura 4. Ubicación geográfica de los ingenios azucareros en el Valle del río Cauca
Fuente: CENICAÑA (2015)

Los 2.750 agricultores que poseen el 75% de las tierras cultivadas con caña de azúcar en el valle geográfico del río Cauca son los encargados de abastecer con su producto a los 12 ingenios azucareros existentes actualmente en el país: Cabaña, Carmelita, Manuelita, María Luisa, Mayagüez, Pichichí, Risaralda, Sancarlos, Tumaco, Ríopaila-Castilla, Incauca y Providencia. (ASOCAÑA, 2012)

Es de destacar que estos ingenios se encuentran ubicados en las inmediaciones de los cultivos de caña, ya que de acuerdo con Larrahondo (1995) el rendimiento de la caña se ve afectado por el tiempo transcurrido entre el corte y la molienda. Entre menor sea el tiempo transcurrido mayor será la productividad.

Ahora bien, la cadena de producción del azúcar se puede dividir en dos mercados. Un primer mercado que se denomina el mercado de la caña, en el cual los oferentes son los cultivadores de caña de azúcar y los demandantes son los ingenios, quienes procesan finalmente la caña para la producción del azúcar. Y un segundo denominado mercado del azúcar, referente del presente estudio, en el que los ingenios habiendo procesado la caña y producido el azúcar son los oferentes de este producto a los distribuidores, productores de alimentos, bebidas y fármacos entre otros, y consumidores.

El Centro Nacional de Productividad (2002) concluyó que la consolidación del proceso productivo y la conformación del *clúster* del azúcar en el valle del río Cauca ha surgido del debido aprovechamiento que se le ha dado a los recursos naturales que ofrece la región para el cultivo de caña de azúcar, así como la progresiva creación de ventajas competitivas provenientes de la construcción de infraestructura, el desarrollo de conocimiento avanzado, las políticas públicas, la cooperación y la acción conjunta del empresario del sector para diseñar estrategias, aprovechar las oportunidades y afrontar las dificultades que enfrenta el *commodity*.

7.1.2. Proceso productivo del azúcar

Siguiendo a Buenaventura et.al. (2004) el proceso para la producción de azúcar blanco es un proceso estandarizado y consta básicamente de seis etapas resumidas en la Figura 5: molienda, clarificación del jugo, evaporación, cristalización, centrifugación y secado-ensvasado que se describirán a continuación.



Figura 5. Proceso de producción del azúcar blanco

Fuente: Elaboración propia con datos de Buenaventura, Moreno, Dussan y Rivera (2004)

Molienda: una vez la caña llega a la planta, debe ser limpiada en seco y picada, preparándose así para ser molida. Posterior a esto se exprime, extrayéndole la sacarosa. De este paso queda un primer subproducto que es el bagazo o la fibra de caña, utilizado como combustible para generar energía térmica o como insumo en la fabricación de papel. Por otra parte, queda el jugo extraído de la caña que continuará con su proceso para llegar al azúcar.

Clarificación del jugo: la clarificación del jugo consta de cinco pasos: (a) Sulfitación, (b) Alcalización, (c) Calentamiento, (d) Floculación y (e) Clarificación o decantación. La sulfitación tiene por objeto dar brillo al azúcar, eliminar microorganismos, disminuir el color y disminuir la viscosidad, este proceso se logra quemando dióxido de azufre que produce un gas que reacciona con el jugo. Posterior a esto se lleva a cabo la alcalización, que consiste en agregarle cal al jugo sulfitado neutralizando el Ph, la cal reacciona además con las impurezas produciendo unos coágulos y limpiando el jugo. El paso siguiente es el calentamiento, en el cual se calienta el jugo para que la cal adicionada reaccione con el mismo. Posteriormente se da la floculación, en el que se aplica floculante para lograr que los coágulos sean más grandes y por ende la limpieza de las impurezas sea más efectiva. Finalmente tenemos la clarificación o decantación en la cual, el jugo que ha sido calentado y floculado, se deja en los tanques clarificadores por un tiempo determinado, denominado tiempo de residencia. Durante este tiempo los coágulos y las impurezas se decantan y el jugo se clarifica. Las impurezas decantadas forman un barro denominado cachaza que es utilizado para alimentar el ganado.

Evaporación: cuando el líquido ya se encuentra limpio se sustrae y se calienta hasta que aproximadamente el 80% del líquido desaparece, quedando una sustancia de mayor concentración y espesor denominada meladura.

Cristalización: la meladura es llevada a unos tanques llamados tachos de cocimiento en los cuales con una combinación determinada de presión y temperatura, se convierte la meladura en cristales contenidos en una especie de miel denominada melaza.

Centrifugación: para separar los cristales de azúcar de la melaza se lleva a cabo la centrifugación, de este centrifugado sale la melaza, un subproducto utilizado para la producción de alcohol mediante la fermentación y para alimento animal.

Secado-enzasado: los cristales se secan y se tamizan para separar aquellos de tamaño adecuado luego se envasan y se almacenan para que salgan a distribuirse.

Al final se obtienen dos tipos de azúcares dependiendo del procedimiento y las adiciones que se hayan hecho, se puede obtener azúcar blanco o se puede obtener azúcar crudo. El proceso es muy similar, pero para producir azúcar crudo es necesario adicionarle al jugo floculante, azufre y cal. Entretanto, para producir azúcar blanco es necesario adicionarle además de azufre y cal, una mayor proporción de floculante y ácido fosfórico. (Buenaventura et. al, 2004)

7.2. Estructura del mercado del azúcar en Colombia

Los cultivos de caña para la producción de azúcar en Colombia se encuentran concentrados en el valle geográfico del río Cauca, así como las plantas procesadoras. Esto gracias a las ventajas competitivas que posee la región tales como la posibilidad de desarrollar el cultivo durante todo el año debido a las condiciones agroclimáticas, la cercanía con el puerto de Buenaventura, la calidad de los productos y las inversiones realizadas en materia de investigación, transporte, producción y manejo ambiental.

La consolidación de industrias relacionadas con el azúcar en esta región es lo que Alfred Marshall (1890) denominó distritos industriales, y que posteriormente Michael Porter (1999) retomaría para denominarlos Clúster. De acuerdo con Porter (1999) los clústers son

Concentraciones geográficas de empresas e instituciones interconectadas, que actúan en determinado campo. Agrupan a una amplia gama de industrias y otras entidades relacionadas que son importantes para competir. Incluyen por ejemplo a proveedores de insumos críticos como componentes, maquinaria y servicios, y a proveedores de infraestructura especializada. Con frecuencia, también se extienden aguas abajo hasta canales y clientes, y lateralmente hasta fabricantes de productos complementarios y

empresas que operan e industrias relacionadas por sus habilidades, tecnologías o insumos comunes. Finalmente muchos clústers incluyen organismos gubernamentales y otras instituciones, universidades, agencias encargadas de fijar normas, centros de estudio, proveedores de capacitación y asociaciones de comercio que proveen entrenamiento, educación, información, investigación y apoyo técnico.

La Tabla 4 muestra algunas de las empresas que hacen parte del clúster del azúcar en Colombia. Sin embargo, la atención estará centrada en el análisis del eslabón de empresas dedicadas a la producción del azúcar blanco, y todas las entidades y asociaciones creadas para su desarrollo, Entre las que se encuentran: los 12 ingenios nacionales, organismos gremiales como ASOCAÑA, CIAMSA, DICSA, CENICAÑA y TECNICAÑA; y mecanismos de regulación de precios como el Sistema Andino de Franja de Precios (SAFP), el Fondo para la Estabilización de los Precios del Azúcar (FEPA), entre otros. Ya que tras la investigación formal llevada a cabo por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), encontró que debido a la gran cohesión existente en el sector azucarero, estos en lugar de cooperar sanamente entre sí para fortalecer el clúster y generar desarrollo, coludieron, organizando un cartel que causó daños a los consumidores y a la economía.

Tabla 4. *Empresas que conforman el clúster del azúcar*

Sector	Empresas Más Importantes
Caña	Más de 2.750 agricultores de Caña de Azúcar
Azúcar	Ingenios Riopaila Castilla, del Cauca, Manuelita, Providencia, Mayagüez, La Cabaña, Pichichí, Risaralda, San Carlos, Carmelita, Tumaco y María Luisa.
Energía	Inergia y Proenca.
Papel	Propal
Sucroquímica	Sucromiles

Alimentos Procesados	Nestlé Inpa, Quaker, Comestibles Aldor, Alimentos del Valle, Maizena, Productos Yupi, Incauca Alimentos y Refrescos, Nabisco Royal, Ramo de Occidente, Levapan, Productos Frucali, Productora de Jugos, Dulces del Valle, Adams, Dulces Bombolina, Colombina-General Foods, Dulces Colombina, Productos y Jugos Concentrados, Productos Robin Hood, Dancali, Productos Alpina, Lácteos El Establo, Helados Ventolini, Productos Aladino, Disa S.A., Freisland De Colombia, Copacol, Productos Nevado, Productos Colpan, Mamipan de Colombia Ltda., Panadería El Porvenir, Panadería La Gitana, T-Vapan, entre otras.
Gaseosas	Gaseosas del Valle, Industrial de Gaseosas y Gaseosas Postobón
Licores	Industria de Licores del Valle, Pedro Domecq de Colombia, Vinícola Andina, Compañía Vinícola Nacional, Vinos Bodegas Viejas, Vinos de la Corte, Vinos Cosecheros, Vinos Grajales

Tabla 4 (Continuación)

Sector	Empresas Más Importantes
Proveedores Especializados	Colombates, Oriente S.A., Colpozos, Transportes Mejía, Transportes Mega, Transcarga, Cootranscol, Panantra, Trancer, Transportes Ego, Alfredo Tascón, Inoxidable, Translíquidos, Volcos y Tanques, Análisis Ambiental, Sinco S.A., Distral, Talleres de Occidente, Concreto, Conciviles, J.E. Casas y Cía, Universidad del Valle, Metalmec Ltda., Espectroanálisis de Colombia, Hyco Ltda., Superintendencia de Industria y Comercio, Laboratorio Icob, Thermometric, Progen, Metrocalidad, Rothlisberger, Mobil, Esso, Texaco, Terpel, Goodyear, Uniroyal, Corrupaez, Talleres Gaitán, Talleres Torres, Bronces de Colombia, Cargill, Gecolsa-Caterpillar, Maquinarias S.A, Barragán-Cameco, entre otras

Fuente: Asocaña

De la Tabla 4 es pertinente resaltar la numerosa cantidad de empresas que hacen parte del clúster del azúcar, es decir, todas aquellas empresas que por sus requerimientos de insumos para la producción de bienes, siendo uno de los principales el azúcar, decidieron ubicarse en las inmediaciones del valle del río Cauca.

Las empresas allí enunciadas, específicamente en el sector de alimentos procesados, gaseosas y licores, quienes adquirieron azúcar para la producción de sus bienes, fueron afectadas directamente por el cartel conformado por 12 ingenios y las demás organizaciones gremiales y mecanismos de regulación de precios ya enunciados. Situación de la que se hará un análisis más detallado en el capítulo siguiente.

7.2.1. Mecanismos de regulación de precios.

7.2.1.1. Sistema Andino de Franja de Precios

En el país, el precio del azúcar está sujeto a un mecanismo de control de precios. En el marco de la decisión 371 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se adoptó el Sistema Andino de Franja de Precios (SAFP) que establece un piso y un techo a los precios de un determinado grupo de productos agropecuarios del cual hace parte el azúcar, con el propósito de estabilizar el costo de importación. Para ello se establece un arancel *ad-valorem*, que aumentará cuando los precios se encuentren por debajo del piso, y disminuirá cuando los precios se encuentren por encima del techo. El arancel se ajusta automáticamente para contrarrestar los efectos producidos por las variaciones externas de los precios. (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2010)

Este sistema cubre dos clases de productos: (a) Productos marcadores y (b) Productos derivados y sustitutos. Los productos marcadores son los utilizados para el cálculo de las franjas de precios mediante su cotización en los mercados internacionales. Entretanto, los productos derivados y sustitutos son obtenidos de los productos marcadores ya sea a través de su transformación o mezcla, y puede reemplazar en su uso o consumo al producto marcador.

Esta medida cobija tanto al azúcar blanco como al azúcar crudo dentro de la CAN, lo que permite que los precios del azúcar al interior de la Comunidad mantengan una mayor estabilidad que los precios a los que se negocian los azúcares en el exterior. Para el cálculo de los precios de referencia de la franja se usa como base la cotización del azúcar blanco en la bolsa de Londres (Contrato No.5) y la cotización del azúcar crudo en la bolsa de Nueva York (Contrato No. 11). El piso de la franja es calculado como el promedio del precio mensual de referencia de los últimos 60 meses, mientras que el techo es calculado como el promedio más la desviación estándar de los precios de referencia para el mismo periodo.

En la Figura 6 y en la Figura 7 se aprecia el comportamiento de los indicadores que regulan el SAEP. El arancel *ad valorem* del azúcar crudo y blanco en el Sistema Andino de Franja de Precios para periodo 2008-2011, es muy similar, ya que la variación en los precios de cotización internacional en Londres y Nueva York es semejante. Allí se evidencia como cuando el precio de cotización superó el techo, los aranceles disminuyeron proporcionalmente al aumento en la cotización para estabilizar los precios al interior de la CAN, y viceversa, cuando los precios disminuían por debajo del piso el arancel aumentaba.

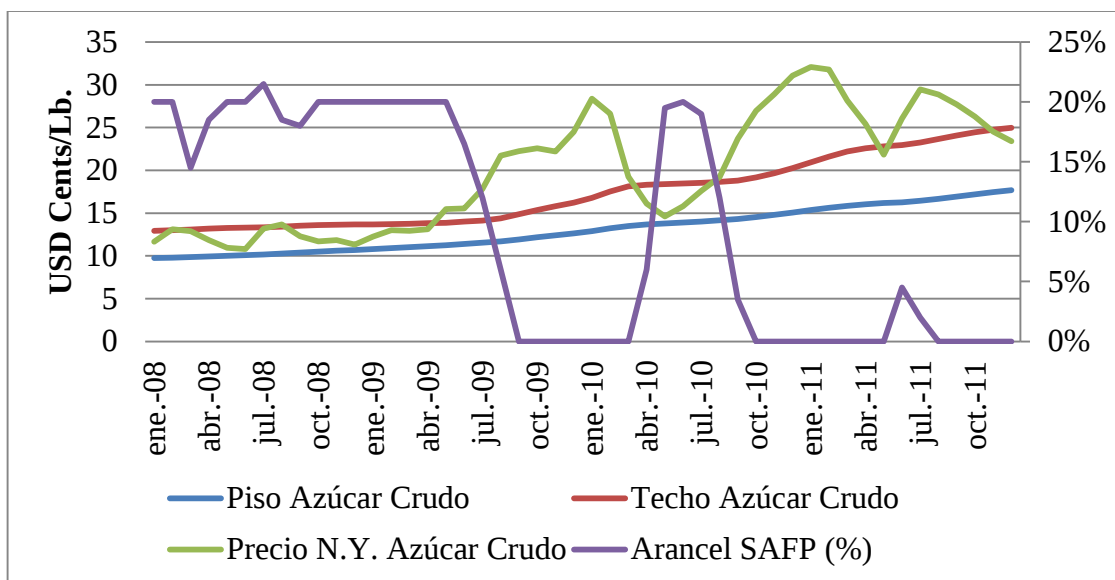


Figura 6. Arancel vs. Precio en SAFR del azúcar crudo, Colombia, periodo 2008-2011
Fuente: Elaboración propia con datos de la DIAN (arancel) y Bloomberg (precios).

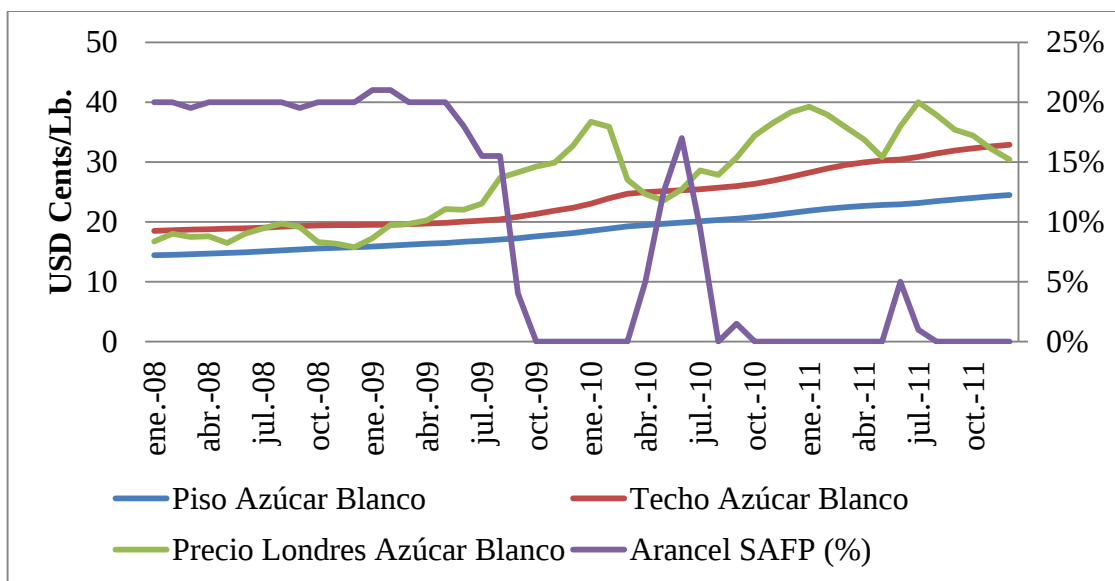


Figura 7. Arancel vs. Precio en SAFR del azúcar blanco, Colombia, periodo 2008-2011
Fuente: Elaboración propia con datos de la DIAN (arancel) y Bloomberg (precios).

De las Figuras 6 y 7 es de resaltar la disminución a ceros del arancel en los periodos comprendidos entre octubre de 2009 y marzo de 2010; Octubre de 2010 y Mayo de 2011; y

finalmente agosto de 2011 y diciembre de 2011, esto se dio como consecuencia del aumento en los precios de cotización internacional por una menor producción de azúcar.

La India fue el segundo productor de azúcar en 2011, siendo uno de los países que más influencia tiene sobre el precio del *commodity*. Este país pasó de producir 29 millones de toneladas de azúcar en el 2007 a producir 15 millones de toneladas en el 2009 y 21 millones de toneladas en el 2010. Como consecuencia de esta disminución, pasó de no importar azúcar en el 2008 a importar 4,5 millones de toneladas en el 2009 y 2,8 millones de toneladas en el 2010 (Organización Internacional del Azúcar, 2012)

Las importaciones de la Unión Europea aumentaron de 3,2 millones de toneladas en 2010 a 4,7 millones de toneladas en el 2011. La producción de azúcar en China cayó de 13,6 millones de toneladas en el 2009 a 11,6 millones de toneladas en el 2010, y a 11,4 millones de toneladas en el 2011, asimismo las importaciones aumentaron de 1 millón de toneladas en el 2009 a 2,9 millones de toneladas en el 2011 (Organización Internacional del Azúcar, 2012). Todas estas situaciones implicaron una menor productividad, una menor oferta y una mayor demanda del producto, en consecuencia el precio internacional aumentó. Para limitar la volatilidad del mercado internacional al interior de la CAN el arancel varió en consecuencia del precio de cotización en los mercados internacionales.

7.2.1.2. Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar (FEPA)

El Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o del refinado de azúcar y los jarabes de azúcar, es un instrumento de la política agraria colombiana creado mediante la expedición del decreto 569 del 2000, en el gobierno de Andrés Pastrana Arango.

La creación de este fondo tiene su pilar jurídico en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Nacional, que los desarrolla la ley 101 de 1993, en la cual se consagra la posibilidad de crear estos instrumentos con el objetivo de: (a) Procurar un ingreso remunerativo para los productores, (b) Regular la producción nacional e (c) incrementar las exportaciones.

De acuerdo con esta ley, cada fondo deberá tener un comité directivo que deberá: 1. Determinar los procedimientos para las operaciones, 2. El precio o la franja de los precios de referencia, 3. la cotización fuente del precio del mercado internacional relevante, 4. El porcentaje de la diferencia entre ambos precios que se cederá o se compensará

Una vez creados los fondos, el procedimiento que deben seguir cuando van a realizar operaciones de estabilización para cumplir los objetivos ya enunciados, está consagrado en el Capítulo VI artículo 40 de dicha ley y reza de la siguiente manera:

1. Si el precio del mercado internacional del producto en cuestión para el día en que se registre la operación en el Fondo de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros respectivo es inferior al precio de referencia o al límite inferior de una franja de precios de referencia, el Fondo pagará a los productores, vendedores o exportadores una *compensación de estabilización*. Dicha compensación será equivalente a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijado en cada caso por el Comité Directivo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura, o su delegado.
2. Si el precio del mercado internacional del producto en cuestión para el día en que se registre la operación en el Fondo respectivo fuere superior al precio de referencia o al límite superior de la franja de precios de referencia, el productor, vendedor o exportador pagará al Fondo una *cesión de estabilización*. Dicha cesión será equivalente a un porcentaje de la diferencia entre

ambos precios, fijado por el Comité Directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura, o su delegado.

3. Con los recursos de los fondos se podrán celebrar operaciones de cobertura para protegerse frente a variaciones de los precios externos, de acuerdo con las disposiciones vigentes o las que para tal efecto expida la Junta Directiva del Banco de la República.

La ley 101 de 1993, en el artículo 38 establece que los recursos para financiar las operaciones de los fondos provendrán de cesiones de estabilización, aportes parafiscales, recursos destinados en el presupuesto nacional para la capitalización de los mismos, recursos aportados por entidades públicas o privadas, rendimientos de inversiones temporales efectuadas con recursos del fondo y, préstamos del presupuesto nacional y otras entidades bancarias.

Es así que siguiendo esta normatividad nace en el año 2000 el Fondo del gremio azucarero, el Fondo para la Estabilización de los Precios del Azúcar (FEPA), con la expedición del decreto 569.

Este fondo entra en funcionamiento a partir del año 2001. De acuerdo con la SIC (Resolución 80847, 2015) fue el que sirvió de escenario para la repartición de cuotas de producción y distribución, generando la cartelización, desnaturalizándose su objeto consagrado en el decreto de creación (Decreto 569, 2000) el cual es generar indiferencia entre la venta en el mercado nacional o la exportación de azúcar, mediante la estabilización de los siguientes productos clasificados por partidas arancelarias:

- 1701.11.90.00: Los demás azúcares en bruto de caña, sin adición de aromatizante ni colorante
- 1701.12.00.00: Azúcar en bruto de remolacha, sin aromatizante ni colorante.
- 1701.99.00.00: Los demás azúcares de caña o remolacha y sacarosa químicamente pura, en estado sólido

- 1702.90.10.00: Sucedáneos de la miel, incluso mezclados con miel natural
- 1702.90.40.00: Los demás jarabes, incluido el azúcar invertido.
- 1702.90.90.00: Los demás azúcares y demás jarabes, incluido el azúcar invertido
- 1701.91.00.00: Los demás azúcares de caña o de remolacha y sacarosa químicamente pura, en estado sólido, con adición de aromatizante o colorante.

