

Tipo de documento: Trabajo de grado para optar el título de Abogada

Título: *“El alcance de la exoneración del delator frente al régimen de beneficios por colaboración en el derecho a la libre competencia en Colombia: caso Colombiana Kimberly Colpapel S.A”*

Autor: Jennifer Lorena Muñoz Pérez

Lugar: Bogotá D.C

Fecha: Octubre de 2018

Palabras clave: Delación, clemencia, acuerdos horizontales, acuerdos de precios, carteles, libre competencia, derecho de la competencia, mercado, mercado relevante, ventaja competitiva.

Descripción del trabajo: La ley al querer proteger los mercados de acuerdos y de actos contrarios a la libre competencia, desarrolló un marco legal de beneficios para quienes delataran la conformación de carteles encaminados a alterar las condiciones normales del mercado, pero pasó por alto, considerar el hecho que las empresas pudieran estar participando en varios mercados relevantes con diferentes productos o servicios al mismo tiempo, brindándoles la posibilidad de convertirse en beneficiarios de exoneraciones de sanciones de manera sucesiva e ilimitada al no considerar que el beneficio otorgado se pudiera repetir sin tener en cuenta que el delator número uno, fuera el mismo en diferentes procesos sucesivos, premiándole en últimas su conducta anticompetitiva. Además de no haber considerado sanción alguna por el hecho de ser el ideario o el partícipe del acto o acuerdo contrario a la libre competencia cuando la situación irregular se repitiera.

Línea de Investigación: Derecho comercial – Derecho de la competencia- Régimen de beneficios por colaboración

Metodología: Como método de investigación fue utilizado método cualitativo enfocado en el estudio de caso en concreto.

Conclusiones: En el proceso de la investigación, se puede afirmar que el régimen de beneficios por colaboración es una estrategia que a nivel global ha tenido un impacto positivo respecto al descubrimiento de prácticas que falsearon la competencia en un tiempo determinado, en el caso colombiano, si bien se va por buen camino, se debe replantear la estimulación a las empresas a delatar, desde la norma jurídica, limitando las exoneraciones totales simultaneas o repetitivas a las empresas (caso Kimberly) que se les declare responsables como actores principales y representativos en los acuerdos horizontales de fijación directa o indirecta de precios, esto con el fin de evitar que por corregir una conducta, la misma norma le otorgue beneficios o ventajas competitivas respecto a las competencia, ventaja que se convierta en una posición de dominio que en el tiempo pueda ocasionar una práctica restrictiva ocasionando el abuso de la misma. Siendo un remedio para una conducta anticompetitiva, pero, a su vez, un generador de otra.

“El alcance de la exoneración del delator frente al régimen de beneficios por
colaboración en el derecho a la libre competencia en Colombia: caso Colombiana
Kimberly Colpapel S.A”

Jennifer Lorena Muñoz Pérez

Universidad San Buenaventura
Facultad de Ciencia Jurídicas y Políticas
Derecho

Bogotá D.C. - 2018

“El alcance de la exoneración del delator frente al régimen de beneficios por
colaboración en el derecho a la libre competencia en Colombia: caso Colombiana
Kimberly Colpapel S.A”

Jennifer Lorena Muñoz Pérez

Trabajo presentado como requisito parcial para optar por el título profesional en
Derecho

Asesor: Héctor Darío Herrera

Universidad San Buenaventura
Facultad de Ciencia Jurídicas y Políticas
Derecho

Bogotá D.C. - 2018

Agradecimientos

Este proyecto de investigación está dedicado:

A mi madre que con su amor, paciencia y esfuerzo me permitió llegar a cumplir hoy un sueño más, gracias por inculcar en mí el ejemplo de esfuerzo, valentía y fortaleza a pesar de las situaciones.

A mis hermanas Stephanía y Michell, por su cariño y apoyo incondicional, durante todo este proceso, por estar conmigo en todo momento gracias.

A Andrés Galvis, que gracias a su amor, disposición y dedicación logré entender factores relevantes para el desarrollo de mi trabajo de grado.

Finalmente quiero agradecer a mi tutor, Héctor Darío, por su paciencia, enseñanza y acompañamiento en el proceso de esta investigación.

Tabla de contenido

Resumen del proyecto	6
Introducción.....	7
Desarrollo de la figura jurídica de la libre competencia en Colombia, su historia, evolución y aplicación	8
Aplicación de normatividad en el derecho de la competencia en Colombia	25
Régimen de beneficios por colaboración en Colombia.....	28
Programas de delación	32
Decreto 2896 de 2010	33
Decreto 1523 De 2015.....	35
Teoría de juegos	38
El impacto que a las empresas competidoras se les podría llegar a ocasionar por parte de las empresas deladoras, como consecuencia de las sanciones impuestas	42
Análisis de resoluciones de cartelización en Colombia.....	42
Cartel de pañales – Resolución 43218 del 28 de junio de 2016	43
Cartel de papeles suave – Resolución 31739 de 26 de mayo de 2016.....	49
Cartel de cuadernos – Resolución 54403 18 de agosto De 2016.....	58
Análisis del impacto de la sanción a las empresas coludidas	64
Simulación de los efectos de las sanciones en cada uno de los carteles sancionados, si las sanciones se hubiesen hecho efectivas en el año 2016	65
Caso Kimberly Colpapel.....	72
Conclusiones.....	78
Bibliografía.....	83

Resumen del proyecto

Este trabajo de investigación que comprende el tema de *“El alcance de la exoneración del delator frente al régimen de beneficios por colaboración en el derecho a la libre competencia en Colombia: caso Colombiana Kimberly Colpapel S.A”* pretende analizar de fondo el impacto y los efectos que con la aplicación de dicho régimen se podrían ocasionar dado la ausencia de límites normativos para el delator, cuando este participa al mismo tiempo en varios sectores de un mismo mercado, teniendo en cuenta que esta figura en Colombia ha exonerado, en tres de los acuerdos horizontales más sonados en los últimos años, a la misma empresa, Colombiana Kimberly Colpapel S.A.

En el desarrollo de este proyecto, se analizará la historia, evolución y aplicación de la figura de la libre competencia en Colombia, a su vez se analizará el efecto de los acuerdos horizontales y/o de fijación de precios – denominado comúnmente como cartelización – los cuales afectan las condiciones naturales de los mercados, teniendo como referente la figura de la delación, cuya herramienta ha logrado el desmantelamiento de algunos carteles. Lo anterior, con el fin de conocer el efecto que surten las sanciones impuestas, desde dos espacios de análisis: primero desde lo jurídico, al encontrar que la norma, le otorga al delator un doble beneficio, e incluso triple beneficio cuando al estar incurso en el acometimiento de varios acuerdos horizontales de precios, en varios procesos simultáneos, se le otorgan exoneraciones simultaneas como primer delator, al no haberse dispuesto en la norma un límite de delaciones y solo regulado la amnistía plus, cuando este participa

al mismo tiempo en varios sectores del mercado; y segundo, desde lo económico, determinado el impacto sobre el patrimonio y los ingresos operacionales respecto a la disponibilidad de recursos de las empresas involucradas en los actos contrarios a la libre competencia y su ulterior posición en el sector comercial respectivo, en este caso, el de la fabricación en diversos sectores que se han visto afectados por esta conducta (papeles, pañales, cuadernos), cuyas empresas tienen actividades económicas con alta similitud.

De tal suerte que, con esta investigación se pretende analizar el efecto que los beneficios que emanan del régimen por colaboración cuando no son limitados para un mismo actor/agente de mercado, además de prevenir están ocasionado un problema a futuro, una ventaja competitiva, que evidencia que la norma se quedó corta en su alcance o no previó los efectos que pudo llegar a ocasionar.

Introducción

El régimen de beneficios por colaboración es una herramienta efectiva a la cual ha acudido la Autoridad para la detección de conductas contrarias a libre competencia. Este trabajo de grado se basa en el análisis normativo de los beneficios otorgados por la colaboración en la detección de carteles en Colombia y como este impacta de manera representativa a los coludidos, creando así, escenarios que lleven a los demás a delatar, como medida sancionatoria y correctiva, y a su vez, preventiva en

la medida que con el impacto se espera que los empresarios que estén o deseen participar en dichas prácticas lo piensen dos veces.

Por lo anterior, en el desarrollo de la presente investigación se analizan tres casos sancionados, en primera instancia, en Colombia; determinando que la normatividad jurídica en el estado en particular, puede estar produciendo un problema a mediano y/o largo plazo, debido a la existencia de ciertos vacíos de tipo jurídico que tienen un impacto representativo en lo económico cuando se permiten exoneraciones totales, de manera simultánea, en el primer orden de delación, en diferentes procesos judiciales.

Desarrollo de la figura jurídica de la libre competencia en Colombia, su historia, evolución y aplicación

La libre competencia¹ emerge como fenómeno histórico a raíz del ejercicio propio del mercado, pero se analizará su génesis², como referente principal los Estados Unidos de América, puesto que dicho estado se vio marcado por los sucesos

¹ Definido por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)¹: “conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado”;

² La primera ley que tenía como fin la protección de la libre competencia no fue sancionada en EE.UU., sino en Canadá en el año de 1889. Pero los autores citados advierten que esta ley tan solo se ocupó de sancionar algunas prácticas colusorias, dejando por fuera muchos temas relacionados con la libre competencia. (ZULLITA FELLINI, Gadulfo y PÉREZ MIRANDA, Rafael, Ob. Cit., Pág. 9.) Asimismo, según Thomas J. DiLorenzo, la Ley Sherman fue la primera norma antimonopolios de aplicación nacional, pero no fue la primera norma antimonopolios expedida en EE.UU. En años anteriores, este tipo de normas habían sido expedidas en varios Estados de la Unión. (DILorenzo, Thomas J. “The Case Against All Antitrust Legislation.” Cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute, August 9, 2003.)

alternos al derecho antimonopolístico que surgió a finales del siglo XIX, en el contexto de una sociedad con una economía proteccionista en la cual proliferaron los monopolios y los carteles. (Zullita Fellini, 2003)

Como disciplina, la política de competencia viene de la intersección de teorías económicas relativas al funcionamiento de los mercados, la organización industrial y el derecho de la competencia (Bardey et al., 2013). Cuyo objetivo es: la protección del bienestar económico de los consumidores y un criterio de eficiencia que, por construcción, se añade al excedente económico de las empresas.³ Donde las autoridades de competencia tienen como misión resguardar el cumplimiento de un criterio de eficiencia concentrándose en un mercado o un sector, con un enfoque de equilibrio parcial, pese a los demás efectos económicos derivados del ejercicio propio de las empresas.

La ley de competencia busca crear una economía abierta y regulada a través de:

1. Reglamentación eficiente y efectiva
2. Reducir la influencia de los empresarios evitando el “dominio de mercado”
3. Protección a la propiedad industrial e intelectual
4. Regular excesos del mercado y evitar que se forjen prácticas contrarias a la libre competencia.⁴

A pesar de que existen diferentes vertientes derivadas de la protección a la libre competencia, el pilar de esta política tiende a la dirección de cuatro (4) vías (Bardey

³ Se debe subrayar que, en un enfoque de equilibrio parcial, el criterio de eficiencia equivale a la maximización de una función de bienestar utilitarista que suma el excedente de los consumidores y las ganancias de las empresas.

⁴ http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/transparencia_por_colombia_capitulo_25.pdf

et al., 2013): Los acuerdos, La posición de dominio- abuso, Régimen de integraciones, Competencia desleal.⁵

En el desarrollo de la práctica de la política económica y por la necesidad ocasionada, se creó la política antimonopolio o antitrust⁶ cuyo objetivo principal fue prevenir las concertaciones de capital evitando la eficiencia, beneficios y ventajas que surgen de la praxis natural del mercado (Agudelo, 1999), y así lograr el bienestar de los consumidores.

