

Los Carteles, Mas Que Un Fraude a Los Consumidores

Yibeth Astrid Villamil Suarez

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Programa de Derecho

Bogotá

Agosto 29 de 2014

Los Carteles, más que un fraude a los consumidores

¿Los mecanismos de protección a la libre competencia aplicados en Colombia, permiten el equilibrio entre empresarios y consumidores?

La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. (Art. 333 Constitución Política de Colombia).

El Estado por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. (Art. 333 de la Constitución Política de Colombia).

La Ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. (Art. 88 de la Constitución Política de Colombia).

Resumen

Frente al derecho a la libre competencia, los empresarios nacionales y extranjeros han buscado siempre estrategias que les permitan crecer y mantenerse bien posicionados en el mercado, razón por la cual en algunos casos acuden a prácticas comerciales restrictivas como es la creación de acuerdos o coloquialmente llamados carteles, que no son más que convenios entre dos o más empresas para aplicar estrategias que le permitan a los involucrados el manejo de los precios en el mercado, así como las condiciones del producto ya sea calidad, acceso a nivel geográfico y la eliminación de nuevos competidores del mercado.

Pero estas prácticas no solamente afectan a los empresarios pequeños o no involucrados en los carteles, también afectan de manera directa a los consumidores, porque al tener monopolizado un mercado, éste estará dirigido a adquirir cada vez más ingresos y no se concentrará en satisfacer al cliente o consumidor final, quien es el que toma la decisión de

compra de acuerdo a lo que encuentre en el mercado, al precio que sea, con el fin básico de suplir una necesidad; y aunque tanto los Estados Internacionales como Colombia han adoptados medidas de control legal, aún hay aspectos por fortalecer para contrarrestar y eliminar estas practicas que indirectamente afectan a toda una sociedad.

Palabras Claves: libre competencia, practicas comerciales restrictivas, carteles, monopolio, consumidores

Abstract

Against the right to free competition, the national and foreign entrepreneurs have always sought strategies that allow them to grow and be well positioned in the market, reason why in some cases come to business practices restrictive as it is the creation of agreements or colloquially called cartels, which are not more than agreements between two or more companies to implement strategies that allow stakeholders the management of prices on the market, as well as the conditions of the product either quality, geographical access and the elimination of new competitors from the market.

But these practices not only affect small entrepreneurs or not involved in cartels, also they directly affect consumers, because to have monopolized a market, this will be aimed at acquiring more and more income and not focusing on satisfying the customer or consumer, who is who makes the purchase decision according to what it finds on the market, at the price that is, for the basic purpose of supplementing a need; and although both the international States and Colombia have adopted measures of legal control, yet there are aspects to strengthen to counteract and eliminate these practices that indirectly affect an entire society.

Introducción

Con el presente artículo se busca hacer una revisión y reflexión de un suceso que afecta y ha afectado tanto a los comerciantes de pequeñas y grandes empresas como a los consumidores a nivel nacional e internacional desde mucho tiempo atrás, corresponde así, a los famosos carteles, los cuales se han convertido en desdeño de la libre competencia en todo el mundo.

Los carteles, llamados así bajo el contexto económico y financiero, a los acuerdos formales entre un grupo de empresas del mismo rubro, para fijar los precios de sus productos, se ponen de acuerdo para eliminar o restringir la competencia entre ellas, ya sea fijando precios comunes o repartiendo la clientela por mercados. Diccionario de Economía, Administración o finanzas. (<http://www.eco-finanzas.com/diccionario/C/CARTEL.htm>. Tomado el 13 de Agosto de 2014).

En este artículo se analizará la aparición y desarrollo de los Carteles dentro de las prácticas restrictivas que han surgido con la libre competencia, así como su control y afectación a nivel nacional e internacional.

La libre Competencia

Como lo menciona Lawrence (1985), el derecho de la Competencia surgió en 1890 en USA, con el surgimiento de acuerdos económicos (*Corporate Trusts*) y carteles de precios, (*Pooling Arrangements*) los cuales produjeron un gran descontento en el público y a la vez un descontrol por parte del Estado ya que no contaban con elementos jurídicos para controlarlos.

Ya de manera posterior para controlar los mercados, menciona Miranda (2011), a cualquier empresa que lograra monopolizar una actividad económica, se le llamaría Trust y para su control, los Juristas Norteamericanos los llamarían Antitrust o Derecho

Antimonopolio, mientras que en Europa y otras jurisdicciones se denominaría Derecho de la Competencia.