De acuerdo con la Resolución No. 1 de 2001 del FEPA, esta entidad está conformada por la entidad administradora que es ASOCAÑA, un Comité Directivo integrado por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado; el Ministro de Comercio, Industria y Turismo o su delegado; siete (7) representantes de los productores de azúcares centrifugados o sus suplentes y cuatro (4) representantes de los cultivadores de caña de azúcar o sus suplentes, los cuales se elegirán para un periodo de un (1) año, al cabo del cual pueden ser reelegidos, y finalmente por el Secretario Técnico del Comité Directivo. De la estructura de esta entidad se evidencia como está controlada por los ingenios en la toma de decisiones, siendo además administrado por ASOCAÑA, organismo cuyos asociados son los 12 ingenios.

Para la reunión y adopción de decisiones, el Comité Directivo del Fondo debe reunirse ordinariamente una vez cada tres meses, a la que se citan los miembros con no menos de tres días de antelación. También podrán reunirse extraordinariamente cuando un representante del Gobierno o cuatro de sus miembros principales así lo soliciten, caso en el cual la citación también deberá hacerse con no menos tres días de antelación.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural es el presidente del Comité Directivo. Sin embargo, para la adopción de decisiones por parte del fondo es necesario que haya un quórum de al menos nueve (9) de sus miembros, y las decisiones serán adoptadas siempre que cuenten con la aprobación del 65% del quórum. Como quedó expuesto el Comité Directivo cuenta con 11

miembros, de los cuales 7 son ingenios, contando además con representación en los cultivadores de caña de azúcar, ya que poseen un 25% de las tierras cultivadas. Y como encontró la SIC en la investigación, todos actuaban en bloque. Con estos datos, los ingenios tenían la capacidad de tomar las decisiones sobre el FEPA, como efectivamente lo hicieron.

Ahora bien, el fondo actúa como una cámara de compensación mediante cesiones y compensaciones. Siguiendo a E-CONCEPT (2012) el cálculo de las cesiones o compensaciones que debe realizar el FEPA, se lleva a cabo a través de la comparación de dos variables, las cuales son: el precio promedio ponderado teórico (PPP) y el precio promedio ponderado real (PPP_R). El cálculo de estas variables se realiza para cada ingenio y se obtiene la diferencia entre ambas variables para determinar si un ingenio *i* debe realizar una cesión o recibir de parte del Fondo una compensación. El ingenio recibirá una compensación económica por parte del Fondo si $PPP_i > PPP_{Ri}$. Por el contrario, un ingenio deberá realizar una cesión económica al fondo si $PPP_i < PPP_{Ri}$. La liquidación de las cesiones y compensaciones a realizar se lleva a cabo en el Fondo al término de cada mes, posterior a las ventas de azúcar realizadas por los ingenios al mercado ya sea nacional o extranjero.

E-CONCEPT (2012) define que el objetivo principal del FEPA “es generar indiferencia entre los ingresos de los productores de azúcar derivados de vender en mercados de precios altos y mercados de precios bajos.” Sin embargo, Prada (2004) enuncia que

El FEPA pretende controlar la sobreoferta de azúcar mediante la generación de un mecanismo compensatorio que altera las decisiones de vender afuera y vender en Colombia. (...) el objetivo del fondo no es promover directamente las exportaciones sino más bien evitar la caída del precio interno del azúcar. (...) Mientras que este fondo es presentado como un mecanismo de estabilización de precios, en el sentido que evita la

guerra de precios entre los ingenios por el mercado doméstico, también conlleva una transferencia de recursos de los consumidores domésticos hacia aquellos ingenios que exportan azúcar al precio internacional del libre mercado.

7.2.2.Órganos Gremiales

La cercanía geográfica de los ingenios entre sí, ha permitido y desarrollado la cooperación multilateral, vertical y horizontal entre ellos. Muestra de esto es la constitución de órganos y asociaciones gremiales para incentivar el desarrollo del sector azucarero ya sea a través de la investigación, transferencia de tecnologías o coordinación de decisiones. Esta cooperación y cohesión de los industriales del azúcar los ha llevado a ser uno de los sectores más prósperos de la economía colombiana, además de ser un ejemplo y estándar de integración económica a nivel nacional e internacional, de acuerdo con investigaciones del Centro Nacional de Productividad (2002)

Pero esta excesiva cohesión gremial ha derivado en una colusión empresarial que ha distorsionado el mercado atentando contra la libre competencia económica, afectando así el patrimonio de los empresarios que utilizan el azúcar como insumo, además de todas las personas que comercializan y consumen azúcar.

Actualmente son reconocidos órganos del gremio de los azucareros: La Asociación de Cultivadores de Caña y Azúcar de Colombia (ASOCAÑA), Comercializadora Internacional de Azúcares y Miel S.A. (CIAMSA), Desarrollos Industriales y Comerciales S.A. (DICSA), el Centro de Investigaciones de la Caña de Azúcar de Colombia (CENICAÑA) y la Asociación Colombiana de Técnicos de la Caña de Azúcar (TECNICAÑA).

7.2.2.1. ASOCAÑA

ASOCAÑA es una entidad gremial sin ánimo de lucro, fundada el 12 de febrero de 1959 que tiene por encargo representar al sector azucarero tanto a nivel nacional como internacional, coordinar las posiciones del sector azucarero en las negociaciones internacionales que lleva a cabo el gobierno, coordinar proyectos sectoriales, elaborar informes azucareros especializados; brindar asesoría a los afiliados en temas económicos, de mercados, ambientales, informática, sociales y jurídicos; apoyar la elaboración y ejecución de políticas ambientales y sociales del sector azucarero, y finalmente administrar el Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar.

Los organismos de dirección y administración son: la Asamblea General de Afiliados, la Junta Directiva y la Presidencia. ASOCAÑA está integrada por cultivadores de caña de azúcar y 12 ingenios que son: Cabaña, Carmelita, Manuelita, María Luisa, Mayagüez, Pichichi, Risaralda, Sancarlos, Tumaco, Riopaila Castilla, Incauca y Providencia.

Esta entidad sirvió de escenario para la cartelización del sector, facilitando el intercambio ilegal de información entre competidores, y la concertación para las actuaciones en bloque de los ingenios, como lo encontró la SIC en su investigación. (2015)

7.2.2.2. CENICAÑA

Es una entidad que nace el 2 de agosto de 1977 tras la aprobación por parte de la Comisión Nacional Azucarera del proyecto de estatutos que había elaborado ASOCAÑA y con aportes privados de los ingenios. Fue constituida como una corporación privada de carácter científico y tecnológico sin ánimo de lucro de duración indefinida, radicada en Palmira, Valle del Cauca.

Esta corporación se encarga específicamente de la investigación y divulgación de tecnología en el sector azucarero con el objetivo de lograr en el largo plazo las condiciones de competitividad

del mismo, teniendo en cuenta la ventaja que constituye estar situado en una de las mejores zonas del planeta para el cultivo de caña de azúcar, como lo es el valle geográfico del río Cauca.

7.2.2.3. TECNICAÑA

La Asociación Colombiana de Técnicos de la Caña de Azúcar (TECNICAÑA) es una entidad gremial responsable de la permanente transferencia de tecnologías que se han adquirido mediante experiencias, innovación y conocimientos propios y ajenos; es la encargada también de capacitar a los técnicos del sector azucarero colombiano a través de actividades y publicaciones en su revista que circula ininterrumpidamente desde 1997, o a través de libros.

7.2.2.4. CIAMSA

La Comercializadora Internacional de Azúcares y Mieles (CIAMSA) es una sociedad anónima conformada por once (11) accionistas, que a su vez son ingenios los cuales son: Ingenio del Cauca, Riopaila Castilla, Providencia, Manuelita, Mayagüez, Pichichi, Sancarlos, Risaralda, Carmelita y La Cabaña.

De acuerdo con la SIC (2012) el objeto social de esta sociedad consiste en la atención de la demanda internacional de los azúcares y mieles, prestando además, el servicio de operación logística. Objeto que se desnaturalizó, siendo esta entidad responsable también de la cartelización.

La relación que se desarrolla entre esta comercializadora y los ingenios opera de la siguiente manera: CIAMSA canaliza la demanda internacional de azúcar y se la presenta a los ingenios para que estos se encarguen de suplirla, si es de su interés. Una vez recibidas las ofertas por parte de los ingenios, las adquiere; le factura a los ingenios y se encarga de todo el proceso de exportación

de los productos. También se encarga de todo el proceso de operación logística cuando las negociaciones se llevan a cabo directamente por los ingenios.

Siguiendo a la SIC (2015), aproximadamente el 95% de las exportaciones de azúcares y mieles se realiza a través de CIAMSA. Entre 2008 y 2012 los ingenios exportaron a través de esta organización un promedio anual de 773.774 toneladas métricas de azúcar, de los cuales el 74,4% correspondió al azúcar blanco, recibiendo en promedio por este concepto 301 millones de dólares cada año.

7.2.2.5. DICSА

Desarrollos Industriales y Comerciales S.A. (DICSА) es una sociedad anónima que al igual que CIAMSA, sus accionistas son 11 de los 12 ingenios existentes en Colombia. Su objeto social consistió en la comercialización de núcleos de azúcar, melazas y azúcar a través del Plan Fronteras, así como la identificación de potencialidades de productos intermedios derivados del azúcar, actualmente se encuentra en liquidación.

Ahora bien, una vez habiendo presentado esta breve descripción de los órganos gremiales del sector azucarero, en el que se puede apreciar el nivel de cohesión que presenta el gremio, y que de acuerdo a como lo encontró la SIC, va más allá de los límites de la cooperación y se adentra en la colusión, se pasa a presentar los datos de producción, consumo, importaciones, exportaciones tanto nacionales como mundiales para el análisis económico de este bien.

7.3. El azúcar blanco en Colombia y el mundo, volumen de producción, precios y otros factores

7.3.1. Mercado internacional del azúcar.

El azúcar es catalogado en el lenguaje económico como un *commodity*, esto significa que es un bien producido en masa por el hombre, y que las diferenciaciones que se presentan tanto en la calidad como en la tecnología utilizada para su producción, procesamiento o extracción son mínimas o ausentes. Así, el azúcar blanco producido en Costa Rica no presenta grandes diferenciaciones del azúcar blanco producido en Colombia, en Bolivia, en Rusia o en cualquier otra parte del mundo.

Es un bien utilizado en todo el mundo con diferentes propósitos. Sin embargo, el principal de ellos es endulzar. Dada esta cualidad, el consumo de azúcar a nivel mundial se ha incrementado sustancialmente en las últimas décadas, como se puede observar en la Figura 8. De la mano con el consumo ha incrementado también la producción. Este incremento encuentra sus principales causas en el aumento de la población y el cambio en las costumbres alimenticias de la misma, bien sea por migraciones del campo a la ciudad o por el aumento en los ingresos. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2005)

La variación positiva en el consumo de azúcar ha presentado una tendencia más estable que en la producción (Figura 8). Esta diferencia radica en que el consumo depende de factores humanos, como el aumento de la población o el cambio en las costumbres alimenticias, situaciones que no presentan mayor volatilidad en el corto plazo. Entretanto la producción depende de factores climáticos y biológicos, tales como periodos de lluvia, plagas que pueden afectar a las cosechas, o periodos de sequía; temporadas de frío o de calor excesivo; situaciones que sí varían volátilmente a corto plazo provocando cambios drásticos en la producción. Un ejemplo de esto es la India, país que en el 2011 ocupó el segundo lugar en la producción de azúcar a nivel mundial (Figura 10),

pero a su vez es azotado por temporales intensos de lluvia y largos periodos de sequía que afectan los cultivos de caña y por ende, sustancialmente la producción de azúcar.

Durante el año 2011 se presentó la mayor producción mundial histórica de azúcar, superando los 170 millones de toneladas. Ahora bien, entre 1991 y 2011 la producción siempre excedió el consumo, a excepción de 1994, 2001, 2005, 2006, 2008, 2009, y 2010. Este exceso de producción dio lugar a la acumulación de inventarios, que fueron utilizados para satisfacer la demanda en los periodos en los que la producción fue menor que el consumo.

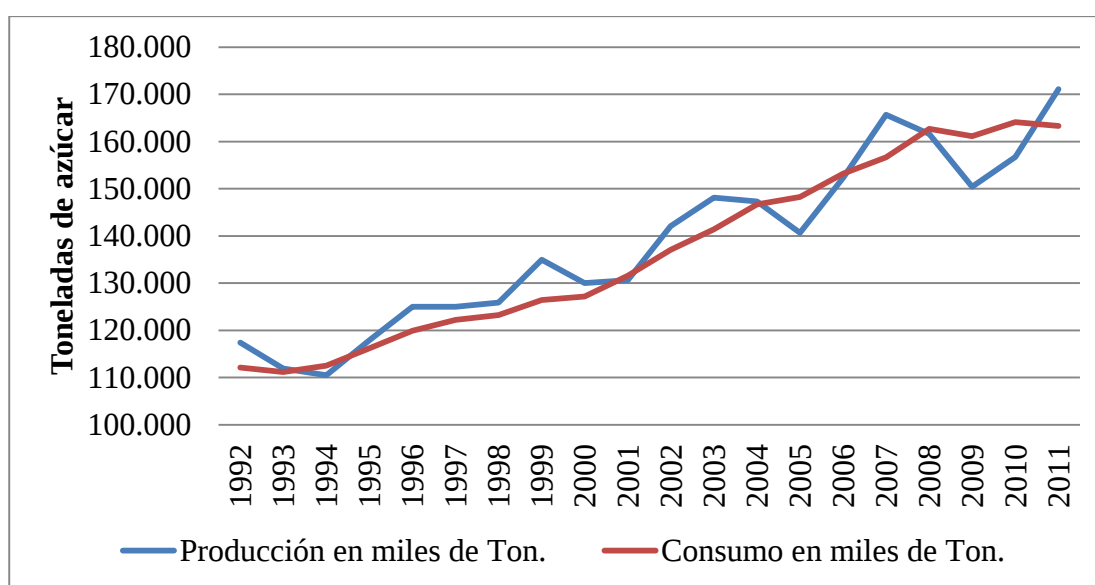


Figura 8. Producción y consumo mundial de azúcar
Fuente: Elaboración propia con datos de la OIA, 2012.

El comercio internacional del azúcar se ha venido incrementando paulatinamente. Hoy el mundo globalizado ha tendido a especializarse en producir aquello en lo que tiene ventajas comparativas. Este es el caso del azúcar, aquellos países que cuentan con condiciones favorables para la producción de azúcar se han venido especializando en ello. Así, es posible observar en la Figura 9 como en el año 2000 se exportaron 36,5 millones de toneladas, y una década más tarde, en el año 2010 se exportaron 55,6 millones de toneladas, presentándose un crecimiento constante

a excepción de los años 2007, 2008 y 2011 en los que cayeron las exportaciones debido principalmente al aumento en la producción de este bien de grandes importadores como China, Rusia o Indonesia.

En cuanto a las exportaciones como porcentaje de la producción mundial, se puede observar que estas siempre se han mantenido por encima del 25 % en el periodo estimado en la Figura 9. Es decir, entre 2000 y 2011 siempre se comercializó internacionalmente más de un cuarto de la producción mundial de azúcar. Sin embargo, este indicador presenta variaciones aleatorias más drásticas, ya que está atado también a la producción.

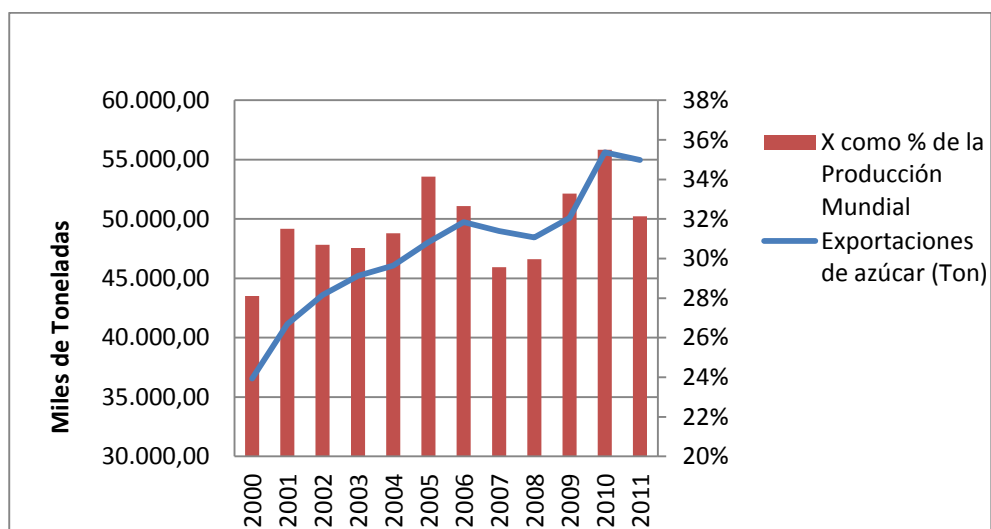


Figura 9. Comercio internacional de azúcar.

Fuente: Elaboración propia con datos de la OIA, 2012.

El principal productor de azúcar en el orbe es Brasil, en el 2011 produjo el 22% del total de azúcar a nivel mundial, seguido por la India con un 16%, la Unión Europea con un 11%, China con un 7% y Tailandia con un 6% (Figura 10). De esto podemos afirmar que los 10 principales productores de azúcar son países con una población numerosa que supera los 100 millones de habitantes a excepción de Tailandia que para el periodo de estudio contaba con aproximadamente

65 millones de habitantes y Australia que contaba en promedio con 21 millones. Sin embargo, estos últimos poseen condiciones geográficas y climáticas favorables para el desarrollo del cultivo y producción de azúcar.

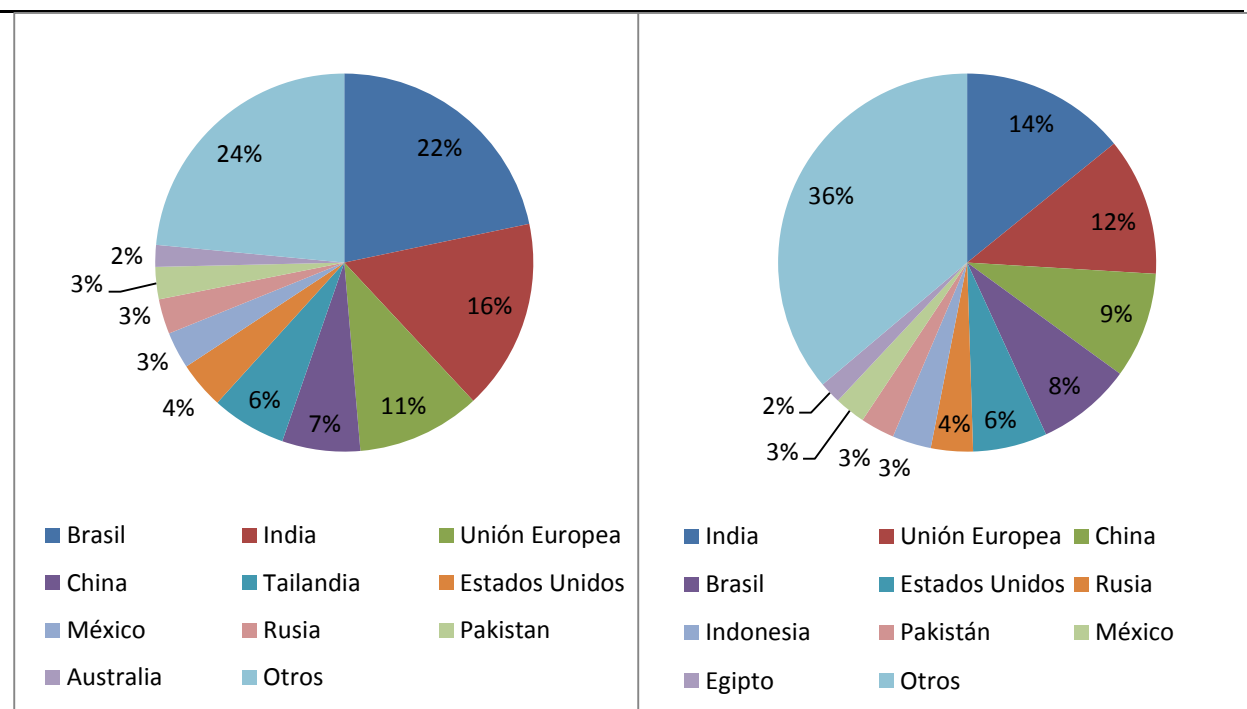


Figura 10. Participación en la producción mundial de azúcar para el 2011

Figura 11. Participación en el consumo mundial de azúcar para el 2011

Fuente: Elaboración propia con datos de la OIA, 2012.

De acuerdo a la Figura 11, 8 de los 10 principales consumidores de azúcar son a la vez, los principales productores de azúcar, coincidiendo India, la Unión Europea, China, Brasil, Estados Unidos, Rusia, Pakistán, y México. Esto se debe a que la producción de este bien es considerada un asunto de soberanía alimentaria, por lo que los países evitan que el abastecimiento para su población dependa de un tercer país.

Todos los países que se grafican en la Figura 11 contaban en el 2011 con poblaciones superiores a los 100 millones de habitantes, a excepción de Egipto que contaba con una población de 82 millones de Habitantes (Indexmundi, s.f.) Pero es posible evidenciar que el consumo no depende directamente de la población, es también afectado por los ingresos y otros fenómenos. La India tenía a 2011 una población de 1.189 millones de habitantes, número inferior a China, que tenía 1.336 millones de habitantes, Pero el consumo de azúcar fue el más alto del mundo, superando a China en un 5% (Figura 11). Esto es debido principalmente a las costumbres alimenticias de la población, así como a factores migratorios gracias a nuevas realidades socio-económicas.

Por otra parte, la Unión Europea y los Estados Unidos poseen una población de aproximadamente la mitad y las tres cuartas partes respectivamente de China; sin embargo, el consumo per cápita de azúcar es significativamente más alto que en este último país. Estados Unidos y la Unión Europea tienen un PIB per cápita más alto que los demás países que se encuentran dentro de los principales consumidores de azúcar a nivel mundial, lo que afecta directamente las costumbres alimenticias. Mientras que para el periodo comprendido entre 2006 y 2012 el PIB per cápita en la Unión Europea se mantuvo por encima de los 30.000 dólares americanos (USD) y en los Estados Unidos se mantuvo por encima de los 46.000 USD, en los demás países comprendidos en la Figura 11 no superaron los 10.000 USD anuales. (Banco Mundial, s.f.)

En cuanto a exportaciones, Brasil realizó en el 2011 el 47% del total mundial (azúcar crudo y blanco) como se evidencia en la Figura 12, es decir, aproximadamente la mitad de las exportaciones a nivel mundial; seguido de Tailandia con un 13%, India con el 5%, Australia con el 4%, México y Guatemala con un 3% cada uno, y Colombia con un 2%. Estos siete países realizan el 76% de las exportaciones de azúcar del mundo, y todos tienen en común una

característica, cuentan con climas tropicales o subtropicales favorables para el desarrollo del cultivo para la producción de azúcar.