Han existido diversos hitos que han sido referentes en el desarrollo y creación de la normatividad respecto a la libre competencia, tanto a nivel supranacional como nacional; para la comprensión de esto se deben tener en cuenta los siguientes sucesos:

Desarrollo Supranacional:

La política de competencia a nivel internacional tiene dos grandes polos de influencia que son EE.UU, como la afirma el doctrinante Alvarez: “para el sistema constitucional estadounidense la política de defensa de la libre competencia es uno de los principios estructurales de su sistema político, al considerar que uno de los pilares de una “democracia fuerte” es una “economía fuerte”, pues esta favorece el

⁵ El presente trabajo de investigación enfoca su análisis y desarrollo en los temas correspondientes a la competencia desleal y los acuerdos contrarios que se derivan de esta.

⁶ El trust recibe este nombre por un tipo de asociación comercial: trustees ship, mediante el cual se permite consolidar el control de empresas a través de la transferencia de acciones a cambio de certificados sobre el trust. Así, las empresas concernidas lograban eliminar la competencia al tener el control legal de las industrias (sobre todo las manufactureras y mineras) (Botero, 2002)

bienestar general y permite la posibilidad de competir en el mercado” y la Unión Europea, tal cual lo expresa en su documento la doctora Andrea Alarcon: “Estos antecedentes de la legislación estadounidense irradiaron la legislación de la Unión Europea. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, expedido el 25 de marzo de 1975 en Roma, contempla en forma expresa en sus artículos 81, 82, 85 y 86 la sanción y represión a conductas contrarias a la libre competencia económica al interior de la Unión Europea”.

Con el fin de exponer ciertos hechos representativos e históricos en el desarrollo de dicha política, cabe reflejar que una vez superada la guerra civil norteamericana, hacia el 1890, a causa de la práctica convencional del entorno socio-político cuyo efecto económico permitía que los empresarios realizarán acuerdos horizontales (carteles de precios)⁷ y división de mercados. Surge, tal como lo señala profesor Witker, la Ley Sherman, la cual limitaba el derecho de libertad de empresa que “se veía amenazado por el ejercicio de la propia libertad y por el poder económico que habían adquirido los conglomerados empresariales” (Miranda, 2007). Esta ley prohibía las siguientes conductas: a) Toda clase de acuerdos que tiendan a restringir la competencia entre diversos estados o con naciones extranjeras en vez de la protección de los derechos naturales a la libertad económica, seguridad de la propiedad privada y evitar los fenómenos que falseaban la competencia⁸. B) La monopolización.⁹ Pese que uno de sus fines era controlar la existencia de los

⁷ CARTELES: Son grupos de empresas participantes en un mercado, que acuerdan precios, definen cuotas de producción o se reparten mercados. Los carteles permiten eliminar la presión ejercida por las empresas de la competencia, mantener precios fijos, más altos, menor variedad y calidad de los bienes y servicios, lo cual repercute negativamente en el consumidor.

⁸ BAKER, Jonathan B. Ob. Cit. Pág.4

⁹ Ibid

monopolios, los profesores Kovacic y Shapiro, afirman: “El lenguaje de la Ley Sherman y su historia legislativa indican que el Congreso no condena el status de monopolio. En cambio, la crucial tarea analítica de las cortes era definir la conducta que, unida con el poder de monopolio, constituía una monopolización ilegal”

Esta política está integrada, para el caso de los Estados Unidos, por varias normas que por la estructura del sistema common law han sido fortalecidas a través de diversos pronunciamientos judiciales, que le suceden a la ley Sherman Antitrust Act, años posteriores se crea la Ley Clayton Act del año 1914, la Federal Trade Commission Act del mismo año; la Robinson-Patman Act de 1936, la Celler-Kefauver Act de 1950 y la Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976 (estas tres últimas enmiendas a las primeras) (Alarcón, 2016).

La primera guerra mundial marcó un referente en la historia normativa respecto a la libre competencia, se remontan hechos que demuestran que Herbert Hoover como secretario de comercio de los EE.U, ejerció su poder persuadiendo a los grandes empresarios para que cooperaran a través de asociaciones gremiales para limitar las características derrochadoras de la competencia (Kovacic, 2000).

Nacional:

Colombia se caracteriza por poseer las leyes de competencia más antiguas de América Latina, expresada en la Constitución de 1886 en su artículo 32 determinó que la economía estaba en cabeza del Estado y este era quien garantizaba el

desarrollo natural de los fenómenos que emanaran de ella a pesar que no consagraba la competencia económica como derecho. Al pasar de los años, en las distintas reformas a la Constitución, principalmente las de 1936, 1945 y 1968, la intervención del Estado en la economía se estableció como parámetro constitucional (Bardey et al., 2013). Tiempo después, se expidió la Ley 155 de 1959 en cabeza del Doctor Hernando Agudelo Villa (Miranda, 1997), la cual establece la intervención estatal en la fijación de los precios con el ánimo de regular los intereses de los productores y consumidores. Esta Ley nace como resultado un crecimiento industrial y económico importante, que motivó cambios en la regulación y manejo de las políticas correspondientes.¹⁰

La facultad otorgada al Presidente de la República a través de la Ley 19 del 25 de noviembre de 1958, permitió la expedición del Decreto 1653 del 15 de julio de 1960, mediante el cual se creó la Superintendencia de Regulación Económica.¹¹ Este organismo de la Rama Ejecutiva fue el encargado especialmente de estudiar y aprobar con criterio económico y técnico, las tarifas y reglamentos de servicios públicos como energía eléctrica, acueducto, alcantarillado y similares, y las tarifas de los espectáculos públicos, de los cines y de los hoteles.

A pesar del esfuerzo en materia normativa, la ley 155 de 1959 no tuvo mayor impacto debido a la falta de concientización del estado frente a los comerciantes, una de estas teorías es que existió un defecto estructural de la

¹⁰ <http://www.sic.gov.co/historia>

¹¹ Ibid

legislación, que tiene que ver con el desarrollo del párrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, por medio del artículo 1º del Decreto 1302 de 1964. En efecto, como se recordará, aunque el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 contiene un postulado general de prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia al estilo de la de la Ley Sherman o del artículo 85 del Tratado de Roma, el párrafo de dicho artículo establece la posibilidad de introducir excepciones a la prohibición general (MIRANDA, 1997).

El artículo 1º de la Ley dice lo siguiente: "Quedan prohibidos los acuerdos¹² o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos."¹³

"Párrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la

¹² Un acuerdo de colaboración entre competidores es aquel en virtud del cual dos o más firmas que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena productiva, y que están compitiendo efectivamente en el mercado, combinan sus recursos o unen parte de sus operaciones con el fin de alcanzar determinadas metas comerciales. La colaboración entre competidores usualmente se protocoliza en un conjunto de compromisos que pueden estar contenidos en uno o más convenios, lo cual demanda de la Superintendencia un análisis global que no solo tenga en cuenta las posibles consecuencias en el mercado de un compromiso en específico, sino que también considere la relevancia de tal compromiso dentro de un acuerdo de colaboración que, evaluado como un todo, tiene la potencialidad de generar eficiencias susceptibles de producir beneficios para los consumidores. (subrayado propio)

¹³ Artículo 45, decreto 2153 de 1992: "todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas."

estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

Posteriormente al desarrollar el párrafo transcrito, el artículo 1º del Decreto 1302 de 1964 expresó lo siguiente:

"Para los efectos del párrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, considérense sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como: a) El proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana; b) La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros."

Al analizar el artículo 1º del Decreto 1302 de 1964 concentró dentro de las excepciones a la prohibición general del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, todas las actividades económicas de alguna importancia, con lo cual hacía inoperante la ley de la competencia.¹⁴

No se emitieron normas análogas sobre prácticas restrictivas de la competencia hasta el año 1971, año en el cual se expidió el Código de Comercio, el cual estableció en sus artículos 75 a 77, artículos derogados por el artículo 33 de la Ley

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores

256 de 1996, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Norma que determina los actos contrarios a la competencia leal, estos son (artículos 7-19, Ley 256 1996):

- Actos de desviación de la clientela.
- Actos de desorganización.
- Actos de confusión.
- Actos de engaño
- Actos de descrédito.
- Actos de comparación.
- Actos de imitación.
- Explotación de la reputación ajena
- Violación de secretos.
- Inducción a la ruptura contractual
- Violación de normas
- Pactos desleales de exclusividad.

Una vez elegido el ex presidente, César Gaviria, en el año 1990 se inició el llamado "proceso de modernización estatal" que trajo consigo cambios de toda índole, tanto constitucionales con la reforma de 1991, como institucionales tales como la simplificación nacional de trámites y la reestructuración del aparato productivo estatal.¹⁵ Mediante el Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992, dando paso a una perspectiva aperturista, cuya disposición ha sido base del modelo aplicado en

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Historia de la entidad.

el país durante la última década del siglo XX y hasta el año 2009, con la entrada en vigencia del Decreto 3523 de 2009 (modificado por el Decreto 1687 de 2010), por medio de este Decreto se reestructuró la función de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuyo propósito respondía a la labor de poner en consonancia la función de la Superintendencia de Industria y Comercio con los mandatos de la nueva constitución y establecer un marco propicio para el cumplimiento de los principios propios de las actuaciones administrativas. Cuyo fin era: Mejorar la eficiencia del aparato productivo; Libre acceso a mercados de bienes y servicios; Que las empresas puedan participar libremente en los mercados; Que exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

Los temas relacionados con la política de la libre competencia se vieron inmersos en un escenario dinámico en el área legislativa, con la expedición de la Ley 45 de 1990¹⁶ sobre reforma financiera, debido a que en este periodo de tiempo Colombia llevó a cabo la fase más importante y fundamental de la liberalización financiera, mediante una reforma que brindaba apertura de capitales (Arango, 2006), en la cual se incluyó un capítulo sobre competencia e información. Posteriormente, en Enero de 1991 se expidió la Ley 1ª de dicho año, contentiva del Estatuto de Puertos Marítimos, en la cual se incluyó un capítulo sobre restricciones a la libre competencia y se le atribuyó el control sobre este tipo de prácticas a la Superintendencia Nacional de Puertos (Miranda, 1997).

¹⁶Ley en la cual se estableció el esquema de matrices y filiales, la libertad de entrada y salida de los mercados, redefinió la estructura del sector y de sus servicios, y reguló los flujos de información.

En la Constitución Política de 1991 se incluyó en el artículo 333, normas relacionadas con las prácticas restrictivas de la competencia, los monopolios, y el acceso a la propiedad:

- El artículo 57 de la Constitución dice que "La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas."
- El inciso tercero del artículo 58 establece que "El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de la propiedad."
- El artículo 60 expresa que "El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando este enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria."
- El artículo 64 de la Constitución dice que " Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa..."

Con respecto al avance jurisprudencial, la "Libertad Económica y Competencia", hasta llegarse a la fórmula del actual artículo 333 de la Constitución: 1. En el informe de ponencia sobre Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado, presentado por los Constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benitez, Angelino Garzón, Julio Cuevas y Guillermo Guerrero, que se encuentra publicado en la Gaceta Constitucional número 46 del día 15 de abril de 1991 (páginas 7 y s.s.), se incluyó

dentro del articulado el siguiente párrafo sobre control a las prácticas restrictivas de la competencia: "Artículo 1.- Libertad Económica y Competencia:" "... "El Estado, por mandato de la Ley, impide que se obstruya o restrinja la libertad económica y la competencia, regula o pone fin a los monopolios y controla cualquier forma de dominio de mercado que perjudique a la comunidad." "... 2. Como se puede observar, esta es una posición inicial bastante dura, que permite acabar con los monopolios cuando se considere que "perjudican a la comunidad", fórmula harto vaga que se presta a todo tipo de interpretaciones. Pero aún en este caso, los Constituyentes no pretendían imponer una prohibición absoluta de los monopolios, ni tampoco montar una persecución generalizada de los mismos, ya que en la conclusión de la exposición de motivos de esta parte de la norma se lee lo siguiente: "Ni tampoco, conscientes de los resultados obtenidos en la experiencia europea, proponemos que la concentración sea reprimida per se sino cuando asuma la forma concreta de prácticas de la posición dominante enderezadas a restringir la competencia o la libertad económica y, que por ello mismo, perjudique a la comunidad."

