

Los actos colusorios en la legislación colombiana: Los carteles empresariales

Noira Marcela Rodríguez Barrera



Universidad La Gran Colombia

Facultad De Derecho

Bogotá, D.C.

2017

Los actos colusorios en la legislación colombiana: Los carteles empresariales

Noira Marcela Rodríguez Barrera

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado

Director de trabajo de grado: Juan Manuel Retis Amaya

Coordinador de Área Derecho Comercial

Universidad La Gran Colombia

Facultad De Derecho

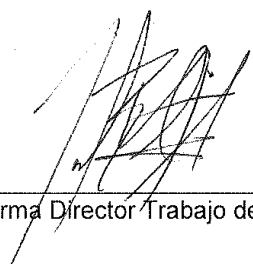
Bogotá D, C.

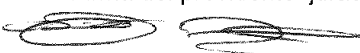
2017

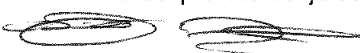
NOTA DE ACEPTACIÓN

Observaciones

Nota TRES DÍGITO OCHO
3,8
Aprobado.


Firma Director Trabajo de Grado


Firma del presidente jurado


Firma del jurado


Firma del jurado

Bogotá D.C., 16 de agosto del 2017

Dedicatoria

A dos amigos, cómplices y guías:

Mis amados padres.

Agradecimientos

A la Universidad La Gran Colombia, su Facultad de Derecho;
y al Estimado Docente Juan Manuel Retis.

Tabla de contenido

1. Resumen	1
2. Abstract.....	2
3. Introducción.....	3
4. Los actos colusorios.....	4
4.1. Derecho de la competencia.	4
4.2. Prácticas restrictivas a la competencia.	8
4.3. Noción de actos colusorios.....	12
5. Los actos colusorios en el derecho comparado	14
5.1. Estados Unidos.....	14
5.2. Unión europea	18
5.3. Mercosur.....	20
6. Los actos colusorios en Colombia	22
6.1. Enfoque a la normativa	22
6.2. Supervisión, control y vigilancia.....	24
6.3. Sanciones a carteles empresariales.....	30
7. Análisis y discusión de resultados, conclusiones y recomendaciones.....	44
7.1. Análisis y discusión de resultados.....	44
7.2. Conclusiones y Recomendaciones	49
8. Bibliografía.....	53

Tabla de Ilustraciones

Tabla 1: Sanciones al Cartel del Papel Higiénico.....	34
Tabla 2: Sanciones al Cartel de los Cuadernos.....	41
Tabla 3: Sanciones al Cártel del Azúcar	44

1. Resumen

En Colombia los actos colusorios constituyen una práctica restrictiva de la competencia, sin embargo, recientemente estos acuerdos entre empresas para controlar al mercado han quedado expuestos por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior despierta especial interés desde la investigación académica, puesto que surge la necesidad de establecer si son eficientes los mecanismos implementados en la legislación colombiana para contrarrestar los actos colusorios como práctica restrictiva de la competencia.

Por ello la presente investigación, consolida información académica que permite identificar los actos colusorios como práctica restrictiva de la competencia, la inestabilidad que los mismos inducen en la economía, y la afectación que provocan en los consumidores. Asimismo, se analizará la facultad de los Jueces de la República de Colombia en su función de amparar los derechos e intereses colectivos, y el rol que desempeña la Superintendencia de Industria y Comercio como entidad encargada de controlar, vigilar y sancionar a las empresas que ejercen prácticas restrictivas de la libre competencia.

Cabe recordar, que los acuerdos o actos colusorios restringen el ingreso de posibles empresas o competidores, atentan contra el Derecho a la libre competencia y desequilibran el funcionamiento del comercio afectando directamente la economía de los consumidores. En ese entendido, el papel de la Superintendencia de Industria y Comercio es protagonista en la persecución de carteles empresariales, por lo tanto, se analizará su desempeño en diferentes casos de acuerdos colusorios que involucran importantes gremios del mercado colombiano.

Palabras Claves: Acuerdo, Acto, Colusión, Carteles, Competencia

2. Abstract

In Colombia collusive acts constitute a restrictive competition practice; however, recently these agreements between companies to control the market have been exposed by the Industry and Commerce Superintendence. This arouses special interest from academic research, since it arises the need to establish if the mechanisms implemented in Colombian legislation are effective to counteract collusive acts as a restrictive competition practice.

For this reason, the present research consolidates academic information that allows the identification of collusive acts as a restrictive practice of competition, the instability that they induce in the economy, and the effect that they provoke to consumers. It will also analyze the power of the Judges (lawyers) of the Colombian Republic to protect collective rights and interests and the role played by the Industry and Commerce Superintendence as an entity in charge of controlling, monitoring and punishing the companies that exercise restrictive practices of free competition.

It should be recalled that collusive agreements or acts restrict to the entry of potential companies or competitors, infringe the right to free competition, unbalance the functioning of trade and directly affect the consumers' economy. In this sense, the role of the Industry and Commerce Superintendence is the protagonist in the pursuit of business cartels, therefore, will analyze their performance in different cases of collusive agreements involving important unions in the Colombian market.

Keywords: Agreement, Act, Collusion, Cartels, Competition.

3. Introducción

El fenómeno de los carteles empresariales se ha presentado a través del tiempo en importantes mercados como el americano y el europeo, en lo que concierne a Estados Unidos en el año 1891 el *Sherman Act*, se convirtió en la primera legislación que tuvo como fin evitar los monopolios y carteles para así contrarrestar el poder económico de los empresarios. Por su parte, Alemania en 1897 tuvo un efecto contrario al emitir una decisión del *Reichsgericht* permitiendo a los empresarios realizar acuerdos entre ellos siempre y cuando fueran de buena fe, esta decisión llevó a que Alemania se convirtiera en el país de los carteles y el Estado perdió el control sobre el mercado.

Ciertamente, hace más de una década que el mercado colombiano se ha visto afectado debido a esta práctica restrictiva de la competencia, puesto que la misma ha sido ejecutada por importantes empresas que elaboran productos básicos y de alto consumo que hacen parte de la canasta familiar. El descubrimiento de estos carteles de productos ha generado polémica tanto para los consumidores como para las entidades reguladoras del comercio en Colombia; sin embargo son los primeros quienes han recibido el impacto directo del desequilibrio económico que generan los carteles empresariales

Con base en lo anterior el presente trabajo de investigación pretende desarrollar el problema jurídico que consiste en establecer si ¿Son eficientes los mecanismos implementados en la legislación colombiana para contrarrestar los actos colusorios como práctica restrictiva de la competencia? y por otra parte, analizar la actuación de la justicia ordinaria y de la Superintendencia de Industria y Comercio como entidad encargada de proteger la libre competencia. Lo anterior acudiendo al derecho comparado entre las legislaciones Europea y Norte Americana, con el fin de determinar su funcionamiento y posibles similitudes con la legislación colombiana.

Finalmente, durante el desarrollo del ejercicio investigativo se consolidará información académica que permitirá analizar la legislación implementada actualmente en Colombia para contrarrestar las prácticas restrictivas de la competencia. Lo anterior, se desarrollará por medio de la recopilación suficiente de información académica y legislativa, que permita analizar por una parte los derechos colectivos junto con las acciones de grupo, y por la otra la actuación de la

Superintendencia de Industria y Comercio como entidad facultada para controlar, vigilar y sancionar a quienes ejerzan prácticas contrarias a la libre competencia.

4. Los actos colusorios.

4.1. Derecho de la competencia.

La Constitución de Zenón del año 483, fue una ley que protegía a los consumidores de los acuerdos entre vendedores de alimentos que pretendían monopolizar el comercio. Posteriormente en 1891 se promulga en Estados Unidos la *Ley Sherman Antitrust*, que se convierte en la primera legislación que tiene como fin evitar los monopolios y carteles empresariales. Por su parte, Alemania en 1897 efectuó lo contrario al emitir una decisión del Tribunal *Reichsgericht* que permitía a los empresarios realizar acuerdos entre ellos siempre que fueran de buena fe; lo anterior desencadenó la proliferación de carteles y el Estado perdió el control sobre el mercado.

Siendo así las cosas, y destacando la importancia del control que debe ejercer el Estado sobre el normal desarrollo del mercado y la protección que se debe garantizar al mismo, de acuerdo con Londoño Miranda (2002) el derecho a la libre competencia debe entenderse como “la posibilidad efectiva que tienen los participantes de un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes y servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela” (p.18).

De igual manera, el actual Superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo del Castillo, puntualiza el concepto de la libre competencia de la siguiente manera Robledo, P. (2015). Derecho de todos que supone responsabilidades, e instruye expresamente al Estado para actuar en los eventos en que se obstruya o restrinja la actividad económica abusando de la posición dominante, impidiendo y sancionando dichas conductas. Es decir, la libre competencia es un derecho colectivo y cuenta con una autoridad encargada que mediante mandato constitucional y en beneficio de la totalidad de la población y de los distintos agentes o jugadores del mercado se encarga de proteger a los consumidores en Colombia.

De similar forma, la Corte Constitucional alecciona que dicho derecho consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones y comprende, de conformidad con jurisprudencia constitucional, al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. (sentencia C-263/11).

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional (sentencia C-228/10) que el núcleo esencial del derecho a la libre competencia implica dos aspectos fundamentales: de una parte; garantiza la libertad de los oferentes para concurrir al mercado en busca de una clientela sin barreras injustificadas; y de la otra, implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia. Entonces, la libertad de competencia versa sobre dos límites: primero, debe garantizar la responsabilidad social, y el segundo, consiste en la protección de la competencia en sí misma; es decir, la libre competencia asume la necesidad de regular las disconformidades del mercado que restringen la posibilidad de acceso equitativo a los distintos agentes económicos.

Así las cosas, el derecho a la libre competencia según lo ha ratificado la Corte Constitucional (sentencia C-815/01), se encuentra íntimamente relacionado con el desarrollo de la economía de mercado, y es una garantía constitucional de naturaleza relacional. Quiere esto decir, la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia, y que una vez acontecidos estos comportamientos que vulneren el desarrollo normal de la competencia, mediante autoridad competente se puedan imponer las sanciones pertinentes previstas en la ley.

En efecto, este derecho nace de la imperiosa necesidad de suministrar al Estado normas que permitan controlar y regular diferentes factores, por ejemplo, los excesos de los ofertantes en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado. Esto quiere decir, que la libre

competencia se debe definir como un bien jurídico que no puede dejarse al libre albedrío de los diferentes agentes económicos. (Flint, 2002, p.23).

En definitiva, la importancia de regular la libre competencia es relevante para cualquier Estado, tanto así que la Corte Constitucional (sentencia C-432/10) ha ilustrado que asegurar la libre competencia conduce a: (i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos.

En ese orden de ideas, el derecho de la competencia, se encuentra plenamente constituido en Colombia no sólo mediante jurisprudencia, puesto que el mismo se consagra plenamente desde la Constitución Política de Colombia, en el artículo 333 dónde se establece que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (Constitución Política de Colombia 1991).

Asimismo, el artículo 88 de la Carta Fundamental, consagra el derecho de la competencia como un derecho e interés colectivo, estableciendo su amparo a través de la acción popular:

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 pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños

ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos. (Constitución Política de Colombia 1991).

Dado lo anterior, puede evidenciarse la relevancia del derecho de la libre competencia en la normativa colombiana, por lo tanto, puede establecerse que la misma se encuentra protegida no sólo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio sino también por los jueces de la República con jurisdicción propia para amparar la competencia a través de las acciones populares.

En ese entendido, la Ley 472 de 1998 consagra lo relacionado con la Acción Popular, y la misma se encuentra justificada en el otorgamiento de garantías para hacer valer los derechos sustanciales de los colectivos. Entonces, la Ley declara lo siguiente con referencia a la protección de derechos colectivos en su artículo cuarto. “Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: La libre competencia económica”. (Ley 472 de 1998, Congreso de Colombia, Agosto 05 de 1998).

Frente a lo anterior, Martínez, M. & Trujillo, S. (2001) exponen que para ejercer la Acción Popular la legitimación puede ser por pasiva o por activa, queriendo esto significar que la misma puede ser ejercida por personas naturales o jurídicas. Sin embargo, la Ley 472 de 1998 restringe la legitimación de las Contralorías Departamentales, Distritales, Municipales y los Personeros Municipales, disponiendo que puedan intervenir siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión. Asimismo la Ley explica que las Acciones Populares se pueden presentar por medio de Apoderado Judicial, aunque a falta de este, el Juez deberá notificar mediante auto admisorio de la demanda a la Defensoría del Pueblo.

En ese entendido, la Ley 472 de 1998 hace referencia a las personas jurídicas y naturales pueden acudir ante la Acción Popular en busca de la protección de sus derechos colectivos, lo que evidencia que cualquier individuo puede acudir ante la justicia para hacer valer el derecho a la libre competencia.

Siendo así las cosas, se evidencia que la actual normatividad intenta proteger la libre competencia, instaurando para ello dos importantes mecanismos para cumplir el mencionado fin, como se evidenció con anterioridad tanto la justicia ordinaria por medio de las acciones de grupo, como la intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio encaminan sus acciones para garantizar la persecución a los carteles empresariales que restrinjan la competencia en Colombia.

4.2. Prácticas restrictivas a la competencia.

Para definir las prácticas restrictivas a la competencia, se hace necesario entender el derecho a la libre competencia económica dado que la propia Corte Constitucional (sentencia C-228/10) lo ha definido de la siguiente manera: “El núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas”.

En ese entendido, el derecho a la libre competencia económica debe permitir que el mercado no tenga restricciones para los diferentes oferentes. Es preciso recordar que cuando el mercado presenta variaciones que alteran su normal funcionamiento, cabe lugar a que se desarrollen prácticas restrictivas a la competencia.