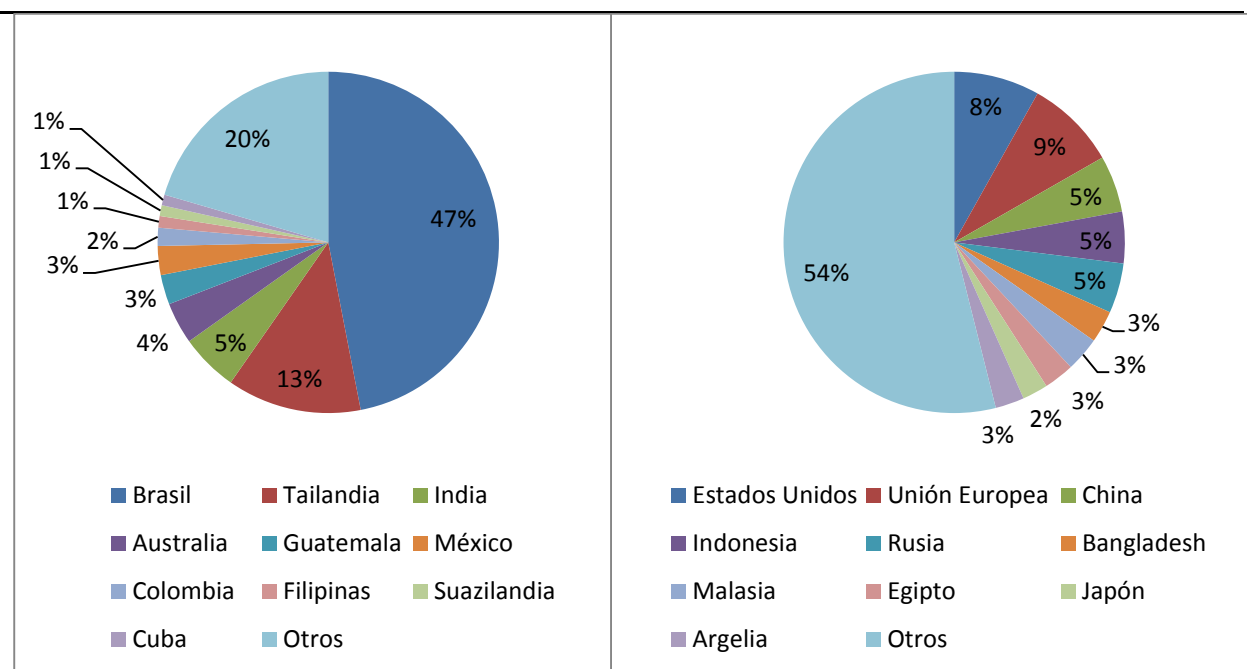


Figura 12. Participación en las exportaciones mundiales de azúcar para el 2011

Figura 13. Participación en las importaciones mundiales de azúcar para el 2011

Fuente: Elaboración propia con datos de OIA, 2012.

Las importaciones vienen determinadas por el consumo de la población, y por la capacidad del país de abastecer la demanda interna que está limitada por factores climáticos, geográficos y demográficos.

Así, es posible evidenciar como en la Figura 10 la Unión Europea, China y los Estados Unidos eran unos de los principales países productores de azúcar. Sin embargo, esta producción no es suficiente para abastecer la demanda interna, porque como se observa en la Figura 13 estos países también son unos de los principales importadores de azúcar, y esto se corrobora con la Figura 11

en la que aparecen estos mismos tres países como unos de los principales consumidores de azúcar a nivel mundial.

El azúcar al ser un *commodity*, su precio de cotización viene siendo regulado por la ley de oferta y demanda. Así, cuando la producción de azúcar excede el consumo, su precio tiende a disminuir, y el excedente pasa a los inventarios, que se utilizaran posteriormente cuando el consumo exceda la producción, y en este evento su precio tiende a aumentar.

En la Figura 14 se puede evidenciar la correlación inversa que existe entre estas dos variables, el superávit o déficit en la producción/consumo de azúcar y el precio de cotización del azúcar blanco en Londres y del azúcar crudo en Nueva York. Es de destacar que entre 2008 y 2010 los inventarios disminuyeron, en consecuencia la producción fue menor al consumo, por este motivo los precios aumentaron en los mercados internacionales.

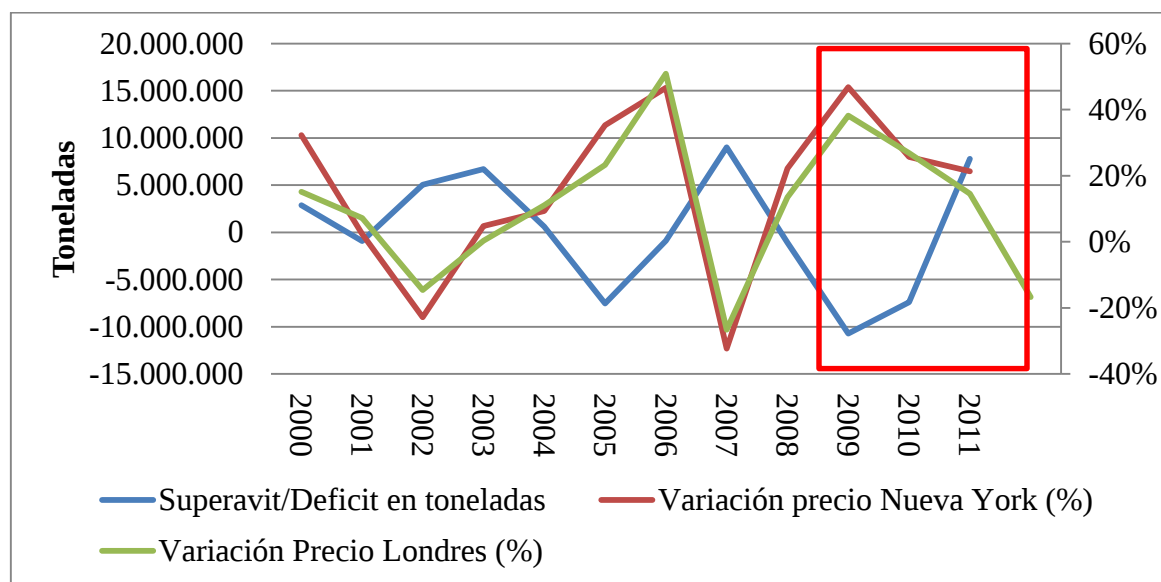


Figura 14. Superávit/déficit mundial de azúcar vs. Variación del precio internacional promedio anual del azúcar (%)

Fuente: Elaboración propia con datos de Bloomberg (precio internacional) y la OIA (Superávit/déficit), 2012.

Así, el precio del azúcar viene dado por el mercado internacional, que dependerá de cuanta azúcar haya en el mundo, y cuanta azúcar quieran comprar los países. Hay unos países que juegan

un papel importante en el comercio internacional del azúcar como Brasil, Tailandia, México o Colombia, ya que dadas ciertas características que estos tienen, principalmente geográficas y climáticas, cuentan con ventajas competitivas en la producción, por lo que se han especializado en ello, produciendo mayor cantidad de lo que el consumo interno de cada país requiere, generando excedentes para exportar a países que no pueden abastecer parcial o totalmente la demanda interna de azúcar. Sin embargo, quienes pueden influir determinantemente en el precio del azúcar son los principales productores, que no coinciden en su totalidad con los principales exportadores, entre los que se encuentran Brasil, India, la Unión Europea, China, Tailandia o los Estados Unidos (Figura 10). La influencia de Colombia en el precio internacional del azúcar es mínima, dada su reducida participación en la producción mundial.

7.3.2. Mercado del azúcar en Colombia.

Como quedó expuesto en la Figura 12, Colombia es el séptimo principal exportador de azúcar a nivel mundial, teniendo una participación del 2% en el total. Pero los ingenios azucareros colombianos se han venido especializando en la producción de azúcar blanco, y de acuerdo con datos de la OIA (2012) Colombia en el 2011 ocupó el quinto lugar en las exportaciones de azúcar blanco a nivel mundial solo por detrás de Brasil, Tailandia, India y México; exportando 824.974 toneladas de Azúcar (Figura 20).

En la Figura 15 es posible observar como Colombia entre 2000 y 2011 siempre ha producido azúcar por encima de la demanda del mercado interno, lo que le proporciona excedentes para exportar, aún en épocas en los que la producción interna ha caído a mínimos como en 2008 y 2010 a consecuencia de fenómenos climáticos. De acuerdo con la National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA, 2016) durante el año 2008 se presentó el fenómeno de la niña, y de

acuerdo con Asocaña (2011) durante el 2010 las precipitaciones registradas en el valle geográfico del Río Cauca fueron muy superiores al promedio histórico, situaciones que afectaron los cultivos de caña de azúcar.

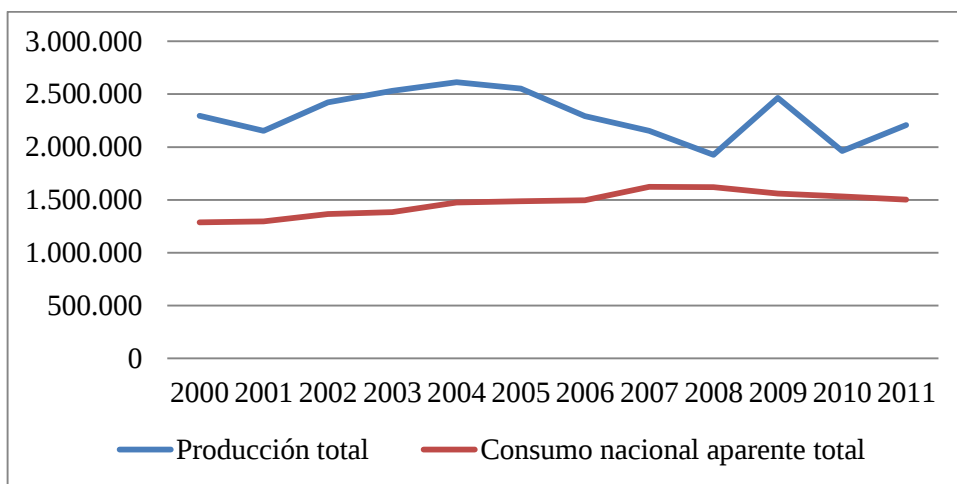


Figura 15. Producción y consumo de azúcar en Colombia, periodo 2000-2011
Fuente: Elaboración propia con datos de Asocaña, 2015.

En la Figura 16 queda en evidencia la relevancia que tiene para los ingenios la producción de azúcar blanco. En el 2000 casi la tercera parte de la producción de los ingenios era de azúcar crudo y las otras dos terceras partes de azúcar blanco, mientras que en el 2011 aproximadamente la décima parte de la producción era de azúcar crudo, y la proporción restante de azúcar blanco. Esta preferencia y especialización por el azúcar blanco se debe principalmente al mayor margen de contribución que genera este tipo de azúcar frente al azúcar crudo, tal y como lo encontraron Moreno, et.al. (2004)

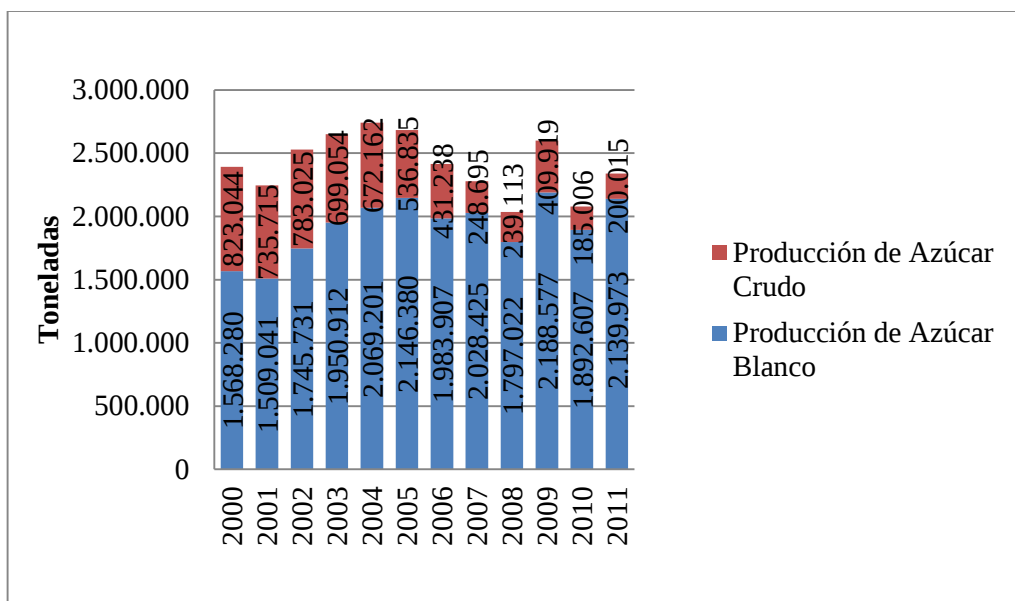


Figura 16. Producción total de los ingenios colombianos de azúcar blanco y crudo
Fuente: Elaboración propia con datos de Asocaña, 2015.

En cuanto a las ventas realizadas por los ingenios al mercado interno, la proporción entre azúcar crudo y azúcar blanco, en el periodo comprendido entre el año 2000 y 2011 se ha mantenido estable, representando el azúcar crudo aproximadamente el 10% y el azúcar blanco el 90% del total, situación que se ve reflejada en la Figura 17, en donde se encuentra que en el año 2000 los ingenios vendieron al mercado nacional 1.229.458 toneladas de azúcar blanco y 119.365 toneladas de azúcar crudo, y en el año 2011 vendieron al mercado interno 1.292.569 toneladas de azúcar blanco y 113.156 toneladas de azúcar crudo. Las ventas más altas registradas en este periodo fueron en el año 2007 en el cual se vendieron 1.419.775 toneladas de azúcar blanco y 138.395 toneladas de azúcar crudo.

A pesar de las variaciones en los precios que se han registrado tanto en el mercado internacional del azúcar como en el mercado interno, la demanda de azúcar en el periodo 2000-

2011 se ha mantenido estable, oscilando entre 1.358.000 y 1.558.000 toneladas de azúcar en total, razón por la cual es posible afirmar que la curva de demanda de azúcar es muy poco elástica.

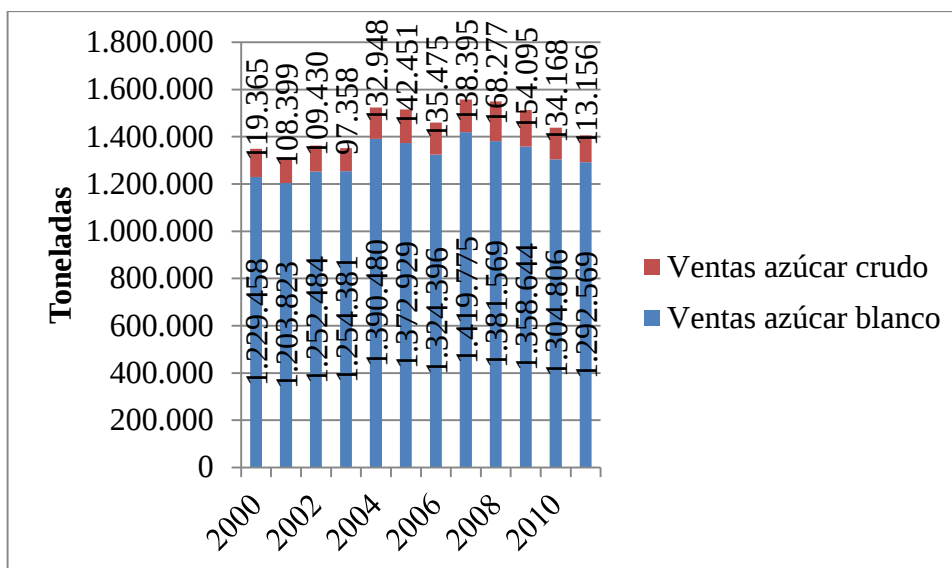


Figura 17. Ventas de los ingenios al mercado nacional de azúcar crudo y blanco.

Fuente: Elaboración propia con datos de Asocaña, 2015.

Tanto el mercado interno colombiano como las exportaciones se han venido decantado por la preferencia del azúcar blanco. Es posible observar en la Figura 17 como aproximadamente el 90% de las ventas que han hecho los ingenios al mercado en el periodo 2000-2011 son de azúcar blanco. Asimismo en la Figura 18 se puede apreciar como casi la totalidad de las importaciones de azúcar que se realizaron para el mismo periodo, en Colombia, corresponden a azúcar blanco. La cifra de importaciones de azúcar crudo es muy pequeña, siendo el año 2010 en el que más se importó este tipo de azúcar llegando a las 2.039 toneladas. En ese mismo año se importaron 182.274 toneladas de azúcar blanco.

Con esto, se quiere resaltar la importancia que tiene el azúcar blanco tanto para el consumo en el mercado interno, como para la producción de los ingenios. Igualmente, se resalta la cantidad de exportaciones versus la cantidad de importaciones, los ingenios nacionales en el 2011 exportaron

1.292.569 toneladas de azúcar blanco, mientras que a Colombia en el mismo año se importaron 187.602 toneladas. El consumo interno fue abastecido en su gran mayoría por los ingenios, esto da cuenta de la poca relevancia que tienen las importaciones para el mercado nacional y a su vez del poder que tienen los ingenios en el mercado interno.

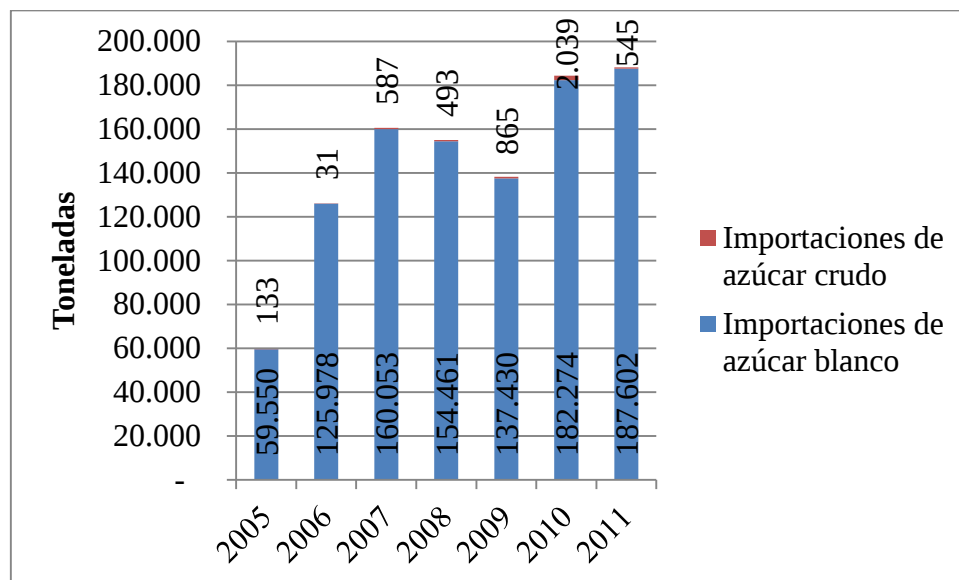


Figura 18. Importaciones de azúcar a Colombia, periodo 2005-2011.

Fuente: Elaboración propia con datos de la OIA, 2012.

La Figura 19 muestra los países de origen de las importaciones de azúcar blanco realizadas por Colombia. El azúcar crudo no se tuvo en cuenta dada la mínima participación en las importaciones, siendo cifras poco relevantes. Para el 2011 el 93% de las importaciones de azúcar blanco realizadas por Colombia provinieron del Brasil, el 4% de Perú, el 2% de Guatemala y el 1% de Nicaragua.

Brasil es un país determinante en el precio internacional del azúcar, ya que es uno de los principales productores y exportadores de este *commodity*. Asimismo, es un país con el que Colombia mantiene estrechas relaciones económicas e importantes vínculos comerciales, dada su cercanía geográfica.

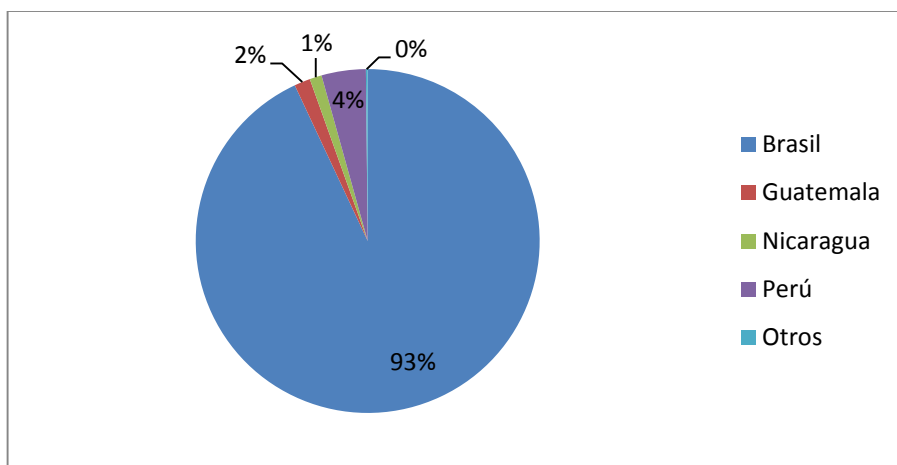


Figura 19. Países de origen de las importaciones de azúcar blanco, para el 2011

Fuente: Elaboración propia con datos de la OIA, 2012.

Ahora, la balanza comercial de Colombia respecto del azúcar es positiva, ya que las exportaciones son significativamente mayores a las importaciones, datos que constatan el afán de los ingenios por mantener controlada la oferta en el mercado interno e impedir así la disminución de los precios. En la Figura 20 se pueden observar las exportaciones de azúcar crudo y blanco realizadas por Colombia en el periodo comprendido entre 2005-2011. En dicho periodo, el año en el que menos exportaciones hubo fue en el 2008, año en el que se exportaron 478.442 toneladas en total, de las cuales 359.165 fueron de azúcar blanco. El año en el que más se exportó azúcar por parte de Colombia fue en el 2005 con 1.179.642 toneladas, seguido del 2009 en el que se exportaron 1.053.939 toneladas en total.

CIAMSA es el órgano gremial de los azucareros colombianos que se encarga de realizar las exportaciones. De acuerdo con este órgano gremial, la industria azucarera colombiana ha mantenido su presencia en los mercados internacionales por alrededor de 5 décadas, manteniendo relaciones comerciales con las principales azucareras del mundo como EDF Man, Luis Dreyfus, Sucden Americas, Cargill o Commodity Specialists entre otros.

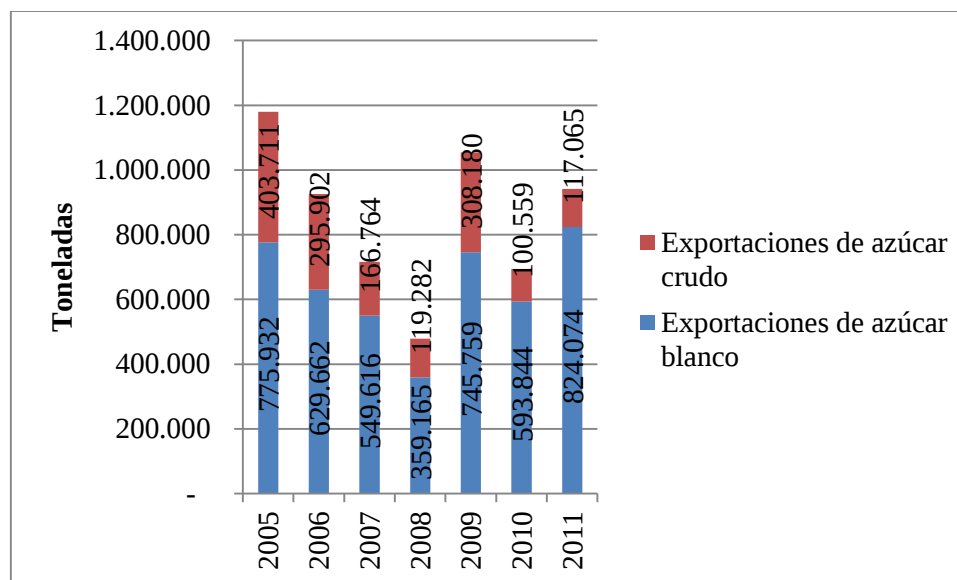


Figura 20. Exportaciones de azúcar desde Colombia, periodo 2005-2011.