El artículo 333 de la Constitución, fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente en la siguiente forma: "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" "... "El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o 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.¹⁷

También, el artículo 88 de la Constitución Política: Reconoce la libre competencia como un derecho colectivo. Por ende, la libertad o libre competencia determina la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y de formar y mantener una clientela.

En materia de competencia desleal, con la expedición de la Ley 446 de 1998, se le asignaron las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas respecto a las conductas señaladas en el artículo 144 de la mencionada Ley y se le autorizó para adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes.¹⁸

La Ley 510 de agosto 3 de 1999 le otorgó facultades para tramitar las solicitudes sobre liquidación de perjuicios respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal.

¹⁷Gaceta Constitucional número 46 del día 15 de abril de 1991

¹⁸ Superintendencia de Industria y comercio, Historia de la Entidad.

Decreto 1130 de 1999, (SIC): le otorgó a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de inspeccionar y vigilar lo relativo al régimen de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, para lo cual se le dio la facultad de aplicar lo establecido en todas las normas relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Ley 590 de 2000¹⁹ es conocida como Ley MIPYMES creada por el Congreso de la República en virtud del desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas. Esto, con el fin de proteger y promover el desarrollo y crecimiento del sector empresarial, brindándole garantías, beneficios y ventajas a las empresarias emergentes.

Con el fin de regular la competencia, en el año 2009 se creó una política de competencia²⁰ la cual se legalizó en la Ley 1340 de 2009, la cual designó a la Superintendencia de Industria y Comercio como la autoridad nacional en materia de competencia para que conozca en forma exclusiva de las

¹⁹ - Modificada por la Ley 1753 de 2015, 'por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"', publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.

Modificada por la Ley 1450 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011, 'Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014'

Modificada por la Ley 1151 de 2007, publicada en el Diario Oficial No. 46.700 de 25 de julio de 2007, 'Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010'.

Modificada por la Ley 905 de 2004, publicada en el Diario Oficial No. 45.628, de 2 de agosto de 2004, 'Por medio de la cual se modifica la Ley 590 de 2000 sobre promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana y se dictan otras disposiciones'.

²⁰ La Política de Competencia es un conjunto de disposiciones emanadas del Gobierno Nacional que tienen como fin orientar el orden económico hacia la promoción de la eficiencia y el bienestar general mediante la modificación del comportamiento de las empresas y de la estructura de la industria.

Existen dos aspectos en la política de competencia de un gobierno: por una parte, se evidencian posturas tales como la liberalización económica, dónde se abren las fronteras y se desregula la actividad empresarial y el estímulo y; por otra, están las normas que previenen las prácticas anticompetitivas con una mínima intervención del gobierno.

investigaciones administrativas, imponga las multas y adopte las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia. Esta norma también facultó a la entidad para efectuar la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.²¹

A su vez, La Ley 1340 de 2009, estableció que la Superintendencia de Industria y Comercio:

- Impondrá multas a personas jurídicas y naturales por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluyendo la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones adelantadas por la Entidad
- El incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de la aprobación de una integración bajo condiciones especiales o la terminación de una investigación por aceptación de garantías.²²

El modelo se ha desarrollado en diferentes estados, el que acogió la Unión Europea también lo tomó el Estado Colombiano, determinando similitud en sus características de fondo, tales como:

²¹ Superintendencia de Industria y Comercio, ¿Qué es la libre competencia?

²² Ibid

- La importancia de la eficiencia de los mercados como objetivo de la política de la competencia, determinada como una cualidad que varía acorde con las condiciones del mercado, las cuales son determinadas por las interacciones entre sus agentes (Mateus et al.,2016).
- Libre participación de las empresas en los mercados y el bienestar de los consumidores²³. Lo mismo podría decirse de la forma en la que se concibió la actuación de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa y corrección de las prácticas anticompetitivas bajo un sistema administrativo dependiente del poder ejecutivo o al menos, con una independencia limitada respecto del mismo.
- La diferencia fundamental en este aspecto, sin embargo, se evidencia en la existencia de una instancia supranacional (para los países miembros de la Unión Europea) instituida en un Tribunal Judicial que revisa y decide en segunda instancia y de manera definitiva las decisiones adoptadas internamente por la autoridad de competencia, lo cual hace más independiente la decisión y menos vulnerable a presiones de tipo político (Bardey et al., 2013). A diferencia que en Colombia hasta el año 2009, como se observa en párrafos anteriores, la Superintendencia de Industria y Comercio se delegó como ente competente para llevar a cabo procesos, investigaciones y actuaciones frente a las conductas contrarios a la libre competencia, previamente se hacía trámites ante los juzgados administrativos

²³ ARTÍCULO 3º Ley 1340 de 2009. PROPÓSITOS DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.

Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

desconociendo el rol de este ente de control. Sin desmeritar que los tribunales administrativos están facultados para conocer de los procesos en segunda instancia.

La armonización de las diferentes legislaciones mediante la definición multilateral de reglas comunes sobre política de competencia es un importante reto para el futuro del Derecho de la Competencia en América. Los acuerdos supranacionales en el marco de procesos de integración regionales han jugado un papel importante en la tarea armonizadora (Miranda, 2007).

Otras normas:

Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN): Decisión 608 de 2005, que reemplaza la Decisión 285 de Abril de 1991, “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”. Los Países Miembros acordaron tener un conjunto de reglas para corregir prácticas que pueden distorsionar la competencia en la Subregión Andina, dicho acuerdo se plasmó en los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena. Es por ello que, de acuerdo al avance del proceso andino y el incremento del comercio subregional, se fue desarrollando el mandato dispuesto en los artículos referidos. Inicialmente fueron regulados aquellos aspectos que trataban de corregir las prácticas propias del comercio internacional, como el dumping²⁴ y los subsidios; con procedimientos similares se trató de avanzar en

²⁴ Se considera que un producto es objeto de dumping es decir, que se importa en el mercado colombiano a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse hacia Colombia es menos que

instrumentos que permitieran contrarrestar las prácticas restrictivas de la libre competencia, manipulaciones indebidas en los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. Estas prácticas se tratan de prevenir y corregir en mercados integrados o en procesos de integración avanzados.²⁵

Los Países Miembros acordaron tener una norma orientada a la protección y promoción de la libre competencia, buscando la eficiencia de los agentes económicos y el bienestar del consumidor andino. En abril de 2005, con la adopción de la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, se pasa a una nueva concepción en materia de libre competencia debido a que se adecua la normativa andina a estándares internacionales.

Esta Decisión, prohíbe y sanciona las conductas restrictivas de la libre competencia que afectan a la Subregión, y en su aplicación, a diferencia de la norma precedente (Decisión 285), no se hace necesario probar la existencia de daño.²⁶

Aplicación de normatividad en el derecho de la competencia en Colombia

el precio comparable, en el curso de las operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país de origen. (Decreto 1750 de 2015, Artículo 5).

²⁵En la Unión Europea las normas sobre Competencia, incluyen disposiciones aplicables a las empresas en el propio Tratado. Título VI, Capítulo 1 de la Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

²⁶ Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608 “normas para la protección y promoción de la libre competencia en la comunidad andina” (23 de octubre de 2007)

La finalidad de la protección a la libre competencia se vio reflejada en diferentes normas cuyo deber ser, tal cual lo expresa el Decreto 2153 de 1992: Art 1 y 2, eran mejorar la eficiencia del aparato productivo, participación de las empresas en el mercado, variedad en la oferta de bienes y servicios (precio – calidad).

El mismo Decreto señala los diversos aspectos conexos a la competencia: acuerdos, actos y abuso posición dominante.²⁷

La exposición de motivos de proyecto de la Ley 1340 de 2009 “por la cual se introducen modificación al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la SIC, y se dictan otras disposiciones”, ratificó que la libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social enmarcada en la Constitución de 1991. Con el fin de contrarrestar las conductas que van en contra de la libre competencia y los lineamientos determinados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), cuyo objetivo principal es la aplicación efectiva y eficiente de las normas respectivas para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

²⁷ Tal cual lo señala la SIC, Los acuerdos se ven determinados a causa de la fijación de precios, determinar condiciones de venta o de comercialización discriminatoria, La repartición de los mercados, La asignación de cuotas de producción, Abstenerse de producir un producto, Colusión en licitaciones, Impedir el acceso a los mercados o a canales de comercialización. (D. 2153/92 art. 47)

Los actos se configuran al Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el Decreto 3466/82, Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o para que desista de bajarlos, La negativa a la venta cuando sea como una retaliación a la política de precios de la empresa. (D. 2153/92 art. 48)

Abuso de posición dominante se configura como conducta anticompetitiva cuando la empresa dominante Disminuye los precios por debajo de los costos (damping), Aplicar de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales. Vender o prestar servicios en una zona, a un precio diferente del ofrecido en otra parte, con el propósito de eliminar competencia, Obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. (D. 2153/92 art. 50)

El alcance de la Ley 1340 de 2009, es el que a continuación se describe:

1. Designación de la Superintendencia de Industria y comercio como autoridad única de la competencia en Colombia.
2. Aumento de monto máximo de las sanciones que se le aplican a los agentes de mercado a cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes.
3. Introducción del programa de beneficios por colaboración y las exoneraciones y multas que dieren lugar, adecuado a estándares internacionales, cuyo objeto de la autoridad es incentivar esta figura otorgando confidencialidad, seguridad y prevención para descubrir conductas anticompetitivas.
4. La creación del esquema de abogacía de la competencia.²⁸

En el mes de mayo de 2018 los países miembros de la OCDE acordaron que Colombia se convertiría en uno de sus miembros, definiendo que: *“El procedimiento de revisión y evaluación permite que los estándares y las buenas prácticas de la OCDE lleguen a las autoridades colombianas, así como la identificación de posibles áreas de reforma. Para Colombia es importante tener la oportunidad de discutir los principales retos para la formulación de políticas en un contexto multilateral, aprendiendo de las experiencias de países miembros de la OCDE que se han enfrentado a retos similares en muchas áreas. A cambio, éste diálogo beneficia tanto al conocimiento y a la capacidad de la OCDE para*

²⁸ Bajo el cual las autoridades de regulación deben enviar a la SIC, para concepto previo, los proyectos de regulación que pretendan expedir y que puedan afectar la libre competencia, con lo cual se pretende evitar que las autoridades públicas profieran regulaciones anticompetitivas. Página 2, Exposición de Motivos Ley 1340 de 2009.

*formular políticas, como a los miembros y no miembros de la organización, al mejorar su comprensión sobre Colombia.*²⁹

Para ser miembro de la OCDE, Colombia debió surtir a lo largo de varios años una serie de ajustes a todo nivel, en sus políticas económicas, sociales y jurídicas. Es así que en cumplimiento de estos ajustes surge la Ley 1340 de 2009 que vela por cumplir los estándares requeridos para ser parte, siguiendo las recomendaciones previamente definidas.

Régimen de beneficios por colaboración en Colombia

En la práctica encontramos una serie de conductas o actividades que desarrollan las empresas y que están prohibidas por el Derecho de la Competencia por tratar de falsear la misma. Así como lo expresa la Superintendencia de Industria y comercio, el ordenamiento colombiano establece un listado enunciativo de prácticas susceptibles de distorsionar la competencia. Ellas comprenden: Todo acuerdo entre dos o más empresas que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia; toda conducta abusiva por parte de agentes económicos que tengan una posición dominante en el mercado; y ciertos actos unilaterales realizados por empresas.