Con el fin de precisar el concepto, Jairo Rubio (2007) señala que las prácticas restrictivas a la competencia hacen referencia básicamente a una práctica comercial que consiste en “todo comportamiento capaz y con efecto de inhibir o disminuir artificialmente las fuentes de competencia en un mercado y de eliminar sus beneficios. Es por ello que no es lo mismo una práctica comercial restrictiva que la competencia desleal” (p.56).

Lo anterior es de especial importancia debido a que los términos de práctica comercial restrictiva y competencia desleal tienden a relacionarse, pero lo cierto es que son diferentes y por lo tanto se encuentran compuestos por elementos y características distintas.

De manera que deben entenderse las prácticas comerciales restrictivas como todos los acuerdos, convenios y, en general, todas las prácticas, procedimientos y sistemas tendientes a limitar la libre competencia. Por lo tanto, se orienta a reprimir las limitaciones a la competencia y

tutela la prevalencia de esta en el mercado, como columna vertebral de la economía de mercado (Gómez, 1998, p.68).

Así entonces, la normatividad destinada a describir y contrarrestar las conductas destinadas a restringir la competencia, se orientan a lograr la prevalencia de la libre competencia consolidando su presencia y normal desarrollo, teniendo como soporte la libre iniciativa privada a fin de que el desempeño de los distintos participantes se realice libre de trabas. Es por ello que el resultado del desarrollo de la competencia libre de prácticas restrictivas, consiste en el desempeño natural de las reglas de la oferta y la demanda.

Igualmente, las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran configuradas dentro de la jurisprudencia colombiana, en ese entendido la Corte Constitucional ha realizado el siguiente pronunciamiento sobre el tema.

En cuanto a las prácticas restrictivas de la competencia se refiere, la valoración de las realidades en los mercados no es unívoca entre especialistas. Por ello, el resultado de los análisis de mercados en que se producen las prácticas que buscan reprimirse, depende de múltiples factores y de metodologías de análisis de información económica. Estas avanzan a la par con el desarrollo y complejidad de los mercados. Todo ello hace difícil intentar contrarrestar las prácticas restrictivas. Por ello es innecesario agregar una fuente más dificultada por la vía de preservar múltiples autoridades en el campo de la competencia para juzgar las prácticas en los mercados. (Sentencia C-172/14).

Sin embargo, no solo la jurisprudencia definen las prácticas restrictivas a la competencia, de igual manera lo realiza el Decreto 2153 de 1992 al establecer que los actos contrarios a la libre competencia presentan las siguientes características: 1. Infringen las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor; 2. Influyen a una empresa para que incremente los precios de sus productos y servicios o desistan de su intención de rebajar los precios; 3. Se niegan a vender o prestar servicios a una empresa, y ello puede entenderse como una retaliación a su política de precios.

En ese entendido, las prácticas restrictivas a la competencia se refieren al control atribuido de manera privativa a la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia. Es por ello que mediante el nacimiento de la Ley 1340 de 2009 se unifican las normas sobre protección a la libre competencia, centralizando de esta manera las funciones administrativas en una sola autoridad independiente. Sin embargo, se debe destacar que la Constitución Política de 1991 en el artículo 88 y la Ley 472 de 1998 revisten a los Jueces de la República para garantizar los derechos de la libre competencia y su adecuada protección jurídica.

La Ley 1340 de 2009 es una norma especial (régimen de libre competencia), y posterior de la misma jerarquía que las leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, cuyo propósito fue precisamente el de unificar las normas sobre protección a la libre competencia y centralizar las funciones administrativas en una sola autoridad -la SIC-, independientemente de cuál sea el sector económico en el que se desarrolle la actividad. En ese entendido, el fin de la normativa es contrarrestar las prácticas restrictivas de la competencia en cualquiera de sus modalidades.

Es por ello que la Corte Constitucional se ha pronunciado insistiendo en que se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 Constitución Política), 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. Permitiendo así, el equilibrio del mercado, el desarrollo de la economía y la restricción de las prácticas que vulneran la libre competencia (sentencia C-815/01, 2001).

Ahora, los actos colusorios no son la única práctica restrictiva de la competencia, de hecho, dentro del marco jurídico de la legislación colombiana se encuentran tipificadas diferentes prácticas que son contrarias a la libre competencia. Cortázar, J. (2011). Expone que los acuerdos anticompetitivos pueden ser horizontales y verticales, estos últimos se refieren a convenios establecidos previamente entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción, quiere esto decir, cuando los acuerdos son realizados entre productores y distribuidores de un determinado producto.

Por ello, la posición de dominio, es otra práctica considerada como contraria a la libre competencia, dado que la misma se encuentra consagrada dentro del artículo 50 del Decreto

2153 de 1992 y es definida según Ybar, M. (2013) “como la posición de dominio de superioridad comercial en la que se encuentra una empresa con relación a sus competidores, conteniendo o excluyendo de esta manera a los demás agentes y distorsionando el proceso competitivo”. p.17.

Otra práctica restrictiva de la competencia la constituye las integraciones empresariales, y de la misma se debe destacar que según Ossa, C. (2014). la obligación establecida en la norma de competencia, Ley 1340 de 2009, que sustituyó lo preceptuado en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, es informar a la Superintendencia de Industria y Comercio, por parte de aquellas empresas dedicadas a la misma actividad económica (integración horizontal) o aquellas que se encuentren en la misma cadena de valor (integración vertical), las operaciones que proyecten llevar a cabo con el fin de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada. Para lo anterior, conviene remitirse a la Ley 222 de 1995 y demás normas que las complementen, modifiquen o adicionen, en lo relacionado con la forma de realizar dicho negocio jurídico.

Por otra parte no es posible concluir sin describir una importante práctica anticompetitiva, los monopolios, Ossa, C. (2014). Expone que en el artículo 336 de la Constitución Política, y que de acuerdo con nuestro modelo constitucional y como obligación del Estado, está prohibido el establecimiento de monopolios, salvo una excepción contemplada en el mismo texto constitucional haciendo referencia a los monopolios de arbitrio rentístico, sin entrar en la consideración de la potestad que tienen los titulares de derechos de exclusiva en su uso y explotación económica, por cuanto estos últimos tienen su origen en la intervención del Estado para asegurar la protección a la propiedad industrial. (p.203).

En efecto, para el interés particular del presente trabajo investigativo, la practica restrictiva de la competencia en la cual se hará énfasis corresponde a los actos colusorios, dado que las sobre la misma recae no sólo una práctica anticompetitiva sino una actividad comercial que se encuentra afectando desde hace varios años la economía de los consumidores colombianos.

4.3. Noción de actos colusorios

Con referencia a las prácticas restrictivas de la competencia, y para efectos de clasificación de las mismas, a continuación se describirán los actos colusorios como práctica constituida que atentan contra la libertad de competencia en diversos países y puntualmente en Colombia.

De manera general, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (2014) señala que coludir es “pactar en daño de terceros” (p.121). El profesor Cabanellas (2003), entre tanto, indica que en materia jurídica colusión “es el convenio, contrato, inteligencia entre dos o más personas, hecha en forma fraudulenta y secreta, con objeto de engañar o perjudicar a un tercero” (t.2, p.206).

Por su parte, Gómez Leyva (1998), dentro del marco concreto del Derecho a la libre competencia, expone que los actos colusorios son “las restricciones a la competencia llevadas a cabo a través de ‘medidas’ que hacen relación a los acuerdos entre empresarios para limitar o eliminar la competencia de otros participantes en el mercado” (p.59).

Por otra parte Soto Pineda (2013), señala que acto colusorio es todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte de un determinado mercado y, en particular, los que consistan en, la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros (p.24-25).

De manera puntual, por medio del Decreto 2153 de 1992 en el artículo 47 numeral primero, se establece que son actos colusorios toda aquella actividad ejercida por diferentes empresas mediante la cual, “se tenga por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios”.

Así mismo, Cortazar, M. (2011), explica que los actos colusorios deben entenderse desde las empresas que participan en un mercado y desde el cartel que con el fin de pactar precios definen cuotas de producción y reparten mercados. A su vez, que la formación de carteles se realiza 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 precios bajos e innovar en sus productos, 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 directamente en los consumidores.

Sin embargo, los actos colusorios no se constituyen meramente por ser un acuerdo entre competidores, los mismos se encuentran conformados por un conjunto de prácticas restrictivas que los consolida como práctica vulneradora del normal desarrollo de la libre competencia. Con base en lo anterior, La Red Internacional de Competencia explica;

Un cartel empresarial es definido como un acuerdo entre competidores para restringir la competencia, adicionalmente las categorías de conducta más frecuentemente definidas consisten en la fijación de precios, las restricciones a la producción, la repartición de mercados y la colusión en licitaciones. (CN Working Group On Cartels. 2005. p. 6)

Ahora, los acuerdos colusorios se dividen en dos grandes sub grupos, queriendo esto significar que la práctica restrictiva de la competencia tiene diferentes formas de operar, por ello la misma se divide entre acuerdos tácitos y acuerdos expresos, a continuación se explicarán los mismos con base en la definición establecida por la Resolución 7897 de 27 de Febrero de 2015. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. (2015).

Los acuerdos expresos son aquellos en los que hay una manifestación de voluntad por parte de los agentes cartelizados, encaminada a la distorsión del proceso competitivo; dentro de esta modalidad se encuentran los contratos que contengan cláusulas anticompetitivas; el intercambio de comunicaciones a través de las cuales se fijen acciones de naturaleza anticompetitiva; las actas de reuniones en las cuales se deje registro de compromisos de carácter anticompetitivo entre empresas en competencia; pactos verbales en los que

explícitamente se acuerden políticas de competencia; entre otras formas que puede asumir esta modalidad de acuerdos. (p.66).

Mientras que, por su parte los denominados acuerdos tácitos, se caracterizan por no materializarse de forma explícita a través de las manifestaciones de voluntad de los competidores en ellos implicados, sino que por el contrario, se manifiestan a través del comportamiento sincrónico entre dos o más agentes, cuyos efectos anticompetitivos no difieren en forma sustancial de aquellos que se generarían en caso de existir un acuerdo expreso.

5. Los actos colusorios en el derecho comparado

5.1. Estados Unidos

En Estados Unidos, con el fin de regular las prácticas restrictivas a la competencia, especialmente en cuanto a los actos colusorios se refieren, en 1891 se promulga la Ley Sherman Antitrust, que se convierte en la primera legislación que tiene como fin evitar los monopolios y carteles para así contrarrestar el poder económico de los empresarios.

El Origen de la Ley Sherman Antitrust, como afirma Troesken, W. (2012), fue iniciativa del Congresista John Sherman quién tenía como propósito declarar ilegal el monopolio del comercio. Es decir, intentaba contrarrestar las prácticas que atentaban contra el normal funcionamiento del mercado, por ejemplo, participar en un contrato que tenga por objetivo restringir el comercio; de igual forma todo intento de fundar monopolio y conspirar de tal manera que se pueda controlar temporal o permanentemente determinada actividad económica.

De lo anterior, se puede evidenciar que los actos o acuerdos colusorios constituyen como práctica restrictiva de la competencia, una actividad desleal que ha estado presente desde hace décadas en mercados desarrollados como el de los Estados Unidos, empero la creación de esta ley y pese a que en su momento fue objeto de polémica, evidencia que el Estado debe ejercer acciones que permitan controlar el mercado, restringir las practicas que afecten la libre competencia y defender los derechos de los consumidores.

Con el fin de equilibrar la sana competencia, según Khan, B. (2011), se ha permitido y trazado la continua participación del gobierno en la supervisión y regulación de la empresa estadounidense, dado que esta ley declara ilegal todo contrato, combinación y conspiración que limite de manera irrazonable el comercio interestatal y extranjero, claramente esto incluye la fijación de precios como práctica desleal y vulneradora de la libre competencia.

La ley Sherman Antitrust determinó una pauta en cuanto a control de monopolios ilegales se refiere, al restringir los acuerdos entre empresas que como finalidad pretendan controlar el mercado de un producto o servicio, manipulando el mercado y la competencia con otras empresas, ejecutando de esta manera una práctica anticompetitiva. Es por ello, que la ley consagra taxativamente las siguientes dos disposiciones determinantes para contrarrestar las prácticas restrictivas a la competencia.

1. Participar de un contrato, combinación o conspiración que tenga por objeto restringir el comercio y/o
2. Monopolizar, intentar monopolizar, reunirse, establecer connivencia o conspirar para monopolizar temporal o permanentemente una actividad económica. (Ley Sherman Antitrust. 15 U.S.C. 1 & 2. 1890).

Conviene subrayar que la Ley Sherman Antitrust no es vulnerada simplemente cuando dada la libre y sana competencia entre dos agentes genere que los precios de los productos o servicios presenten baja en sus costos; lo anterior meramente es indicador del funcionamiento correcto de la libre competencia en un mercado determinado.

En Estados Unidos se han presentado casos puntuales en dónde la aplicación de la Ley Sherman Antitrust ha sido referente nacional e internacional para establecer cuáles son las prácticas que por su naturaleza atentan contra el desarrollo de la libre competencia.

Con efecto de ilustrar lo mencionado anteriormente, se procede a citar el que sería uno de los casos con mayor relevancia en la historia Norteamericana. En lo que sigue se referencia al fallo que condena a Microsoft proferido por el Juez Thomas Penfield Jackson, del Juzgado de Distrito de Estados Unidos en el Distrito de Columbia en la demanda N° 98-1232 (TPJ). Con este caso en

particular, los demandantes pretendían establecer que las licencias concedidas alrededor del mundo para sistemas operativos usados en ordenadores personales compatibles únicamente con Intel; le otorgaba el control absoluto a Microsoft debido a que los mismos controlarían las licencias para los sistemas operativos, generando así la creación de un cartel.

Como se ha dicho, Microsoft mediante la venta de licencias para sistemas operativos compatibles con Intel, se encontraba en una posición dominante que al mismo tiempo le permitía controlar los precios sin tener mercado competitivo, y lo que es aún peor, dados estos factores la situación se perpetuaría por un tiempo indeterminado controlando de esta manera los clientes, precios, el mercado y restringiendo el acceso de nuevos agentes informáticos; lo cual vulneraría el desarrollo de la libre competencia.