Fuente: Elaboración propia con datos de la OIA, 2012.

De acuerdo con la Figura 21, en el año 2011 la mayoría de las exportaciones colombianas de azúcar blanco se comercializaron en Latinoamérica. Fue Chile el principal país de destino, recibió el 28% del total de las exportaciones, seguido de Perú con un 11% y México con un 10%, importantes socios comerciales colombianos. Bolivia recibió un 6% de las exportaciones. Es de destacar que Perú y Bolivia hacen parte de la Comunidad Andina de Naciones, por lo que las exportaciones hechas a dichos países no se ven afectadas por el SAFR, pero sí por el FEPA.

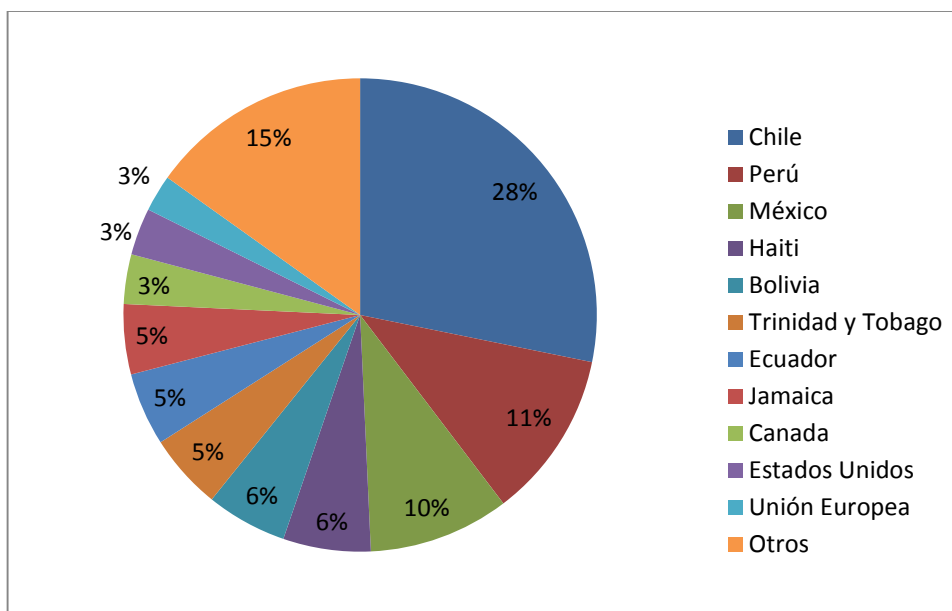


Figura 21. Países de destino de las exportaciones de azúcar blanca de Colombia 2011.

Fuente: Elaboración propia con datos de la OIA, 2012.

La evolución del precio promedio anual de la tasa representativa del mercado y de la cotización del azúcar blanco en la bolsa de Londres se presenta en la Figura 22. Allí se observa como entre 2008 y 2011 el precio de cotización del azúcar en la Bolsa de Londres aumentó significativamente pasando de 17 centavos de dólar la libra a 35 centavos de dólar la libra, debido al déficit mundial ya presentado en la Figura 14. Pero a su vez también se observa como la tasa representativa del mercado para ese mismo periodo disminuyó también sustancialmente cotizándose en promedio en 1.967 pesos en el 2008, 2.153 pesos en el 2009, 1.898 en el 2010 y 1.822 en el 2011, situación que neutralizaría parcialmente el aumento del precio en la bolsa de Londres para el caso de las importaciones de azúcar a Colombia.

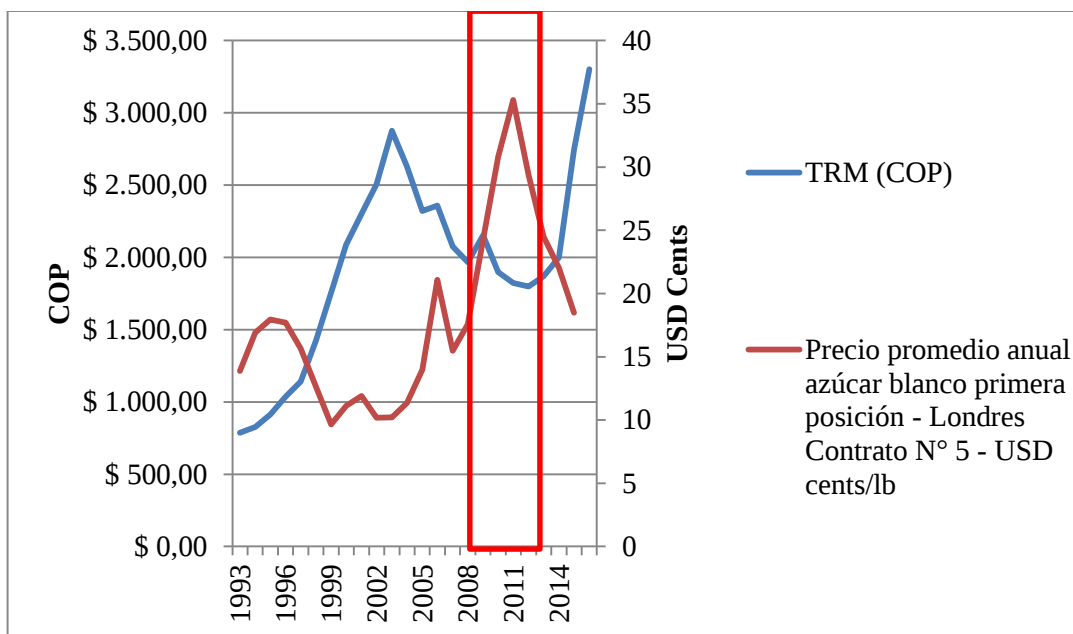


Figura 22. Tasa representativa del mercado vs. Cotización azúcar blanco en bolsa de Londres.
Fuente: Elaboración propia con datos de Banco de la República (Tasa representativa del mercado) y Bloomberg (cotización en Bolsa de Londres)

En la Figura 23 está graficada la evolución del precio del azúcar blanco en el mercado interno colombiano y el precio de cotización en la bolsa de Londres, allí se puede observar como el precio interno en Colombia siempre ha estado por encima del precio de cotización en Londres. Sin embargo, en el periodo comprendido entre 2008 y 2011 el precio se incrementó más que proporcionalmente en el mercado interno respecto del precio de cotización en Londres, Mientras que en Londres el precio de cotización se incrementó de 17 centavos de dólar en el 2008 alcanzando a llegar hasta los 35 centavos de dólar en su punto más alto en el 2011, En Colombia el precio pasó de 35 centavos de dólar en el 2008 a 67 centavos de dólar en su punto más alto alcanzado en el 2012. Situación que generó la reacción de los empresarios que utilizaban el azúcar blanco como insumo para sus actividades económicas, quienes promovieron el inicio de la investigación por cartelización ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

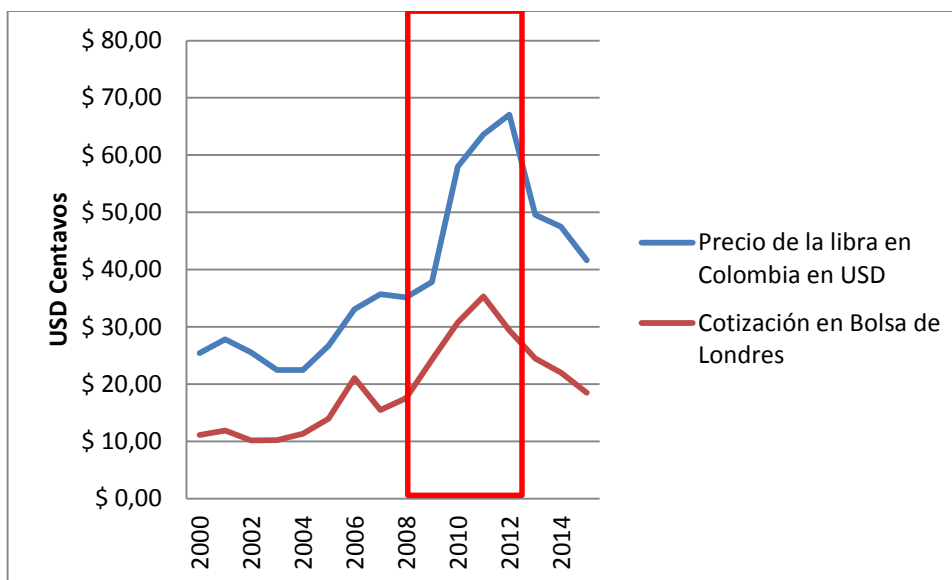


Figura 23. Precio en Colombia vs. Precio de cotización en bolsa de Londres.

Fuente: Elaboración propia con datos de Bloomberg (cotización en bolsa de Londres) Corabastos (Precio de la libra en Colombia)

El argumento presentado por los ingenios para sustentar el incremento fue una escasez del producto en el mercado interno. Sin embargo si nos remitimos a las Figuras 17 y 18 que son las ventas de los ingenios al mercado interno y las importaciones respectivamente, configuran el consumo de azúcar blanco en el mercado interno cifra que en el 2011 fue de 1.480.171 toneladas, mientras que la producción por parte de los ingenios (Figura 16) fue de 2.139.973 toneladas para el mismo año de las cuales exportaron 824.074 toneladas (Figura 20). Cifras que permiten demostrar la falta de veracidad de dicho argumento, no existiendo escasez en el mercado interno. Y finalmente, el precio en el mercado interno estaba mucho más alto que el precio de exportaciones, por lo cual no les era más rentable exportar. Pero sí les convenía mantener los precios elevados en el mercado interno, situación que constató la SIC.

Retomando, se expuso el funcionamiento del mercado del azúcar en Colombia bajo los parámetros de una economía de mercado, quedando en evidencia que Colombia cuenta con

ventajas competitivas para la producción de este bien específicamente en el valle geográfico del Río Cauca, lo que llevó a los industriales azucareros a localizar allí sus plantas, generándose un clúster importante para la economía colombiana.

Asimismo, se evidenció la relevancia que tiene el azúcar blanco (objeto de la presente investigación) para el mercado colombiano, siendo este tipo de azúcar mayoritariamente producido por los ingenios (Figura 16) y mayoritariamente vendido por estos al mercado colombiano (Figura 17).

El gremio azucarero es cohesionado, lo que se evidencia en las instituciones y organismos que hacen parte del mismo, encargadas de impartir políticas y generar desarrollo a través de la implementación y divulgación de nuevas tecnologías y técnicas de producción a todos los empresarios del sector, pero esta cohesión ha derivado en acuerdos ilegales que atentan contra la libre competencia incrementando artificialmente los precios, produciéndose un cartel generador de un daño.

8. Cartel del azúcar blanco en Colombia 2008-2011

La línea entre cooperación y cartelización es muy delgada. Por este motivo se le ha encargado la función a la Superintendencia de Industria y Comercio de determinar cuándo esta línea es transgredida por los empresarios, y lo que en un principio constituía un factor de progreso económico (cooperación) se convierte en un factor que atenta contra el progreso económico y contra el patrimonio de demás empresarios y consumidores de dicho bien (cartelización).

En ejercicio de esta función la SIC mediante Resolución 5347 del 13 de febrero de 2012 inició investigación por cartelización en el sector azucarero a solicitud de empresarios y asociaciones de industriales colombianos que utilizaban como insumo el azúcar entre los que se encontraban

Comestibles San Antonio, Asociación de Agroindustriales del Bocado Veleño, Coca-Cola, Nestle y la Compañía Nacional de Chocolates.

En el desarrollo de la investigación encontró culpables de la conducta de cartelización en el mercado del azúcar blanco a 12 ingenios, ASOCAÑA, CIAMSA, DICSA y altos funcionarios de los ingenios y las organizaciones gremiales. Por este motivo los sancionó en primera instancia con una multa que en conjunto ascendió a los \$ 324.441.168.950 pesos para las personas jurídicas y \$ 5.042.038.750 para las personas naturales. Esta decisión fue recurrida por los sancionados y la SIC redujo el monto de la sanción a algunos de ellos, con lo cual la sanción en conjuntó quedó en \$ 260.094.223.150 pesos para las personas jurídicas y \$ 3.190.599.450 para las personas naturales.

Sin embargo, la sanción administrativa impuesta por la SIC es de naturaleza punitiva. Pero los empresarios al transgredir el régimen de la competencia también afectaron el patrimonio de los privados, concretamente de toda la cadena de producción, distribución y consumo del azúcar aguas abajo del cartel, es decir, aquellos empresarios que utilizaban como insumo el azúcar y aquellos consumidores del azúcar o de cualquier alimento contentivo de azúcar cuyo precio se haya elevado a consecuencia de la cartelización en el insumo.

Como consecuencia del atentado contra el patrimonio de los privados nace de la responsabilidad civil el derecho de estos últimos a ser reparados integralmente; reparación que necesariamente ha de concentrarse predominantemente en la estimación del daño emergente. En este evento se estaría ante una aplicación privada del derecho de la competencia mediante acciones de naturaleza resarcitoria, evento que se analizará en el presente capítulo.

8.1. Estado colombiano y economía de mercado.

8.1.1. Economía de mercado

Se habla de economía de mercado “en aquellas sociedades en las que los agentes económicos se especializan en la producción de bienes y servicios, y satisfacen sus necesidades materiales a través de intercambios voluntarios de los mismos en el mercado.” (Fernández, 2016)

Con esto podemos determinar que en una economía de mercado, los agentes son libres de elegir los recursos escasos a intercambiar, así la toma de decisiones se encuentra descentralizada en cada agente económico que interactúa en el mercado. Esta descentralización en la toma de decisiones es la que promueve la competencia, que resulta un factor necesario para el funcionamiento adecuado de la economía.

8.1.1.1. El precio en competencia perfecta en la economía de mercado.

En 1776 es publicada la riqueza de las naciones de Adam Smith, padre del liberalismo económico. Allí Smith plantea la reconocida “mano invisible” convertida posteriormente en teoría económica.

Siguiendo a Cidoncha (2004) la teoría Smithiana se resume en que bajo dos supuestos de hecho: ausencia de intervención pública y conducta económica basada en el interés propio, se genera una consecuencia que es la prosperidad económica general, gracias al mercado que es la misma mano invisible.

La conducta económica basada en el interés propio de la teoría Smithiana responde a una necesidad de ayuda que los hombres requieren de sus congéneres, pero ésta le resultará inútil esperarla de su benevolencia. Sin embargo, las probabilidades de conseguirla aumentan cuando se demuestra a los congéneres que brindando su ayuda redundará en beneficio del interés propio de ellos. No es la benevolencia del panadero o carnicero la que nos proporciona la comida, sino el cuidado que ponen ellos en satisfacer su propio beneficio. (Cidoncha, 2004)

De acuerdo con Cidoncha (2004) la ausencia de intervención estatal no representa que Smith fuera un anarquista. El mercado es un orden espontáneo pero no es un orden natural, para que éste pueda funcionar necesita de la intervención del Estado, por cuanto a él se le encomienda el mantenimiento de la ley y el orden, lo que incluye la protección de la propiedad privada, la garantía del cumplimiento de los contratos y provisión de ciertos bienes públicos, como defensa e infraestructura.

Bajo estos supuestos se alcanza el resultado: la prosperidad general. El interés propio no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el fin que es el bienestar general a través de la mano invisible (la autorregulación del mercado).

Continuando con Cidoncha (2004) la teoría de la Mano Invisible con el pasar del tiempo se transformó y formalizó, siendo conocida como la teoría de la competencia perfecta. Esta teoría presupone cuatro condiciones: una relativa a los agentes económicos y tres relativas al mercado.

La competencia perfecta parte de la condición de racionalidad de los agentes económicos (oferentes y demandantes) de acuerdo con la cual se presupone que los agentes económicos toman decisiones en pro de un objetivo procurando hacer que su beneficio o utilidad sea lo más grande posible, actuando así de manera racional.

Las tres condiciones de la competencia perfecta relativas al mercado son: multiplicidad de oferentes y demandantes, homogeneidad del producto y ausencia de asimetrías de información.

La multiplicidad de oferentes y demandantes implica la existencia de un elevado número de empresas y consumidores, de forma tal que ninguno de ellos de manera aislada tenga un poder suficiente como para influir de manera determinante en el mercado. Para ello es necesario que exista libertad de entrada y salida del mercado, la cual aunque es necesaria no es suficiente.

La homogeneidad del producto es la segunda condición del mercado en competencia perfecta. Los productos que ofrecen las empresas que compiten en el mercado deben ser iguales o muy similares, perfectamente sustituibles entre sí, de forma tal que para los consumidores el factor de mayor peso al momento de tomar la decisión sea el precio.

Finalmente la tercera condición es la ausencia de asimetrías en la información. Esta condición supone que los consumidores se encuentran suficientemente informados para no pagar de más por el precio de un producto, pudiendo así maximizar su utilidad.

Con la concurrencia de éstas condiciones, el precio saldrá del punto en el que se intersectan la oferta y la demanda del bien, el punto de equilibrio. De forma tal que si el precio es superior, existe un exceso de oferta, y este tenderá a bajar hasta alcanzar el punto de equilibrio. Por el contrario, si el precio es inferior existe un exceso de demanda y este tenderá a aumentar hasta alcanzar el punto de equilibrio. (Cidoncha, 2004)

8.1.2. Colombia un Estado Social de Derecho

Colombia es una economía de mercado, pero esta se encuentra enmarcada dentro de la figura de un Estado Social de Derecho. Así, son principios rectores de la economía del Estado colombiano, consagrados en el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, la libertad de empresa y la libre competencia económica. Principios que no en pocas ocasiones entran en conflicto y nace la necesidad de ponderarlos.

En la primera frase del artículo 1 de la Constitución Política (1991) se enuncia: “Colombia es un Estado Social de Derecho.” Este enunciado marcó un importante viraje frente a la forma como estaban reguladas las relaciones del Estado con los particulares, y los particulares entre sí, antes de ésta.

De acuerdo con la sentencia SU-747 (1998) Colombia como un Estado Social de Derecho implica que, además de buscar limitar su poder para no amenazar las libertades y derechos de los ciudadanos, ahora buscará también cumplir con unos fines en la sociedad, interviniendo activamente en ella. Este accionar va direccionado a garantizar a los asociados unas condiciones de vida dignas, aportando todo su andamiaje para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y superar las necesidades materiales.

En el marco de esta concepción de Estado Social de Derecho se desarrolla la economía de mercado que, en principio ve en el beneficio económico de la empresa privada un medio para alcanzar el bienestar social que tiene por fin. Pero en ocasiones, la economía de mercado cuyo factor fundamental es la competencia para alcanzar el desarrollo económico y el bienestar social presenta distorsiones en las cuales se falsea la competencia, convirtiendo los empresarios el beneficio económico de su actividad en el fin, impidiendo alcanzar el bienestar social. Este es el momento en el que el Estado, en su deber de garantizar unas condiciones de vida digna a los asociados y, hacer cumplir la constitución y la ley, debe intervenir.

La intervención que realiza el Estado Social de Derecho en la economía de mercado la realiza a través de la regulación y de la participación en la misma fomentando la competencia y actuando como un agente económico más. A esta intervención, la literatura le ha dado diversos nombres, tales como capitalismo social, economía social de mercado o economía de mercado intervenida. Pero todos reflejan la intervención que realiza el Estado para alcanzar el bienestar social, en un ambiente de libertad económica, de competencia, de economía de mercado.

En el artículo 333 de la Constitución Política (1991) se encuentran enmarcados los dos principios que caracterizan la economía de mercado dentro del Estado Social de Derecho

colombiano. El primer enunciado del artículo 333 reza: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres...” este enunciado va direccionado a la protección constitucional de la libertad de empresa.

El inciso segundo del mismo artículo consagra: “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.” En éste se plasmó la necesidad de la competencia teniendo en cuenta los beneficios que tiene esta para el bienestar social en la economía de mercado.

En el inciso tercero del artículo 333 la Constitución política consagra: “La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones...” en este enunciado se consagra a la empresa como motor y base del desarrollo del Estado colombiano.

Esto pone en evidencia que la Carta Política del 91 adopta un modelo de economía social de mercado para Colombia, en el cual, en un primero momento se reconoce a la empresa, y en general a la iniciativa privada, como el motor de la economía; pero, en promoción del bienestar social, reconoce la necesidad de que los actores que participan en el mercado lo realicen en un ambiente de libertad de competencia económica. De esta manera consagra dos principios que se limitan entre sí razonable y proporcionalmente, con el objetivo de cumplir mandatos constitucionales destinados a la protección del interés general.

Enunciado esto, se analizará el principio de libertad de empresa versus el principio de libertad de competencia, enmarcados en el Estado Social de Derecho colombiano, y el desarrollo que se le ha dado desde la doctrina y la jurisprudencia.

8.1.2.1. La libertad de empresa en el marco del Estado Social de Derecho colombiano

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-263 de 2011 ha definido a la libertad de empresa, que a menudo también se le denomina libre iniciativa privada, como “La facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o

habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”. La naturaleza de este derecho es de rango constitucional no fundamental.

El contenido del mismo, como hoy se conoce; empezó a consolidarse en Colombia bajo el influjo del derecho continental europeo en el siglo XIX. Siguiendo a Menéndez (1986) El siglo XIX estuvo marcado en occidente por la culminación del pensamiento generalizado de la existencia de un orden natural, que Newton ya había descubierto en la física y lo había descrito como un orden natural autorregulado. Así, es posible evidenciar como en la economía se materializó el pensamiento de Smith con el postulado del *laissez faire, laissez passer*.

Bajo este postulado las cartas políticas decimonónicas occidentales sentaron las bases para el nacimiento del Estado de derecho sobre los pilares liberales del pensamiento clásico inglés e ideología francesa. Este nacimiento estuvo marcado por la despolitización y privatización de la economía, con una drástica reducción del tamaño del Estado.

Así, estas constituciones propendían por una mínima y casi nula intervención del Estado en la Economía. Pero no eran ajenas a la regulación de la actividad económica como tal. De acuerdo con Sabogal (2005) estas garantizaron la propiedad como derecho inviolable e instauraron el principio de libertad de comercio y de industria, que sería el antecedente de la hoy conocida libertad de empresa.

Habiendo sido concebida bajo los pilares liberales decimonónicos, con el pasar de los años la libertad de empresa tuvo que ajustarse a nuevos pensamientos ideológicos que iluminaron las nuevas constituciones. Con la crisis económica de 1929 la organización económica constitucional de los Estados dejaría de ser de corte puramente liberal, teniendo una plena confianza en el mercado y consagrando garantías constitucionales económicas mínimas (Propiedad privada y libertad de comercio e industria); y pasarían a propender por un mayor intervencionismo estatal

en el que las libertades económicas ya no son absolutas, tienen restricciones, y se busca la consecución de los principios y valores consagrados en la Carta Política que irradian todos los ámbitos del Estado.

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional en sentencia C-263 de 2011, las libertades económicas no son libertades absolutas y, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad, pueden ser restringidas solamente cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

Para realizar restricciones a las libertades en general, la Corte Constitucional (Sentencia C-263, 2011) ha enunciado tres parámetros que se deben seguir: (a) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (b) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la constitución y (c) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Con esto, se determina a continuación el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa. Esto nos lleva a la Teoría del contenido mínimo de los derechos constitucionales, esta teoría fue inicialmente desarrollada en Alemania y posteriormente en Colombia se empieza a aplicar por la Corte Constitucional a partir de 1992.