Además de las anteriores, el Régimen de Competencia contempla los actos de Competencia Desleal establecidos en la Ley 256 de 1996 que afecten o tengan impacto en el mercado.³⁰

²⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): Colombia y la OCDE.

³⁰ Superintendencia de Industria y comercio: Prácticas restrictivas de la competencia.

La autoridad, ente regulador, debe prever y actuar en caso de que se configuren dichos actos con el fin de sancionar al presunto infractor de la Ley. Dicha sanción se determinará una vez probada la responsabilidad administrativa por prácticas comerciales restrictivas, la cual se efectuará de:

La tipicidad: que el comportamiento descrito en la Ley, que son las prohibiciones legales de los artículos 47 y siguientes, del Decreto 2153 de 1992

Comportamiento antijurídico: lesión cierta al interés tutelado, que dicho comportamiento afecte el interés público (libertad de entrada y libre escogencia)

Conducta Dolosa o culpable: que tenga como efecto culpa grave o como objeto la intención (VELANDIA, 2015).

De estas prácticas, se pueden destacar distintos signos de evidencia de acuerdos horizontales: una podría ser, la actividad que se conoce como Markups, que consiste en aumentar el precio-coste marginal de un bien o servicio; la uniformidad de precios entre empresas, ahora bien, es necesario que sea resultado de un acuerdo, ya que las prácticas conscientemente paralelas se consideran como colusión tácita, que es legal en los oligopolios; realizar movimientos simultáneos de precios (paralelismo); la uniformidad y reducción en el número de categorías de precios/productos; la supresión de la política de descuentos y de venta, la uniformidad en los precios de servicios complementarios; realizar ajustes asimétricos de precios a costes, más rápidos cuando los costes suben; una menor

frecuencia de cambios en los precios; la correlación negativa entre precios y demanda; la existencia de mayores precios en las fases expansivas del ciclo económico; la realización de cambios estructurales, como guerras de precios; y, finalmente, cuotas de mercado estables, similares a los niveles previos a la colusión. En definitiva, la uniformidad o simetría entre las prácticas realizadas por las distintas empresas de un determinado sector (Puente, 2014).

La legislación colombiana, también, prohíbe el abuso de posición dominante en un mercado relevante, la cual se considera un estado económico (Khemani, 2010), esta se configura como resultado del comportamiento de un agente económico que no cuenta con competencia efectivo dentro de un mercado específico, o sea, existe dependencia de este agente en el mercado, siendo un mercado no elástico, no existen bienes sustitutivos, es decir afecta el comportamiento de las personas y limita su libre escogencia.

Se debe tener en cuenta que los actos que la ley expresa y determina como desleales, entendidos como cualquier comportamiento realizado en el mercado con fines repetitivos y objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Este tipo de conductas no se tienen en cuenta dentro del ámbito de aplicación de los programas de delación, los cuales están direccionados a sancionar con el fin de marcar un precedente en contra de los carteles o prácticas restrictivas horizontales. Esto sí, sin restar importancia a dichos comportamientos, pero la ley que analizaremos será la que se enfoca solo en cartelizaciones.

En virtud de lo anterior, el Decreto 1523 de 2015 reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, sobre beneficios a las personas naturales y jurídicas que colaboren

en la detección y represión de acuerdos restrictivos de la libre competencia, programa de delación.

Como lo ha señalado el Superintendente Robledo, *“la cartelización perjudica el desarrollo de los países porque nadie quiere invertir en sectores que no compiten sanamente o en donde hay un dominante que abusa impunemente de su posición, “el objetivo de las políticas estatales que hayan empresa capaces de enfrentar la competencia que genera la globalización, los tratados de libre comercio y todos los procesos de apertura a favor de los consumidores”*. E indicó que *“la importancia de perseguir carteles empresariales como política de Estado es evidente ya que estudios sobre el impacto de los mismos afirman que los precios de productos sometidos a esta conducta ilegal aumentan en promedio el 20 o 30% de su valor real”*.³¹

Dentro de la Defensa de la competencia, la lucha contra los cárteles es una de las actividades más importantes, entre otras cosas, porque los cárteles perjudican a la economía y a los consumidores. Al alterar la competencia, se elimina la presión que la misma ejerce para que los miembros del mercado traten de innovar y, por tanto, la competitividad flaquea.

Los grandes problemas en la lucha contra los cárteles residen en sus características, en concreto, en su secretismo, y en el hecho de que las empresas tienen una tendencia hacia la colusión, ya que en competencia, como lo expresó el economista Adam Smith: “Existe una tendencia de los competidores en conspirar”

³¹ Superintendencia de Industria y comercio: Superintendente de Industria y Comercio habla sobre carteles empresariales con estudiantes de la Universidad Militar.

(Ilundaín, 2000). De este modo, para contrarrestar este tipo de estímulos que llevan a falsear la competencia es necesario, entre otros, un instrumento que suponga que las consecuencias derivadas de una posible sanción de estas prácticas sean mayores que los posibles beneficios de las mismas. No basta, por tanto, con imponer sanciones, sino que es necesaria una coordinada cooperación entre las autoridades de la competencia de los diversos estados y la existencia de programas de inmunidad frente a sanciones, lo que denominamos, Programas de Delación.

Programas de delación

El programa de Delación o programa de beneficios por colaboración es el mecanismo que adoptó Colombia desde el año 2009, donde señala:

“En el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 señala que “La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación.(...)”.³²

³² Ley 1340 2009, artículo 14.

Esto se adopta del modelo estadounidense y de los países que hacen parte de la Unión Europea que han desarrollado “programas de clemencia” o también conocidos “Leniency”, los cuales han sido efectivos en la prevención de cartelización empresarial.

Por lo cual Colombia en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio acogió el sistema europeo de derecho de la competencia originando un beneficio a quien colaboren en la captación, identificación e individualización de carteles empresariales obteniendo como incentivo para el infractor obtener indulto y/o exoneración de la sanción o por lo menos una sustancial rebaja en la multa que se ocasionaría en virtud de dicha práctica restrictiva de la competencia.

El objetivo final es erradicar dicha conducta que entorpece la libre competencia en el cual el estado brinda una política que regula el deber ser del sector empresarial.

El legislador reglamentó el procedimiento de éste principio a través del Decreto 2896 de 2010; sin embargo, al ver su precaria aplicación, fue modificado por el Decreto 1523 de 2015 que especifica los requisitos para acceder a dichos beneficios como resultado de la colaboración aportado al proceso.

Decreto 2896 de 2010

Este Decreto establece las condiciones generales y la forma en la que la SIC en desarrollo del artículo 14 de Ley 1340 de 2009 podrá conceder beneficios que

colaboren en la detección y represión de acuerdos restrictivos de la libre competencia.

Personas que pueden recibir beneficios (Artículo 4):

- Quien colabore durante el curso de la actuación
- Que no haya sido el instigador o promotor del acuerdo restrictivo de la competencia
- Que ponga fin a su participación en el acuerdo restrictivo

El artículo 5 del Decreto 2896 de 2010 tipificó una reducción en la multa del 100% al primer delator al primero que en el tiempo en reconocer que participó o participa en el acuerdo restrictivo, aporta pruebas e información sobre el acuerdo y suministrar los documentos que acrediten la existencia de la conducta anticompetitiva. Así mismo se le reducirá el 70% al segundo, siempre y cuando la información que aporte sea exclusiva para la autoridad.

La oportunidad procesal para delatar la existencia de un cartel bajo lo estipulado por el Decreto 2896 de 2010 era hasta antes que se presentara el informe motivado por parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia. Hoy en día, bajo el marco del Decreto 1523 de 2015, se anticipó la oportunidad procesal, de manera tal que se permite presentar la solicitud en 58 cualquier momento previo a que finalice el término de 20 días para descorrer el traslado del pliego de cargos de la investigación. En consecuencia, se busca incentivar que la delación se haga lo más pronto posible, en aras a darle efectividad y dinamismo al proceso (Uribe, 2017).

El concepto de instigador o promotor fue definido el artículo 2 del Decreto 2896 de 2010, como la persona que coacciona o activamente induce a otra u otras personas con el objeto de que participen en un acuerdo restrictivo de la competencia.

El Decreto 2896 de 2010 no contenía beneficios adicionales para los coludidos que pusieran al descubierto su participación en otros carteles, por lo cual la sanción sería aplicada sin tener en cuenta la contribución en el descubrimiento de otras conductas.

Decreto 1523 De 2015

El Decreto 1523 de 2015 señala los requisitos para acceder al proceso de colaboración por delación, en el artículo 2.2.2.29.2.2. del citado Decreto señala la manera en que la SIC calificará la utilidad de las pruebas aportadas, pues ésta es otra de las variables que tiene en cuenta la Autoridad para determinar si finalmente el delator podrá acceder al beneficio rogado.

Se entenderá que la información o pruebas son útiles para la investigación, cuando agreguen valor respecto de aquellas con que ya cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio, incluidas las aportadas por otros solicitantes o delatores. El grado de exigencia para determinar la utilidad de la información o las pruebas será valorado teniendo en cuenta la etapa en que se encuentre la actuación administrativa (Decreto 1523 de 2015). (Subrayado fuera de texto).

La norma avista la posibilidad de:

- Varios miembros de un mismo cartel delaten su participación, aportando la información que poseen y poniendo a disposición de las autoridades su entera asistencia en el curso del proceso sancionatorio.
- La Autoridad es la encargada de examinar los parámetros que permitan comprobar cronológicamente en qué momento se delató y quién lo realizó
- Lo anterior, establece el orden de prelación en que se aplicará el programa.

El procedimiento sancionatorio en Colombia

DELATOR	PRUEBAS APORTADAS	EXONERACIÓN O REDUCCIÓN DE LA MULTA
Primer Solicitante	1. Reconocer la participación en el acuerdo anticompetitivo. 2. Suministrar información por lo menos sucinta sobre la existencia del acuerdo, su forma de operación, el producto involucrado, y los participantes en el mismo.	100%

Segundo Solicitante	1. Reconocer la participación en el acuerdo anticompetitivo. 2. Suministrar información por lo menos sucinta sobre la existencia del acuerdo, su forma de operación, el producto involucrado, y los participantes en el mismo.	50%
Tercero y demás solicitantes	1. Reconocer la participación en el acuerdo anticompetitivo. 2. Suministrar información por lo menos sucinta sobre la existencia del acuerdo, su forma de operación, el producto involucrado, y los participantes en el mismo.	25%

Tabla 1 Porcentaje de exoneración o reducción de la multa- Esquemático
por el autor del trabajo de investigación a partir del 2.2.2.29.2.2. y ss del
Decreto 1523 de 2015.

Con el fin de generar incentivos para delatar todas las estructuras cartelizadas, el Decreto ofrece una reducción adicional del 15%, si quien no siendo el primer delator en un cartel A, es el primer delator en un cartel B.

Teoría de juegos

La Teoría de Juegos constituye un modelo en el que cada jugador intenta predecir qué harán los otros jugadores en réplica a sus propias acciones, y optimizan el resultado de dichas acciones en su beneficio sabiendo que los demás están pensando de la misma forma (Esquivel, 2015). En esta medida, esta teoría pretende describir situaciones estratégicas complejas dentro de un marco simplificado, ya que abstrae una gran parte de los detalles de las personas y las instituciones de un problema para llegar a una representación de la situación, para que se pueda manejar en términos prácticos (Nicholson, 2007).

Un juego se logra definir por medio de los siguientes elementos (Zofío, 2010):

1. Los jugadores: Cada una de las personas que toma decisiones en un juego se llama jugador. Los jugadores pueden ser individuos, empresas o países y son capaces de elegir una acción, entre un conjunto de estrategias, que le producirá el

resultado más favorable, después de tomar en cuenta las acciones de los demás jugadores (Nicholson, 2007).