Según Chaname, R. (2003), con el caso de Microsoft se logró evidenciar diferentes factores que expusieron a la empresa de informática, entre ellos se destaca la limitación a la competencia en el mercado informático, fijación de precios, limitaciones a la libertad de contratación y abuso de posición en desmedro de los consumidores. A continuación se procede a explicar detalladamente los mencionados factores analizados desde la posición del Juez Thomas Penfield Jackson, destacando la influencia de los mismos en el fallo.

El primer factor se encuentra constituido por la limitación a la competencia en el mercado informático, dado que se originó una barrera de entrada para limitar las posibilidades de éxito a sus competidores en el mercado de las aplicaciones o programas, situación que Microsoft manipuló por cuatro años para evitar que las tecnologías de programas intermedios, estimularan el desarrollo de aplicaciones multiplataforma que pretendieran superar la barrera de entrada al mercado de las aplicaciones informáticas. Además, la campaña de Microsoft logró evitar que el Navegador Communicator y Java abrieran sus posibilidades de ingresar al mercado de sistemas operativos para computadores personales.

El segundo factor se consolida debido a la fijación de precios, es decir, debido a la manipulación de los mismos para controlar el mercado y que los consumidores sólo accedieran a los productos que se encontraban disponibles gracias a la manipulación previa de Microsoft. Quiere esto significar que Microsoft controlaría los precios de la nueva tecnología informática.

Se debe recordar que este es uno de los casos insignia del mercado americano, puesto que en 1998 dieciocho Estados de la Unión más el Distrito de Columbia, acusaron a la compañía por colusión frente a las compañías Netscape (Navegador) y Java (Lenguaje de programación), favoreciendo a Explorar, el navegador de Microsoft.

El tercer factor se encuentra determinado por las limitaciones a la libertad de contratación, dado que Internet Explorer y Windows fueron unidos temporalmente por Microsoft para supuestamente garantizar la presencia del Internet Explorer en Windows, empero la pretensión real era aumentar los costos de instalación del Navigator en un computador personal equipado con el sistema operativo de Microsoft. De esta manera, se impusieron limitaciones a los fabricantes para modificar Windows 95 y 98 que deseaba habilitar el uso del Navigator. Por último, Microsoft valiéndose de su posición dominante en el mercado informático, indujo a fabricantes y diseñadores para que favorecieran el Internet Explorer y excluyeran a Navigator. Fue de esta manera que Navigator recibió la estocada final en cuanto a libre competencia se refiere, quiero esto decir que Navigator tuvo una limitación genuina y desleal para ingresar como competidor al mercado informático de Estados Unidos y el mundo.

Finalmente el abuso de posición en desmadre de los consumidores es un factor en particular, donde el Juez examina la posición ventajista de Microsoft, puesto que el mismo no sólo intentó obtener el monopolio absoluto de los sistemas operativos, sino que también deseaba controlar el mercado de los navegadores, lo cual vulneró sustancialmente el desarrollo de la libre competencia, afectando directamente a los consumidores debido a que los mismos quedaron obligados a comprar con Microsoft no sólo el sistema operativo, sino también el navegador de internet.

Con todo lo ocurrido anteriormente, el fallo que condena a Microsoft proferido por el Juez Thomas Penfield Jackson, del Juzgado de Distrito de Estados Unidos en el Distrito de Columbia en la demanda N° 98-1232 (TPJ). Determina lo siguiente: Microsoft ha violado los epígrafes 1 y 2 de la Ley Sherman 15 U.S.C. Además, el Tribunal mediante una orden relativa a las compensaciones apropiadas incluyó el pago de las costas del proceso.

5.2.Unión europea

Por su parte, en Europa existe el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que prohíbe las prácticas antitrust específicamente en las siguientes formas amparadas bajo los artículos 101 y 102, como mecanismo para contrarrestar las prácticas restrictivas de la competencia.

El artículo 101 prohíbe los acuerdos en virtud de los cuales dos o más empresas se unen para restringir la competencia. Dichos acuerdos pueden ser horizontales entre competidores del mismo nivel de la cadena de suministro, ya sea fijando precios o limitando la producción. Sin embargo, por su parte el apartado 3 del artículo 101, consagra que pueden autorizarse determinados acuerdos restrictivos si presentan más efectos positivos que negativos.

Según la European Commission, se pueden imponer fuertes multas a las empresas involucradas en tales prácticas comerciales ilegales. Lo anterior es viable desde Mayo de 2004, las autoridades nacionales de la competencia pueden aplicar las normas comunitarias en materia de carteles y de abusos de posición dominante.

Establecido lo anterior, y con respecto al Derecho Antitrust Europeo desde la perspectiva del desarrollo de la libre competencia, han existido casos puntuales que han pretendido desestabilizar la competencia dentro del mercado europeo, sin embargo, la Comisión ha precedido a examinar los mismos y fallar con base en análisis exhaustivos sobre la relación de beneficios y perjuicios que los mismos pueden generar en el normal desarrollo del mercado, un caso en particular fue el ocurrido entre las Empresas Air France y Alitalia.

La sociedad francesa Air France y la sociedad italiana Alitalia pretendían una alianza estratégica a largo plazo, con el objetivo de crear un sistema de operaciones en París, Roma y Milán que permitiera interconectar redes mundiales, bajo la celebración de acuerdos de cooperación entre empresas, generando así vínculos entre las mismas siempre y cuándo se encontraran bajo el mismo nivel de producción, todo esto sin la necesidad de crear cambios estructurales dentro de las empresas que conformaban el acuerdo colusorio, su unión meramente se debía a acuerdos y vínculos creados entre sí.

Según Calvo, A & Canedo, M. (2012) la Comisión tuvo que analizar diferentes aspectos del acuerdo notificado de las Aerolíneas francesa Air France y la italiana Alitalia atendiendo a las características propias del mercado europeo. Antes del acuerdo, las diversas aerolíneas competían entre sí, empero las altas cuotas del mercado eran registradas por las partes en cuestión. Es decir, dada su posición dominante en el mercado la alianza entre las dos aerolíneas generaban circunstancias que coadyuvaban a la ampliación de la posición dominante, restringiendo de esta manera la libre competencia. Lo anterior, está prohibido por el artículo 81.1 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

En concordancia con lo anterior, el artículo 81.1 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, cita lo siguiente:

Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción. (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, artículo 81.1. Roma 1957).

Así las cosas Calvo, A & Canedo, M. (2008), afirman que en su momento la Comisión no dudaba de los beneficios para la producción y distribución del servicio, puesto que se fomentaría el progreso técnico y económico. Sin embargo, las dudas consistían en determinar si el acuerdo entre las aerolíneas permitiría restringir la libertad de competencia. Otro factor que generaba preocupación era que el mencionado acuerdo consistía en que al suprimir la competencia entre las dos aerolíneas más competitivas del mercado europeo, se pierde la presión competitiva entre las mismas y por lo tanto los consumidores no participarían de los beneficios que genera la libre competencia entre dos agentes.

Dicho de otra manera, el acuerdo entre las aerolíneas europeas permitiría la creación de un acto colusorio, que no sólo vulneraría la libre competencia en el mercado de vuelos europeos, y el acceso de nuevos agentes generadores de competencia, sino que a su vez, también perjudicaría

directamente a los consumidores en la medida en que estos ya no contarían con los beneficios económicos y bienestar ofrecidos por las aerolíneas como resultado de la sana competencia entre ellas.

Pese a lo mencionado con anterioridad, las partes tuvieron que acogerse a una serie de compromisos tras las negociaciones derivadas de lo contenido en el acuerdo inicial, sobre eliminar las barreras a la entrada de nuevos operadores al mercado de aerolíneas europeo. Con base en la compilación elaborada por Sabido, M. (2012), los compromisos consistieron en *i)* Distribuir la cesión de franjas horarias, *ii)* permitir a nuevos operadores participar en los programas de fidelización de clientes, *iii)* Elaborar acuerdos de interlínea y prorateo y *iv)* Facilitar la celebración de acuerdos de transporte intermodal.

Finalmente, como resultado la Comisión el 07 de Abril de 2004 adoptó la decisión de declarar exentos con base en el artículo 81.3 del TCE por un período de seis años los acuerdos de transporte aéreo propuestos por las sociedades Air France y Alitalia.

5.3. Mercosur

Mercosur es El Mercado Común del Sur, creado en un proceso de integración regional, instituido inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay al cual en fases posteriores se han incorporado Venezuela y Bolivia. Mercosur es un proceso abierto y dinámico que desde su origen tuvo como objetivo principal, propiciar un espacio común que generara oportunidades comerciales y de inversiones a través de la integración competitiva de las economías nacionales al mercado internacional. Como resultado ha establecido múltiples acuerdos con países o grupos de países, otorgándoles en algunos casos, carácter de Estados Asociados. (Mercosur. 2017. Recuperado de <http://www.mercosur.int/>).

Colombia por su parte, como Estado asociado conforma también el Mercado Común del Sur, y cómo tal está autorizado a participar en las reuniones de los órganos que traten temas de interés general. Como referente de América Latina, conviene puntualizar la naturaleza del Mercado Común del Sur a fines de comprender la dinámica que se desarrolla con referencia a los países que lo conforman, en cuánto a la protección de la libre competencia se refiere.

En ese entendido, Faria, M. (2013) explica que en los tratados fundacionales de la Unión Europea se encuentran normas expresas sobre la protección a las prácticas que atentan con la libre competencia y que serán jurisdicción de la Comunidad Europea. Lo cual no ocurrió en el Mercosur, donde el Tratado de Asunción no hizo mención específica, lo que dejó clavos sueltos respecto al tratamiento adecuado que se debe ejecutar al identificar prácticas que atenten contra la libre competencia de los mercados en países integrantes del Mercado Común del Sur.

En consecuencia y con el fin de garantizar el normal desarrollo en el bloque de la competencia entre los países partes del Mercado Común del Sur, nace el Protocolo de Fortaleza para contrarrestar las prácticas restrictivas de la competencia.

El Protocolo de fortaleza según Carrizo, M. (2003), es un Protocolo de Defensa de la Competencia, firmado en diciembre de 1996, y su creación responde a la necesidad de definir un conjunto de procedimientos, dirigidos a armonizar las condiciones de competencia en los mercados internos de los países miembros del Mercosur. Esto con el fin de salvaguardar la integración de los Estados participantes, y que la misma no se viera dividida por conductas desleales de empresas que pretendan atentar contra el desarrollo de la libre competencia entre los países Latinoamericanos.

En otras palabras Hargain, D. (2001), puntualiza que el Protocolo de Fortaleza responde a la creación de un adecuado procedimiento de defensa de la competencia del Mercosur, que vino a satisfacer una necesidad pendiente del bloque. Sin embargo, es necesario destacar la necesidad de que el mismo merece ser mejorado con una mayor armonización de las legislaciones de los Estados Partes, de igual forma avanzar en la gestión de políticas de protección comercial, con el objetivo de proteger la libre circulación de bienes y servicios, y especialmente la libertad de acción, de manera que efectivamente los Estados partes se integren adecuadamente en los bloques económicos del América Latina.

Es necesario recalcar que, Mercosur puede asumir la posición de ente con facultades de controlar, vigilar y sancionar a las empresas que pretendan mediante acuerdos colusorios, vulnerar la estabilidad del mercado desarrollada entre los países Latinoamericanos que

conforman el Mercado Común del Sur, protegiendo de esta manera el comercio, la competencia y a los consumidores de América Latina.

6. Los actos colusorios en Colombia

6.1. Enfoque a la normativa

En Colombia la normativa existente referente a la libre competencia, se encuentra dirigida a garantizar que la misma se desarrolle un mercado libre de prácticas restrictivas, es por ello, que a continuación se procede a explicar el impacto generado por la regulación legal frente a las prácticas restrictivas de la competencia.

Inicialmente la Ley 256 de 1996 establece que:

Las normas sobre competencia desleal y destacando que el objeto de la misma, consiste en garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994. Es necesario aclarar que los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. (Ley 256 de 1996, Congreso de Colombia, 18 de Enero de 1996).

Ahora, en cuanto a los actos colusorios como práctica restrictiva de la competencia, en Colombia se encuentran tipificados por el Decreto 2153 de 1992 artículo 47 numeral 9 que consagra: “se denominan actos o acuerdos colusorios los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”.

En ese entendido, Galvis, D. (2016) explica que para configurar el acto de colusión consagrado en el Decreto 2153 de 1992, es necesario el cumplimiento de supuestos que definan la tipicidad: i) Acuerdo entre dos o más personas, dado que en la legislación colombiana el acuerdo a pacto colusorio es entendido por la bilateralidad de la actuación mancomunada destinada a pactar una práctica restrictiva de la competencia. ii) Que el acuerdo tenga por objeto

la colusión en licitaciones o como efecto de la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de los términos de las propuestas. Frente a ello, el Decreto 2153 de 1992 no predica que la normativa atienda a la lógica de la razón por objeto y efecto como ocurre en el sistema comunitario europeo, ni tampoco asevera que exista prácticas absolutas de la competencia como sí ocurre en el sistema estadounidense.

Dicho de otra manera, con referencia a la protección de la libre competencia, Colombia comparte la perspectiva norteamericana del derecho Antitrust. De este modo, Uribe, C. (2006) afirma que los doctrinantes colombianos se han encargado de interpretar algunas normas de libre competencia desde la visión norteamericana, hecho que se puede explicar por su filiación académica con universidades estadounidenses. De la misma manera, la Superintendencia de Industria y Comercio con base en el Decreto 2153 de 1992 aplica la *regla per se* en sus investigaciones sobre la existencia del acuerdo colusorio y una vez probada su ocurrencia desde cualquiera de las posibles manifestaciones que se consagran en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 sanciona la ilegalidad del comportamiento.