De acuerdo con Sabogal (2005) esta teoría plantea que los derechos pueden ser limitados o restringidos por diversas causas, pero no cualquier limite o restricción se encuentra ajustado a la Constitución, ya que solo son válidos aquellos límites que respeten el núcleo esencial del derecho limitado. Esta teoría comporta dos ópticas de interpretación: relativa (formal) y absoluta (material). La visión material plantea la existencia de un núcleo interior, permanente e inmodificable y un espacio exterior circundante sobre el cual el legislador haciendo uso de la reserva legal puede restringir libertades. La visión formal, que es la más seguida por la Corte

Constitucional plantea que el núcleo esencial es la parte que queda del derecho después de haber realizado un proceso de ponderación del mismo frente a otros derechos que puedan limitarlo.

A la luz de esta teoría se podría sostener que el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa está conformado por:

“Todo aquello que resulte de ese derecho que se reconoce a toda persona para desarrollar actividades de carácter económico con miras a mantener o incrementar su patrimonio, que en ponderación con otros derechos no afecte negativamente la función social de la empresa, el interés general, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la nación o la democracia empresarial.” (Sabogal, 2005)

8.1.2.2. Libertad de competencia en el marco del Estado Social de Derecho Colombiano.

La libertad de competencia reconocida en la Constitución de 1991, es uno de los pilares fundamentales de la economía social de mercado, esta última instituida allí como subsistema constitucional económico colombiano.

En el apartado anterior se evidenció la institución del derecho a la libertad de empresa bajo los pilares liberales de las constituciones decimonónicas (Estado de Derecho). Ahora bien, la institución del derecho a la libertad de competencia surge tras la crisis de la economía liberal del Estado de derecho de 1929 que permeó en el ámbito mundial. Partiendo de allí se evidenció la necesidad de realizar una mayor intervención por parte del Estado para eliminar las fallas del mercado, dándose el surgimiento de la economía social de mercado.

Los orígenes de la economía social de mercado se remontan a la escuela de Friburgo que considera dos modelos de ordenación de la economía: la economía central y la economía de mercado. No obstante parte de esta última como única opción posible para el desarrollo del Estado

Social de Derecho, cumpliendo éste un rol más activo en la regulación y ordenación económica. (Alarcón, 2016)

Siguiendo a Alarcón (2016) fue Müller-Armack quien analizó con más detenimiento el concepto de economía social de mercado, a quien sus ideas se le asocian con el ordoliberalismo propio de la escuela de Friburgo. Esta ideología plantea a la libertad como el principio más importante en la sociedad. Abandona la idea liberal clásica enfatizando que la ordenación de la economía es un asunto del que deben ocuparse las instituciones que estructuran y hacen parte del Estado, así para el ordoliberalismo la regulación de la economía es un problema político.

Bajo estas premisas la economía social de mercado se caracteriza por difuminar los pilares del liberalismo clásico (no intervención del Estado en la economía y la mano invisible). Proponiendo un rol más activo del Estado, encargado de la regulación e intervención en la economía, para alcanzar objetivos superiores, y como fin el bienestar social.

Enmarcado dentro de estos mayores atributos del Estado sobre la economía, surge el derecho a la libertad de competencia, en las que una vez evidenciados los beneficios que genera la competencia en la economía de mercado para alcanzar el bienestar social, se instituye como deber del Estado garantizarla y promoverla, y como derecho y obligación de los agentes económicos de participar en un mercado bajo este presupuesto.

En Colombia, la naturaleza del derecho a la libertad de competencia económica es relacional de rango constitucional no fundamental y con la Carta Política de 1991 quedó consagrado expresamente en el artículo 333 al indicar que “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Así, este derecho se ha constituido en una garantía económica para los ciudadanos que participan en el mercado, ya sean productores, distribuidores, consumidores o usuarios.

El Estado está en la obligación de materializar el principio de igualdad, consagrado en la constitución (que irradia todo el ordenamiento jurídico colombiano), en la economía. Para esto es necesario que adopte decisiones y lleve a cabo políticas públicas que doten a todos los agentes económicos de un mínimo de condiciones con las cuales puedan acceder en forma efectiva a las garantías económicas previstas en la Constitución (Alarcón, 2016).

El Estado, en virtud del principio de igualdad, se encuentra en el deber de garantizar a todos los ciudadanos el acceso al mercado en condiciones de libre competencia, para velar por el bienestar social que es el fin del sistema económico constitucionalmente establecido. Pero ¿Qué es la libre competencia? De acuerdo con la Corte Constitucional, en sentencia C-228 de 2010 expuso que:

Existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita.

La SIC (s.f.) ha definido la libre competencia como: “el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos, que actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado”.

Para la plena satisfacción de este derecho consagrado en la Carta Política, la Corte Constitucional en sentencia C-228 de 2010, ha reiterado el deber por parte del Estado de ejercer sobre los agentes económicos que concurren al mercado, funciones de inspección, vigilancia y control con el objetivo de evitar la incursión de éstos en prácticas que se encuentran proscritas en la ley, que afectan la competencia; y una vez incursos en estos comportamientos imponer sobre los agentes infractores las sanciones previstas en la ley.

La Corte Constitucional en sentencia C-815 de 2001 interpretó la concepción de la libre competencia consagrada en la Carta Política enunciando que:

Se concibe a 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.

Bajo esta concepción, la Corte Constitucional determinó que en el marco de una economía social de mercado, el Estado no actúa únicamente como garante de los derechos económicos individuales, sino también como corrector de las desigualdades derivadas de las distorsiones en el mercado provocadas por hechos que afecten la competencia o la incursión en prácticas atentatorias contra ésta, entre las que se encuentra la cartelización.

Teniendo en cuenta esto, la Corte Constitucional recordó que el Estado en virtud de la libre competencia, debe salvaguardar la competencia en sí misma considerada velando por la tensión existente en la relación entre competidores, pero además promoviendo la existencia de la pluralidad de oferentes, para así materializar el derecho a la libre elección de los consumidores, y evitar la conformación de monopolios, prácticas restrictivas de la competencia o abuso de posiciones dominantes que distorsionen el sistema de mercado.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha determinado en sentencia C-228 de 2010 que el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la oportunidad de acceder al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas, estando enmarcado dentro de dos límites definidos. El primero, la responsabilidad social que implica el ejercicio de la libertad de empresa. Y el segundo, la necesidad de regulación de las distorsiones del mercado que en

menoscabo de la igualdad, limitan a los agentes económicos la posibilidad de acceso equitativo al mercado.

8.2. Cartel del azúcar en Colombia, investigación y sanción administrativa por parte de la SIC, Resolución 80847 de 2015.

La Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC, por denuncias recibidas en esta entidad y en el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, referentes a la presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia en el mercado del azúcar relacionadas con el incremento excesivo en los precios y desabastecimiento del producto, presentadas por la Asociación de Agroindustriales del Bocado Veleño, Comestibles San Antonio LTDA., Coca-Cola Femsa S.A., Bavaria S.A., Coca-Cola Industria Nacional de Gaseosas S.A., Aje Colombia S.A., Nestle de Colombia S.A., Bimbo de Colombia S.A., Compañía Nacional de Chocolates S.A., Compañía de Galletas Noel S.A.S., Meals de Colombia S.A y Casa Luker S.A; el 13 de febrero de 2012 mediante resolución 5347, decidió abrir investigación y formuló pliego de cargos contra las personas jurídicas enlistadas en la Tabla 5 de la siguiente manera:

Tabla 5. *Personas Jurídicas Investigadas por la SIC por el Cartel del Azúcar*

Número	Persona Jurídica	En adelante se hará referencia como
1	Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar	ASOCAÑA
2	Comercializadora Internacional de Azúcares y Miele S.A.	CIAMSA
3	Desarrollos Industriales y Comerciales S.A.	DICSA
4	Ingenio Riopaila Castilla S.A.	Ingenio Riopaila Castilla
5	Ingenio del Cauca S.A.	Ingenio Incauca
6	Manuelita S.A.	Ingenio Manuelita
7	Ingenio Providencia S.A.	Ingenio Providencia
8	Mayagüez S.A.	Ingenio Mayagüez
9	Ingenio La Cabaña S.A.	Ingenio La Cabaña

10	Ingenio Pichichí S.A.	Ingenio Pichichí
11	Ingenio Risaralda S.A.	Ingenio Risaralda
12	Carlos Sarmiento L & Cia. Ingenio San Carlos S.A.	Ingenio San Carlos
13	Ingenio Carmelita S.A.	Ingenio Carmelita
14	Central Tumaco en liquidación	Ingenio Central Tumaco
15	Ingenio María Luisa S.A.	Ingenio María Luisa

Fuente: Elaboración Propia con datos de la SIC (2015).

Primer cargo: Contra las personas jurídicas 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 para determinar si hubo un acuerdo ilegal en la asignación de cuotas de producción o suministro infringiendo el artículo 1° de la ley 155 de 1959, modificado por el decreto 3307 de 1963 (prohibición general), y el numeral 4° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 que establecen

Ley 155 de 1959, Art. 1:

Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Decreto 2153 de 1992, Art. 47:

[...] se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros los siguientes acuerdos [...]

No.4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o suministro.

Segundo cargo: contra las personas jurídicas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14 y 15, (Tabla 5) para determinar si existió un acuerdo para impedir u obstruir el acceso a los mercados o a los canales de comercialización infringiendo lo establecido en el artículo 1° de la ley 155 de 1959

(prohibición general), y el numeral 10 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 que establece “[...] Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

La Delegatura también investigó y posteriormente el Superintendente de Industria y Comercio Sancionó a personas naturales, quienes eran altos directivos de las empresas arriba mencionadas, por encontrarse responsables de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado acuerdos para impedir u obstruir el ingreso de terceros al mercado del azúcar en Colombia. Responsabilidad contemplada en el artículo 4° del decreto 2153 de 1992, numeral 16°, modificado por el artículo 26 de la ley 1340 de 2009. Sin embargo, esta responsabilidad atribuida a los altos directivos y funcionarios no es relevante para el presente trabajo por lo que no será objeto de un análisis más detallado.

8.2.1. Consideraciones de la Delegatura para la Protección de la Competencia.

Siguiendo el proceso administrativo de investigación y sanción ilustrado en la Tabla 6, una vez dictada la resolución de apertura, la Delegatura procedió a realizar las respectivas notificaciones, corrió los términos para la solicitud y aporte de pruebas, posteriormente ordenó practicar algunas solicitadas por los investigados y rechazó otras, y decretó de oficio practicar las pruebas que consideró necesarias para el proceso; todo de acuerdo con los principios de conducencia, pertinencia y utilidad que plantea el ejercicio probatorio.

Tabla 6. *Proceso administrativo de investigación y decisión en la SIC*

Etapas del Proceso	Actuación
Actuación previa	Se recibe la denuncia y se estudia su admisibilidad
	Si hay mérito se adelanta una averiguación preliminar
	Se investiga y se practican pruebas de oficio para recaudar información
	Si existe mérito suficiente se abre una investigación formal
Fase de instrucción	Se notifica al investigado y se publica en un diario
	Se abre la posibilidad de efectuar un ofrecimiento de garantías, de solicitar pruebas y se admiten intervenciones de terceros

	Se decretan y practican las pruebas
	Concluye la investigación con un informe motivado presentado por el Superintendente Delegado al Superintendente de Industria y Comercio
	Se da traslado del informe motivado a las partes
Fase	Se efectúan los alegatos finales
Resolutiva	El Superintendente de Industria y Comercio Profiere una decisión
	El investigado puede interponer recurso de reposición.

Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio (s.f.)

Posterior a la culminación del decreto y práctica de pruebas, el 29 de mayo de 2015 se realizó la audiencia de descargos consagrada en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, tras lo cual el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia rindió un informe motivado en el que presentó los resultados de la etapa de instrucción con las siguientes consideraciones.

8.2.1.1. Sobre los intercambios de información entre los investigados

Realizadas las respectivas investigaciones, el Delegado para la Protección de la Competencia de la SIC (2015) encontró que los investigados realizaron intercambios ilegales de información sensible en forma directa e indirecta: En forma directa, a través de correos electrónicos; de reuniones de comités de exportaciones, sostenibilidad y competitividad; reuniones de junta directiva y, de presidentes y gerentes en el marco de entidades gremiales como ASOCAÑA, CIAMSA Y DICSA. Y el intercambio de información en forma indirecta se dio en el marco del FEPA.

La toma de decisiones por parte de ASOCAÑA se encuentra concentrada en los ingenios investigados, ya que la composición de este órgano gremial descrita en el capítulo anterior, otorgó a los ingenios la capacidad de influenciar de manera directa la toma de decisiones que se llevó a cabo al interior de ésta, definiendo las conductas y acciones del órgano. Cabe recordar que ASOCAÑA es la entidad administradora del FEPA.

Los ingenios investigados realizaron intercambios ilegales de información sensible a través de ASOCAÑA, suministrando información relativa a la producción en la que se exigía la indicación de los tipos de producto, cantidades, referencia, unidades de medida, empaques; e información sobre ventas en la que se pedía desagregar exportaciones, tipo de mercado, tipo de movimiento, tipo de transacción, producto, datos del distribuidor, nombre y clase de cliente, fecha de transacción, país, bodegas de origen y destino.

Esta información que era actualizada mensualmente por los ingenios en una base de datos de esta entidad, debía corresponder al fuero interno de cada competidor en el mercado, y el hecho de compartirla generó comportamientos coordinados por parte de los azucareros para el aumento de los precios, la restricción en la oferta y la limitación de la competencia entre de ellos, situación que se puede evidenciar en las Figuras 15 a 23 que describen el comportamiento del mercado del azúcar en Colombia. Esta información compartida era completamente ajena a la información requerida por ASOCAÑA para la operación del FEPA.

Asimismo, la Delegatura (SIC, 2015) encontró que en las actas de la Junta Directiva de ASOCAÑA se dejó claro que la existencia del FEPA no eliminaba la competencia entre los ingenios, por lo que era necesario realizar acuerdos complementarios al fondo para concretar el actuar coordinado y conjunto entre ellos. Bajo estos parámetros, los investigados realizaron acuerdos para obstruir el ingreso de azúcar del exterior suministrada a oferentes y demandantes nacionales.

Concluyó que ASOCAÑA es una agremiación que ha permitido, coordinado, auspiciado y ejecutado intercambios de información sensible entre los ingenios afiliados, generando coordinación con la que se buscó la unidad de intereses y se eliminó la competencia entre los oferentes.

En consonancia con lo anterior, el Comité Directivo del FEPA ha servido para concertar temas que atentan contra la libre competencia en el mercado colombiano del azúcar. La Delegatura (SIC, 2015) evidenció en correos electrónicos y actas del Comité que se requirió y reportó información al FEPA a un alto nivel de detalle, completamente ajeno para determinar la cantidad que se debió ceder o compensar, por lo que se transgredió el marco legítimo y propio de su función de liquidación. En el mismo sentido, constató que el FEPA remitía a los ingenios información de carácter sensible, estratégica y reservada, bajo el argumento de ser necesaria para revisar las liquidaciones, información que no debía ser divulgada. La información necesaria que legítimamente podían conocer los ingenios era la cantidad a ceder y/o compensar.

Las reuniones llevadas a cabo por los Presidentes y Representantes Legales de los ingenios, quienes a su vez son miembros de ASOCAÑA, CIAMSA, DICSA y participan del FEPA, tuvieron como fin acordar en bloque, y de manera previa a las reuniones del Comité Directivo del FEPA, las propuestas respecto de la fijación de políticas que seguiría éste fondo.

CIAMSA y DICSA sirvieron también de escenarios para la concertación de conductas atentatorias contra la competencia. Éstas son empresas especializadas en el comercio internacional del azúcar, de las cuales respectivamente 10 y 11 de los ingenios son accionistas, proveedores de las mismas y miembros a su vez de ASOCAÑA. Estas organizaciones se convirtieron en un escenario propicio para el desarrollo y concertación conjunto de los intereses de los ingenios en el mercado del azúcar.

Con esto, concluyó que ASOCAÑA, CIAMSA, DICSA y el FEPA desbordaron su objeto, permitiendo el intercambio de información sensible que debía ser del fuero exclusivo de cada competidor, sirviendo de escenario para la ejecución de conductas anticompetitivas.

8.2.1.2. Sobre las prácticas para la obstrucción del acceso al mercado del azúcar en Colombia.

Con el fin de mantener unas condiciones en el mercado interno ajenas a la libre competencia, ASOCAÑA, CIAMSA, DICSA y los ingenios investigados ejecutaron acciones para impedir el acceso al mercado del azúcar en Colombia. Estos actores eran conscientes que el ingreso de azúcar extranjero en el mercado colombiano disminuía los precios. Para contrarrestar éste efecto, conjuntamente se pusieron de acuerdo en estrategias para controlar el ingreso del *commodity* al país.

En concreto, la Delegatura para la Protección de la Competencia (SIC, 2015) encontró la materialización de las siguientes conductas anticompetitivas para obstruir el ingreso del azúcar al mercado colombiano. Los ingenios a través de ASOCAÑA concertaban políticas para crear barreras para el ingreso del azúcar al país. Restringieron la importación de azúcar a través de un único puerto, el de Buenaventura, y aunque de acuerdo con la doctrina de Noerr Penington, tenida en cuenta por la Delegatura, ésta no es una conducta reprochable en sí misma, se encontró que sí es una conducta que manifiesta la preocupación de los investigados por el ingreso de azúcar importada al país. Ésta preocupación los condujo a obstruir el ingreso por otros medios que sí son abiertamente ilegales y que se describen a continuación.

Comprobó que los ingenios llevaron a cabo negociaciones con diferentes agentes del mercado boliviano, para comprarles los excedentes, y así tener el control del ingreso del azúcar proveniente de dicho país a Colombia.

En igual forma, constató que éstos a través de ASOCAÑA restringieron las importaciones provenientes de otros países de la región. Tal es el caso de un ingenio costarricense, que no accedió

a una petición de importación por parte de la Nacional de Chocolates, hasta que no recibiera una autorización por parte de ASOCAÑA.

Finalmente, llegó a la conclusión que el objetivo de los ingenios era impedir el ingreso de azúcar al país, controlando las importaciones que se realizarían, para lograr que el precio en el mercado interno colombiano no disminuyera, constituyéndose en una conducta abiertamente anticompetitiva e ilegal, que como se verá en el campo de la responsabilidad civil, ocasiona un detrimento en el patrimonio de los compradores de azúcar que debe ser reparado.

8.2.1.3. Respecto de los acuerdos que tienen como objeto o efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.

La Delegatura (SIC, 2015) concluyó, que si bien fue posible comprobar la existencia de un intercambio ilegal de información sensible que permitía unificar la conducta de los ingenios frente a las estrategias comerciales y las cuotas de producción, no les fue posible afirmar con certeza que la homogeneidad reinante en el mercado fuera producto de acuerdos para la repartición de cuotas de producción y no del actuar del FEPA.

8.2.2. Recomendaciones del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia al Superintendente de Industria y Comercio.

Basado en las consideraciones precedentes, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia realizó al Superintendente de Industria y Comercio las siguientes recomendaciones:

Primera. Sancionar a la totalidad de las personas jurídicas contenidas en la tabla 6. Por la violación del artículo 1° de la ley 155 de 1959, y del numeral 10 del artículo 47 del decreto 2153 de 2012, habiendo incurrido y concertado conductas para impedir u obstruir el ingreso de terceros al mercado del azúcar en Colombia.

Segunda. Archivar la actuación administrativa en favor de las personas jurídicas 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 (Tabla 6) investigadas por la SIC, por presuntamente haber incurrido en acuerdos para asignar las cuotas de producción de azúcar en Colombia, contemplada en el numeral 4 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la ley 155 de 1959.

8.2.3. Consideraciones y sanción por parte del despacho del Superintendente de Industria y Comercio

Una vez agotadas las etapas previas de la actuación administrativa bajo las que se investigó a los ingenios azucareros por presunta cartelización, y después de haber escuchado y tenido en cuenta las alegaciones de los ingenios en su defensa y las recomendaciones de la Delegatura para la Protección de la Competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio procedió a resolver el caso.

La SIC (2015) manifestó su competencia funcional para conocer el caso, con base en las disposiciones legales dictadas en materia de competencia y, funciones y atribuciones otorgadas a la entidad en dichas disposiciones. Bajo estos presupuestos procedió a analizar los dos cargos imputados a los ingenios: repartición de cuotas de mercado y obstrucción de las importaciones.

8.2.3.1. Consideraciones de la SIC respecto del primer cargo (asignación de cuotas de producción o suministro)

El FEPA, fondo a través del cual se llevaron a cabo presuntamente las asignaciones en las cuotas de producción, nace como un fondo de estabilización de los precios del azúcar que tenía por fin procurar para los productores la obtención de un ingreso remunerativo, estimular el incremento de las exportaciones y regular la producción nacional, a través del financiamiento de la estabilización

de los precios al productor mediante un sistema de cesiones y compensaciones. Pero en ningún momento se contempla como un sistema de repartición de cuotas de producción o suministro.

Con el estudio de la ley 101 de 1993 y el decreto reglamentario 569 del 2000 para la organización y establecimiento de objetivos del FEPA, y realizando una comparación con las resoluciones expedidas por el Comité Directivo del FEPA, la SIC (2015) encontró que existe una disonancia entre los mandatos consagrados en la ley y el decreto, y la metodología creada por el Comité del FEPA.

Tras revisar las fórmulas incorporadas en las resoluciones del FEPA y la metodología utilizada en éstas, la SIC (2015) advirtió que se desnaturalizó el funcionamiento del FEPA, convirtiéndolo en un instrumento para la asignación y repartición de cuotas de producción o suministro en el mercado del azúcar en Colombia. Conducta que se encuentra proscrita, ya que hace parte de los acuerdos anticompetitivos, previstos en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, numeral 4°.

A pesar de encontrar que sí se llevaron a cabo acuerdos para la repartición de cuotas de producción o suministro de azúcar por parte de los ingenios en el marco del FEPA, siendo una conducta abiertamente ilegal y claramente anticompetitiva, consideró que en función del artículo 31 de la ley 1340 de 2009, no tiene atribuciones para imponer una sanción por esta conducta. Sin embargo, como entidad encargada de velar por la protección de la competencia, exhortó al Gobierno Nacional para que revisara y corrigiera el funcionamiento y la desnaturalización del FEPA.

8.2.3.2. Consideraciones del Superintendente respecto del segundo cargo (Obstruir a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización del azúcar.)

Antes de presentar la evidencia que demostró la infracción cometida por parte de los ingenios investigados respecto del segundo cargo, contenida en el numeral 10 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, por el diseño y ejecución de una estrategia anticompetitiva para la obstrucción de las importaciones de azúcar, la SIC (2015) consideró importante resaltar que la investigación realizada develó que la producción de azúcar en el mercado colombiano está controlada por los ingenios investigados, quienes históricamente se han comportado como un bloque, actuando coordinadamente, situación que les permitió eliminar la competencia que necesariamente debió existir en un sector en el que participan varios jugadores con posibilidades de desarrollar una ardua competencia.