2. Las estrategias: Cada jugador puede elegir una acción entre un conjunto de estrategias de un juego, por lo que se supone que cada estrategia será un curso de acción concreto y bien definido (Kreps, 1990).

3. Los pagos: El resultado final del juego implica la materialización de un resultado que constituye el pago para los jugadores. Los pagos se miden en términos de utilidad. Por lo tanto, se supone que los jugadores son capaces de clasificar ordinalmente⁶ los pagos que se obtendrán en el juego, esto es del más preferido al menos preferido, y que por tanto al ser racionales desean alcanzar el de orden más alto posible (Nicholson, 2007).

Las posibilidades que pueden concurrir en un juego son (Esquivel, 2015):

- Cooperación. A veces todos ganan con la cooperación (por ejemplo es preferible que todos los conductores lo hagan por el mismo lateral de la carretera).
- Rivalidad. En ocasiones solamente se tiene en cuenta la rivalidad (por ejemplo pleito por la propiedad de una finca).
- Mezcla de motivos. Son beneficiosas tanto la cooperación como la rivalidad (por ejemplo dos países vecinos que desean reducir su gasto armamentístico pero, además, les interesa mantener su superioridad sobre el vecino).

Donde la información de que dispone cada jugador puede clasificarse como (Esquivel, 2015):

- Perfecta. Si antes de cada acción el jugador conoce la situación actual del juego y toda la trayectoria del juego hasta ese momento.
- Completa. Si antes de cada acción el jugador conoce la situación actual del juego, incluyendo todas las posibles acciones propias y del resto de jugadores.
- Incompleta. Si la información no es completa. Y se denomina conocimiento común a la información de la que disponen todos los jugadores sobre las reglas del juego y cualquier circunstancia que le influya.

Los elementos básicos a considerar son:

- Acción. Es cada decisión puntual que realiza un jugador en el transcurso del juego.
- Estrategia. Es un plan organizado de acciones. En cada jugada la estrategia debe fijar con exactitud la acción a realizar en base a la situación del juego. Las estrategias pueden ser puras o mixtas (Esquivel, 2015).

Una de las herramientas más importantes para lograrlo es el equilibrio de Nash. El ejemplo más conocido es el dilema del prisionero: dos delincuentes en celdas separadas se enfrentan a la misma oferta. Si ambos confiesan el asesinato, cada uno cumplirá seis años de cárcel. Si uno niega el crimen mientras el otro confiesa, entonces el informante se queda libre mientras que el otro permanecerá diez años en prisión. Y si ambos permanecen en silencio, cada uno de ellos estará sólo un año encerrado.³³

³³ Datos tomados del artículo en link: <https://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/el-dilema-del-prisionero-por-gustavo-rivero/237444>

	Tú confiesas	Tú lo niegas
Él confiesa	Ambos son condenados a 6 años.	Tú eres condenado a 10 años y él sale libre.
Él lo niega	Él es condenado a 10 años y tú sales libre.	Ambos son condenados a 1 año.

Está claro que la mejor opción para los dos es permanecer callados, aunque también es la más arriesgada (si el compañero le traiciona, pasará mucho tiempo en la cárcel). No obstante, aunque para el bien común lo mejor es que cooperen, al final traicionar es lo que minimiza pérdidas, pues ofrece la posibilidad de salir libre o, en el peor de los casos, de tener una condena menor si el compañero también confiesa. (Rivero, 2016).

El Programa de Beneficios por Colaboración será exitoso cuando la entidad reguladora, en el caso colombiano la SIC, cree incentivos por medio de la normatividad, con el fin de lograr descubrir prácticas contrarias a la Ley, enfrentando a los participantes de los carteles al dilema del prisionero: confesar o no confesar.

En los juegos repetidos infinitamente las estrategias son complejas puesto que existen infinitos conjuntos de información. Un ejemplo de ello es la estrategia del disparador:

“Posee un perfil de estrategias cooperativo, pero si alguno de los jugadores desvía (pierde la reputación), el otro jugador juega un perfil de estrategias de castigo por el resto de su. En juegos repetidos, si los jugadores son lo suficientemente pacientes,

una estrategia cooperativa puede ser soportada como equilibrio. Claramente, “suficientemente paciente” depende de los payoffs³⁴ del juego.³⁵

Con el fin de evitar los juegos infinitos, la autoridad ha tenido como objetivo el diseño de incentivos que realmente logren enfrentar a los agentes infractores al dilema del prisionero, se debe entender el problema de maximización de beneficios al que se enfrenta la firma cartelizada (Calvo & Vilà, 2011), obteniendo como resultado que los agentes económicos se vean efectivamente beneficiados y tomen la decisión de delatar la práctica contraria a la libre competencia.

El impacto que a las empresas competidoras se les podría llegar a ocasionar por parte de las empresas delatoras, como consecuencia de las sanciones impuestas

Análisis de resoluciones de cartelización en Colombia

El año 2016 fue un hito en la protección a la libre competencia, puesto que se resolvieron investigaciones de cartelización en diversos sectores del mercado, las que nos competen son las resoluciones emitidas por la SIC en los casos de *papeles suaves, pañales y cuadernos*.

³⁴ Incentivos: Estímulos que se ofrece a una persona, grupo o sector de la economía con el fin de elevar la producción y mejorar los rendimientos.

³⁵ Datos tomados de Juegos repetidos en el link:

https://economia.uniandes.edu.co/files/profesores/oskar_nupia/docs/Teoria%20de%20Juegos/Apuntes/07_Juegos_Repetidos.pdf

Cartel de pañales – Resolución 43218 del 28 de junio de 2016

El llamado “cartel de los pañales”, mediante resolución 47965 de 4 de agosto de 2014, la Delegatura para la protección de la Competencia abrió una investigación y formuló pliego de cargas contra: **COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A** (Kimberly) Nit 860.015.753-3, **PRODUCTOS FAMILIA S.A** (Familia) Nit 890.900.161-9, **TECONOQUIMICAS S.A** (Tecnoquimicas) Nit 890.300.466-5, **TECNOSUR S.A.S** (Tecnosur) Nit 817.000.808-9, y **DRYPERS ANDINA S.A** (Drypers) Nit 817.002.753-0,³⁶ con el fin de determinar si tuvieron actos en contra de la libre competencia, fijando precios. También se abrió investigación contra personas naturales, las cuales no son objeto de estudio de esta investigación.

La investigación se promovió a causa de establecer si en el mercado de *producción, distribución y comercialización de PAÑALES desechables para bebé en Colombia* se habían configurado prácticas comerciales restrictivas.

En el trámite de averiguación preliminar tanto KIMBERLY como FAMILIA entraron al programa de beneficios por colaboración (art. 14, Ley 1340 de 2009), aportando, según lo exige la normativa: “...información o pruebas son útiles para la investigación, cuando agreguen valor...”

Comportamientos reflejados en la *Calidad del producto* y en el *Mercadeo y políticas de promoción*, con el fin de elevar las ventas, capturar participación en el mercado y atraer nuevos clientes.

³⁶ Resolución 43218, 28 junio de 2016, versión pública.

Se declaró a KIMBERLY, FAMILIA y TECNOQUIMICAS administrativamente responsables por incurrir en la conducta cuyo fin es realizar acuerdos que tengan por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios, conducta tipificada en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.³⁷ Y, se archivó la investigación administrativa frente a TECNOSUR (el comportamiento estuvo orientado a la competencia y la Delegatura determinó que no obtuvo ganancias supracompetitivas, probado con un estudio financiero que evidencia la no obtención de beneficios de esta índole. También es controlada por la Corporación Kimberly CLARK, quien también controla Kimberly) y respecto de las conductas imputadas en el pliego de cargos.

Características principales del cartel investigado:

- Acuerdo inició en el 2001 y se mantuvo hasta el 2012.
- Se realizaron labores de seguimiento con el fin de verificar cumplimiento de los lineamientos del cartel.
- La fijación coordinada estableció “precios objetivo”, a los cuales las empresas debían llegar mediante incrementos a cada canal de la cadena de distribución, e incluso para cada ciudad.
- Los cartelistas obtuvieron resultados, que ellos mismos denominaron, positivos.
- Kimberly, Familia y Tecno químicas (Hoja No. 80), operaban como una *verdadera estructura encubierta destinada a burlar el régimen de protección*

³⁷ Ibid, Página 3.

de la libre competencia → como lo señala la delegatura “ADN EMPRESARIAL”

- Las empresas en TODO momento fueron conscientes de la ilegalidad de la conducta desplegada.

Impacto en el mercado colombiano: El acuerdo anticompetitivo estaba siendo por las empresas involucradas cuya dinámica les generaba beneficios que no podían obtener por medio de una competencia efectiva.

- La Delegatura expresa que pese a las pruebas aportadas y surtidas en la investigación, no es posible determinar con exactitud el impacto económico concreto que sobre la competencia y el mercado tuvo el presente acuerdo, lo que sí se puede afirmar es que quien recibió el efecto de esta práctica, en últimas, fue el consumidor.

La estimación teórica del daño potencial del cartel para la fijación de precios, según microeconomistas relacionados en la Resolución (Hoja No. 85), determinan que el cambio en el excedente del consumidor resulta ser una variable que captura adecuadamente el efecto mencionado. Un incremento de precios genera una distorsión en el mercado, provocando una contracción importante de la cantidad demandada frente a la oferta potencial, los pañales definidos como bienes normales atípicos y, a criterio personal, de primera necesidad para las familias, fueron las que se terminaron afectando potencialmente, al ser lo más vulnerables en el mercado, obedeciendo al efecto de los cambios exógenos cuya afectación negativa termina recayendo sobre el excedente del consumidor y así mismo su bienestar.

En la resolución con el fin de estimar teóricamente el daño, realizó un análisis económico que identifica el sobre costo que pudieron haber pagado los consumidores colombianos como consecuencia del cartel de precios celebrado entre KIMBERLY, FAMILIA Y TECNOQUIMICAS por más de una década.

Variables afectadas:

- Precio por unidad de producto, teniendo en cuenta que la demanda de pañales para bebé en Colombia es inelástica

Escenario 1	Escenario 2
P= >=10%	P= >= 30%
Sobre costos durante el tiempo cartelizado 2001 – 2011 = \$615.549.737.846	Sobre costos durante el tiempo cartelizado 2001 – 2011 = \$1.562.549.334.532

Tabla 2: Tomada de los datos relacionados en la página 88 Res. 43218

- El cartel que por más de una década se sostuvo, afectó preponderadamente (81.48%) a los niños entre 0 y 2 años de los hogares con menores recursos en Colombia.
- Según datos del DANE, los hogares destinan en promedio, el 0.181% de su ingreso disponible para consumo de productos de la canasta básica al gasto en pañales desechables. Si no hubiese existido la cartelización, los hogares solo hubiesen destinado entre el 0.12% - 0.14% de su ingreso a la compra de los bienes señalados.

RESPONSABILIDAD DE KIMBERLY: Fue participante permanente de la dinámica anticompetitiva (Hoja No. 90), generando beneficios económicos a la empresa.

RESPONSABILIDAD DE FAMILIA: Fue participante permanente de la dinámica anticompetitiva (Hoja No. 90).

RESPONSABILIDAD DE TECNOQUIMICAS: Pese a su intención de demostrar que no era competidor en mercado, sí fue participante permanente de la dinámica anticompetitiva (Hoja No. 90).

RESPONSABILIDAD DE TECNOSUR: Se absolvió porque no existieron las pruebas que demostraran la participación en las prácticas anticompetitivas.

RESPONSABILIDAD DRYPERS: Solo participó en el cartel durante el año 2005-2006, las pruebas no permiten concluir que su participación fue posterior al periodo señalado.