Para ilustrar mejor Celani, M. & Stanley, L. (2003). Explican que *la regla per se* es un criterio bajo el cual se reprimen prácticas que son consideradas perniciosas desde el momento de su verificación, un ejemplo de ello es la colusión que restringe la libre competencia. Es decir, en el caso particular colombiano cuando la Superintendencia de Industria y Comercio tiene de presente y por consiguiente verifica la existencia de un cartel empresarial, son procedentes las medidas sancionatorias para dicha práctica restrictiva. (p.142).

Por otra parte, dada la consolidación del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia, Colombia toma ciertas características del modelo europeo encargado vigilar, controlar y sancionar las prácticas restrictivas de la competencia. Es por ello que mediante la Ley 1340 de 2009, se le otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad investigativa y sancionatoria de las prácticas restrictivas de la competencia que se presenten en el país.

Así las cosas Ortiz, V. (2009), afirma que el papel de la Superintendencia de Industria y Comercio no depende solo del fortalecimiento de las competencias de investigación y sanción de la autoridad, sino del volumen de trabajo que la misma debe asimilar y atender. Por ello, la regla

de minimis traída del modelo europeo cumple un papel fundamental, en la medida en que su aplicación permite excluir del ámbito de las prohibiciones las conductas que no afectan sensiblemente la competencia, se garantiza que la autoridad competente sólo emprenderá sus labores de investigación respecto de aquellos comportamientos que atentan contra la competencia.

Es necesario explicar que según Celani, M. & Stanley, L. (2003). *La regla de la razón* indica que el análisis es retrospectivo e implica una actuación regulatoria en casos donde esta no amerita, pero, como contrapartida, encierra un sistema de evaluación costosa dada la variedad de hechos posibles en un mercado. (p.142). Quiere lo anterior significar que *la regla de la razón*, permite ejecutar un análisis retrospectivo posterior a la ejecución de las prácticas restrictivas de la competencia, sin embargo este método se ejerce a manera de evaluación de la situación, por lo tanto no ejerce control directo y real de las prácticas restrictivas.

Cómo se evidenció anteriormente Estados Unidos y Europa cuentan con modelos específicos, característicos, y propios que permiten detectar y sancionar la configuración de acuerdos colusorios encaminados a la manipulación del mercado y posterior vulneración del normal desarrollo de la competencia. Sin embargo, en Colombia no se ha establecido un modelo propio y sancionatorio aplicable por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio a casos de pactos colusorios, por lo cual el Estado se ha visto forzado a ejecutar acciones legales y normativas con base en el éxito de los dos sistemas mencionados y de esta manera consolidar con el paso del tiempo las facultades propias que hoy recaen en la S.I.C como entidad encargada de proteger el derecho a la competencia.

Por su parte la normativa colombiana que regula las prácticas restrictivas de la competencia, no se encuentra sustentada en un solo modelo, a diferencia de la legislación Europea y Americana, la actual normativa no se encuentra fundamentada ni en *la regla per se* ni en *la regla de la razón*, sin embargo la implementación y ejecución del actual sistema bajo el cual opera la persecución a los carteles empresariales, se desarrolla por medio de los dos sistemas.

6.2. Supervisión, control y vigilancia

Llegados a este punto, y dado que previamente se estudió el enfoque a la normativa, se procede entonces a analizar el papel de la Superintendencia de Industria y Comercio en su

ejercicio como entidad encargada de la supervisión, control y vigilancia. Para lo cual se estudiará como este conjunto de mecanismos legales es utilizado para contrarrestar los actos colusorios en el mercado colombiano.

Partiendo entonces de las facultades conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto a la vigilancia de la libre competencia se refiere, la Entidad se encuentra debidamente facultada desde la expedición de la Ley 1340 de 2009, en donde se encuentra la "Abogacía de la Competencia", que no es más que un mecanismo para la promoción de la competencia, que tiene por objetivo abarcar todo el territorio nacional con diversas funciones entre las cuales se destacan: i) Asesorar al Gobierno Nacional en la protección de la competencia, para la elaboración de proyectos que estimulen la libre competencia en los mercados. ii) Desarrollar estudios de mercado para identificar fallas en la competencia generadas con las normas vigentes. iii) Promover la competencia, por medio de actividades como la socialización de las normas y la educación; iv) Verificar los proyectos de regulación para efectos de promover y mantener la libre competencia en los mercados. (Ley 1340 de 2009, Congreso de Colombia, 2009).

Es decir con la expedición de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la Entidad encargada en el país de abogar por la competencia, es decir, su actuación se encuentra dirigida a defender la libre competencia dentro del mercado colombiano. Para lo anterior, la S.I.C. implementó un programa que ha dado resultados positivos en otras legislaciones con trayectoria en persecución de carteles empresariales y que se denomina *Programas de beneficios por colaboración o programas de clemencia (Delación)*.

Cabe resaltar que este tipo de programas cuentan con trayectoria legal desde su implementación en países destacados por combatir las prácticas restrictivas de la competencia como Estados Unidos de hecho, (Medina, J, 2013). En 1978 se implementaron los mismos en la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, pretendiendo detectar más carteles empresariales ofreciendo a los participantes de carteles que el primero que delatará ante las autoridades su participación con pruebas de la conducta, se le otorgaría el perdón total de la posible sanción pecuniaria a imponer. Lógicamente, el programa fue inefectivo, dado que solo perdonaba la sanción pecuniaria y no la carcelaria establecida por la ley americana, por ello en

1993 una modificación al programa permitió que al primer delator de un cartel empresarial, no solo se le perdonará la posible sanción pecuniaria sino que también la posible sanción criminal. El programa se convirtió en un éxito.

Ahora, la implementación del programa de Delación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y su actual Superintendente tiene como columna vertebral el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 puesto que debido a su implementación, la delación se convirtió en la herramienta más efectiva para proteger la competencia desde el año 2009.

Con el fin de fundamentar lo anterior el Superintendente de Industria y Comercio (Robledo, P. 2015). Explica que el programa de delación se encuentra diseñado para otorgar beneficios totales o parciales de las sanciones pecuniarias a quienes informen sobre la existencia de la práctica anticompetitiva allegando pruebas de la misma destacando de igual forma que el otorgamiento de los beneficios serán proporcionales dependiendo de la eficacia de la colaboración y de la información. Finalmente, él mismo puntualiza que el programa de delación se encuentra habilitado para todas las prácticas restrictivas de la competencia, sin embargo, el programa no cobija a los promotores o instigadores de la conducta restrictiva de la competencia, por ello se aconseja que es necesario modificar la ley para que, incluso, el instigador pueda ser delator. Si esto sucede, rompemos más fácil los códigos del silencio y menos carteles se van a conformar.

Con el fin de entender de una manera más clara el funcionamiento del programa de delación, se procede a explicar la relación del mismo con la teoría de juegos desarrollada en la Tesis Doctoral por el Matemático y Premio Nobel de Economía en 1994, John Nash. Por medio del “Equilibrio de Nash” se entenderá el funcionamiento de los acuerdos colusorios entre empresas, y como operan las mismas frente a la posibilidad de delatar a los demás participantes. Binmore, K. (2009). Explica que en las interacciones humanas, las partidas de naipes y las decisiones políticas o empresariales que afectan a millones de personas puede considerarse presente el factor del juego, entendido como un escenario en el que hay que hacer una constante evaluación anticipada de riesgos y beneficios de cuya exactitud depende salir ganando, perdiendo o compensando *la teoría de juegos*, la misma estudia las posibles combinaciones y resultados que

se pueden dar en cualquiera de estos «juegos» siempre y cuando sus protagonistas actúen racional o previsiblemente. (p.10).

Dentro de *la teoría de juegos* se encuentra el funcionamiento del *Dilema del Prisionero*, que será explicado de la siguiente manera, Poundstone, W. (2005):

Dos delincuentes habituales son apresados cuando acaban de cometer un delito grave. No hay prueba clara contra ellos, pero sí indicios fuertes de dicho delito y además hay pruebas de un delito menor. Son interrogados simultáneamente en habitaciones separadas. Ambos saben que si los dos se callan serán absueltos del delito principal por falta de pruebas, pero condenados por el delito menor (1 año de cárcel), que si ambos confiesan, serán condenados por el principal pero se les rebajará un poco la pena por confesar (4 años), y finalmente, que si sólo uno confiesa, él se librará de penas y al otro se le condenará a 5 años.

Ahora, la implementación del sistema de delación para la persecución de carteles empresariales en Colombia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, ha presentado un notorio éxito con el pasar del tiempo, dado que la misma se sustenta en la teoría de juegos explicada con anterioridad. En el caso de dos empresas o más involucradas en acuerdos empresariales, ante la posible sanción pecuniaria por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo la teoría del prisionero, los participantes de las diferentes empresas van a delatar el acuerdo colusorio con el fin de obtener el mejor beneficio posible.

Lo anterior se encuentra sustentado en el éxito del Programa Americano de la *Ley Sherman Antitrust* para contrarrestar las prácticas restrictivas de la competencia, particularmente en el caso colombiano, el programa de Delación ofrece a los empresarios la posibilidad de delatar la cartelización de la cual hacen parte, y de esta manera recibir los beneficios otorgados por la Superintendencia de Industria y Comercio. El programa ha sido un éxito dado que esta posibilidad se encuentra abierta para cualquier integrante de un cartel empresarial, entonces, la empresa que delate primero la existencia de un cartel recibirá el mayor beneficio económico, es decir el perdón de hasta el ciento por ciento de la multa pecuniaria; por su parte el segundo y tercer delator reciben menores porcentajes. Es decir, el programa promueve una verdadera

carrera entre los participantes de un acuerdo colusorio para que delaten la existencia y su participación dentro de un cartel empresarial.

Llegados a este punto, es necesario resaltar que el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, fue reglamentado por el Decreto 2896 de 2010 y que el mismo establecía las condiciones específicas de los beneficios por colaboración en asuntos de prácticas anticompetitivas. Sin embargo, el Gobierno se vio en la obligación de conformar la Comisión Asesora para la Reforma al Régimen de Beneficios por Colaboración, para que la misma mediante un nuevo decreto modificará la delación con el fin de aumentar las solicitudes de beneficios, es por ello que nace al ordenamiento jurídico colombiano el Decreto 1523 de 16 de Julio de 2015 por medio del cual se regula el régimen de delación para la detección de prácticas restrictivas de la competencia.

Entonces con el fin de puntualizar las modificaciones que trajo consigo la expedición del Decreto 1523 de 2015, se procede a analizar las mismas explicando su funcionamiento actual y la utilidad del mismo frente a la labor de contrarrestar las prácticas restrictivas de la competencia. Siendo así las cosas, el Decreto 1523 de 2015 redefine el término de instigador de la siguiente manera:

Persona que mediante coacción o grave amenaza induzca a otra u otras a iniciar un acuerdo restrictivo de la libre competencia, siempre que dicha coacción o grave amenaza permanezca durante la ejecución del acuerdo y resulte determinante en la conducta de las empresas involucradas. (Decreto 1523 de 2015, Presidencia de la República de Colombia, 16 de Julio de 2015).

Quiere lo anterior significar, que a diferencia del anterior decreto, el Decreto 1523 de 2015 sólo excluye del programa de delación a quién mediante coacción induzca a terceros a formar parte del cartel durante la vigencia del mismo, lo cual es beneficioso para el programa puesto que permite que quienes realizaron la mera invitación a otras empresas para integrar el cartel puedan ser beneficiarios de la delación.

En ese orden de ideas, el segundo cambio contundente consiste en que la figura de delator se formaliza por medio de la firma del convenio de beneficios por colaboración, es decir, cuando se cumplen los requisitos establecidos quien desempeñe el papel de delator inmediatamente será

protegido por el programa de delación. Lo anterior, evidencia una notable mejora de la figura dado que la misma ahora cuenta con garantías propias que la establecen como un verdadero régimen de beneficios por colaboración.

Entonces para que una persona pueda ser beneficiario del régimen de beneficios, solo precisa de dos requisitos que se encuentran previamente establecidos por el Decreto 1523 de 2015: el primero de ellos consiste en reconocer su participación en el acuerdo anticompetitivo y el segundo, en aportar información relevante sobre la existencia del acuerdo anticompetitivo. Se debe destacar que, de no cumplirse los requisitos mencionados con anterioridad el acreedor de los beneficios puede ser otra persona. Asimismo, el Decreto permite que el ingreso al programa se lleve a cabo por medio de diferentes modalidades, como correo electrónico, escrito radicado o una reunión previamente solicitada con un funcionario competente.

De igual forma es absolutamente necesario destacar que el Decreto 1523 de 2015 modificó el descuento sancionatorio para los delatores, con base en el mismo las sanciones fueron estipuladas de la siguiente manera de acuerdo a la jerarquía previamente establecida del programa de delación. El primer delator tendrá un perdón del 100% de la multa a imponer; el segundo, una reducción de entre el 30% y el 50% de la multa; por su parte los delatores subsiguientes sólo pueden recibir hasta el 25% (Decreto 1523 de 2015, Presidencia de la República de Colombia, 16 de Julio de 2015). Sin embargo, la reducción en cuanto a las sanciones se refiere para los segundos delatores y subsiguientes depende de la utilidad que la información y pruebas aportadas por los mismos suministren al proceso.

Respecto del programa de delación, el actual Superintendente de Industria y Comercio Robledo, P. (2015) sostiene que el objetivo del mismo consiste en generar una verdadera carrera entre los cocartelistas, puesto que una vez formulado el pliego de cargos contra una o varias empresas, quien no ingrese al programa como delator dentro de los siguientes veinte días a la imputación, no pueda hacerlo posteriormente pues la oportunidad precluye. Entonces, en la carrera por ser el primer delator, se pretende perdonar a un agente con el fin de procesar a otro, descartando así que un agente se autodelate sin que ello implique inculpar a otro agente del mercado.

Siendo así las cosas, el programa de delación que ha permitido consolidar la persecución a los carteles empresariales por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio es una implementación en la legislación colombiana que merece ser destacada, dado que el mismo ha permitido que los delatores compitan entre sí en búsqueda del perdón de la posible sanción pecuniaria por su participación en un cartel empresarial.