Actuando en bloque, bajo esta coordinación, los ingenios investigados constituyeron organismos gremiales comunes (ASOCAÑA, CIAMSA y DICSA) en los que se crearon escenarios de concertación para diseñar, discutir y poner en marcha proyectos y estrategias relacionados estrechamente con su desempeño competitivo. Situación que manifiestamente rebosa el derecho de asociación y libre empresa de los investigados.

La SIC (2015) identificó que los ingenios han visto históricamente como una amenaza el ingreso de azúcar a Colombia proveniente de países con capacidad para exportar dicho producto. Para contrarrestar la amenaza los ingenios trazaron y llevaron a cabo deliberadamente una estrategia anticompetitiva, ilegal, concertada, continuada y coordinada, dirigida a obstruir las importaciones de azúcar hacia Colombia en general, evitando con esto un aumento de la oferta en el mercado nacional, con la consecuente disminución en los precios internos.

Para llevar a cabo esta estrategia, la SIC (2015) evidenció el interés por parte de los investigados en adquirir los excedentes de azúcar de los ingenios de la región para impedir que estos llegaran a Colombia. Los ingenios investigados llevaron a cabo negociaciones con los ingenios bolivianos para controlar los excedentes de este mercado e impedir que exportasen azúcar al mercado colombiano.

Otra parte de la estrategia consistió en el bloqueo de importaciones a través ASOCAÑA y CIAMSA a industriales colombianos que utilizaban como insumo el azúcar, impidiéndoles adquirirla directamente a ingenios extranjeros. Para ejecutar operaciones de importación, los industriales requerían diversos permisos y autorizaciones de ASOCAÑA y CIAMSA, que tenían por objetivo obstaculizar y restringir las compras directas de azúcar de los empresarios a los ingenios extranjeros. Ésta conducta fue ejecutada para posibles importaciones provenientes de países como Costa Rica, Ecuador, Guatemala y El Salvador.

A manera de ejemplo del desarrollo de ésta conducta, se relata en la investigación de la SIC (2015) una negociación adelantada en el 2011 por la Nacional de Chocolates con un ingenio Costarricense para llevar a cabo la importación de cierta cantidad de azúcar. Pero este último sujetó la celebración del negocio a un permiso que debía otorgar ASOCAÑA.

Otra evidencia encontrada por la SIC (2015) fue en una negociación adelantada entre DISNAL S.A. (industrial colombiano) y la Asociación de Azucareros de Guatemala, en la que los guatemaltecos consultan a CIAMSA sobre la solicitud de importación de azúcar del industrial colombiano.

Esta conducta adelantada en bloque por los ingenios investigados, a través de los organismos gremiales comunes, creados para concertar y coordinar sus actuaciones, eliminando la

competencia y manteniendo una oferta restringida del *commodity* para poder mantener los precios altos, representó un grave atentado contra la competencia en el mercado del azúcar colombiano.

8.2.3.3. Sanción a las personas jurídicas investigadas por la cartelización en el mercado del azúcar en Colombia

La SIC, tras la investigación precedente encontró que todos los ingenios investigados, Junto con ASOCAÑA, CIAMSA y DICSA, Concibieron y ejecutaron una estrategia anticompetitiva, ilegal y continuada, para obstruir el ingreso de importaciones de azúcar a Colombia, infringiendo así el artículo 1° de la ley 155 de 1959, y el numeral 10° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Consideró la SIC (2015) que la conducta ejecutada resultó especialmente grave, ya que quedó probado que la intención con el desarrollo de ésta, era evitar el aumento de la oferta de azúcar en el país, situación que daría como resultado la reducción en los altos precios que pagaban los comerciantes, industriales y consumidores por este bien.

Con esto, procedió a imponer la sanción a los investigados para lo cual tuvo en cuenta: el tamaño de las empresas, los ingresos y utilidades operacionales, el patrimonio, y en general toda la información financiera de éstas. La intención con esta sanción fue que el monto de la misma resultará disuasorio más no confiscatorio.

Asimismo, tuvo en cuenta la conducta de los investigados durante el proceso, la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto en el mercado. Finalmente, consideró la reincidencia de algunos investigados en prácticas anticompetitivas en el mercado del azúcar.

A la luz del numeral 15 del artículo 4° del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para imponer

sanciones pecuniarias derivadas de la infracción de normas atinentes a la protección de la competencia, por cada infractor y cada violación hasta por cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 S.M.L.M.V.)

Bajo estos parámetros la SIC procedió a imponer multas a las personas jurídicas como lo ilustra la tabla 7

Tabla 7. *Multa impuesta por la SIC a personas jurídicas por cartel del azúcar*

Persona Jurídica	Multa
ASOCAÑA	\$ 30.445.537.500
CIAMSA	\$ 36.470.210.000
DICSA	\$ 900.156.950
Ingenio Riopaila Castilla S.A.	\$ 40.157.825.050
Ingenio del Cauca S.A.	\$ 49.059.520.300
Manuelita S.A	\$ 32.854.752.150
Ingenio Providencia S.A.	\$ 35.399.300.300
Mayagüez S.A.	\$ 28.732.855.200
Ingenio La Cabaña S.A.	\$ 18.419.389.100
Ingenio Pichichí S.A.	\$ 13.399.902.600
Ingenio Risaralda S.A.	\$ 16.687.376.300
Ingenio San Carlos S.A.	\$ 5.361.636.350
Ingenio Carmelita S.A.	\$ 7.492.501.800
Central Tumaco S.A. En liquidación	\$ 1.794.514.750
Ingenio María Luisa S.A.	\$ 2.223.651.850
Total	\$ 319.399.130.200

Fuente: Elaboración propia con datos de la SIC (2015).

En total la suma de las sanciones impuestas por la SIC a las personas jurídicas ascendieron a \$ 319.399.130.200. Una vez notificadas las multas, los sancionados interpusieron el recurso de reposición, ante lo cual la SIC redujo el monto de la sanción impuesta a ASOCAÑA y CIAMSA tras revisar sus estados financieros, los cuales de acuerdo con esta entidad (la SIC), solamente fueron aportados en el trámite del recurso.

Tabla 8. *Multa impuesta por la SIC a personas jurídicas por cartel del azúcar, tras decisión de recurso de reposición*

Persona Jurídica	Multa
ASOCAÑA	\$ 579.915.000
CIAMSA	\$ 3.840.326.000
DICSA	\$ 900.156.950
Ingenio Riopaila Castilla S.A.	\$ 40.157.825.050
Ingenio del Cauca S.A.	\$ 49.059.520.300
Manuelita S.A	\$ 32.854.752.150
Ingenio Providencia S.A.	\$ 35.399.300.300
Mayagüez S.A.	\$ 28.732.855.200
Ingenio La Cabaña S.A.	\$ 18.419.389.100

Tabla 8. (Continuación)

Ingenio Pichichí S.A.	\$ 13.399.902.600
Ingenio Risaralda S.A.	\$ 16.687.376.300
Ingenio San Carlos S.A.	\$ 5.361.636.350
Ingenio Carmelita S.A.	\$ 7.492.501.800
Central Tumaco S.A. En liquidación	\$ 1.794.514.750
Ingenio María Luisa S.A.	\$ 2.223.651.850
Total	\$ 256.903.623.700

Fuente: Elaboración propia con datos de la SIC (2015)

Tras la decisión del recurso de reposición las sanciones en conjunto ascendieron a \$256.903.623.700 distribuidas entre las personas jurídicas como lo ilustra la Tabla 8.

Para concluir se realiza un paralelo entre la investigación y sanción administrativa llevada a cabo por la SIC y la responsabilidad civil que se analizará a continuación. La actuación administrativa es de naturaleza sancionatoria, no tiene en cuenta a las víctimas, busca castigar al infractor de forma que el monto de la sanción impuesta sea representativo pero a su vez que no sea tan cuantioso que impida a la empresa continuar con el giro ordinario de sus negocios, para esto la SIC tuvo en cuenta los parámetros arriba descritos entre los que se encuentran: el patrimonio de los ingenios, sus ingresos y utilidades operacionales.

Por otra parte está la responsabilidad civil, cuya naturaleza es resarcitoria. Su objetivo central es la víctima y reparar el daño que el infractor le causó a ésta, para ello lo único que se tiene en cuenta a la hora de tasar los perjuicios es la magnitud del daño, el fin es dejar a la víctima indemne. Ahora, si bien es cierto que es el patrimonio del infractor el que garantizará la efectiva reparación a la víctima, éste o las utilidades o ingresos operacionales no serán de interés para cuantificar el daño.

8.3. Responsabilidad civil por cartelización del sector azucarero en Colombia periodo

2008-2011: aplicación privada del derecho de la competencia.

Para el estudio de la responsabilidad civil de los ingenios y demás personas naturales y jurídicas sancionadas por incurrir en la práctica anticompetitiva de la cartelización, es menester en primera instancia definir el concepto de responsabilidad.

Así, Planiol y Ripert (1936) expresan que “existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra.”

Para Tamayo (1999) la responsabilidad civil es:

La consecuencia jurídica, en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita, ha producido a terceros [...] ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia”

Para Alessandri (1981) “la responsabilidad es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”

Con esto se puede afirmar que la responsabilidad es una obligación, como expresamente lo consagran los tres autores precitados. Una obligación es la existencia de una relación jurídica entre

dos o más personas, en la que una parte acreedora tiene la facultad de exigir de la parte deudora un comportamiento de dar, hacer o no hacer.

En consecuencia, la responsabilidad es una relación jurídica entre dos o más personas, en la que la parte deudora, por la comisión de un hecho o acto, en el que se han incumplido obligaciones legales, contractuales, cuasicontractuales, se ha cometido un delito, un cuasidelito o se ha violado el deber general de prudencia, ha causado un daño a la parte acreedora y se encuentra en el deber de repararlo.

Para que se dé la existencia de responsabilidad es necesario que confluayan tres elementos: un daño, un hecho o acto que sea imputable sicofísicamente y atribuido jurídicamente a una persona, y un nexo causal entre el hecho o acto y el daño. Si no existe un daño o no es posible probarlo, y si no existe o no se puede probar el hecho o el acto, o el nexo causal entre éste y el daño, no habrá lugar a responsabilidad.

En Colombia las acciones de responsabilidad fundan sus pilares en el sistema jurídico continental que ha definido bien los límites entre la justicia penal y civil. Por consiguiente la finalidad que persiguen estas acciones en nuestro ordenamiento es la del estricto resarcimiento del daño causado, A diferencia del *common law*, sistema jurídico en el cual se contemplan los daños punitivos.³

La responsabilidad en materia civil en el sistema continental puede ser contractual o extracontractual, conceptos que han sido definidos por el Tribunal Supremo de España quienes en sentencia del 24 de julio de 1969 enunciaron que

³ A manera de ejemplo de los daños punitivos están los *treble damages* en la *Clayton Act* de los Estados Unidos, en los cuales se indemniza a la víctima mucho más allá del daño causado, constituyéndose no solo en una reparación para la víctima sino en una sanción para el victimario que infringió la normatividad *antitrust*.

Hay lugar a responsabilidad contractual cuando se cumple con un doble requisito: que entre las partes exista un contrato o una relación contractual y que los daños sean debidos al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es estrictamente materia del contrato. [...] En cambio, la responsabilidad es extracontractual cuando con total independencia de las obligaciones de cualquier otro tipo que existan entre las partes, el daño se produce por violación de deberes generales de conducta dimanante o, de la regla general *alterum non laedere*.

En el ordenamiento jurídico colombiano la responsabilidad contractual se encuentra consagrada y desarrollada en el Título XII del Libro IV del Código Civil, entretanto la responsabilidad extracontractual o aquiliana está determinada en el Título XXXIV del mismo libro que regula la responsabilidad común por los delitos y las culpas.

De acuerdo con la diferenciación establecida por el Tribunal Supremo de España (1969) podemos concluir que en el caso bajo estudio, la responsabilidad en la que incurrieron los ingenios y organizaciones gremiales ya sancionados por la SIC es de naturaleza extracontractual, regulada en el Título XXXIV del Libro IV del Código Civil colombiano. La conducta que estos ejecutaron, que es la causante del daño sufrido por las víctimas y motivo de la sanción administrativa por parte de la SIC, obedeció a la infracción de la normatividad sobre la libre competencia. Los daños sufridos por las víctimas, a pesar de que existió una relación contractual, no fueron debidos al incumplimiento o cumplimiento tardío o imperfecto de las obligaciones allí pactadas, por lo que no hay lugar a responsabilidad civil contractual. Pero sí se configuró el incumplimiento de obligaciones de carácter legal, supuesto que da origen a la responsabilidad extracontractual.

La determinación de responsabilidad civil por el cartel del azúcar está basada y es posterior a la declaratoria de la infracción a la norma sobre competencia en sede administrativa. Esto constituye un avance, puesto que en la reclamación civil se podrá invocar el efecto de cosa juzgada

de la declaratoria del ilícito anticompetitivo por parte de la SIC. En consecuencia el debate probatorio y el análisis en el presente apartado se limitará exclusivamente a la existencia del daño y el nexo causal, ya que la existencia del hecho o acto ilícito que cometieron los ingenios ya quedó establecido en el fallo administrativo, por lo que uno de los elementos de la responsabilidad referido a la imputación se encuentra ya configurado.

8.3.1. El Daño

De acuerdo con Henao (2007) “el daño es un requisito indispensable para que surja la responsabilidad civil, es más, es su punto de partida.” El daño es entonces el primer elemento que se debe estudiar para determinar la responsabilidad. Si no existe daño o no se le puede determinar, resulta inútil emprender acciones indemnizatorias.

Con esto, es preciso aclarar que el daño es un requisito indispensable para la existencia de la responsabilidad más no es el único, también debe mediar un factor de atribución y una antijuridicidad o ilicitud objetiva.

8.3.1.1. La prueba del daño

El daño debe ser probado para que se pueda proceder a su reparación, y debe ser probado por quien lo sufre, porque nadie mejor conoce cuán grande fue la magnitud del daño que aquel quién lo sufrió. (Henao, 2007)

Cabe precisar, siguiendo a los hermanos Mazeud citados por Henao (2007) que la prueba del daño es la prueba del atentado material contra una cosa, entretanto el perjuicio es el detrimento patrimonial sufrido a causa de ese hecho por la víctima. En consecuencia, se prueba el daño y la cuantificación del daño es el perjuicio, entendido como la consecuencia económica de aquél.

Los ingenios y demás organizaciones que participaron de la conformación del cartel del azúcar causaron un daño a toda la cadena de producción, transformación, distribución y consumo del azúcar, es decir, a todos aquellos empresarios y personas que compraron o consumieron azúcar o cualquiera de los productos que contuvieron azúcar. Sin embargo, el presente trabajo se limita a analizar el daño causado a los compradores directos de azúcar blanco en el periodo 2008-2011, es decir, aquellas personas naturales o jurídicas que compraron azúcar blanco directamente de las personas jurídicas que se cartelizaron.

El daño causado consistió en lo siguiente: La Constitución Política consagra en su artículo 333 “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Bajo este enunciado, como se analizó anteriormente, los agentes que participan en el mercado, ya sean oferentes o demandantes, tienen garantizado el derecho y a la vez el deber de participar en un mercado competitivo, esto implica que los oferentes de un mismo producto deben competir con ímpetu y determinación entre sí para atraer a los demandantes, en el mismo sentido los demandantes deberán competir entre sí por obtener el bien que desean comprar.

Si esta competencia no se hubiera transgredido en el mercado del azúcar, es decir, si los oferentes (ingenios y organizaciones gremiales) no se hubieran cartelizado, el mercado habría funcionado en competencia perfecta porque cumple con los requisitos para ello: Racionalidad de los agentes, multiplicidad de oferentes y demandantes, ausencia de asimetrías de información y la homogeneidad del producto. Con estos presupuestos los ingenios se ven obligados a competir esencialmente con el precio, por lo que el punto de equilibrio se alcanzaría donde se intersectan el costo marginal de producir el azúcar y el precio, en consecuencia el precio sería igual al costo marginal.

Esta situación genera un excedente en cabeza de los consumidores, que es aquella ganancia monetaria obtenida por comprar el producto a un precio menor del que estarían dispuestos a pagar (Figura 1). La Constitución Política al garantizar el acceso al mercado del azúcar bajo los parámetros de la libre competencia está reconociendo que hay en cabeza de los consumidores una ganancia monetaria obtenida por comprar dicho bien a un precio igual al costo marginal y que es menor al que estarían dispuestos a pagar los demandantes por obtenerlo.

Ahora bien, los ingenios, ASOCAÑA, CIAMSA Y DICSA al cartelizarse, rompieron el equilibrio, eliminando la competencia natural que debía generarse entre los productores de azúcar, restringiendo la oferta. Este acuerdo anticompetitivo que atenta contra el artículo 333 de la Constitución Política y los numerales 4 y 10 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y artículo 1 de la ley 155 de 1959, produjo un incremento artificial en los precios del azúcar generando un detrimento en el excedente de los consumidores, viéndose éste (excedente de los consumidores) sustancialmente disminuido (Figura 2) ya que el precio no estuvo determinado por el costo marginal, como naturalmente debió producirse bajo el ambiente competitivo garantizado en la Carta Política.

En resumen, en nuestro ordenamiento jurídico-económico la competencia está garantizada para todos, esto generaría que el mercado del azúcar hubiese funcionado como un mercado perfectamente competitivo por cumplir con los presupuestos para ello, situación que daría como resultado que el precio del azúcar fuera igual al costo marginal de su producción, generándose un excedente en cabeza de los consumidores. En el momento en que los productores de azúcar rompieron la competencia natural que debió existir entre ellos y actuando en bloque (cartel) restringieron la oferta para elevar los precios, generaron un detrimento en el excedente de los consumidores, que para este trabajo son aquellos compradores directos del azúcar. Este

detrimento es el daño causado por el cartel, y la cuantificación de este daño, es decir, el perjuicio, que se desarrollará en el tercer capítulo, es lo que Van Dijk y Verboven denominaron efecto costo de las víctimas directas del cartel.

Una vez establecido el daño, las víctimas que quieran iniciar una reclamación por la vía civil deberán probarlo. Para probar el daño en primera instancia es necesario probar la existencia del cartel del azúcar blanco para dicho periodo. Sin embargo este hecho ilícito ya quedó establecido con la investigación administrativa de la SIC.

Asimismo, cada comprador directo de azúcar a los ingenios deberá probar la cantidad de azúcar que compró durante el periodo de la cartelización, a qué ingenio u organización gremial se la compró y el precio que pagó por el azúcar, con todos los documentos, testimonios y demás elementos probatorios que sean conducentes pertinentes y útiles para probar estos hechos.

8.3.2. Nexo causal

“El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador y el daño probado” (Patiño, 2008) es decir, es la relación de causa-efecto entre un hecho o acto ilícito y un daño, que sea el actuar ilícito de una persona el generador del daño.

Para que surja la responsabilidad civil, y en consecuencia, para que nazca el deber de reparación atribuible a una persona por un daño, debe existir necesariamente el nexo causal y este debe ser probado por quien ejerce el derecho de acción.

El nexo causal no goza de ninguna presunción legal ni jurisprudencial. Debe ser necesariamente acreditada su existencia, porque de lo contrario no habría lugar a una reparación. Y así se ha afirmado en reiterada jurisprudencia, en la que además se indica que la prueba del nexo puede darse de manera directa o indirecta. De manera directa a través de los medios probatorios que lo

representan por sí mismos, y de manera indirecta a través de indicios, resaltando que es un medio de convicción lógico indirecto que requiere la prueba de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 13477, 2002)

Establecer la relación de causalidad no es tarea sencilla, para esto, a lo largo de la historia se han propuesto diversas teorías: teoría de la equivalencia de condiciones, de la causa próxima, de la causa eficiente. Sin embargo, en la actualidad la que mayor acogida ha tenido en la doctrina y la jurisprudencia, y es mayoritariamente aplicada en las cortes colombianas ha sido la teoría de la causalidad adecuada.

Esta teoría debe ser entendida no simplemente como nexo de causalidad natural sino en términos de causa jurídica o imputación, que es el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico. Mediante la imputación del hecho se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción u omisión, sin hacer aún ningún juicio de reproche. [...] se considera al agente como autor del efecto, y este junto con la acción misma puede imputársele, cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC-13925, 2016)

Con esto, para probar el nexo causal del daño ocasionado a los compradores directos de azúcar blanco, se requerirá probar la relación existente entre el detrimento patrimonial padecido por éstos (el daño); y el cartel del azúcar que se conformó y que actuó en el mercado (acto ilícito) de consuno con la normatividad jurídica infringida por el cartel.

El detrimento patrimonial sufrido por los compradores directos se generó por un incremento en los precios del azúcar blanco, y el incremento en los precios del azúcar blanco se debió al actuar ilícito de los ingenios y demás organizaciones gremiales que en bloque, de manera continuada y

coordinada restringieron la oferta de azúcar, conformando un cartel, atentando contra la libertad de competencia.

Bajo esta línea, cada comprador directo de azúcar blanco deberá probar que el detrimento patrimonial sufrido se dio como consecuencia de un incremento en los precios del azúcar por el actuar ilícito de los ingenios.

8.3.3. Procedimiento para la reclamación de los perjuicios

Para iniciar un procedimiento en el que se declare la causación del daño y la reparación del perjuicio, por el actuar ilícito de todas las organizaciones que conformaron el cartel del azúcar, estarán legitimados por activa aquellos compradores directos de azúcar blanco a los cartelistas dentro del periodo 2008-2011.

Respecto de los demandados opera la solidaridad consagrada en el artículo 2344 del Código Civil que enuncia: “si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo el perjuicio procedente del mismo delito o culpa [...]” con esto, estarán legitimados por pasiva todas y cada una (Sic) de las personas jurídicas que fueron sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo que el demandante o los demandantes podrán interponer la acción contra todas, contra algunas, o contra una de las personas jurídicas cartelizadas, a elección de éste, de acuerdo con el artículo 1571 del Código Civil.

Lo que persiguen los legitimados por activa con el ejercicio del derecho de acción es la declaratoria de responsabilidad civil y la consecuente reparación del daño. Como los perjuicios son individuales, los legitimados por activa podrán solicitar la declaración de responsabilidad y

pedir la reparación de los daños mediante acciones individuales de responsabilidad civil extracontractual regidas en materia procesal por la ley 1564 de 2012.

También podrán los legitimados por activa (demandantes víctimas del cartel) conformar litisconsorcios facultativos por economía y conveniencia, teniendo en cuenta que ostentan relaciones jurídicas independientes respecto de los legitimados por pasiva (demandados, integrantes del cartel). La conformación de este litisconsorcio depende de la voluntad de los accionantes y de no ser conformado, el proceso no quedaría viciado, quedando abierta la posibilidad que cada afectado formule su pretensión declarativa de responsabilidad civil y consecuente reparación en procesos separados.

Del otro extremo encontramos los legitimados por pasiva, quienes son los infractores que constituyeron el cartel, respecto de ellos los accionantes podrán interponer la demanda contra uno (cualquiera a elección del accionante) o conformar un litisconsorcio cuasinecesario, pudiendo accionar contra algunos o contra todos los cartelistas, pero aunque no participen todos las empresas halladas responsables y sancionadas por la SIC, los efectos de la sentencia sí las cobijan. Es decir, aunque no es imperativo que todos los ingenios y demás organizaciones que se cartelizaron participen en el proceso, los efectos sí se hacen extensivos. Si solo un ingenio fue demandado, de ser hallado responsable quedará obligado a pagar la totalidad del perjuicio, pero el accionante ya no podrá volver a reclamar contra los demás cartelistas por el mismo motivo. De igual forma sucede si son varios los cartelistas demandados, quedan todos solidariamente obligados a pagar el perjuicio y el accionante ya no podrá accionar contra los demás por la misma causa.