Cabe aclarar que el monto de la sanción se determina de la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, sobre la aplicación de dicho principio la corte constitucional ha señalado lo siguiente: “En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”. Por lo cual los hallados responsables, fueron sancionados así:

MONTO DE LA SANCIÓN Ley 1340 de 2009 artículo 25	EMPRESA	SITUACIÓN
100.000 SMLV (68.945.500.000) valor a 2016	TECNOQUIMICAS	Multa efectiva
100.000 SMLV (68.945.500.000) valor a 2016	FAMILIA	Multa con reducción 50.000 SMLV (34.472.750.000) valor a 2016
100.000 SMLV (68.945.500.000) valor a 2016	KIMBERLY	Exención total del 100%

Cabe aclarar que esta resolución, fue llevada a segunda instancia, trámite procesal que aún no se ha surtido.

Cartel de papeles suave – Resolución 31739 de 26 de mayo de 2016

El conocido “cartel de los pañales”, mediante resolución 69518 del 24 de noviembre de 2014, la Delegatura para la protección de la Competencia abrió una investigación y formuló pliego de cargos contra: **COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A** (Kimberly) Nit 860.015.753-3, **PRODUCTOS FAMILIA S.A** (Familia) Nit 890.900.161-9, **PAPELES NACIONALES S.A** (Papeles Nacionales) Nit 891.400.378-8, **C Y P DEL R S.A** (C Y P DEL R) Nit 891.400.754-4, y **DRYPERS ANDINA S.A** (Drypers) Nit 817.002.753-0,³⁸ con el fin de determinar si tuvieron actos en contra de la libre competencia, fijando precios. También se abrió investigación contra personas naturales, las cuales no son objeto de estudio de esta investigación

Kimberly, familia y C Y P del R, se acogieron al programa de beneficios por colaboración (art 14, Ley 1340 de 2009), donde habían incurrido por más de diez (10) años en un cartel en el sector de fabricación, distribución y comercialización de ***papeles suaves o tisú***, particularmente, papel higiénico, servilletas, toallas de cocinar o pañuelos para manos y cara a través de la imposición de porcentajes en el aumento de los precios tanto máximos como mínimos y mediante la estipulación conjunta de los descuentos que se otorgaban por volumen, canal de comercialización, presentación del producto, entre otros (Hoja No. 3, Res. 31739).

³⁸ Resolución 43218, 28 junio de 2016, versión pública.

Se declaró administrativamente responsable a Familia, Kimberly, Papeles Nacionales y C y P del R. por incurrir en la conducta expresada en el numeral 47 del decreto 2153 de 1992 (acuerdos/fijación de precios)

Según la conducta tipificada en el párrafo anterior:

- Kimberly: precursor y actor permanente en la ejecución del cartel (2000-2013), rol de liderazgo.
- C y P del R: participó entre 2003-2011, participación con menor impacto. Solo ofrece papel higiénico y servilletas.
- Papeles nacionales: Participación preponderante (2001 -2011)
- Familia: Líder del cartel (2001-2013), coacciona a C y P del R, con el propósito de garantizar el cumplimiento de los compromisos adoptados. Con comportamientos reprochables, según declara la Delegatura, con las afirmaciones falsas y el papel determinante del gerente de la compañía dentro del cartel.
- Drypers: no asumió compromiso alguno referente a precios en las reuniones aducidas.

Consideraciones del Despacho sobre la definición y análisis del mercado: El mercado relevante no es necesario definirlo, toda vez que el mercado presuntamente afectado se determina por el alcance mismo de la conducta de cartelización objeto de la investigación (Hoja No. 37)

Conducta investigada está compuesta de cuatro mercados: Papel higiénico, servilletas, toallas de cocina y pañuelos para manos y cara. Los mismos no son sustitutos entre sí, pero hacen parte del sector de papeles suaves o tisú “mercado de papeles suaves”, término con el que se refiere el despacho a la totalidad de mercados, afectando a todo el territorio nacional.

Puntos relevantes:

- En el mercado de papel higiénico (Hoja No. 40) más del 70% de las ventas corresponde a las ventas realizadas por Familia, Kimberly y papeles nacionales, siendo FAMILIA el líder del mercado.
- Mercado servilletas: Familia y papeles nacionales líderes en el mercado, participación conjunta a superior al 70%.
- Toallas de cocina: más del 80% ventas corresponde a Familia, Kimberly y papeles nacionales.
- Ventas de pañuelos para cara y manos: liderados por familia y Kimberly con más del 90%, presentándose una disminución considerable en la participación de Kimberly a partir del año 2005.

Las empresas cartelistas alcanzaron una participación promedio entre 2005-2013

Sector	Porcentaje
Papel higiénico	78.9%
Servilletas	91.4%
Toallas de cocina	86.1%

Pañuelos para cara y manos	96.3%
----------------------------	-------

Régimen de beneficios por colaboración: Kimberly fue quien aportó las pruebas útiles y recibió el beneficio de primer delator, por su parte FAMILIA aportó pruebas conducentes que lo certificaron como segundo delator. La colaboración de C y P del R, fungió como tercer delator.

La estimación teórica del daño potencial del cartel de fijación de precios (Hoja No. 168), la afectación producida por el cartel empresarial trasciende el daño generado a los consumidores y afecta la economía en general. Al igual que el cartel de los pañales, parte del excedente del consumidor se vieron afectados debido a la circulación de capital y a la adquisición de nuevos bienes y servicios en toda la economía, lo cual conllevó a que el consumidor se viera afectado negativamente.

Por lo anterior, se consideran los siguientes elementos:

- Determinación del escenario contra factual: Identificar los efectos bajo un supuesto como resultado de la conducta, determinando la afectación de los agentes económicos.
- Analizar la dinámica de comportamiento de los agentes presuntamente afectados, con esto se cuantifica el impacto que en términos de bienestar se hubiese generado. (Hoja N. 171)

La principal variable afectada fue el precio por unidad de producto, resultado de los acuerdos anticompetitivos. De los cuales se analizan dos posibles escenarios:

Escenario 1	Escenario 2
P= >=10% Sobre costos durante el tiempo cartelizado 2005 – 2013 = \$405.813.305.238	P= >= 30% Sobre costos durante el tiempo cartelizado 2005 – 2013 = \$1.030.141.467.143

Responsabilidad de los investigados:

- Kimberly, se le atribuye la responsabilidad como resultado que la fijación de precios de forma directa, mediante la determinación de los precios de salida de los productos y los porcentajes de incrementos correspondientes, como de forma indirecta con respecto a la concesión de descuentos generando restricción a la competencia. (Hoja No. 175)
- Familia, para el Despacho el actuar de esta empresa en el cartel es claro, fijando precios de manera directa e indirecta afectando así la libre competencia, manteniéndose como líder del mercado durante el periodo de permanencia en el acuerdo anticompetitivo (Hoja No. 176)
- Papeles Nacionales, pese a su esfuerzo por limitar su responsabilidad hasta el año 2010, coincidiendo con el periodo en que le aplicaría el fenómeno de

la caducidad de la facultad sancionatoria, se demostró que su participación fue posterior. (Hoja No. 178)

- C y P del R, frente a su actuar se determinó que sí mantuvo precios convenientes, así como conservó la relación comercial de suministro de productos que mantenía con Familia.
- Drypers, no se encontró prueba alguna que vincule a Drypers con el cartel señalado, por lo cual no se logró demostrar la responsabilidad de esta empresa. (Hoja No. 179)

Las consideraciones respecto al cumplimiento del programa de beneficios por colaboración de las empresas colaboradoras, se determinó que Kimberly tuvo un comportamiento procesal veraz y eficaz, exonerándole el 100% de la multa. Paralelamente, según el despacho, Familia, ocultó información relevante para la investigación como el acuerdo de precios, también en el segmento de consumo y la existencia de correos electrónicos no institucionales y fachada, entre otros actos que obstaculizaron la investigación; incumpliendo los deberes de colaboración por lo que el Despacho determinó abstenerse de concederle beneficio alguno.

Con respecto a la información aportada por C y P del R fue eficaz y veraz, colaborándole al despacho en el procesar frente al cartel, por lo cual se determinó la exención del 30% del valor de la sanción administrada.

Sanciones impuestas

MONTO DE LA SANCIÓN Ley 1340 de 2009 artículo 25	EMPRESA	SITUACIÓN
100.000 SMLV (\$68.945.500.000) valor a 2016	KIMBERLY	Exención total del 100%
100.000 SMLV (\$68.945.500.000) valor a 2016	FAMILIA → Confesión parcial	Multa con reducción del 90% 90.000 SMLV (\$62.050.950.000) valor a 2016
100.000 SMLV (68.945.500.000) valor a 2016	C y P del R	Multa DEL 6% DE LA MULTA 6.000 SMLV (\$4.136.730.000) valor a 2016
100.000 SMLV (68.945.500.000) valor a 2016	Papeles Nacionales	Multa con reducción del 70% 70.000 SMLV (\$48.261.850.000) valor a 2016

Cabe aclarar que esta resolución, fue llevada a segunda instancia, trámite procesal que aún no se ha surtido.

Resolución No. 2006, Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante SGCAN):

Pese a que en Colombia el proceso aún está en proceso, la CAN a raíz de “investigación solicitada *por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado del Ecuador (en adelante SCPM), por la supuesta existencia de un acuerdo para fijar precios y repartir el mercado de papeles suaves, de conformidad con lo previsto en la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina*” determinó la infracción transnacional de las compañías Kimberly y Familia. La SGCAN constató que la solicitud de investigación presentada por la SCPM contenía los argumentos y medios probatorios indiciarios sobre la posible existencia de una práctica anticompetitiva con efecto real en uno o más Países Miembros, por lo que abrió investigación mediante la Resolución 1883. Asimismo, verificó que no existe una afectación de su competencia como resultado de las investigaciones adelantadas por las autoridades de los Países Miembros en sede nacional, toda vez que dichas investigaciones tenían por objeto analizar una conducta nacional con efecto nacional, mientras la investigación de la Secretaría General tiene por objeto analizar una conducta en un País Miembro con efecto en uno o más Países Miembros.

En esta línea, sobre el reconocimiento de la solicitud de clemencia presentada en Colombia, se observa que esta versó sobre conductas efectuadas en ese país con

efectos en el mismo. En este sentido, como ya se ha advertido, la SGCAN respeta los resultados de dicha solicitud sin que ello tenga incidencia en el presente caso, cuyo objeto es diferente al ya investigado por las autoridades nacionales.

Se encontró una conducta de concertación de precios tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 en el periodo entre enero de 2006 y por lo menos, hasta diciembre de 2013, originada por los grupos Kimberly y Familia en Colombia con efectos en el mercado ecuatoriano.

Determinando así la sanción:

Sancionar por la comisión de la conducta tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 a las empresas:

- Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A., con la suma de \$18,344,916 (dieciocho millones trescientos cuarenta y cuatro mil novecientos dieciséis dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.
- Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con la suma de \$16,857,278 (dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.

Decisión emitida el 28 de mayo de 2018.

Cartel de cuadernos – Resolución 54403 18 de agosto De 2016

El conocido “cartel de los cuadernos”, mediante resolución 7897 del 27 de febrero de 2015, la Delegatura para la protección de la Competencia abrió una investigación y formuló pliego de cargos contra: **COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A** (Kimberly) Nit 860.015.753-3, **SCRIBE COLOMBIA S.A.S** (Scribe) Nit 900.442.933-8 **CARVAJAL EDUCACION S.A.S** (Carvajal) 890.099.903-3, con el fin de determinar si falsearon la competencia, según lo descrito en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. A su vez se abrió investigación en contra de personas naturales, que no serán analizadas ni señaladas en esta investigación.