6.3. Sanciones a carteles empresariales

Bajo el tenor de la facultad sancionatoria otorgada a la Superintendencia de Industria y Comercio, la entidad se ha encargado de ejercer la vigilancia y control sobre las empresas que incurran en prácticas restrictivas de la competencia y, posterior a ello, sancionar a las personas naturales y jurídicas que incurren en actos o acuerdos colusorios.

Ahora es necesario destacar que en los últimos años el país ha sido sorprendido, de manera cada vez más frecuente, con noticias sobre investigación y posteriores sanciones a diferentes carteles empresariales que abarcan diversos productos. Sin embargo, se ha evidenciado que los mencionados carteles empresariales incurren en acuerdos colusorios con productos que comprenden la canasta familiar de los colombianos; lo que significa durante décadas los consumidores han sido afectados por esta práctica restrictiva de la competencia

Dentro de los productos que han sido utilizados para conformar carteles empresariales entre sus fabricantes se destacan los de primera necesidad, es decir, los que las familias colombianas necesitan adquirir dada su frecuente utilidad dentro de los hogares, entre ellos se destacan los pañales, el papel higiénico, el azúcar, los cuadernos. Cómo se podrá evidenciar, el pacto de precios de productos básicos de la canasta familiar aumenta el costo de la misma, entonces los consumidores por largos períodos de tiempo se vieron forzados a pagar altos valores económicos por productos de primera necesidad.

Con el fin de puntualizar en los carteles empresariales más relevantes dentro del mercado colombiano, se proceden entonces a analizar los acuerdos colusorios más polémicos y que fueron sancionados por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio posterior a un proceso investigativo, y donde por medio del programa de delación sus propios integrantes fueron protagonistas fundamentales, dado que los mismos colaboraron para descubrir que importantes

empresas colombianas sostenían el éxito de sus ventas gracias a la conformación y participación en cárteles empresariales.

En ese entendido, el primer caso de cartelización empresarial a analizar será el del papel higiénico, puesto que el mismo tuvo una vigencia de más de una década (2000 – 2013), hasta que finalmente el actual Superintendente de Industria y Comercio impuso sanción a las cuatro empresas involucradas mediante Resolución No. 31739 en el año 2016. Sin embargo, es preciso realizar un breve resumen de la historia del mencionado cartel, con el fin de entender como cuatro reconocidas empresas nacionales se vieron involucradas en una práctica restrictiva de la competencia.

Como se mencionó con anterioridad, cuatro empresas de productos de papeles suaves regidos por conductas concertadas y coordinadas de manera continua, fijaron los precios del papel higiénico, las servilletas, las toallas de cocina, y los pañuelos para manos y cara. Estas empresas fueron Colombiana Kimberly S.A, Familia, Papeles Nacionales S.A y Cartones y Papeles del Risaralda LTDA. Las mismas quedaron en evidencia al operar bajo una estructura encubierta con el fin de fijar los precios de los productos bajo acuerdos previamente establecidos entre ellas.

Siendo así las cosas, La Superintendencia de Industria y Comercio mediante comunicado manifiesta que; a finales del año 2013 se inició el proceso de investigación con la colaboración de Colombiana Kimberly S.A, Familia y Cartones y Papeles Del Risaralda como empresas delatorias, las mismas confesaron su participación reconociendo no sólo su responsabilidad, sino que aportaron documentos, correos electrónicos y declaraciones de sus funcionarios y exfuncionarios sobre la existencia y el funcionamiento del cartel empresarial. De igual forma, gracias a su colaboración se logró establecer que el cartel se encontraba activamente promovido y patrocinado desde las más altas esferas de las compañías entre sus empleados, muchos de los cuales ascendieron y se desarrollaron profesionalmente en el marco de una actividad ilegal contraria al régimen de protección de la libre competencia económica. (Dinero, 2015).

Ahora, El cartel empresarial de precios tuvo su origen con la participación de Colombiana Kimberly S.A y Familia en el año 2000, siendo los precursores del cartel y los integrantes protagónicos del mismo. Por su parte, Papeles Nacionales S.A se unió en el año 2001 y la de C.

Y P. Del R. el año 2003. Después de agotada la etapa de averiguación preliminar, mediante Resolución No. 69518 del 24 de noviembre de 2014, la Delegatura para la Protección de la Competencia formuló Pliego de Cargos a KIMBERLY, FAMILIA, CARTONES Y PAPELES DEL RISARALDA, PAPELES NACIONALES y DRYPERS, por presuntamente haber realizado un acuerdo de precios en el sector de los papeles suaves en Colombia. (El tiempo, 2016).

Por consiguiente La Superintendencia de Industria y Comercio (2016), informó qué rendidos los descargos y agotado el periodo probatorio, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, Jorge Enrique Sánchez Medina, presentó el correspondiente Informe Motivado (5 de abril de 2016), en el cual recomendó al Superintendente de Industria y Comercio sancionar a KIMBERLY, FAMILIA, CARTONES Y PAPELES DEL RISARALDA y PAPELES NACIONALES por haber realizado un acuerdo de precios en el sector de los papeles suaves. Así mismo, recomendó al Superintendente, sancionar a veintiún personas naturales vinculadas con estas sociedades, las cuales participaron, facilitaron o toleraron la ejecución del cartel de precios. Por ello, el Consejo Asesor de Competencia emitió consejo consistente en imponer sanciones a las 4 empresas y a las 21 personas naturales sancionadas, el cual fue íntegramente acogido por el Superintendente de Industria y Comercio.

Ahora, con base en el programa de delación ofrecido por la Superintendencia de Industria y Comercio, es necesario explicar cómo en el mencionado cartel empresarial operaron los delatores y los beneficios que recibieron los mismos por ofrecer información de la existencia de acuerdos previamente concertados entre ellos, con el fin de manipular los precios.

Con base en lo anterior, Camargo, Á. (2014) expone que mediante resolución motivada No. 69518 de 24 de noviembre de 2014, tres de las cinco empresas investigadas, accedieron al beneficio por colaboración, en el siguiente orden de prelación, de acuerdo a la suscripción del beneficio: Kimberly, Familia y Cartones y Papeles de Risaralda. Ahora, el grupo empresarial Familia fue una de las empresas cartelizadas que accedió al Beneficio, sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio logró determinar que hubo ocultamiento de información e intento de engañar a la entidad, dado que pretendieron hacer parecer que la empresa Familia ostentaba menor participación dentro del cartel empresarial y como

consecuencia se despojó a la delatora de la reducción del 50% de la multa que se le impondría. (p.22).

Entonces, durante la aplicación del programa de delación en el caso del cartel del papel higiénico, se puede evidenciar que el programa exige rigurosamente que los delatores se acojan a los requisitos previamente establecidos por la normatividad, y en caso de ocultar información o manipular la misma, como lo hizo la empresa Familia, la consecuencia directa sea la exclusión del programa y el pago total de la posible multa pecuniaria. Siendo así las cosas, a pesar de que el grupo empresarial Familia se encontraba dentro de la categoría de segundo delator, fue excluido de los beneficios fue sancionado con el pago total de la multa pecuniaria impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por consiguiente, el Superintendente de Industria y Comercio Pablo Felipe Robledo, mediante Resolución No. 31739 del 26 de mayo de 2016, y previa recomendación del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y concepto unánime del Consejo Asesor de Competencia, dispuso imponer las siguientes sanciones a cuatro empresas productoras de papel higiénico y otros papeles suaves en Colombia (KIMBERLY, FAMILIA, C. Y P. DEL R. y PAPELES NACIONALES) y a veintiún altos funcionarios vinculados con estas compañías, así: (Resolución No. 31739. Superintendencia de Industria y Comercio. Del 26 de mayo de 2016).

PERSONAS JURIDICAS – AGENTES DEL MERCADO		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A. (Beneficio de exoneración del 100% del valor de la multa, por su condición de primer delator)	\$ 68.945.500.000
2	C. Y P. DEL R. S.A. (Beneficio de reducción del 30% del valor de la multa, por su condición de tercer delator)	\$ 4.136.730.000
3	PRODUCTOS FAMILIA S.A.	\$ 62.050.950.000
4	PAPELES NACIONALES S.A.	\$ 48.261.850.000
PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A. (Beneficio de exoneración del 100% del valor de la multa, por su condición de funcionarios o ex funcionarios del primer delator)		
1	FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR	\$ 241.309.250
2	LUIS FERNANDO PALACIO GONZÁLEZ	\$ 227.520.150
3	VLADIMIR HUMBERTO RUIZ QUINTANA	\$ 62.050.950
4	MIRIAM JOSEFINA ESCOBAR GIL	\$ 34.472.750
5	SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA	\$ 31.025.475
6	JOSÉ RODRIGO PONS PEREDA	\$ 27.578.200
7	IAROSLAV KVILINSKY	\$ 24.130.925
8	FRANCIA ELENA TANAKA RAMÓN	\$ 20.683.650
9	JUAN PABLO MEJÍA NIÑO	\$ 17.236.375
10	HERMES MUÑOZ LÓPEZ	\$ 2.757.820
PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON PRODUCTOS FAMILIA S.A.		
11	DARÍO REY MORA	\$ 351.622.050
12	ALEJANDRO BOTERO ARANGO	\$ 162.021.925
13	MARÍA CAROLINA ARENAS ARISTIZÁBAL	\$ 103.418.250
14	AURELIO TORRES ECHEVERRI	\$ 62.050.950
15	GABRIEL JAIME HOYOS VELÁSQUEZ	\$ 44.814.575
16	SANTIAGO VELÁSQUEZ MÚNERA	\$ 17.236.375
17	SANTIAGO RIVAS VELÁSQUEZ	\$ 15.168.010
18	ANDRÉS FERNANDO ÁLVAREZ LÓPEZ	\$ 11.720.735
PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON C. Y P. DEL R. S.A. (Beneficio de reducción del 30% del valor de la multa, por su condición de funcionarios o ex funcionarios del tercer delator)		
19	JIMMY LEVY APPEL	\$ 230.967.425
20	DAVID LEVY APPEL	\$ 224.072.875
PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON PAPELES NACIONALES S.A.		
21	JAIME EDUARDO MARTÍNEZ MADRINÁN	\$ 110.312.800
TOTAL VALOR - SANCIONES IMPUESTAS Personas jurídicas y personas naturales		\$ 185.417.201.515

Tabla 1: Sanciones al Cartel del Papel Higiénico

Así pues, puede evidenciarse que por contribuir eficazmente con la investigación y cumplir con los compromisos adquiridos en el Programa de Beneficios por Colaboración, la Superindustria le concedió a KIMBERLY, en su condición de primer delator, la exoneración del cien por ciento (100%) del pago de la multa, en estricto cumplimiento de lo dispuesto en la ley de competencia. Así mismo, le concedió a C. Y P. DEL R., en su condición de tercer delator, una

reducción del treinta por ciento (30%) de la multa impuesta. (Resolución No. 31739. Superintendencia de Industria y Comercio. Del 26 de mayo de 2016).

Entonces anteriormente se explicó que la posición del segundo delator para la cartelización del papel higiénico, fue retirada del programa de delación, dado que el Grupo Empresarial Familia, que por orden jerárquico era merecedor de la misma incurrió en conductas como la de ocultamiento de información y artimañas para hacer parecer que su participación dentro del cartel fue menor a la de la cual se le acusaba. Sin embargo, el Superintendente al dosificar la sanción tuvo en cuenta que la empresa había confesado la conducta anticompetitiva y las excusas ofrecidas públicamente al país.

Sin embargo, las posiciones de primer y tercer delator fueron respetadas debido al previo programa de delación, por ello, a la empresa Colombiana Kimberly S.A, bajo la figura del principal delator le fue conferida la exoneración del 100% de la sanción pecuniaria pese a su participación activa y confirmada dentro del cartel empresarial. Lo anterior se debe a que la Superintendencia de Industria y Comercio en su constante vigilancia requiere colaboración y, a manera de estímulo, ofrece beneficios para que los empresarios que se encuentran dentro de un cartel empresarial acudan a la entidad ofreciendo pruebas suficientes que acrediten la existencia del mismo.

Por su parte, Papeles Nacionales S.A fue sancionada con multa pecuniaria por valor de \$ 48.261.850 (Cuarenta y ocho millones doscientos sesenta y un mil ochocientos cincuenta pesos) y dado que la misma no participó en el programa de delación, y el monto económico descrito con anterioridad no tuvo forma alguna de ser disminuido. Cómo se puede apreciar, los veintiún altos directivos, en su desempeño de personales naturales, también fueron merecedores de sanciones pecuniarias, debido a que su labor dentro del cartel empresarial fue fundamental, dado que sus acciones se encontraban dirigidas a sostener los acuerdos de precios regulados previamente entre ellos.

Finalmente, es necesario destacar que las conductas restrictivas de la libre competencia merecen ser sancionadas por las entidades competentes, dado que los acuerdos colusorios afectan

directamente la economía del país. Según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2015):

Los carteles empresariales de precios, fijan artificialmente los precios en el mercado entre el 15 % y el 60% por encima del precio de competencia, siendo el término promedio del sobreprecio el 30%. El mercado de los papeles suaves en Colombia genera ingresos por 1.2 billones de pesos al año y las empresas sancionadas tienen una participación de mercado superior al 78%. p. (89).

Por otro lado, el cartel del papel higiénico y papeles suaves desafortunadamente no es el único caso conocido en Colombia. Por ello, a continuación se procede a describir otro importante cartel empresarial que fue revelado recientemente por la Superintendencia de Industria y Comercio. El cartel de los cuadernos involucra a tres importantes empresas nacionales que desde el año 2001 iniciaron acuerdos entre ellas con el fin de pactar los precios del producto.