Por esto al definir libre competencia, es adecuado compartir lo mencionado por Merkin (1989), quien describe dicho derecho como el conjunto de normas jurídicas que buscan regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un mercado determinado, en beneficio del interés público.

Contexto Internacional de la Libre Competencia

Para contrarrestar los problemas Antitrust, el Congreso de USA, aprueba en 1890 la Ley Sherman (Sherman Act) que es la ley fundamental del Derecho Antimonopolios (Antitrust Law), dicha ley estableció reglas desarrolladas por las Cortes Federales, creando una compleja estructura jurisprudencial para casos específicos lo cual sirvió de base para los demás países incluyendo Europa y algunos de América Latina, menciona Thomas, E. (1984).

Para el caso de la Unión Europea, argumenta Miranda (2011), los artículos 85 y 96 del Tratado de Roma, fueron sustituidos por los artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam, estableciendo allí políticas generales sumadas a una lista de conductas taxativamente prohibidas. Actualmente en Europa se habla del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde en el artículo 101, se prohíben los acuerdos y otras prácticas anticompetitivas y por otro lado en el artículo 102, se prohíben las conductas de abuso de la posición dominante, mientras que en el artículo 107, se determinan las normas para el control estatal.

El anterior esquema sirvió desde entonces como base para la formulación de políticas, normas y conceptos jurídicos en países de América Latina incluyendo Colombia, impulsado especialmente a partir de los años 90 por el Consenso de Washington, traducido en políticas

de liberalización y apertura económica así como la búsqueda de la internacionalización de mercados.

Mecanismos de protección a Nivel Nacional

A partir de la Constitución de 1991 y sus cambios basados en la liberación de la economía nacional, empiezan a considerarse aspectos relevantes para dichos cambios, como son el determinar que no es dañino para un Estado el que exista poder económico como tal, sino lo malo de esto, es que se presente el abuso de poder, lo que sería controlado al mencionar en la Constitución, el deber del Estado frente al control de poder dominante.

Es por esta razón que en Colombia, el control frente a las prácticas comerciales y restrictivas menciona Velandia (2011), se ha hecho necesario desde tiempo atrás, razón por la cual dichos procesos administrativos se encuentran en diferentes regulaciones como son: los decretos 1302 de 1964 que reglamenta la ley 155 de 1999 y 2153 de 1992, así como la ley 1340 de 2009, sobre normas de protección para la competencia y el Código Contencioso Administrativo

Como lo menciona la Ley 1340 de 2009, en su art. 6to, es la Superintendencia de Industria y Comercio la encargada de las investigaciones administrativas, así como de la imposición de multas y demás decisiones administrativas por asuntos de competencia desleal.

Para el caso en mención por asuntos de prácticas restrictivas de la competencia, el tema es desarrollado puntualmente en dicha ley art, 14 al 16, donde se resaltan los beneficios de colaboración con la autoridad, teniendo en cuenta que el probar dichas prácticas restrictivas no es un asunto fácil, se puede lograr una exoneración total o parcial de la multa

que le sería impuesta, de acuerdo a la información brindada, así como reserva frente a secretos industriales o asuntos de confidencialidad que solo le competan a la organización empresarial.

Adicionalmente, en su art. 16, la ley 1340 de 2009, le ofrece garantías al investigado para dar por terminada una investigación de manera anticipada, lo que se traduce en un favorecimiento mutuo para las partes y un seguimiento que favorece finalmente a la sociedad en general, el cual desarrolla en su art. 26, para quienes se acojan a la terminación anticipada del proceso.

El procedimiento para determinar si existe infracción a las normas de competencia y practicas comerciales restrictivas, esta detallado en el articulo 52 del Decreto 2153 de 1992, el cual ha sido modificado por el art. 155 del Decreto 019 de 2012, aquí se explican de manera general y breve, como lo menciona Velandia (2011), las 4 o 5 etapas dentro del proceso, considerando inicialmente una etapa preliminar, donde frente a la Superintendencia ya sea de oficio o a petición de parte se inicia la investigación y donde en algunos casos se practican pruebas que no cuentan con derecho a la contradicción ya que aún no hay personas vinculadas al proceso. Continuando con la etapa de instrucción, donde el Superintendente delegado motiva el acto administrativo e indica las razones por las cuales la conducta a investigar es presuntamente antijurídica, se vincula a las partes y en los términos establecidos se presentan y practican pruebas y si la investigación es a solicitud de parte, se debe llevar a cabo una etapa conciliatoria (art. 33 ley 640 de 2001) antes de la etapa de juzgamiento, donde se analizará si es un comportamiento antijurídico, típico o culpable; el fallo o la resolución podrá ordenar el archivo de la investigación o se declarará la ilicitud del comportamiento por lo que se impondrá sanción de acuerdo al art. 25 y 26 de la ley 1340 de 2009, incluyendo la prohibición de continuar con dicha conducta.