Durante el trámite de averiguación preliminar, que era la oportunidad procesal que ordenaba el Decreto 2896 de 2010, tanto Kimberly como Scribe se acogieron al programa de beneficios por colaboración, reconociendo su responsabilidad en la conducta anticompetitiva

Las consideraciones que tuvo la Delegatura sobre el acuerdo para la fijación de precios, fueron tomadas de declaraciones, correos y documentos hallados, determinando que se encontró probado las siguientes conductas:

- Fijación de precios de los cuadernos del segmento Premium a través del establecimiento de porcentajes de incremento de las listas de precio base, de acuerdo con el cliente y el canal de comercialización (Hoja No. 4)
- El acuerdo de precios se dio entre Kimberly y Carvajal antes del 2011 y después del 2011 Carvajal acordó seguir dicha conducta con Scribe.

- También se realizó fijación de precios de salida o precios mínimos en segmento de cuadernos económicos e intermedios.
- Fijación de una política de no descuentos al consumidor final
- Reclasificación de clientes
- Fijación de porcentajes máximos de descuentos respecto de los cuadernos obsoletos.

Las estrategias concertadas para la comercialización se basaban en no entregar productos en consignación, no admitir devoluciones de cuadernos en unidades sueltas, no re facturación; impactando también estrategias en el mercadeo del producto, estas dirigidas a clientes, pericias financieras y de crédito. Esto, impacta el abastecimiento y distribución de los cuadernos.

Respecto al programa de beneficios por colaboración en el caso concreto tanto Kimberly como Scribe accedieron al programa (Hoja No. 32), aportando la información determinante para descubrir la conducta contraria a la libre competencia: la primera fase del cartel se dio entre los años 2001-2011 (Kimberly-Carvajal), mientras la segunda fase se dio en el periodo 2011-2014 (Scribe-Kimberly). Scribe, fue sucesor sin solución de continuidad³⁹ de Kimberly dentro del cartel, al adquirir la unidad de negocio de cuadernos en Colombia que

³⁹ “Solución de continuidad”, el Diccionario de la Lengua Española Tomo II, la define como: “Interrupción o falta de continuidad”.

Se entiende “sin solución de continuidad”, cuando la prestación del servicio es continua, sin suspensión o ruptura de la relación laboral.

En el caso concreto, Scribe al comprar el mercado de cuadernos de Kimberly, sucedió sin interrupción en el espacio o en el tiempo todo lo que había adquirido Kimberly en su momento, el cartel es un ejemplo de ello.

era propiedad de esta, acreditando la colaboración como “primer delator” a estas dos empresas con los beneficios otorgados que esto produce.

Al igual que en los dos carteles ya analizados, no se analiza el mercado relevante, toda vez que el mercado presuntamente afectado se determina por el alcance mismo de la conducta (Hoja No. 34). En el mercado se encuentran diferentes tipos de cuadernos: cosido, pasta dura, argollado y engrapado. Segmentado así; Premium, intermedios y económicos.

Kimberly participó en dicho mercado desde 1992 hasta el 2011, año en el que Scribe adquirió a nivel global la línea de cuadernos de la Corporación Kimberly Clark (Hoja No. 36). Kimberly ingresó al mercado de cuadernos en 1993 bajo la licencia de Scribe⁴⁰, sin embargo la corporación controlante KIMBERLY CLARK WORLDWIDEINC, vendió la unidad de negocios de cuadernos al grupo papelerero Scribe México incluyendo la marca Scribe y el establecimiento de comercio.

Por lo anterior, cabe señalar la historia de Scribe en Colombia, empresa que se constituyó en el año 2011, como parte de su estrategia para continuar expandiéndose por Latinoamérica.

La estimación teórica del daño potencial de cartel empresarial, refleja que el afectado directo es el consumidor, al igual que en las resoluciones ya analizadas, se hace una base cuántica, en dos escenarios, para determinar el daño: (Hoja No. 149)

Escenario 1	Escenario 2
-------------	-------------

⁴⁰ En 1963 Kimberly Clark México lanzó al mercado el cuaderno Scribe.

P= >=10%	P= >= 30%
Sobre costos durante el tiempo cartelizado 2001 – 2014 = \$217.285.537.020	Sobre costos durante el tiempo cartelizado 2001 – 2014 = \$551.570.978.590

Según estadísticas aportadas por el DANE, los hogares destinan el 0.12% de su ingreso disponible para la compra de cuadernos. La participación conjunta promedio del total de ventas determina que los hogares, aproximadamente, gastaron 0.068% de su canasta básica a la compra de los cuadernos producidos por los coludidos. Por lo cual si este gasto fue distorsionado con los porcentajes relacionados en la tabla, existió un exceso de gasto que equivaldría hasta el 15.7% del total de gasto de los hogares en otros útiles escolares y hasta el 2.8% en la proporción de gasto destinada a textos escolares.

El Dane estimó que de los 7.835.452⁴¹ Hogares al menos un integrante del hogar estaba estudiando, el sobrecosto estimado para cada hogar, determina que los hogares dejaron de satisfacer otras necesidades por destinar sus escasos recursos (estratos 0-2) para pagar un bien sobrevalorado como resultado de la cartelización.

Responsabilidad de los investigados:

- Kimberly fue declarado responsable por las conductas mencionadas al inicio del análisis de esta resolución, siendo un participante permanente de la

⁴¹ Datos Dane: Encuesta de Vida Dane, 2014.

dinámica anticompetitiva desde 2001 y hasta que vendió la línea de cuadernos para escritura en 2011 (Hoja No. 151).

- Scribe, se determinó que fue un participante permanente de la práctica desde que adquirió la línea de cuadernos para escritura de Kimberly en 2011 y hasta 2014(Hoja No. 152), siendo responsable por las conductas ya mencionadas.
- Carvajal se logró establecer que es responsable por el acuerdo restrictivo de la competencia a través de los actos ya señalados, siendo un participante permanente de dicha dinámica.
- Sanciones impuestas

MONTO DE LA SANCIÓN Ley 1340 de 2009 artículo 25	EMPRESA	SITUACIÓN
- Multa por la infracción respecto a la fijación directa e indirecta de precios: 18.000 SMLV (año 2016)	CARVAJAL	3.5% de la multa potencialmente aplicable

- Multa por infracción del artículo 1 de ley 155 de 1959 3.500 SMLV (año 2016) Sanción total: 21.500 SMLV por las dos conductas (precios al año 2016) \$14.823.282.600		
- Multa por la infracción respecto a la fijación directa e indirecta de precios: 14.000 SMLV (año 2016) - Multa por infracción del artículo 1 de ley 155 de 1959 3.000 SMLV (año 2016)	KIMBERLY	Exención total del 100%

- Multa por la infracción respecto a la fijación directa e indirecta de precios: 36.000 SMLV (año 2016) - Multa por infracción del artículo 1 de ley 155 de 1959 7.000 SMLV (año 2016)	SCRIBE	Exención total del 100%
---	---------------	--------------------------------

- Cabe aclarar que esta resolución, fue llevada a segunda instancia, trámite procesal que aún no se ha surtido.

Análisis del impacto de la sanción a las empresas coludidas

En el año 2016 se sancionaron diferentes empresas que hicieron parte de prácticas restrictivas de la competencia, unas sancionadas efectivamente y otras fueron, a causa de ser parte del régimen de beneficios por colaboración (delación), exoneradas parcial o totalmente de dicha multa. Si bien las sanciones están en firme, estas por respeto al debido proceso, por solicitud de las partes pasaron al tribunal administrativo al proceso respectivo, nulidad y restablecimiento del derecho.

Si bien las multas no se han hecho efectivas, se analizará cual sería el efecto económico frente a las empresas sancionadas y las que no, esto con el fin de determinar cuál sería el impacto de dichas sociedades frente al mercado.

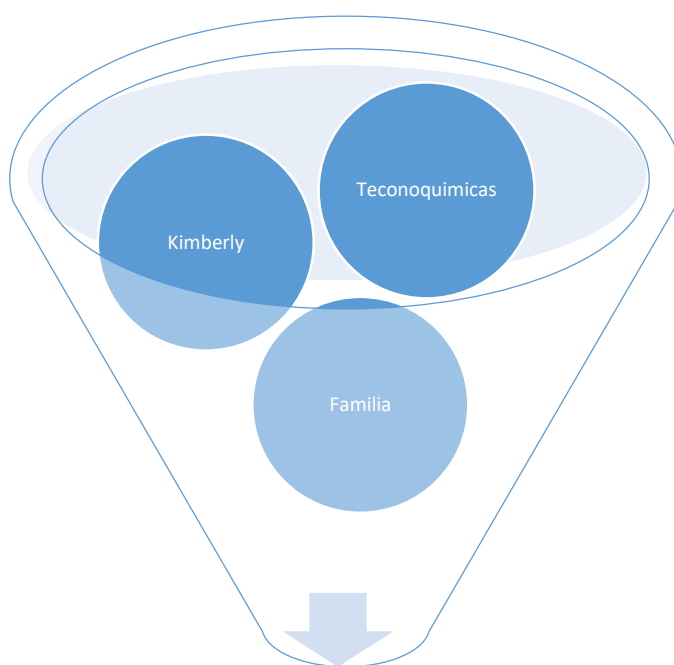
Los datos relacionados objeto de análisis son tomados de las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Industria y comercio, en los casos particulares: Pañales, papeles suaves y cuadernos. El impacto económico generado por exoneraciones simultaneas en procesos derivados del régimen de beneficios por colaboración frente a la competencia

Simulación de los efectos de las sanciones en cada uno de los carteles sancionados, si las sanciones se hubiesen hecho efectivas en el año 2016

Como se detalló en el capítulo anterior, debido a la cartelización en diferentes sectores del mercado se declaró la responsabilidad, a causa la conducta anticompetitiva (acuerdos horizontales de precios), de diferentes empresas que participaron en los sectores del mercado analizados: pañales, papeles suave y cuadernos.

En adelante, se analizará el efecto económico⁴² de la sanción en las empresas hallados responsables con respecto a las exoneraciones de las deladoras, a causa del beneficio normativo que ofrece el régimen de beneficios por colaboración:

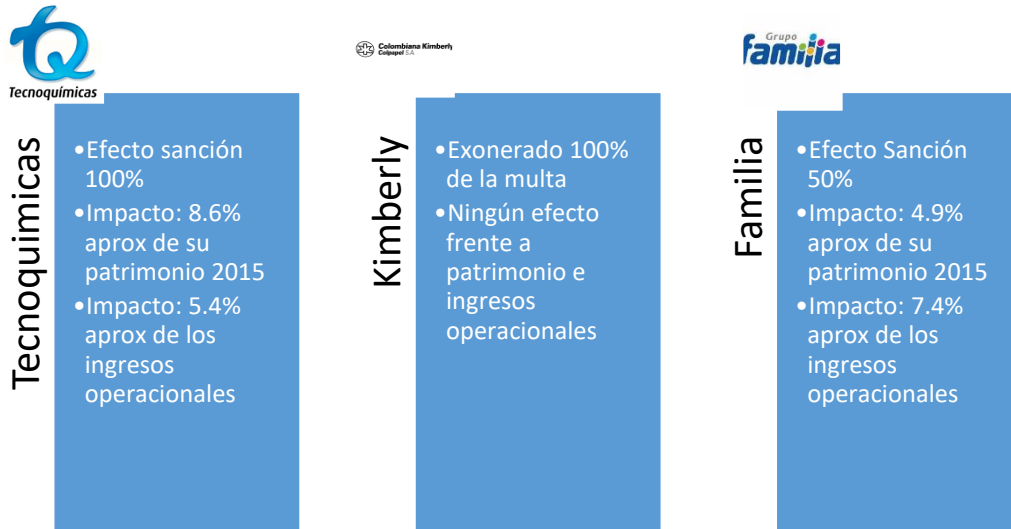
Gráfico Pañales:



Cartel de los pañales

Tabla: Ilustración propia – Empresas Coludidas = Cartel pañales

⁴² El efecto se tomará de los datos relacionados en la resolución respectiva de cada investigación (pañales, papeles suaves y cuadernos). Los datos y el efecto económico en porcentajes se toma en aproximados con respecto a los estados de resultado del año anterior al imponer la sanción (2015). Estos datos, se analizarán basados en los estudios que la SIC, con sus profesionales detalló y tuvo en cuenta para emitir su resolución.