Entonces con el fin de puntualizar, el cartel de los cuadernos se encontraba conformado por las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Carvajal Educación S.A.S y Scribe Colombia S.A.S., y por su presunta cartelización para fijar precios la Superintendencia formuló pliego de cargos. Lo anterior se llevó a cabo mediante la Resolución No. 7897 del 27 de febrero de 2015, la misma fue motivada por presuntas infracciones al régimen de libre competencia derivadas de su participación en acuerdos anticompetitivos, pero específicamente por la conformación de cartel empresarial.

Entonces resulta que la Resolución No. 7897 del 27 de febrero de 2015. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. (2015). Estableció lo siguiente;

La SIC encontró que las empresas investigadas participaron en un acuerdo permanente e ininterrumpido para la fijación de precios mediante la concertación sobre el precio de venta de los productos, el porcentaje de incremento de ese precio y el porcentaje de descuento que podrían conceder a los canales de comercialización. De acuerdo con el material probatorio encontrado por la Superintendencia, este cartel comenzó a operar en 2001 y se mantuvo hasta principios de 2014. (p.22).

En ese entendido, la existencia del cartel empresarial, sus orígenes, su estructura y metodología de operación, quedaron en evidencia gracias al programa de delación, dado que dos de las tres empresas se acogieron al mismo, y allegaron posterior a la formulación del pliego de cargos las pruebas necesarias para establecer que el cartel incurría en acuerdos colusorios.

Con base en lo anterior, el superintendente de Industria y Comercio, Robledo, P. (2015). Explica que a fijación artificial de los precios de los cuadernos se habría efectuado de dos maneras: (i) mediante la fijación directa de precios por imposición, es decir, estipulando márgenes y precios mínimos de venta; y (ii) mediante la fijación indirecta de precios, acudiendo a la concertación de porcentajes de descuentos dirigidos a los distintos canales de comercialización. Esta conducta habría afectado a los compradores de cuadernos en la cadena de comercialización y en el precio final a los consumidores, fundamentalmente a los estudiantes de primaria, bachillerato y universitarios (p.04).

Ahora el funcionamiento del cartel de los cuadernos se encuentra plenamente explicado en la Resolución No. 7897 del 27 de febrero de 2015, dado que en la misma La Delegatura de la Superintendencia de Industria y Comercio, estableció que desde el año 2001 hasta el 2014 se configuró el cartel y que el mismo operaba en diferentes sectores de distribución, producción y comercialización de los cuadernos. Asimismo, establece que las empresas Carvajal Educación S.A.S y Colombiana Kimberly Colpapel S.A fueron precursoras desde el año 2001 hasta el 2011, y, posteriormente Carvajal y Scribe Colombia S.A.S entre los años 2011 y 2014 fueron los agentes que dieron continuidad al cartel. Es importante destacar que la SIC logró establecer mediante el material probatorio allegado por los delatores, que el cartel se materializó a través de reuniones iniciadas por citaciones mutuas, es decir, las empresas pactaban por medio de correos electrónicos reuniones en lugares ajenos a sus instalaciones, de hecho eran los altos funcionarios quienes se reunían entre una y dos veces al año para discutir los precios de las temporadas A y B escolares, donde la demanda de cuadernos era mayor y por ende el registro en ventas se incrementaba.

Claramente, de lo anterior se consigue evidenciar que las reuniones y los acuerdos eran llevados a cabo por los altos directivos de las empresas vinculadas al cartel empresarial, por ello, más adelante se procederá a explicar por qué la sanción pecuniaria involucra no sólo a las

empresas, sino también involucra a una larga lista de personas naturales que durante la vigencia del cartel empresarial se encontraban laborando para las mismas.

La Delegatura, estableció que de la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que durante la vigencia del cartel empresarial, Carvajal y Kimberly, hasta el año 2011 y después del 2011, Carvajal y Scribe, habrían fijado de forma directa e indirecta mediante descuentos los precios de los cuadernos en los diferentes segmentos del mercado de útiles escolares en el país. Como evidencia de lo anterior, en el expediente del caso en cuestión reposa el testimonio de una de las personas naturales vinculadas, que manifiesta que el acuerdo de precios era convenido de acuerdo a la categoría del producto, es decir, cuadernos de baja, media, alta y calidad Premium.

En ese entendido, la evidencia se encuentra en la declaración rendida el 22 de Agosto de 2014, dónde se expresó lo siguiente:

En el tema de cuadernos del segmento Premium, los precios se manejaban en listas similares, para que el consumidor en al momento de comprar, la decisión no fuera el precio sino el motivo de la caratula. (Folio 1036 del Cuaderno SIC Reservado No.2 del Expediente).

Entonces, con lo anterior se entiende que los acuerdos de precios en los cuadernos, operaban con base a la categoría de los mismos, es decir, de acuerdo a su calidad, evidentemente los cuadernos más costosos son los “Premium” dadas sus propias características de pasta dura con diferentes diseños y colores; por ello, el pacto de cuadernos de esta calidad se encontraba dirigido a mantener los costos siempre elevados. Ahora, mediante otra confesión se logró evidenciar que los acuerdos también involucraban los cuadernos de baja calidad y las marcas. Según (Folio 1166 a 1168 del Cuaderno SIC Reservado No.2 del Expediente) se resalta qué;

La reunión comenzó con discusiones enfocada en cuadernos de marca y cuadernos económicos después sólo se enfocó en marcas. Sin embargo, se discutían sobre los incumplimientos de acuerdos en las reuniones pasadas, ahí es donde yo les digo que entendí que se hacían y se venían haciendo reuniones en el pasado. En la reunión se decía “es que en este cliente usted le dio un precio más bajo del que habíamos acordado”, “usted en este otro cliente dio este precio.... Yo me conseguí esta factura”, y era un contrapunteo entre ellas hasta qué alguien dijo “bueno vamos a partir de cero, vamos a mirarlo hacia el futuro, vamos

a dar nuestra palabra para que los acuerdos que se hagan de aquí en adelante se vayan a cumplir”. Después la reunión continuó con definir los precios de los cuadernos económicos, entonces qué pasaba que yo vi en ese momento... tenían discutidos entre ellos cuáles iban ser los precios que querían para la temporada siguiente, uno de los Gerentes iba diciendo cuaderno por cuaderno que precio debía mínimo tener en la calle, entonces decía “Cuadernos espirales grandes, tanto precio...” (Folio 1547 del Cuaderno SIC Reservado No.4 del Expediente)

Con base en lo anterior La Superintendencia de Industria y Comercio, (2015) evidenció que eran los altos directivos-ejecutivos quienes tomaban las grandes decisiones con relación a las reuniones y acuerdos, sin embargo, los Gerentes Comerciales y de Mercadeo también conocían los resultados de los acuerdos. Es decir, el cartel se expandía en cada empresa saltando de niveles superiores e inferiores. Entonces la conducta anticompetitiva requería que las políticas comerciales relacionadas con la producción, distribución y comercialización de los cuadernos para escritura fueran consecuentes con los acuerdos efectuados por los miembros del cartel. (p.92).

La Resolución No. 7897 Superintendencia de Industria y Comercio. 27 de Febrero 2015, puntualiza que en la cartelización de los cuadernos existió “preparación”, que era llevada a cabo al interior de las empresas por parte de sus funcionarios. Al mismo tiempo, se identificó que la etapa de “ejecución” se desarrollaba por medio de los altos directivos, ejecutivos, y funcionarios del nivel inferior. Por los factores mencionados y con el material probatorio suficiente recaudado por parte de Superintendencia de Industria y Comercio, la entidad procedió a sancionar al cartel empresarial. (Resolución No. 7897. Ministerio de Comercio, Industria Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. 2015)

Por todo lo mencionado con anterioridad, en la Resolución 90560 de 2016 las personas y multas impuestas por infringir el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios). La Superintendencia de Industria y Comercio declaró responsables y sancionó a CARVAJAL, KIMBERLY y SCRIBE por infringir el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios): La

Superintendencia de Industria y Comercio declaró responsables y sancionó a Colombiana Kimberly Colpapel S.A con una multa de \$24.820.380.000, a Scribe Colombia S.A.S, con \$9.652.370.000 y a Carvajal Educación, S.A.S con \$12.410.190.000. Sin embargo, también se impusieron multas a personas naturales vinculadas con las empresas sancionadas por incurrir en la responsabilidad prevista, las mismas se establecieron de la siguiente manera. (Resolución 90560 de 29 de Diciembre de 2016. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. 2016).

Colombiana Kimberly Colpapel S.A		
Felipe José Alvira Escobar	Gerente General	\$241.309.250
Luis Fernando Palacio	Gerente Comercial de Consumo	\$237.861.975

Scribe Colombia S.A.S		
Antonio Martinez Baez	Director General del Grupo Papelero Scribe México	\$237.861.975
Fernando Rincón de Velazco	Director de Marketing	\$237.861.975
Juan José Orozco	Director Comercial	\$186.152.850
Jorge Barrera Castro	Gerente General (2010-2012)	\$48.261.850
Silvio Alberto Castro	Gerente General	\$68.945.500
María Virginia Cabal	Gerente de Mercadeo	\$34.472.750
Héctor Hernán Castañeda	Separador del Negocio y Puesta en marcha del Negocio y operaciones en México	\$41.367.300

Carvajal Educación S.A.S		
Gladys Regalado Santamaría	Presidente	\$206.836.500
Francisco Chaux García	Gerente Comercial y de Mercado Perú	\$17.236.375
María Aleida Osorio	Gerente Marca Mercadeo	\$75.840.050
Jairo Hernandez Velasco	Gerente General Región Andina	\$103.418.250
Francisco Ramirez Prada	Gerente Mercadeo Región Andina	\$48.261.850
Álvaro López Moreno	Gerente Comercial Nacional Línea Económica	\$6.894.550
Carlos Soto Cardona	Gerente Comercial Papelería Colombia	\$75.840.050
Eugenio Castro Carvajal	Vicepresidente Corporativo	\$310.254.750

German Varela Villegas	Gerente Global de Mercadeo	\$213.731.050
Mauricio Zapata Caicedo	Director General Región Norte CARVAJAL México	\$103.418.250
Victoria Eugenia Arango Martínez	Vicepresidente Financiero Corporativo	\$224.072.875

Tabla 2: Sanciones al Cartel de los Cuadernos

Finalmente, se analizará el caso de uno de los carteles más destacados en la historia del país: El cartel del azúcar, que no sólo fue polémico sino que involucró importantes empresas del sector azucarero colombiano que incurrieron en conductas concertadas, continuadas y coordinadas que tuvieron por objeto obstruir o restringir importaciones de azúcar a Colombia procedente de países de Centro y Suramérica, tales como Bolivia, Guatemala, El Salvador y Costa Rica. Es decir, el mencionado cartel tuvo alcances internacionales.

En ese entendido, La Superintendencia de Industria y Comercio, (2015) expresó que la investigación administrativa se inició a partir de algunas denuncias presentadas en el año 2010, empero por varios empresarios consumidores de azúcar que la utilizan como insumo productivo. Por ello, se procedió a iniciar con la etapa de investigación, después de agotada la averiguación preliminar, mediante Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia formuló cargos por presunta cartelización empresarial por parte de Asocaña, Ciamsa, Dicsa y los doce ingenios investigados por presunta cartelización al impedir u obstruir el ingreso de terceros al mercado del azúcar en Colombia (obstrucción de importaciones). (p.05).

Ahora, con el fin de continuar con el trámite de la larga investigación de la presunta cartelización del azúcar, Rodríguez, L. M., & Cárdenas, M. I. (2013). Rendidos los descargos y agotado el periodo probatorio, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia rindió el correspondiente Informe Motivado (29 de mayo de 2015 y 13 de julio de 2015) en el cual recomendó al Superintendente de Industria y Comercio sancionar a Asocaña, Ciamsa, Dicsa y los doce ingenios investigados por cartelización empresarial por haber realizado un acuerdo para impedir u obstruir las importaciones de azúcar hacia Colombia. (p.45).

El cartel del azúcar tiene la particularidad de que el mismo no sólo se ejecutó en Colombia, durante su vigencia se vieron involucrados diferentes países de Centro y Suramérica, tales como Bolivia, Guatemala, El Salvador y Costa Rica dado que los mismos tenían por objeto obstruir o

restringir importaciones de azúcar a Colombia. Por lo mismo, se procede a explicar la actuación de la Superintendencia de Industria bajo la motivación de dos resoluciones, previamente expedidas con el fin de sancionar a las empresas involucradas en la práctica restrictiva de la competencia.

Mediante Resolución No 80847 del 07 de Octubre de 2015, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. 2015;

La Superintendencia de Industria y Comercio impuso una sanción por **\$324 MIL MILLONES DE PESOS** a 12 ingenios azucareros, a las empresas Ciamsa y Dicsa, a Asocaña, y 14 personas naturales por haber incurrido durante varios años en una conducta concertada, continuada y coordinada que tuvo por objeto obstruir o restringir importaciones de azúcar a Colombia procedente de países de Centro y Suramérica, tales como Bolivia, Guatemala, El Salvador y Costa Rica. Asimismo, para contrarrestar la amenaza que suponía para sus intereses la entrada al país de azúcar proveniente del exterior, los investigados concibieron y ejecutaron deliberadamente una estrategia anticompetitiva, ilegal, concertada, coordinada y continuada encaminada a bloquear importaciones de azúcar a Colombia en general, para evitar que aumentara la oferta y disminuyera el precio interno que pagan los consumidores y la industria. (p.88).

En ese orden de ideas, cómo se explicó con anterioridad la segunda parte hace referencia a la Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. 2015;

Donde la Superintendencia de Industria y Comercio confirmó las sanciones impuestas a Asocaña, Ciamsa, Dicsa y 12 personas naturales. Dado que los ingenios investigados, han actuado coordinadamente y se han comportado en el mercado, en algunos casos, como un bloque, eliminando la competencia que debería existir en un sector en el que participan varios jugadores con facultades para competir vigorosamente. Asimismo, En virtud de su conducta coordinada, los investigados han desarrollado múltiples escenarios de concertación traducidos en organismos comunes, que a todas luces exceden sus derechos de asociación y libre empresa, y que les permiten generar espacios para diseñar, discutir y poner en marcha estrategias y proyectos estrechamente relacionados con su desempeño competitivo. (p.89).