8.3.4. Teoría de la reparación integral a los compradores directos de azúcar blanco.

La reparación integral en la legislación colombiana se encuentra consagrada en el artículo 16 de la ley 448 de 1998 que dispone: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración

de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad, y observará los criterios técnicos actuariales.”

A la luz de este principio la jurisprudencia colombiana ha venido desarrollando el derecho de daños. Hoy, en la responsabilidad civil del ordenamiento jurídico colombiano, los daños se clasifican en: (a) Patrimoniales o materiales, (b) extrapatrimoniales o inmateriales y (c) daño autónomo de pérdida de oportunidad.

8.3.4.1. Daños patrimoniales.

Los daños patrimoniales, como los define Henao (2007) son los que “atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero” se sub-dividen a su vez, de acuerdo con los artículos 1613 y 1614 del Código Civil en: daño emergente y lucro cesante.

“Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas o servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”. (Tamayo, Tomo II, de los perjuicios y su indemnización, 1986).

8.3.4.1.1. Daño emergente.

Trayendo estos conceptos al caso *sub examine*, tenemos que el cartel del azúcar ocasionó un daño patrimonial a los consumidores directos por el incremento en los precios del *commodity* que adquirieron, el cual se subdivide en daño emergente y lucro cesante.

El daño emergente que sufrieron los consumidores directos fue el sobrecosto que tuvieron que asumir al adquirir azúcar de los cartelistas, a un precio artificial por encima del precio natural en situación de competencia. Este sobrecosto es una suma pecuniaria que estaba en cabeza de las víctimas (compradores directos) y que salió de su patrimonio por la conducta abiertamente ilegal de los azucareros. Este daño emergente se ve representado en la Figura 2, en la cual, al compararse con la Figura 1 que representa una situación de competencia perfecta, se observa como disminuye el excedente del consumidor (área azul) y éste entra a ser parte del productor (los azucareros), esta disminución está representada en el rectángulo enmarcado en las coordenadas $(P_c, P_m; 0, Q_m)$ de la Figura 2.

Para la cuantificación de este rectángulo, que vendría siendo la tasación de los perjuicios por el daño consistente en la disminución del excedente del consumidor, Van Dijk y Verboven (2009) dividen los daños causados al consumidor directo en tres efectos, como se aprecia en la Ecuación 4. Los daños totales causados a los consumidores directos de azúcar ($d\pi$) son iguales a el efecto costo ($-qdc$) más el efecto repercutido (qdp) más el efecto producción $((p - c)dq)$.

El efecto costo planteado en dicha ecuación es la cuantificación del daño emergente, que representa la cantidad de azúcar blanco comprado por los consumidores (q) por la variación en los costos del azúcar (dc). Con ello se obtendría la magnitud del rectángulo de la Figura 2, que representa la disminución del excedente del consumidor. Cuantificación que se realizará en el siguiente capítulo.

8.3.4.1.2. *Lucro cesante.*

Como bien lo definió Tamayo (1986) el lucro cesante es aquel bien económico que no ingresó, ni ingresará en el patrimonio de la víctima, pero que en el curso normal de los acontecimientos debió haber ingresado. Por lo tanto, habrá lugar a esta reclamación en el evento en el que los compradores directos de azúcar blanco dejaron de realizar las ventas que debieron realizar en el curso normal de los acontecimientos, ya que debieron percibir las utilidades producto de las ventas de los bienes o servicios que fabrican, comercializan o distribuyen.

Por esta razón, podrán reclamar lucro cesante, únicamente aquellos compradores directos que utilizaron el azúcar para la producción, fabricación o comercialización de bienes y servicios, o aquellos que se dedicaron a la distribución del *commodity*. No podrán reclamar lucro cesante, aquellos compradores directos que utilizaron el azúcar para el consumo propio, ya fuere como endulzante o como cualquiera de los usos que se le pudo dar.

Para que se dé la existencia de un lucro cesante, debe presentarse cualquiera de las siguientes dos razones, o las dos razones en conjunto: 1. Que la víctima directa incremente los precios de venta del bien que comercializa (comerciantes de azúcar) o fabrica (empresarios que requieren azúcar como insumo) 2. Que la víctima directa reduzca la calidad del bien que comercializa o fabrica (ejm. Fabricantes de alimentos, o licores que redujeron la cantidad de azúcar aplicada a sus productos, generando insatisfacción en el consumidor de sus bienes). El lucro cesante se configura cuando en razón a las dos causas anteriores, individualmente consideradas o en conjunto, se genera una disminución en las ventas y en consecuencia de las utilidades.

Ahora bien, la utilización de azúcar como insumo es muy amplia, razón por la cual cada víctima directa se desempeña en un mercado con condiciones diferentes, donde la elasticidad de las curvas de oferta y demanda varían dependiendo de cada una, así como la determinación del precio de los

productos. Dentro de este espectro se encontrarán empresas con curvas de demanda elásticas, muy poco elásticas o inelásticas; y las empresas podrán optar por transferir la totalidad del sobrecosto, parte del sobrecosto o no transferir el sobrecosto generado por el incremento en los precios del azúcar, dependiendo de las condiciones de mercado de cada una. Si la curva de demanda es inelástica no habrá lugar a lucro cesante; porque incremente o no los precios, la empresa venderá la misma cantidad; y si la empresa no transfiere el sobrecosto, tampoco habrá lugar a lucro cesante, porque las condiciones del producto tanto de precio como de calidad se mantienen, razón por la cual no debe haber alteración en las ventas, independientemente de si la curva de demanda de la empresa es elástica o inelástica.

En la Ecuación 4, el lucro cesante se presenta bajo dos efectos: el efecto repercutido (qdp) y el efecto producción ($(p - c)dq$). El efecto repercutido representa la variación en el precio de venta de los productos que ofrece la víctima directa del cartel, es decir, que como consecuencia del aumento en el precio del azúcar, la víctima directa del cartel pudo incrementar en cierta proporción el precio del bien que produce, es decir, transferir parte del daño causado por el cartel a los compradores del producto que ofrece. Y el efecto producción representa la variación en las utilidades de la víctima directa producto de la disminución en las ventas por la transferencia de una parte o la totalidad del daño al consumidor de sus productos.

Se puede evidenciar que con el reconocimiento del lucro cesante se abre un espectro muy amplio de posibilidades en el que se traslada el daño a víctimas indirectas del cartel. Para que haya lugar a lucro cesante, la víctima directa tiene que tomar la decisión de trasladar a los consumidores de sus productos una parte o la totalidad del daño emergente que ésta sufrió al adquirir el azúcar. Esta situación es objeto hoy de un dinámico debate doctrinal y jurisprudencial en el que se argumenta que el reconocimiento de víctimas indirectas daría lugar a reparar más de una vez el

daño, dadas diversas condiciones de mercado y magnitudes de las cadenas de producción distribución y consumo.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, determinar si existió una transferencia o no del daño por parte de las víctimas directas del cartel a los compradores de sus productos desborda los límites del presente trabajo. Por esta razón se parte de la presunción que las víctimas directas no transfirieron el sobrecosto generado por la adquisición de azúcar al cartel.

Dentro de estos parámetros, se evidencia que la tasación del perjuicio de acuerdo con la Ecuación 4, se limitará exclusivamente a la cuantificación del efecto costo, que es la misma disminución del excedente del consumidor y representa el daño emergente. No hay lugar a efecto repercutido y efecto producción, porque para que estos existan se necesita que las víctimas directas transfieran parte del daño causado por el cartel. Por consiguiente no hay lugar a lucro cesante.

8.3.4.2. Daños extrapatrimoniales

De acuerdo con Henao (2007) son daños que no tienen una naturaleza económica y por consiguiente no son medibles en dinero. En este evento la naturaleza ya no es la de restituir a la víctima a las condiciones en que se encontraba antes de los hechos generadores, sino de compensarla. Es imposible medir en dinero el dolor, o el daño al buen nombre, pero a través del dinero se busca ayudar a aliviar la pena sufrida.

Actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano se han clasificado los daños extrapatrimoniales en: daño moral y daño a la salud (otrora daño fisiológico, daño a la vida de relación, daño de alteración a las condiciones de existencia). Como estos son daños que no son medibles en dinero, las altas cortes han establecido los límites de las indemnizaciones que se deben a las víctimas por cada concepto.

El daño moral puede entenderse como el dolor o el sufrimiento padecido por la persona afectada por los hechos. Ahora bien, en principio la jurisprudencia no reconocía la existencia de daño moral a las personas jurídicas, ya que no eran sujeto de padecer ninguna clase de dolor o aflicción. Sin embargo, la tesis sostenida cambió enunciando lo siguiente:

No se pueden compartir los términos absolutos de la afirmación del tribunal que declara a las personas jurídicas como no susceptibles de sufrir perjuicios morales; es cierto que dichas personas, no pueden ser víctimas del llamado “daño moral subjetivo” por cuanto su propia naturaleza las coloca al margen del dolor o de los padecimientos físicos o psicológicos que constituyen. Pero sí se considera el daño moral en la extensión que le es propia, es decir como el menoscabo de derechos o de bienes extra-patrimoniales jurídicamente protegidos, es indudable que las personas jurídicas pueden constituirse en sus víctimas; así su reparación no consista, de modo necesario, en una indemnización pecuniaria. Se robustece esta afirmación al amparo del precepto de la nueva Constitución Política que reconoce a todas las personas el derecho a su buen nombre y atribuye al Estado el deber de respetarlos y hacerlos respetar. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 6121, 1992)

Y el daño a la salud es la afectación a la salud física o psíquica de una persona. Puede entenderse también como aquel que sufre una persona por la imposibilidad de realizar los actos que realizaba antes de la ocurrencia de los hechos

8.3.4.3. Daño autónomo de pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad, ha establecido el Consejo de Estado, es un daño en sí mismo considerado, consistente en la vulneración a una expectativa legítima de conseguir un provecho,

obtener una ganancia o beneficio o evitar una pérdida, que se debe reparar en proporción al porcentaje de probabilidad de efectuación de la oportunidad perdida.

Para la existencia de este daño, el Consejo de Estado ha precisado la necesaria concurrencia de tres elementos, a saber: (a) La certeza de la oportunidad que se pierde, (b) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento y (c) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado (Consejo de Estado, Sección Tercera. 25706, 2017)

Como se mencionó anteriormente, entrar a determinar la existencia de un eventual daño por pérdida de oportunidad irrogado a cada uno de los consumidores directos desborda los límites establecidos para presente investigación. Sin embargo, cabe mencionarlos porque está la posibilidad de que fueren reclamados por los empresarios que pretendan haberlos sufrido, dentro de la aplicación del principio de reparación integral en la responsabilidad civil; ya corresponderá al juez entrar a estimar su existencia y cuantía.

Ahora bien, dentro de los límites establecidos para la presente investigación, los daños ocasionados por el cartel del azúcar que se cuantificaron son patrimoniales. La afectación causada a las víctimas directas del cartel consistió en un detrimento en el patrimonio como consecuencia de la disminución en el excedente del consumidor.

9. Cuantificación de los daños causados en el efecto costo a los consumidores directos de azúcar blanco periodo 2008-2011

En el presente capítulo se cuantifican los daños causados a los consumidores directos de azúcar blanco por los ingenios azucareros cartelizados, durante el periodo comprendido entre enero de

2008 y diciembre de 2011, observando el principio de reparación integral que busca reparar el daño en la justa medida de su magnitud.

Teniendo en cuenta el análisis del capítulo precedente, en el que se analizan los tipos posibles de daños ocasionados, se concluyó que en el caso *sub-examine* existen daños patrimoniales en la modalidad de daño emergente, que en la Ecuación 4 se determina por las variables $(-qdc)$, las cuales representan el efecto costo. El efecto repercutido y el efecto producción $(+qdp + (p - c)dq)$, que en conjunto conformarían el lucro cesante, son cero.

En consecuencia, los daños totales causados a los compradores directos de azúcar blanco son iguales a la cuantificación del efecto costo $(-qdc)$, que es el valor monetario indemnizatorio que deben asumir los ingenios azucareros y demás empresas que participaron del cartel, que como consecuencia de su actuar ilícito causaron un detrimento en el excedente del consumidor.

Para cuantificar el efecto costo se tuvieron en cuenta las variables: cantidad de azúcar vendida por los cartelistas al mercado interno (q) así como el sobre-precio asumido por el mercado interno como consecuencia del acuerdo anticompetitivo (dc).

Los datos de cantidad de azúcar vendida por los cartelistas al mercado interno para el periodo analizado fueron obtenidos de ASOCAÑA. Para el cálculo de la variable sobre-precio, se analizó la estructura del mercado del azúcar y el bien en sí mismo, y se llegó a la conclusión que por todas sus características, el mercado del azúcar en un ambiente de competencia, es perfectamente competitivo. En consecuencia, el precio de venta de los bienes, de acuerdo con la teoría clásica, debería ser el costo marginal de producción del mismo bien. (Paschoal, 1985)

Así, el sobre-precio pagado por los compradores directos es la diferencia entre el precio de venta del azúcar y el costo marginal de producción de la misma. El precio de venta del azúcar fue obtenido de las bases de datos de CORABASTOS. Entretanto, para el cálculo del costo marginal

de producción histórico se tomó como base el estudio “Mezcla óptima de azúcares” (Buenaventura, Moreno, Dussán, & Rivera, 2004) y el Índice de Precios al Productor de Azúcar (IPP de azúcar) del DANE.

Para hallar el costo marginal de producción de azúcar, Buenaventura et. al (2004) determinaron el consumo de cada recurso variable en las etapas del proceso productivo, y utilizaron el costo promedio de compra de los materiales necesarios, incluida la caña de azúcar. En el presente análisis, el valor obtenido fue indexado con el IPP de azúcar del DANE, para así obtener el costo marginal histórico de producción de azúcar para el periodo en análisis.

Una vez calculado el sobre-precio que los consumidores directos pagaron (dc), este fue multiplicado por la cantidad de azúcar vendida por los cartelistas al mercado interno (q) y se obtuvieron los daños totales ($d\pi$) en los que incurrieron los cartelistas al cometer el ilícito.

Así, en la Tabla 9 se evidencia el daño total causado por el cartel del azúcar blanco a los compradores directos, discriminado por semestres para el periodo 2008-2011, en donde: dc es la diferencia en pesos colombianos entre el precio de venta de los ingenios a los compradores directos y el costo marginal de producción del azúcar por parte de los ingenios; q es la cantidad de azúcar vendida por los cartelistas al mercado interno en kilogramos; y el Daño total es el menoscabo patrimonial causado por los cartelistas a los compradores directos, suma equivalente al perjuicio que debe ser restituido a los afectados, los datos discriminados de forma mensual utilizados para calcular los valores de la Tabla 9 se pueden apreciar en el Apéndice A.

En la Tabla 9 se aprecia como en el 2011 el daño causado fue significativamente mayor en comparación con cualquiera de los periodos precedentes allí analizados. Este comportamiento se puede explicar por la apreciación del peso colombiano frente al dólar, situación que ocasionó variaciones negativas del IPP Azúcar, por el abaratamiento de insumos importados, causando una

disminución en el costo marginal de producción; El precio de venta no se disminuyó en la misma magnitud, como resultado se obtuvo una mayor diferencia entre el precio de venta y el costo marginal. Esta situación afectó el consumo, pudiéndose observar que la cantidad vendida por los ingenios al mercado en dichos periodos fueron la primera y la tercera cifras más bajas.

Tabla 9. *Daño total causado por el cartel al mercado colombiano de azúcar (2008-2011)*

Semestre	dc	q	Daño Total
2008-I	\$ 392,82	731.029.000,00	\$287.160.719.335
2008-II	\$ 332,66	734.228.000,00	\$244.246.207.322
2009-I	\$ 401,67	706.513.000,00	\$283.787.488.273
2009-II	\$ 397,24	723.040.000,00	\$287.221.605.017
2010-I	\$ 285,96	693.585.000,00	\$198.334.571.671
2010-II	\$ 436,07	665.501.000,00	\$290.204.646.489
2011-I	\$ 469,48	646.891.000,00	\$303.699.928.132
2011-II	\$ 491,00	679.693.000,00	\$333.729.498.851

Fuente: Elaboración propia con datos de: Cantidad (q) de ASOCAÑA; Sobre-precio de CORABASTOS, DANE y Buenaventura et. al (2004)

Daño total: \$2.228.384.665.090,44

En el primer periodo de 2010, el daño fue el menor causado dentro del periodo en análisis; situación que encuentra parte de su explicación por ser el periodo con la menor diferencia entre el precio de venta y el costo marginal, producido por un incremento sustancial en el IPP Azúcar, y una variación en menor medida de los precios de venta.

Así, el Daño Total ($d\pi$) causado en el periodo comprendido entre el primero de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, por el cartel del azúcar a los compradores directos asciende a la suma de dos billones doscientos veintiocho mil trescientos ochenta y cuatro millones seiscientos sesenta y cinco mil noventa pesos (\$2.228.384.665.090)

En la Figura 24, es posible apreciar el comportamiento mensual del Daño total causado por los Ingenios azucareros, mostrando una ciclicidad en el aumento y disminución del mismo, que

depende principalmente de la variación en la diferencia entre el costo marginal de producción del azúcar y el precio de venta, que fueron los factores con mayor volatilidad, ya que, a pesar de que existen variaciones en las cantidades vendidas mensualmente, las variaciones de estas no son tan drásticas, como se puede apreciar en el Apéndice A.

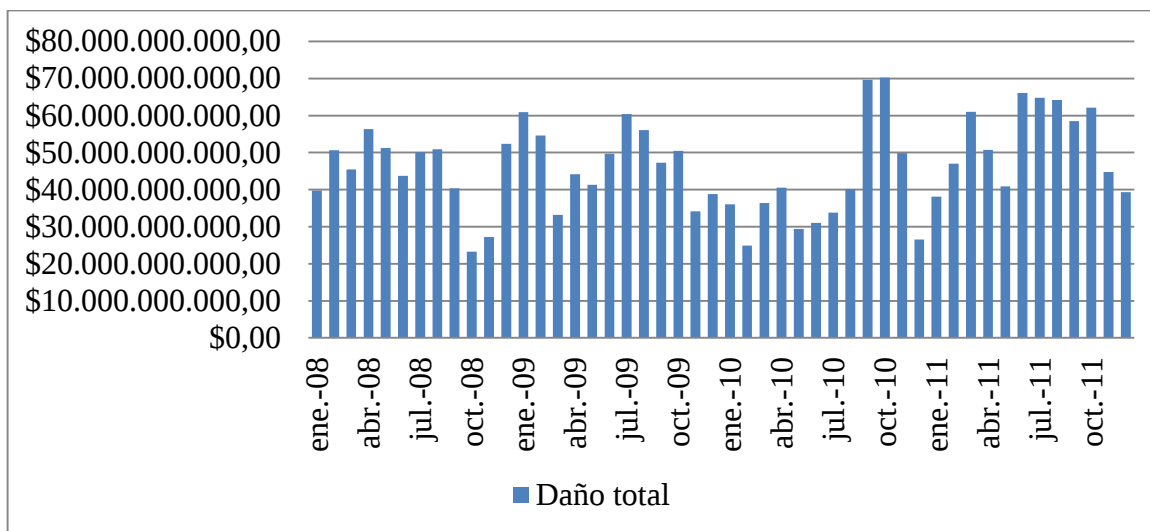


Figura 24. Daño total causado por los ingenios al mercado discriminado mensualmente
Fuente: Elaboración propia

En la figura 24 se presentan picos y valles. Entre los principales picos tenemos Abril del 2008, Enero y Julio de 2009, Septiembre y Octubre de 2010; y Marzo, Junio, Julio, Agosto, Septiembre y Octubre de 2011. Si se observa el Apéndice A, coincidieron con variaciones negativas del IPP con excepción de los meses de Septiembre y Octubre de 2011; lo que significa que para los ingenios disminuía el costo marginal de producción del azúcar, bien sea por factores como la apreciación del peso frente al dólar, situación que les permitía adquirir los insumos importados a un menor precio, o por factores del mercado interno como el costo de los combustibles, energía, o insumos nacionales requeridos para el procesamiento del bien.

En cuanto a Septiembre y Octubre de 2011 se observa que si bien no hubo una variación negativa del IPP, la diferencia entre el costo marginal y el precio de venta fue significativa, aunado a la cantidad de azúcar vendida por los ingenios al mercado, por lo que representan meses en los que se generó unos de los mayores daños dentro del periodo en análisis.

Entrando a analizar los valles, se aprecia la existencia de tres reducciones sustanciales en la cuantía del daño en los meses de Octubre del 2008, y Febrero y Diciembre de 2010, que se puede explicar por la reducción en la diferencia entre el precio de venta y el costo marginal de producción, debido a una variación positiva muy significativa del IPP, mayor de 0,1 % que se puede apreciar en el Apéndice A.

Son muchos los factores que se tienen en cuenta para el cálculo del IPP, y son múltiples las causas que pueden afectar su variación, pero entre las principales se destacaron el dólar, temporales climáticos, y oferta y demanda de los bienes tenidos en cuenta para su cálculo.

Ahora bien, la investigación administrativa llevada a cabo por la SIC, que se analizó en el capítulo precedente, determinó que la cartelización en este sector se basó en un férreo control de la oferta en el mercado interno, impidiendo, los cartelistas, la existencia de excedentes e importaciones. Así la variación en las cantidades ofrecidas correspondía con una variación en las cantidades demandadas por el mercado nacional, situación que no generaba una disminución en los precios.

Teniendo esto presente, se realizó la estimación econométrica de los datos, ejercicio que consistió en “la aplicación de la estadística matemática a los datos económicos para dar soporte empírico a los modelos contruidos por la economía matemática y obtener resultados numéricos” (Tintner, 1968). Analizando el Daño Total, en función de la diferencia del costo y de la variación de las cantidades vendidas. Los resultados se presentan en la tabla 10.

Para el procesamiento de la información se utilizó el *software* estadístico Eviews 8. La variable dependiente fue el Daño Total, y las variables independientes: la diferencia del costo (*dc*) y la variación de las cantidades vendidas (*dq*) (nótese que para la estimación de este modelo no se utilizaron las cantidades vendidas, sino la variación en las cantidades vendidas). Se presentaron problemas de autocorrelación y heteroscedasticidad que se corrigieron tornando la variable dependiente en logarítmica, quedando el modelo logarítmico-lineal, asimismo se aplicó el factor de corrección $Ar(1)$.

Tabla 10. *Resultados de la estimación del Daño Total y la Variación de la Cantidad Vendida.*

Variable	Coefficiente	Std. Error	t-Estadístico	Probabilidad
<i>dc</i>	0,002916	0,000176	16,53826	0,00
<i>dq</i>	0,486259	0,071336	6,816434	0,00
C	23,36305	0,078088	299,1872	0,00
Ar(1)	0,666667	0,127989	5,208789	0,00

Con los coeficientes de la Tabla 10 donde se representan los parámetros: diferencia del costo (*dc*) Variación de la cantidad vendida (*dq*), la constante (C) y un factor de corrección ($Ar(1)$) se obtuvo que todos los parámetros son significativos teniendo un t-Estadístico alto y una probabilidad de aceptar la hipótesis nula (que no sean significativos) de cero por ciento. Con estos datos tenemos que:

$$\text{Log(Daño Total)} = 0.00291633086826 * dc + 0.486259340014 * dq + 23.3630543408 + \\ [AR(1)=0.666666659134]$$

El *R-squared* fue del 93,3%; lo que indica que el daño total causado por los ingenios azucareros está determinado en un 93,3% por la variación de la cantidad de azúcar vendida y la diferencia del costo. Ahora bien, el modelo es significativo globalmente ya que el *F-statistic* es de 199,8464, y la *Prob(F-statistic)* que representa la probabilidad de aceptar la hipótesis nula (que el modelo no sea significativo globalmente) es cero.