Finalmente, dentro de las garantías por terminación anormal de este tipo de procesos, de acuerdo al decreto 2153 de 1992 y la ley 1340 de 2009, los particulares crean compromisos con la Superintendencia, para desmontar los hechos y la conducta investigada, eliminando el pago de multas y manteniendo la reserva de los hechos. Lo malo de esto, es que con el solo

hecho de la modificación de la conducta, se elimina la responsabilidad del investigado, lo que podría considerarse como un delito impune.

Igualmente en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, se menciona la Delación, mediante la cual se incentiva la confesión de uno de los involucrados informando nombres y número de empresas involucradas a cambio de la atenuación o el perdón según el caso.

De acuerdo a lo anterior, Colombia cuenta con mecanismos básicos de control de prácticas de comerciales restrictivas; realmente al considerar que una empresa puede ser perdonada o que con el solo hecho de cancelar una multa de dinero todo vuelve a su estado anterior, no es tal vez algo a lo que los grandes empresarios teman, razón por la cual es fácil que reincidan o que aquellos que no han logrado acuerdos decidan asumir el riesgo, bajo consecuencias tal vez imperceptibles cuando se domina el mercado.

Casos puntuales investigados en Colombia

Un caso sonado e investigado a nivel nacional, es el cartel detectado entre el ingenio azucarero y asocaña, investigados por restringir las importaciones y mantener los precios altos del azúcar a nivel nacional, las pruebas recolectadas por la SIC, están contenidas en la Resolución 5347 de febrero de 2012. Se resalta en este caso, la intención de impedir que el azúcar boliviano ingresara a Colombia, para incrementar el precio local, así como la participación en el mercado de todos los ingenios investigados, la cual permaneció constante entre el 2006 y el 2010, lo que es un hecho inusual.

(<http://www.semana.com/economia/articulo/hay-cartel-del-azucar-pais/337010-3>). ¿hay cartel del azúcar en el País?, 16 de Marzo de 2013, tomado el 20 de Agosto de 2014).

Otro caso se presentó a los medios de comunicación, el 5 de Agosto de 2014, caso en el cual la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC), informó que por

primera vez en la historia formulo cargos por violación de las normas de protección de la competencia, gracias a la implementación de programas de beneficio por colaboración, conocido como programa de delación, inmunidad o clemencia, caso relevante a nivel social debido a que se detecto un cartel entre las empresas comerciales mas destacadas en el sector de los pañales desechables para bebe, donde dos de las empresas involucradas confesaron su participación y se acogieron al programa del beneficios por colaboración. (<http://lalibrecompetencia.com/2014/08/06/carteles-y-programas-de-delacion-un-contexto-para-el-caso-del-cartel-de-los-panales/>, tomado el 11 de Agosto de 2014).

En este caso durante 15 años las empresas Tecnoquímicas, Familia S.A., Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Drypers Andina, acordaron subir o bajar los precios de los productos y hasta la calidad de estos durante 15 años, menciona la unidad investigativa, alcanzando limites internacionales ya que se encontraron pruebas que involucran transacciones con países como Ecuador, Panamá y Estados Unidos. Adicionalmente, se resalta que una de estas empresas esta paralelamente involucrada con el cartel de comercialización de papel higiénico y cuadernos escolares. (<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/el-cartel-de-los-panales-en-otros-aises/14361191>, tomado el 13 de Agosto de 2014).