Por lo mencionado con anterioridad, el actual Superintendente declara para el periódico El Tiempo. (2015);

Un primer caso encontrado por esta Superintendencia que evidencia el desarrollo de la estrategia para obstruir importaciones por parte de los investigados, fueron las negociaciones con los ingenios bolivianos con el propósito exclusivo de controlar sus excedentes y procurar que aquéllos no exportaran “ni un grano de azúcar a Colombia”, y así evitar que los mayoristas y comerciantes colombianos accedieran al producto a través de importaciones. (p.10).

Finalmente, se procede a registrar en el presente trabajo las respectivas sanciones impuestas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, no sólo a las empresas que conformaron el cartel del azúcar, sino a las personas naturales que se vieron vinculadas en el mismo, dado que sus actuaciones se encontraban dirigidas a concertar, acordar, y mantener durante el tiempo los acuerdos colusorios con el único objetivo de vulnerar el normal desarrollo de la libre competencia.

15 PERSONAS JURÍDICAS				
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN	% INGRESOS OPERACIONALES	% PATRIMONIO
1	ASOCANA	\$ 579.915.000.00	6.0%	5.0%
2	CIAMSA	\$ 3.840.326.000.00	0.7%	6.0%
3	DICSA	\$ 900.156.950.00	N/A	6.0%
4	INGENIO RIOPAILA CASTILLA S.A.	\$ 40.157.825.050.00	5.4%	6.0%
5	INGENIO DEL CAUCA S.A.	\$ 49.059.520.300.00	6.6%	3.6%
6	MANUELITA S.A.	\$ 32.854.762.150.00	6.6%	5.5%
7	INGENIO PROVIDENCIA S.A.	\$ 35.399.300.300.00	6.6%	6.4%
8	MAYAGUEZ S.A.	\$ 28.732.855.200.00	6.6%	4.0%
9	INGENIO LA CABANA S.A.	\$ 18.419.389.100.00	6.6%	3.3%
10	INGENIO PICHICHI S.A.	\$ 13.399.902.600.00	6.6%	5.6%
11	INGENIO RISARALDA S.A.	\$ 16.687.376.300.00	6.6%	6.6%
12	INGENIO SANCARLOS S.A.	\$ 5.361.636.350.00	6.0%	1.6%
13	INGENIO CARMELITA S.A.	\$ 7.492.501.800.00	6.6%	5.6%
14	CENTRAL TUMACO S.A. EN LIQUIDACION	\$ 1.794.514.750.00	3.3%	6.0%
15	INGENIO MARIA LUISA S.A.	\$ 2.223.651.850.00	6.0%	3.4%
	TOTAL PERSONAS JURÍDICAS	\$256.903.633.700.00		

12 PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	LUIS FERNANDO LONDONO CAPURRO	\$ 61.857.600.00
2	CLEMENTE CARLOS MIRA VELASQUEZ	\$ 91.497.700.00
3	JUAN JOSE LULLE SUAREZ	\$ 275.781.800.00
4	ADOLFO LEON VELEZ VELEZ	\$ 409.162.250.00
5	GONZALO ORTIZ ARISTIZABAL	\$ 402.074.400.00
6	MAURICIO IRAGORRI RIZO	\$ 233.254.700.00
7	JUAN CRISTOBAL ROMERO RENJIFO	\$ 51.548.000.00
8	ANDRES REBOLLEDO COBO	\$ 98.585.550.00
9	CESAR AUGUSTO ARANGO ISAZA	\$ 733.914.650.00
10	CARLOS ALBERTO MARTINEZ CRUZ	\$ 210.058.100.00
11	JAIME VARGAS LOPEZ	\$ 206.836.350.00
12	SANTIAGO SALCEDO BORRERO	\$ 413.028.350.00
	TOTAL PERSONAS JURIDICAS	\$3.187.599.450.00
	TOTAL SANCIONES IMPUESTAS Personas jurídicas y personas naturales	\$260.091.233.150

Tabla 3: Sanciones al Cártel del Azúcar

7. Análisis y discusión de resultados, conclusiones y recomendaciones

7.1. Análisis y discusión de resultados.

Los resultados obtenidos después de desarrollar la presente monografía, corresponden al análisis y estudio del fenómeno jurídico de los carteles empresariales, dado que como se evidenció con anterioridad los mismos se han presentado en importantes mercados como Estados Unidos y Europa. Sin embargo, gracias al estudio de derecho comparado que se realizó de los mencionados países con Colombia, fue posible evidenciar importantes características, que serán explicadas a continuación.

Se precede entonces a analizar la legislación Norteamericana, dado que en ella se encuentra la ley Sherman Antitrust que determinó una pauta en cuanto a control de monopolios ilegales se refiere, al restringir los acuerdos entre empresas que como finalidad pretendan controlar el mercado de un producto o servicio, manipulando el mercado y la competencia con otras empresas, ejecutando de esta manera una práctica anticompetitiva.

Con el pasar del tiempo Estados Unidos consiguió perfeccionar el modelo de control vigilancia y sanción contra los carteles empresariales. Es necesario recordar, que los *Programas de beneficios por colaboración o programas de clemencia (Delación)* en adelante programa de delación, que actualmente opera en Colombia es producto de la implementación del mismo en la legislación americana, la diferencia puntual entre las normativas de los dos países es que en Estados Unidos la cartelización constituye un delito, por lo tanto el programa también ofrece beneficios sobre la posible condena carcelaria, mientras que en Colombia el mismo se encuentra diseñado sólo para conceder beneficios a los delatores.

Sin embargo, se logró evidenciar que la implementación del modelo americano de delación para contrarrestar los carteles empresariales en Colombia, ha permitido que los delatores al denunciar la conformación, participación y pruebas suficientes de la existencia de un cartel a la Superintendencia de Industria y Comercio puedan acceder a los beneficios ofrecidos por el programa. En ese entendido es necesario destacar que por medio del programa de delación los delatores pueden ser exonerados hasta por el 100% de la posible sanción pecuniaria, asimismo, los segundos y terceros delatores que contribuyan de manera activa con la investigación también sean merecedores de importantes beneficios.

Siendo así las cosas se debe puntualizar que desde la implementación del Programa de Delación, la Superintendencia de Industria y Comercio ha conseguido dismantelar importantes carteles empresariales, de hecho gracias a sus facultades de vigilar, controlar, y sancionar el país ha sido testigo de como importantes empresas que se encontraban involucradas en acuerdos colusorios, fueron debidamente sancionadas por ejercer prácticas restrictivas de la competencia.

Entonces con la expedición de la Ley 1340 de 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio es la Entidad encargada en el país de abogar por la competencia, es decir, su actuación se encuentra dirigida a defender la libre competencia dentro del mercado colombiano. Para lo anterior, la S.I.C. empero, como se mencionó con anterioridad la libre competencia también se encuentra amparada desde la Constitución Política de 1991 y su defensa se puede ejecutar por medio de las acciones de grupo ante la justicia colombiana. Sin embargo, se debe resaltar que actualmente la participación activa de la defensa de la competencia en Colombia se encuentra en manos de la SIC.

Lo descrito con anterioridad no quiere significar que la protección de la competencia no pueda ser amparada por los Jueces de la República de Colombia, de hecho, existen importantes sentencia que evidencian que la capacidad de la justicia ordinaria para proteger la libre competencia, garantizando los derechos colectivos. A continuación se procede a consagrar el análisis de una de las sentencias más destacadas en materia de protección a la libre competencia.

La Sentencia con Radicación número: 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909) del Consejo de Estado se refiere en la demanda que la Superintendencia de Industria y Comercio, atendiendo una publicación aparecida en El Espectador el 25 de enero de 1997, adelantó una investigación contra la Asociación de Procesadores Independientes de Leche, de la cual COLANTA LTDA no hace parte, por presunta fijación de precios en Santafé de Bogotá D.C.; que contra la actora y otras empresas se adelantó también una investigación, sobre la cual presentó sus apreciaciones jurídicas mediante memorial de 3 de diciembre de 1999, y que no obstante se profirió la resolución sancionatoria al concluirse que incurrió en acuerdo de precios con DERILAC S.A., decisión que impugnó mediante recurso de reposición, pero éste le fue resuelto en el sentido de revocar parcialmente y confirmar en lo demás un acto administrativo distinto de aquella resolución, circunstancia que explica la invocación del silencio administrativo negativo en la demanda. p.(20). (Sentencia del 23 de enero de 2003, Consejo de Estado, 2003)

La demanda citada con anterioridad se sustenta en las siguientes pretensiones; *ii*). Que declare la nulidad de la Resolución Núm. 27762 de 20 de diciembre de 1999, y el acto presunto producto del silencio administrativo negativo, mediante los cuales la SIC (Superintendencia de Industria y Comercio) le impuso una sanción pecuniaria en cuantía de cien millones de pesos (\$ 100.000.000.00). *ii*) En subsidio, en caso de considerarse que no ocurrió el silencio administrativo negativo, que declare la nulidad de la Resolución Núm. 10023 de 10 de mayo de 2000, de la entidad demandada, por la cual confirma la anterior en virtud del recurso de reposición interpuesto contra la primeramente citada. *iii*) Que, como consecuencia de la nulidad, se ordene a la demandada el reembolso de la suma pagada por concepto de la multa en cuestión, en caso de que ésta se hubiere pagado antes de la sentencia. p.(35) (Sentencia del 23 de enero de 2003, Consejo de Estado, 2003)

Por su parte la labor de análisis del Consejo de Estado consistía en estudiar como la práctica se evidenció en la conducta reiterada de fijar el precio de manera uniforme, impreso en la bolsa de

leche pasteurizada de un litro, entre 1997 y 1999. El paralelismo surge de que se demostró que las empresas imprimieron durante los años 1997, 1998 y 1999 un mismo precio de venta al público en la bolsa de leche de un litro y el cambio se hizo en sincronización temporal tanto en la unidad de precio como en la coordinación para los aumentos. Sin embargo, la conducta que le ha sido endilgada a la actora y a la sociedad Derilac S.A no es la de haber impreso el precio máximo de venta en la bolsa de leche pasteurizada de 1.000 c.c., sino la de tratarse de un mismo precio máximo al público durante los años de 1997 a 1999, de modo que las variaciones de dicho precio se presentaron en la misma época y en el mismo monto. Estableciendo así que hay violación de la libre competencia cuando se dan acuerdos cuyo objeto o efecto sea la fijación directa o indirecta de precios. . p.(50) (Sentencia del 23 de enero de 2003, Consejo de Estado, 2003)

Del caso en concreto la actora no ha acreditado que se encontraba en una situación igual a la de las empresas beneficiadas con esa decisión y que sirvió de fundamento para la misma. Incluso, en el acto que decidió el recurso de reposición se advierte que dicho archivo obedeció a que las beneficiadas con la medida presentaron en tiempo la garantía prevista en el artículo 52, inciso cuarto, del Decreto 2153 de 1992, conducente a garantizar que cesaban la conducta investigada y a no volver a incurrir en ella, en tanto que la actora ni siquiera presentó esa garantía. p.(78) (Sentencia del 23 de enero de 2003, Consejo de Estado, 2003).

Finalmente, la Sala encuentra que los cargos no tienen vocación de prosperar, por lo tanto se revocará la sentencia apelada para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda. Por medio de esta sentencia en particular se pueden evidenciar dos factores fundamentales, el primero de ellos consiste en la facultades de la justicia ordinaria para proteger la libre competencia, el segundo que las sanciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en casos como el aquí mencionado son susceptibles de recurso de reposición.

Ahora en cuanto a las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio se refiere, las mismas fueron otorgadas dado que el Gobierno se vio en la obligación de conformar la Comisión Asesora para la Reforma al Régimen de Beneficios por Colaboración, para que la misma mediante un nuevo decreto modificará la delación, con el fin de aumentar las solicitudes de beneficios, es por ello nace al ordenamiento jurídico colombiano el Decreto 1523 de 16 de

Julio de 2015 por medio del cual se regula el régimen de delación para la detección de prácticas restrictivas de la competencia. En otras palabras, el propio Gobierno de Colombia reconoció la necesidad de establecer la protección de la libre competencia en cabeza de una única entidad encargada de la protección de los derechos de los consumidores, sin que esto reste importancia a la participación de los Jueces de la República en su labor de amparar los derechos de los colectivos.

Como se puede evidenciar con anterioridad, la evolución de las prácticas restrictivas de la competencia, específicamente la conformación de carteles empresariales, requería de la participación activa de una sola entidad que ejerciera las actividades propias de persecución a quienes vulneren el derecho de la libre competencia. Con lo cual se reitera que el modelo de programa de delación que funcionó dentro de la legislación americana, de igual forma ha presentado resultados positivos dentro de la legislación colombiana.

La evidencia de lo mencionado con anterior, recae en los diferentes carteles empresariales que han sido revelados por la Superintendencia de Industria y Comercio en los últimos años, es decir, la ejecución de sus funciones de controlar, vigilar y sancionar han permitido que carteles conformados por importantes empresas y que se encontraban previamente constituidos por hasta más de una década, quedaran al descubierto no sólo para ser sancionados con multas pecuniarias, sino para que los consumidores conocieran públicamente a las personas jurídicas y naturales involucrados en el desarrollo de esta práctica restrictiva de la competencia.

Siendo así las cosas es importante destacar que gracias a las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, los consumidores colombianos ahora cuentan con la absoluta certeza de que por varios años fueron estafados por importantes empresas que manipulaban los precios con el fin de vulnerar la libre competencia, y que como consecuencia de ello se presentaba la constante alza en los precios de productos de primera necesidad. Asimismo, los consumidores tienen pleno conocimiento de que las empresas y personas naturales que incurrieron en acuerdos colusorios, fueron sancionadas con base en la actual legislación y que sobre los mismos recaen las más altas multas pecuniarias conocidas hasta ahora en la historia de carteles empresariales en Colombia.