Así las cosas, tenemos que *ceteris paribus* una variación de 1 peso en la diferencia del costo variará 0,29% el Daño Total, y una variación de un uno por ciento (1%) en la variable dq variará un 48,62 % el Daño total.

10. Conclusiones

El azúcar es un bien que ha sido catalogado como *commodity* dadas sus características de producción y comercialización; y en las últimas décadas se ha transado en el comercio internacional un promedio anual de un cuarto de la producción mundial; siendo el mercado en el que se vende perfectamente competitivo, razón por la cual el precio natural del bien sale de la intersección entre oferta y demanda.

En Colombia, tras un aumento muy significativo del precio del bien; la SIC, por petición de algunos industriales compradores de azúcar, decidió abrir investigación encontrando que efectivamente los industriales del azúcar conformaron un cartel, sancionándolos administrativamente con una suma que en conjunto ascendió a los doscientos sesenta mil noventa y cuatro millones doscientos veintitrés mil ciento cincuenta pesos (\$ 260.094.223.150,00.)

Ahora bien, esta conducta estructuró los tres elementos esenciales para que los cartelistas sean declarados responsables civilmente, a saber: (a) un hecho o acto ilícito: los ingenios se cartelizaron atentando contra la libertad de competencia, (b) un daño: el exceso de valor pagado por los compradores directos de azúcar, y (c) un nexo causal: el exceso de valor pagado es consecuencia de la cartelización, conducta ilícita que fue ejecutada por los ingenios azucareros.

En aplicación del principio de reparación integral, tomando como base la formulación de Van Dijk y Verboven, y partiendo del presupuesto que no hubo transferencia del sobre-precio pagado

por los compradores directos de azúcar, se analizó cada tipología de daño encontrándose que hubo lugar a daño emergente, el cual se tasó de acuerdo con la Ecuación 4 en un valor total de dos billones doscientos veintiocho mil trescientos ochenta y cuatro millones seiscientos sesenta y cinco mil noventa pesos (\$2.228.384.665.090)

En Colombia las acciones privadas que tienen por objetivo declarar responsable civilmente a los cartelistas y resarcir el perjuicio que estos han causado, no han tenido mayor desarrollo. Esta investigación contribuye al desarrollo de la responsabilidad civil por cartelización, siendo posible aplicarla para futuros casos similares, reconociendo los derechos de las víctimas y haciendo posible cuantificar el daño por ellas padecido.

Referencias Bibliográficas

- Alarcón, A. (2016). La libre competencia económica en el derecho colombiano. Prolegómenos-derechos y valores, 109-124.
- Alessandri, A. (1981). De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal.

- Arbeláez, M., Estacio, A., & Olivera, M. (Enero de 2010). Asocaña. Recuperado el 28 de Septiembre de 2015, de <http://www.asocana.org/documentos/30112012-B93D8855-00FF00,000A000,878787,C3C3C3,0F0F0F,B4B4B4,FF00FF,2D2D2D,B9B9B9.pdf>
- ASOCAÑA. (2011). Sector azucarero colombiano 2010-2011. Cali.
- ASOCAÑA. (2012). Análisis estructural sector azucarero colombiano 1999-2000. Recuperado el 28 de Enero de 2016, de <http://www.asocana.org/StaticContentFull.aspx?SCid=152>
- ASOCAÑA. (2012). Informe anual 2011-2012. Cali: Impresora Feriva S.A.
- ASOCAÑA. (s.f.). El sector azucarero colombiano en la actualidad. Recuperado el 11 de Agosto de 2015, de <http://www.asocana.org/publico/info.aspx?Cid=215>
- Azúcar Ledesma. (s.f.). Proceso de producción. Recuperado el 28 de Enero de 2016, de <http://www.azucarledesma.com.ar/Produccion.php>
- Banco Mundial. (s.f.). Datos, PIB per cápita USD a precios actuales. Recuperado el 17 de Junio de 2016, de <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD/countries/CN-ID-MX-EG-US-EU-IN?display=graph>
- Banco Mundial. (s.f.). Datos, Población total. Recuperado el 17 de Junio de 2016, de <http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL/countries/IN-CN?display=graph>
- Banfi del Río, C. (2013). La responsabilidad civil como forma de la aplicación privada del derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- Bocanegra, C. (2005). En C. Bocanegra, Alcances y limitaciones del modelo de competencia perfecta (pág. 31). Hermosillo: Unison.
- Buenaventura, G., Moreno, A., Dussán, A., & Rivera, O. (2004). *Mezcla Óptima de Azúcares*. Cali: ICESI.

- CENICAÑA. (25 de Noviembre de 2015). La región azucarera de Colombia. Recuperado el 8 de Junio de 2016, de <http://www.cenicana.org/web/acerca-de/agroindustria/la-region-azucarera-de-colombia>
- CENICAÑA. (s.f.). Fechas históricas de la agroindustria de la caña en Colombia. Recuperado el 8 de Junio de 2016, de http://www.cenicana.org/quienes_somos/agroindustria/historia.php
- Centro Nacional de Productividad. (2002). El Conglomerado de Azúcar del Valle del Cauca, Colombia. Santiago de Chile.
- Cidoncha, A. (2004). La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: El artículo 38 de la Constitución española. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Congreso de Colombia. (23 de Diciembre de 1993) Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero. [Ley 101 de 1993]. DO: 41.149
- Congreso de Colombia. (21 de Julio de 1998) Ley por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público. [Ley 448 de 1998]. DO: 43345
- Congreso de Colombia. (21 de Febrero de 1988) Ley por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. [Ley 27 de 1988]. DO: 38225
- Congreso de Colombia. (24 de Diciembre de 1959) Ley por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. [Ley 155 de 1959]. DO: 30138
- Congreso de Colombia. (05 de Agosto de 1998). Ley por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. [Ley 472 de 1998]. DO: 43.357

Congreso de Colombia. (24 de Julio de 2009) Ley por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. [Ley 1340 de 2009]. DO: 47420.

Congreso de Colombia. (18 de Enero de 1996) Ley por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. [Ley 256 de 1996]. DO: 42.692

Congreso de Colombia. (12 de Julio de 2012) Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489

Congreso de Colombia. (15 de Enero de 1996) Artículo 27. Estatuto Orgánico del Presupuesto. [Decreto 111 de 1996]. DO: 42.692

Congreso de Colombia. (16 de Julio de 2015). Decreto por medio del cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009. [Decreto 1523 de 2015]. DO: 49.575

Consejo de Estado, Sección Tercera. (02 de Mayo de 2002) Sentencia 13477. [CP María Elena Giraldo Gómez]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (05 de Abril de 2017) Sentencia 25706. [CP Ramiro Pazos Guerero]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (27 de Agosto de 1992) Sentencia 6121. [CP Juan de Dios Montes Hernández]

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis

Comisión Europea. (2013). Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Recuperado el 25 de Octubre de 2015, de http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf

Corte Constitucional (15 de Julio de 2010) Sentencia C-1008. [MP Luís Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional (14 de Marzo de 2012) Sentencia C-197. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional (24 de Marzo de 2010) Sentencia C-228. [MP Luís Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional (06 de Abril de 2011) Sentencia C-263. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional (02 de Agosto de 2001) Sentencia C-815. [MP Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional (02 de Diciembre de 1998) Sentencia SU-747. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Constitucional (24 de Junio de 1992) Sentencia T-426. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de Septiembre de 2016). Sentencia C-13925 [MP Ariel Salazar Ramírez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (03 de Marzo de 2004). Sentencia C-7623 [MP José Fernando Ramírez Gómez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de Septiembre de 2016). Sentencia SC-13925 [MP Ariel Salazar Ramírez].

De Quinto, M. (2012). Indemnizaciones por daños económicos a víctimas directas e indirectas de carteles: marco legal y cuantificación. Recuperado el 29 de Septiembre de 2015, de <file:///D:/Users/Usuario/Downloads/SSRN-id2221511.pdf>

De Quinto, M. (2012). Indemnizaciones por daños económicos a víctimas directas e indirectas de carteles: marco legal y cuantificación. Superintendencia de Industria y Comercio.

DIAN. (s.f.). Circular de aranceles totales del Sistema Andino de Franja de Precios. Recuperado el 27 de Junio de 2016, de http://www.dian.gov.co/dian/13Normatividad.nsf/formcirculares?OpenForm&Seq=1#_RefreshKW_Circulares

Díez-Picaso, L., & Gullon, A. (1989). Sistema de derecho civil: derecho de familia, derecho de sucesiones. Volumen 4. Tecnos.

E-CONCEPT. (2012). Incidencia e importancia del FEPA sobre productores y consumidores de azúcar en Colombia.

Fedesarrollo. (Diciembre de 2009). Impacto socioeconómico del sector azucarero colombiano en la economía nacional y regional. Recuperado el 29 de Septiembre de 2015, de http://www.tecnicana.org/pdf/2010/resum_ejecut_fedesarrollo_dic_09.pdf

Fernández, P. (2016). Expansión. Recuperado el 16 de Mayo de 2016, de <http://www.expansion.com/diccionario-economico/economia-de-mercado.html>

Fonaiap. (1986). Normas para el cultivo de la caña de azúcar. Recuperado el 11 de Agosto de 2015, de http://sian.inia.gob.ve/repositorio/revistas_tec/FonaiapDivulga/fd20/texto/normas.htm

Fondo para la Estabilización de los Precios del Azúcar. (s.f.). Balance Azucarero Colombiano ASOCAÑA 2000-2016. Recuperado el 20 de junio de 2015, de <http://www.asocana.org/modules/documentos/5528.aspx>

Gómez, C. (s.f.). Historia del pensamiento económico. Recuperado el 10 de 02 de 2016, de <http://www3.uah.es/econ/hpeweb/Marshall.htm>

Henao, J. (2007). El Daño. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2007). En J. Henao, El Daño (pág. 36). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Indexmundi. (s.f.). Cuadros de datos históricos anuales. Recuperado el 20 de Junio de 2016, de <http://www.indexmundi.com/g/g.aspx?v=21&c=eg&c=id&c=pk&l=es>

Isaza, M. (2013). De la cuantificación del daño (Tercera ed.). Bogotá D.C.: Temis.

Kennedy, J. (15 de Marzo de 1962). Washington, Estados Unidos.

- Krugman, P., & Wells, R. (2007). *Macroeconomía: Introducción a la economía*. Barcelona: Reverté.
- Larrahondo, J. (1995). Calidad de la caña de azúcar. En *El cultivo de la caña en la zona azucarera de Colombia* (pág. 348). Cali: Cenicaña.
- Menéndez, A. (1986). Autonomía económica liberal y codificación mercantil española. En *Centenario del código de comercio* (págs. 45-). Madrid: Gráficas Arias Montano S.A.
- Miranda, A. (2011). Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia, la ley 155 de 1959 y su legado. *Derecho Competencia*, 65-148.
- Miranda, A., & Gutierrez, J. (2006). Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia. *Centro de estudios de derecho de la competencia*, 369-371.
- Miranda, A., & Gutierrez, J. (2006). Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia. *Centro de estudios de derecho de la competencia*, 369.
- National Oceanic and Atmospheric Administration. (2016). ENSO: Recent Evolution, current status and predictions.
- Navia, F. (2007). Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 291.
- Navia, F. (2007). Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. *Revista de derecho privado*, 291.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. (s.f.). *FaoStat*. Recuperado el 20 de Enero de 2016, de <http://faostat3.fao.org/compare/S>
- Organización Internacional del Azúcar. (2012). *Sugar Year Book*. Londres.

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. (2005). Perspectivas agrícolas, OCDE-FAO, 2005-2014. Recuperado el 27 de Junio de 2016, de <http://www.fao.org/docrep/008/y9492s/y9492s07.htm>
- Parlamento de Reino Unido. (09 de Noviembre de 1998). Competition act. [1998 Chapter 41]
- Paschoal, J. (1985). Introducción a la economía enfoque latinoamericano. México D.F.: Harla S.A.
- Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. Revista de derecho privado, 193-217.
- Pico, F. (07 de Abril de 2017). Una persona contra un cartel. Ámbito Jurídico.
- Planiol, M., & Ripert, G. (1936). Tratado práctico de derecho civil francés.Tomo sexto. La Habana: Juan Buxo.
- Porter, M. (Enero de 1999). Los clusters y la competencia. Recuperado el 27 de Enero de 2016, de <http://www.academia.edu/2918006/Clusters>
- Prada, T. (2004). Análisis del efecto en el bienestar de la incorporación del Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar en Colombia.
- PROCAÑA. (s.f.). Historia de la caña de azúcar. Recuperado el 19 de Enero de 2016, de <http://www.procana.org/new/estadisticas/historia-de-la-ca%C3%B1a-de-azucar.html>
- Real Academia de la Lengua Española. (s.f.). Recuperado el 20 de Mayo de 2015, de <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>
- Rodríguez, L., & Cárdenas, M. (2013). Clúster del azúcar del Valle del Cauca: ¿Cartel del azúcar? Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- Sabogal, L. (2005). Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia. e-Mercatoria, 1-18.

Sanz, A. (1998). El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

Secretaría General de la Comunidad Andina. (2010). Sistema Andino de Franjas de Precios. Recuperado el 29 de Enero de 2016, de <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=152>

Semana. (10 de Octubre de 2015). El ‘tsunami’ que desató la sanción a los ingenios del Valle. Recuperado el 21 de Enero de 2015, de <http://www.semana.com/nacion/articulo/azucareros-la-sancion-de-la-sic/445625-3>

Sugar cane crops. (s.f.). Recuperado el 25 de Enero de 2016, de <http://www.sugarcane crops.com/s/introduction/>

Superintendencia de Industria y Comercio (08 de Abril de 2013). Resolución 15294.

Superintendencia de Industria y Comercio (07 de Octubre de 2015). Resolución 80847.

Superintendencia de Industria y Comercio (13 de Febrero de 2012). Resolución 5347.

Superintendencia de Industria y Comercio. (7 de Octubre de 2015). Por cartelización empresarial para obstruir importaciones, Superindustria sanciona a ASOCAÑA y 14 empresas del sector azucarero. Recuperado el 21 de Enero de 2016, de <http://www.sic.gov.co/drupal/noticias/por-cartelizacion-empresarial-para-obstruir-importaciones-superindustria-sanciona-a-ASOCANA-ya-14-empresas-del-sector-azucarero>

Superintendencia de Industria y Comercio. (31 de Diciembre de 2015). Superindustria ratifica sanciones a empresas y directivos del sector azucarero por cartelización empresarial. Recuperado el 20 de Enero de 2016, de

<http://www.sic.gov.co/drupal/noticias/superindustria-ratifica-sanciones-a-empresas-y-directivos-del-sector-azucarero-por-cartelizacion-empresarial>

Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). Protección de la competencia. Recuperado el 27 de Febrero de 2015, de www.sic.gov.co: <http://www.sic.gov.co/drupal/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). Protección de la competencia, ¿qué es la libre competencia? Recuperado el 10 de Julio de 2016, de <http://www.sic.gov.co/drupal/que-es-la-libre-competencia>

Superintendencia de Sociedades. (s.f.). Recuperado el 13 de Mayo de 2015, de <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/2559.pdf>

Tamayo, J. (1986). Tomo II, de los perjuicios y su indemnización. En J. Tamayo, De la responsabilidad civil. Bogotá: Temis.

Tamayo, J. (1999). De la responsabilidad civil. Tomo I. Bogotá D.C.: Temis.

Tintner, G. (1968). Methodology of mathematical economics and econometrics. Chicago: The University of Chicago Press.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2007

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. (s.f.). Libre Competencia. Recuperado el 27 de Febrero de 2015, de <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=345&GUID=>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (14 de Enero de 1997). Sentencia C-192 a C-218. [MP Gil Carlos Rodríguez Iglesias]

Tribunal Supremo de España (24 de Julio de 1969) Sentencia.

- Valencia, A., & Ortiz, Á. (2006). *Derecho Civil, parte general y personas*. Bogotá: Temis.
- Van Dijk, T., & Verboven, F. (2008). Quantification of damages. En *Issues in competition law and policy* (págs. 2331-2348). Chicago: American Bar Association.
- Van Dijk, T., & Verboven, F. (2009). Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense. *The journal of industrial economics*, 457-491.
- Witker, J., & Varela, A. (2003). *El derecho de la competencia económica*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Apéndices

Apéndice A. Datos para el cálculo del daño total causado por el cartel del azúcar blanco en Colombia Periodo 2008-2011

Año Base	Fecha	IPP Azúcar	Variación IPP	Costo mg de pcc por kg	Precio de venta por kg	Diferencia (dc)	Ventas Ingenios Azúcar en kg	Daño Total en Pesos
2006	ene-08	87,71	0,02	1.286,12	1.670,35	384,23	103.370.000,00	39.717.933.817,62
2006	feb-08	86,88	-0,01	1.273,95	1.672,33	398,38	127.115.000,00	50.639.850.255,00
2006	mar-08	87,09	0,00	1.277,03	1.665,24	388,21	117.181.000,00	45.490.441.905,21
2006	abr-08	84,59	-0,03	1.240,37	1.649,73	409,36	137.608.000,00	56.331.044.228,48
2006	may-08	83,33	-0,01	1.221,89	1.625,44	403,55	126.987.000,00	51.245.598.742,55
2006	jun-08	85,85	0,03	1.258,85	1.627,09	368,25	118.768.000,00	43.735.850.386,57
2006	jul-08	84,99	-0,01	1.246,24	1.625,02	378,79	132.224.000,00	50.084.569.344,72
2006	ago-08	85,15	0,00	1.248,58	1.632,93	384,35	132.486.000,00	50.921.047.799,11
2006	sep-08	88,74	0,04	1.301,22	1.619,53	318,31	126.802.000,00	40.361.837.536,21
2006	oct-08	101,23	0,14	1.484,37	1.707,73	223,36	104.301.000,00	23.296.946.992,41
2006	nov-08	108,40	0,07	1.589,50	1.843,20	253,70	107.386.000,00	27.243.878.371,59
2006	dic-08	101,91	-0,06	1.494,34	1.893,78	399,44	131.029.000,00	52.337.927.277,69
2006	ene-09	95,83	-0,06	1.405,19	1.903,84	498,65	122.140.000,00	60.905.013.166,91
2006	feb-09	100,85	0,05	1.478,80	1.907,37	428,57	127.420.000,00	54.608.792.902,66
2006	mar-09	109,05	0,08	1.599,04	1.926,22	327,18	101.450.000,00	33.192.574.876,25
2006	abr-09	106,79	-0,02	1.565,90	1.936,60	370,70	119.053.000,00	44.133.399.607,06
2006	may-09	107,92	0,01	1.582,47	1.940,89	358,42	115.187.000,00	41.285.547.874,12
2006	jun-09	104,70	-0,03	1.535,25	1.944,79	409,54	121.263.000,00	49.662.159.846,45
2006	jul-09	101,67	-0,03	1.490,82	1.924,96	434,14	139.178.000,00	60.422.310.291,17
2006	ago-09	101,16	-0,01	1.483,34	1.920,10	436,76	128.373.000,00	56.068.566.506,96
2006	sep-09	101,67	0,01	1.490,82	1.913,17	422,35	111.952.000,00	47.282.497.911,38
2006	oct-09	103,11	0,01	1.511,94	1.902,52	390,58	129.097.000,00	50.423.130.841,77
2006	nov-09	108,40	0,05	1.589,50	1.916,09	326,59	104.654.000,00	34.178.918.252,10
2006	dic-09	108,44	0,00	1.590,09	1.943,93	353,84	109.786.000,00	38.846.181.213,90
2006	ene-10	117,30	0,08	1.720,01	2.019,91	299,90	120.181.000,00	36.042.278.867,78

2006	feb-10	130,12	0,11	1.907,99	2.140,58	232,59	107.184.000,00	24.929.434.839,34
2006	mar-10	130,88	0,01	1.919,14	2.194,76	275,63	132.052.000,00	36.397.358.021,06
2006	abr-10	128,52	-0,02	1.884,53	2.233,86	349,33	116.015.000,00	40.527.675.827,02
2006	may-10	139,82	0,09	2.050,23	2.320,34	270,11	108.810.000,00	29.390.798.049,35
2006	jun-10	141,40	0,01	2.073,39	2.357,34	283,94	109.343.000,00	31.047.026.066,31
2006	jul-10	141,86	0,00	2.080,14	2.388,09	307,95	109.659.000,00	33.769.692.307,88
2006	ago-10	137,81	-0,03	2.020,75	2.382,32	361,57	111.052.000,00	40.153.311.003,63
2006	sep-10	120,44	-0,13	1.766,05	2.335,78	569,73	122.171.000,00	69.604.792.562,04
2006	oct-10	116,63	-0,03	1.710,18	2.290,52	580,33	121.046.000,00	70.246.878.539,61
2006	nov-10	125,95	0,08	1.846,85	2.307,74	460,90	108.248.000,00	49.891.245.637,27
2006	dic-10	144,04	0,14	2.112,10	2.396,47	284,37	93.325.000,00	26.538.726.438,59
2006	ene-11	137,90	-0,04	2.022,07	2.453,33	431,26	88.343.000,00	38.098.679.405,27
2006	feb-11	133,66	-0,03	1.959,90	2.453,05	493,15	95.266.000,00	46.980.678.991,42
2006	mar-11	133,10	0,00	1.951,69	2.439,22	487,53	125.068.000,00	60.974.240.904,44
2006	abr-11	134,35	0,01	1.970,02	2.417,73	447,71	113.316.000,00	50.732.743.510,31
2006	may-11	140,88	0,05	2.065,77	2.445,26	379,49	107.637.000,00	40.847.453.460,22
2006	jun-11	126,41	-0,10	1.853,59	2.417,00	563,41	117.261.000,00	66.066.131.860,35
2006	jul-11	125,13	-0,01	1.834,82	2.370,27	535,45	121.003.000,00	64.791.150.219,41
2006	ago-11	124,55	0,00	1.826,32	2.355,95	529,63	121.194.000,00	64.188.085.763,73
2006	sep-11	124,67	0,00	1.828,08	2.340,54	512,46	114.167.000,00	58.506.431.407,09
2006	oct-11	125,36	0,01	1.838,19	2.335,95	497,75	124.891.000,00	62.164.752.246,05
2006	nov-11	130,83	0,04	1.918,40	2.342,85	424,45	105.492.000,00	44.775.900.023,36
2006	dic-11	131,83	0,01	1.933,07	2.355,93	422,86	92.946.000,00	39.303.179.191,00

Dónde: IPP Azúcar = índice de precios al productor de azúcar; Variación IPP = Variación del índice de precios al productor de azúcar; Costo mg de pcc por kg = Costo marginal de producción por kilogramo de azúcar blanco; Precio de venta por kg = precio de venta de los ingenios por kilogramo de azúcar blanco; Diferencia (dc) = diferencia entre el precio de venta y el costo marginal de producción; Venta ingenios azúcar en kg = Cantidad en kilogramos de azúcar blanco vendida por los ingenios al mercado nacional; Daño total en pesos = Valor en pesos colombianos de la cuantificación del daño.