Algunos de los casos en Colombia pueden tener mayor o menor importancia, la cual esta dada por los movimientos mediáticos, mas que por el nivel de importancia y afectación a los consumidores, quienes realmente en la mayoría de los casos consideran ajena esta información, tal vez porque no es un asunto rutinario para la sociedad en general, pero si es importante para los consumidores sin importar el nivel socioeconómico en el que se encuentren, en la medida en que estas investigaciones y especialmente las presiones y controles ejercidos sobre los infractores por el Estado en manos de la Superintendencia de Industria y Comercio, determinan el nivel ejemplarizante para quienes estén cometiendo estas conductas o para quienes tengan la intención de cometerlas y a la vez confirma la premisa de que todo empresario debe siempre mejorar o innovar en la búsqueda de nuevos clientes sino en la de mantener los actuales, en un mercado internacionalizado cada vez mas exigente y mas competitivo.

Es así como el consumidor final debería ante una elección de compra, no solo valorar aspectos determinantes como el precio y el uso según la necesidad, sino la evolución del productor frente al producto ofrecido, el servicio o valor agregado y tal vez aquellos consumidores mas inquietos y habidos de conocimiento valorarían aspectos relevantes como el que dicha empresa sea certificada o acreditada con certificaciones internacionales frente a responsabilidad social empresarial o normas de calidad o ambientales que demuestren que internamente se hacen las cosas bien.

Finalmente, los objetivos a lograr frente a la aplicación normativa del derecho de la competencia no son mas que permitir que las empresas participen de manera libre en los mercados, que se fortalezca la economía de las naciones y por ultimo pero no menos importante, el bienestar de los consumidores.

Conclusiones

El Estado Colombiano en el proceso de búsqueda de la internacionalización de mercados debe crear y mantener políticas adecuadas que permitan garantizar la inversión extranjera y a la vez permitir a los nacionales un fortalecimiento y una seguridad que les permita innovar y mejorar frente a mercados cada vez mas exigentes y competitivos.

El derecho de la competencia en países en desarrollo como es el caso de Colombia, debe ser mejorado de la mano de otros derechos como son del derecho de asociación o del derecho de ejercer una profesión y oficio, para fortalecer no solamente un nicho sino todo el sistema mercantil que a largo plazo puede demostrar mejoras significativas en la economía de los consumidores colombianos.

Se debería incluir dentro de las funciones de la Superintendencia de Industria y comercio, mencionadas en el art, 18 de la ley 2153 de 1992, la de procurar el beneficio equilibrado entre el productor y el consumidor.

Los mecanismos de control frente a las prácticas comerciales restrictivas deben ser cada vez más exigentes dado los tratados de libre comercio y la expansión de multinacionales.

Bibliografía

Colombia, Congreso de la Republica (2009, 24 de Julio), “Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas de protección de la competencia”. Diario oficial, núm.47420, 24 de julio de 1999, Bogotá.

Colombia, Ministerio de Desarrollo Económico (1992, 31 de diciembre) “Decreto numero 2153 del 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, *Diario oficial*, núm. 40704, 31 de diciembre de 1992, Bogotá.

Cortázar, J, (2011). *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)*. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana. Editorial Temis.

Diccionario de Economía, Administración o finanzas. (<http://www.eco-finanzas.com/diccionario/C/CARTEL.htm>. Tomado el 13 de Agosto de 2014).

Gutiérrez, J. (6 de Agosto de 2014). *Derecho y Política de Libre Competencia en América Latina: carteles y programas de Delación, un contexto para el caso del Cartel de los pañales*. Recuperado de <http://lalibrecompetencia.com/2014/08/06/carteles-y-programas-de-delacion-un-contexto-para-el-caso-del-cartel-de-los-panales/>.

Henao, H, (2011). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Editorial Temis.

Lawrence, M, F, (1985). *A History of American Law*. (pp. 463).

Martínez, L, S, y Petitbo, J,A, (2008). *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*. Madrid, Fundación Rafael del Pino.

Merkin, R, (1989). *Competition Law in the United Kingdom and the E.E.C.*, (pp., 1).

Miranda, A, (2011). *El Derecho de la Competencia en la Constitución Política de 1991* (pp.46).

Thomas E, & Herbert, H. (1984). *Antitrust Law Policy and Procedure*. The Michie Company (pp. 16 - 21).

Velandia, M, (2011). *Derecho de la Competencia y del Consumo: Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*. (pp. 109 – 162). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2da ed.

Unidad Investigativa, (19 de Agosto de 2014). *Cartel de los Pañales salpica a 4 países y a otros productos: pacto ilegal de precios llego hasta Ecuador, Panamá, Venezuela y Estados Unidos*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/el-cartel-de-los-panales-en-otros-paises/14361191>.