7.2. Conclusiones y Recomendaciones

Para el desarrollo de la presente monografía, previamente se estableció un problema de investigación que consistía en establecer si son eficientes los mecanismos implementados en la legislación colombiana para contrarrestar los actos colusorios como práctica restrictiva de la competencia.

Con base en el problema descrito con anterioridad, se realizó una previa recopilación de información académica con el fin de que la misma permitiera analizar el objetivo general de la presente investigación. Gracias al proceso de recopilación de información se lograron identificar las dos vías que actualmente existen en la legislación colombiana para contrarrestar las prácticas restrictivas de la competencia, por una parte, la vía judicial por medio de la cual los jueces de la República amparan la libre competencia mediante las acciones de grupo que protegen los derechos colectivos y por la otra, la participación de la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus facultades de supervisión, control, y vigilancia previamente conferidas por la Ley 1340 de 2009.

De igual manera durante el planteamiento de la hipótesis se establecieron algunos aspectos que vale la pena resaltar, efectivamente el control y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio ha permitido que varios carteles empresariales queden al descubierto y afronten la sanción respectiva. Sin embargo en la hipótesis se mencionaba que los consumidores quedaban con la amarga sensación de que las empresas que incurrían en la conformación de un cartel empresarial continuaban operando y vendiendo sus productos en el mercado, durante el desarrollo de la investigación se evidenció que la mencionada sensación aún es vigente.

Incluso en la hipótesis se establecía que sería adecuado considerar imponer sanciones más severas, con el fin de que las mismas sirvan como ejemplo de castigo por haber alterado el mercado y atentar contra la libre competencia. Pues bien, dado el estudio de derecho comparado de la legislación europea con la colombiana, se estableció que en la legislación europea las sanciones pecuniarias operan de acuerdo a las ganancias registradas por las empresas involucradas dentro del cartel empresarial. Entonces, como en la legislación colombiana las sanciones pecuniarias impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentran

limitadas de acuerdo a sus facultades previamente establecidas, los consumidores pese a las elevadas sanciones económicas impuestas por la SIC a los carteles empresariales, aún sienten que las empresas involucradas en carteles empresariales merecían un castigo mayor por ejercer esta práctica contraria a la libre competencia.

Ahora, culminando el presente trabajo se reafirma lo planteado inicialmente cuando se hacía referencia a que el control de los mercados y la restricción de las prácticas anticompetitivas son de interés general puesto que afecta la economía de los consumidores, restringe a los nuevos competidores y altera el mercado. Claramente después de analizar algunos de los más destacados carteles empresariales del país, lo anteriormente descrito cobra especial interés dado que la configuración de cada uno de los carteles empresariales que ha sido sancionado por la SIC, ha dejado graves consecuencias en la estabilidad de los precios, han restringido el ingreso de nuevos competidores y evidentemente han alterado la economía y el mercado.

Finalmente, él mismo puntualiza que el programa de delación se encuentra habilitado para todas las prácticas restrictivas de la competencia, sin embargo, el programa no cobija a los promotores o instigadores de la conducta restrictiva de la competencia, por ello se aconseja que es necesario modificar la ley para que, incluso, el instigador pueda ser delator. Si esto sucede, rompemos más fácil los códigos del silencio y menos carteles se van a conformar.

Por ende y con el fin de puntualiza en las correcciones propias de la investigación, se debe destacar que el Superintendente de Industria y Comercio afirma que el programa de delación se encuentra habilitado para todas las prácticas restrictivas de la competencia, sin embargo, el programa no cobija a los promotores o instigadores de la conducta restrictiva de la competencia, por ello se aconseja que es necesario modificar la ley para que, incluso, el instigador pueda ser delator. Si esto sucede, rompemos más fácil los códigos del silencio y menos carteles se van a conformar.

Quiere lo anterior significar que es necesario analizar la normativa actualmente vigente, dado que la misma no permite que el instigador pueda ser cobijado por el programa como delator, lo cual genera una clara limitante puesto que la persona natural o jurídica que haga las veces del mencionado rol, a pesar de que cuenta con toda la información y evidencias propias de la

existencia de un cartel empresarial no puede denunciar el mismo ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Par entender lo mencionado con anterioridad es preciso destacar que comprobar la existencia de un cartel empresarial no es sencillo, es decir, un cartel es una estructura conformada sólidamente por dos o más personas naturales y/o jurídicas que entre ellas mediante acuerdos colusorios pactan entre sí el manejo de precios de un determinado producto. En ese entendido, no es fácilmente ejecutable que una entidad del Gobierno consiga penetrar dentro de un cartel fielmente constituido.

Es por ello que sería adecuado ajustar la actual normativa con el fin de permitir el ingreso de los instigadores de un cartel empresarial al programa de delación de la Superintendencia de Industria y Comercio, dado que la participación de los mismos puede contribuir a que el proceso de investigación sea más ágil. Como se hizo referencia con anterioridad, gracias al *Dilema del Prisionero* y la *Teoría de juegos*, las empresas cartelizadas van a pretender obtener el mejor beneficio del programa de *Delación*, es decir el perdón de hasta el ciento por ciento de la sanción pecuniaria, lo cual es representa beneficios para los integrantes del cartel, la Superintendencia de Industria y Comercio, el proceso de persecución a carteles empresariales y para la economía del país.

Por otro lado, una adecuada recomendación consistiría en analizar la viabilidad de implementar dentro de la legislación colombiana un sistema sancionatorio que permita establecer las multas no de acuerdo a las facultades relacionadas con la cuantía de la Superintendencia de Industria y Comercio y de los Jueces de la República, sino de acuerdo a las ganancias registradas por las personas naturales y jurídicas que se encuentren vinculadas dentro de un cartel empresarial.

En otras palabras las sanciones pecuniarias a las empresas que pacten entre ellas acuerdos colusorios pueden ser establecidas con base en el registro de sus ganancias del año inmediatamente anterior, es decir, la multa se establecería de acuerdo a las ganancias reportadas por las empresas infractoras, y/o las legalmente establecidas producto de la etapa investigativa, de esta manera las empresas tendrían que pagar las multas de acuerdo con el dinero directamente

generado por incurrir en los acuerdos colusorios. Asimismo las personas naturales que incurran en actividades contrarias a la competencia mientras laboraban para empresas que establecían actos colusorios, deberían ser sancionadas con multas económicas basadas en las ganancias percibidas por incurrir en los mismos, aunque fuese en representación de la empresa donde se encontraban laborando.

En ese orden de cosas las recomendaciones mencionadas con anterioridad merecen ser tenidas en cuenta, dado que las mismas se encuentran fundamentadas en el análisis de la situación actual de los carteles empresariales, la participación del Estado que pretende proteger la competencia y las actividades propias ejercidas tanto por los Jueces de la Republica como por la Superintendencia de Industria y Comercio en su labor de defender el derecho de la libre competencia.

8. Bibliografía

- Binmore, K. (2009). *La teoría de juegos*. España: Alianza Editorial.
- Cabanellas; G. (2003). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. (25ª ed.). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Calvo, A., & Canedo, M. (2012). Casos escogidos de Derecho antitrust europeo. *Estudios De Deusto*, 56(1), 235-320.
- Calvo, A., & Canelo, M. (2008). Casos escogidos de derecho antitrust europeo. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 56(1), 235-320.
- Camargo, Á. (2014). *Análisis de los alcances de la aplicación del programa de clemencia del sistema español frente al beneficio por colaboración o delación en Colombia; esquemas que buscan neutralizar la creación y efectos de los carteles empresariales*. (Tesis de Pregrado). Recuperado de file:///C:/Users/DERECHO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA - ESQUEMAS APLICADOS EN CONTRA DE LOS CARTELES EMPRESAR.pdf.
- Carrizo, M (2003). *El desarrollo del derecho de la competencia en el Mercosur*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
- Carteles empresariales: desde salchichas alemanas hasta azúcar colombiano. (12 de Abril de 2015). Dinero. p. 4-5.
- Celani, M. & Stanley, L. (2003). *Política de Competencia en América Latina*. Santiago de Chile: Serie Desarrollo Productivo.
- Chaname, R. (2003). *La Ley Sherman en acción*. Volumen 5 N° 7. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
- Cn Working Group On Cartels. (2005). *Defining Hard Core Conduct, Effective Institutions, Effective Penalties. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, Vol. 1. ICN 4th Annual Conference Alemania*. 6-8.
- Cortázar, J. (2011). *Curso de derecho de la competencia (Antimonopolios)*. Bogotá: Temis.
- Expediente Cartel de Cuadernos en Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. (Folio 1036 del Cuaderno SIC Reservado No.2 del Expediente).

- Faria, M. (2013). *La política de defensa de la competencia en el Mercosur frente a los objetivos de integración regional de los bloques económicos*. *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 109, fev.
- Flint, P. (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Galvis, D. (2016). *La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas*, *Vniversitas*, 133-196. Universidad Javeriana. Bogotá.
- Gómez Leyva, D. (1998). *De las Restricciones, del Abuso y de la Deslealtad en la Competencia Económica*. Bogotá D.C.: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Gómez Leyva, D. (1998). *De las Restricciones, del Abuso y de la Deslealtad en la Competencia Económica*. Bogotá D.C.: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Hargain, D. (2001), *Análisis de la legislación de defensa de la competencia*, *Revista La Justicia Uruguaya* tomo 124, setiembre/octubre 2001, p. D 107 y ss, Uruguay.
- Juez Thomas Penfield Jackson, del Juzgado de Distrito de Estados Unidos en el Distrito de Columbia en la demanda N° 98-1232 (TPJ).
- Khan, B. Zorina. (2011). *Antitrust and Innovation before the Sherman Act*. *Antitrust Law Journal* 77 (3). American Bar Association: 757–86. Bowdoin College.
- La Superintendencia de Industria y Comercio, (2015). *Superindustria ratifica sanciones a empresas y directivos del sector azucarero por cartelización empresarial*. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-ratifica-sanciones-a-empresas-y-directivos-del-sector-azucarero-por-cartelizacion-empresarial>.
- Londoño Miranda, A. (2002). *Compilación documentos sobre derecho de la competencia*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – Cedec.
- Los siete carteles que han sacudido la economía del país. (07 de Abril de 2016). *El tiempo*. P.15.

- Martínez, M. & Trujillo, S. (2001). *Las acciones populares en Colombia*. (Tesis de Especialización). Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis26.pdf>.
- Medina, J. (2013). *Derecho comercial. Parte general. 5ª edición*. Bogotá: Colombia: Temis.
- Ortiz, V. (2009), *La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia*. Revista e-Mercatoria Volumen 8, Número 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Ossa, C. Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias*. Vol. 44, No. 120. p.202.
- Poundstone, W. (2005). *El Dilema del Prisionero*. España: Alianza Editorial.
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española (23ª ed.)*. Madrid: Editorial Espasa.
- Robledo del Castillo, P. (06 de Julio de 2016). Necesitamos aumentar la capacidad sancionatoria de la Superintendencia. *Ámbito Jurídico*. p.15.
- Robledo, P. (2015). *Por presunta cartelización empresarial para fijar los precios de los cuadernos, Superindustria formula Pliego de Cargos contra 3 empresas*. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/por-presunta-cartelizacion-empresarial-para-fijar-los-precios-de-los-cuadernos-superindustria-formula-pliego-de-cargos-contra-3-empresas>
- Robledo, P. (2015). *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Universidad Libre. Bogotá
- Rodríguez Quijano, L. M., & Cárdenas Osorio, M. I. (2013). *Cluster del azúcar del Valle del Cauca : ¿cartel del azúcar?* (Tesis Especialización). Cali: Pontificia Universidad Javeriana, Recuperado de (<http://hdl.handle.net/11522/3032>).
- Rubio, J. (2007) *Derecho de los Mercados*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio.
- Sabido, M. (2012), Casos escogidos de Derecho antitrust europeo. *Estudios De Deusto*, 56(1), 235-320.
- Soto Pineda, J.A. (2013). *Vías de aplicación del derecho de la competencia en la Unión Europea* (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

Superindustria ratifica sanciones a empresas y directivos del sector azucarero por cartelización empresarial. (31 de Diciembre de 2015). El tiempo. p.10

Superintendencia de Industria y Comercio, (2016). *Por cartelización empresarial en papel higiénico y otros papeles suaves, Superindustria sanciona a 4 empresas productoras*. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/por-cartelizacion-empresarial-en-papel-higienico-y-otros-papeles-suaves-superindustria-sanciona-a-4-empresas-productoras>

Uribe, C. (2006), *¿Los acuerdos horizontales de precios en Colombia se resuelven por la regla PER SE?: El caso de las empresas de vigilancia y los retos del consejo de Estado*. Vniversitas N° 112:149-191, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, artículo 81.1. Roma 1957

Troesken, W. (2012). *The Letters of John Sherman and the Origins of Antitrust*. Department of History Universit y of Pittsburgh. Pittsburgh

Ybar, M. (2013). *Comprendiendo el abuso de posición de dominio: Revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias*. Chile: Universidad de Chile.

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional. Sentencias.

- C-616 del 13 de junio de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil
- C-815 del 2 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil
- C-228 del 24 de marzo de 2010, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva
- C-432 del 2 de junio de 2010, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto
- C-263 del 6 de abril de 2011, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Sentencia del 23 de enero de 2003, Consejo de Estado, 2003

Leyes

Ley 1340 de 2009, Congreso de Colombia, 2009

Ley 472 de 1998, Congreso de Colombia, Agosto 05 de 1998

Ley 256 de 1996, Congreso de Colombia, 18 de Enero de 1996

Ley Sherman Antitrust. 15 U.S.C. 1 & 2. 1890.

Decretos

Decreto 1523 de 2015, Presidencia de la República de Colombia, 16 de Julio de 2015

Resoluciones

Resolución No. 31739. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. 2016.

Resolución 7897 de 27 de Febrero de 2015. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. 2015

Resolución No. 69518 del 24 de noviembre de 2014. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. 2014.

Resolución 90560 de 29 de Diciembre de 2016. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. 2016.