Gráfico/tabla propia con datos relacionados en la RESOLUCION 43218 DEL 28 DE JUNIO DE 2016

La resolución 43218 de 28 de 2016, en la Hoja No. 141 – 145, expresa detalladamente el efecto jurídico el cual se produjo a causa de las practicas competitivas contrarias a la libre competencia tipificadas en las leyes relacionadas, a su vez expresa el efecto económico derivado de las sanciones impuestas.

Si bien las multas no se han hecho efectivas porque están en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho (segunda instancia), es de analizar el efecto de estas sanciones si se hicieran efectivas a futuro con datos reales y relacionados por el mismo ente regulador (SIC).

Lo que se demuestra es que al acceder al régimen de beneficios por colaboración (delación) genera una ventaja económica del (los) delator (es) exonerados frente a los que no lo fueron.

Gráfico Papeles suave:

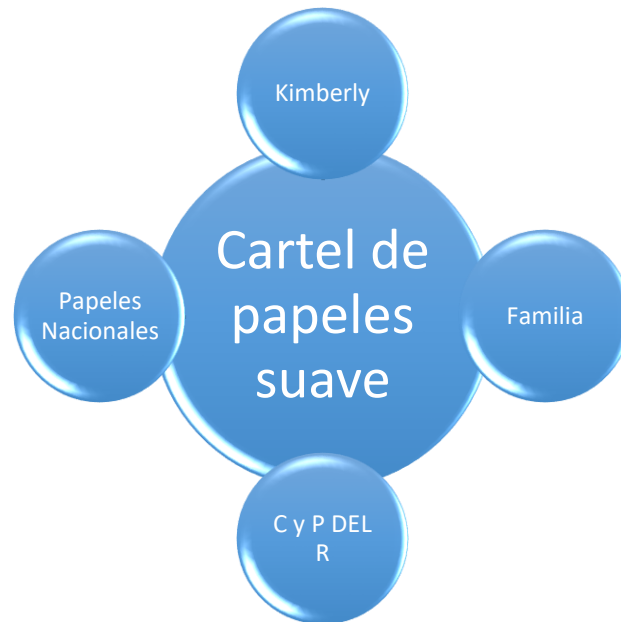
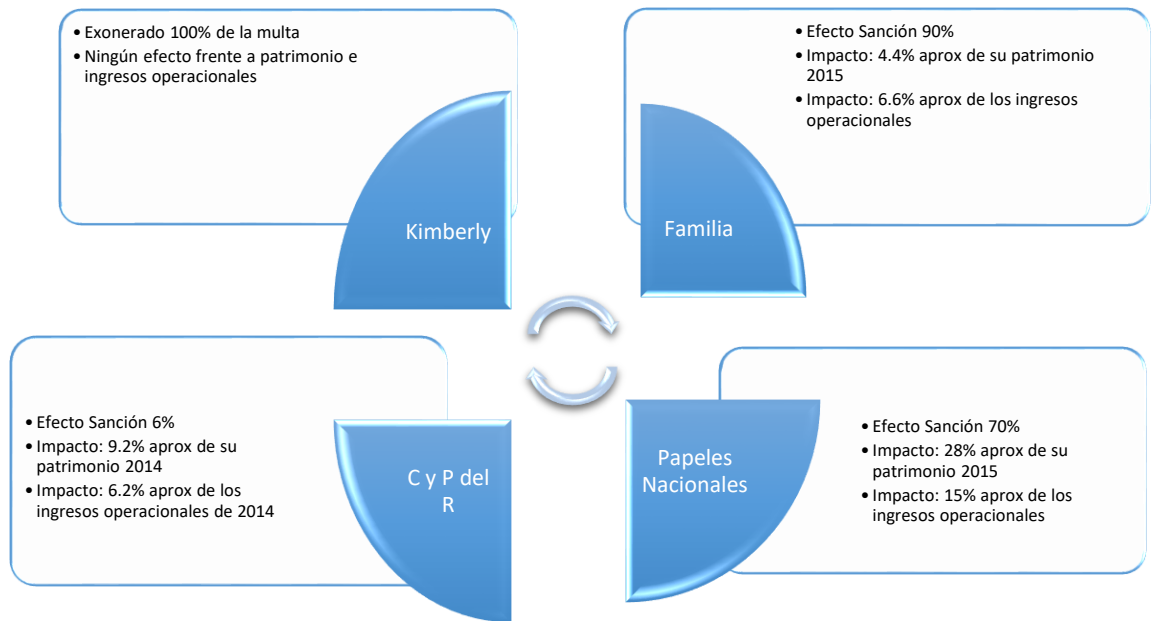


Tabla: Ilustración propia – Empresas Coludidas = Cartel papeles suave



Gráfico/tabla propia con datos relacionados en la RESOLUCION 31739 DE 26 DE MAYO DE 2016

Gráfico Cuadernos:



Gráfico/tabla propia con datos relacionados en la RESOLUCION 54403 18 DE AGOSTO DE 2016

Con lo anterior, se refleja el impacto económico frente al patrimonio de las empresas y los ingresos operacionales, datos tomados de los estados de resultados del año anterior (2015), este impacto se determina a causa de las sanciones ocasionadas que la normatividad jurídica ha delimitado (Decreto 1523 de 2015).

Las sanciones por elevadas que sean se convierten en instrumentos ineficaces para disuadir este tipo de prácticas⁴³. Lo que realmente disuade es la sanción esperada, tal cual lo demuestra el dilema del prisionero, es decir, no solo la sanción que puede llegar a aplicarse, sino también la probabilidad de que dicha sanción llegue a producirse (Jiménez, 2005).

Si bien el impacto económico frente a los estados financieros de los coludidos es representativo, refleja que las empresas tienen la posibilidad de soportar las sanciones impuestas.

Además de las sanciones impuestas en cada uno de los carteles señalados, la CAN también decidió, aun respetando el orden nacional, sancionar a Kimberly y Familia en el mercado de *papeles suave*, determinando:

“Sancionar por la comisión de la conducta tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 a las empresas:

⁴³ Acuerdos de fijación de precios.

- *Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A., con la suma de \$18,344,916 (dieciocho millones trescientos cuarenta y cuatro mil novecientos dieciséis dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.*
- *Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con la suma de \$16,857,278 (dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.*⁴⁴

Grupo Kimberly:	Colombia	Ecuador
(A) Ingresos netos 2017	928'094,720 miles COP	125'838,666 USD*
(B) Ajuste a ingresos brutos**	1.0186	
(C) Ingresos brutos 2017 (A x B)	945'393,354 miles COP	128'184,156 USD
(D) Tipo de cambio 2017 (Pesos por dólar)	2,951.15	-
(E) Ingresos brutos 2017 (C / D)	314,485,784 USD	128'184,156 USD

Total ingresos brutos del Grupo Kimberly	442'669,939 USD
10% de los ingresos brutos del grupo Kimberly	44'266,994 USD

Fuente: <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/Ingresos-de-las-1-000-empresas-mas-grandes-del-sector-real-crecieron-en-el-2017.aspx>;
http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_param.zul⁴⁵

Grupo Familia:	Colombia	Ecuador
(A) Ingresos netos 2017	959'732,000 miles COP	154'969,512 USD
(B) Ajuste a ingresos brutos*	1.0008	
(C) Ingresos brutos 2017 (A x B)	960'464,000 miles COP	155'090,894 USD

⁴⁴ Resolución No. 2006 CAN– Artículo 6 (Resuelve)

⁴⁵ (*) Se debe precisar que el ingreso neto de Kimberly en la página web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador sólo se encuentra disponible sólo para el 2016. No obstante, se asume que dicho ingreso se ha mantenido para el 2017, considerando que en dicho país la industria de papeles registró un crecimiento promedio mensual de 0,5% en 2017, conforme a cifras del Instituto Nacional de Estadística y Censos del Ecuador - INEC.

(**) Según la información disponible en el expediente, relativa a los estados financieros del grupo Kimberly del periodo 2012 – 2015, los montos correspondientes al ingreso bruto han significado, en promedio, 1.0186 de los ingresos netos.

(D) Tipo de cambio 2017 (Pesos por dólar)	2,951.15	-
(E) Ingresos brutos 2017 (C / D)	325'454,114 USD	128'184,156 USD

Total ingresos brutos del grupo Familia	480'545,009 USD
10% de los ingresos brutos del grupo Familia	48'054,501 USD

Fuente: <http://www.grupofamilia.com.co/es/inversionistas/DTLCentroDocumentos/informacion-relevante/EEFF%20SEPARADOS.PDF>;
http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_param.zul⁴⁶

La Decisión 608 establece que la multa no debe superar el 10% de los ingresos totales brutos de las empresas investigadas al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.⁴⁷

Caso Kimberly Colpapel

El caso de Kimberly en Colombia, el cual es motivo de análisis, refleja que la no limitación de la norma genera una indefinida exoneración en el tiempo por conductas contrarias a la libre competencia, en últimas termina beneficiando a una misma empresa de manera repetitiva impactando en los estados financieros frente a su competencia, creando una ventaja competitiva. Veamos:

⁴⁶ (*) Según la información disponible en el expediente, relativa a los estados financieros del grupo Familia del periodo 2011 – 2014, los montos correspondientes al ingreso bruto han significado, en promedio, 1.0008 de los ingresos netos.

⁴⁷ Al respecto se debe indicar que en el expediente no se dispone de información de los ingresos brutos del grupo Kimberly y del grupo Familia para el año 2017.

1. Cuando ocurrió el hecho de la delación, determinando a Kimberly como primero en la fila respecto al régimen de beneficios por colaboración los estados de resultados de las empresas reflejan que:

Empresa	Datos Ingresos Operacionales	Utilidad Bruta	Utilidad operacional	Utilidad antes de impuestos
Kimberly (Datos representados en miles de pesos)	\$820.123.681	\$196.034.113	(\$82.078.338) *Dato negativo	\$160.232.071
Familia (Datos representados en millones de pesos)	\$822.927	\$356.600	(502) *Dato negativo	\$149.838
Tecnoquimicas	\$1.161.384.225	\$473.671.645	\$98.865.777	\$91.228.039

(Datos representados en miles de pesos)				
Scribe (Datos representados en miles de pesos)	\$37.148.264	\$18.200.988	(\$475.664) *Dato negativo	(\$8.260.726) *Dato negativo
C y P del R (Datos representados en miles de pesos)	\$61.730.737	\$14.454.695	\$5.375.252	\$3.155.091
Papeles Nacionales (Datos representados en miles de pesos)	\$282.468.135	\$105.130.353	\$11.470.039	\$8.922.393

Tabla propia: Datos tomados de los estados de resultados de cada empresa del año 2013

La tabla refleja datos financieros de las empresas sancionadas, estos datos son del año 2013 estados financieros del año inmediatamente anterior que la Delegatura para la protección de la Competencia abriera una investigación y formulara pliegos en el año 2014 contra los presuntos, hoy responsables, de la conducta contraria a la libre competencia.

Analizando los estados de resultados, cabe resaltar lo siguiente⁴⁸:

- La empresa más eficiente, respecto a los datos relacionados, frente a la utilidad antes de impuestos, es Kimberly.
- Scribe, es la compañía con la utilidad antes de impuestos más baja, respecto a los datos relacionados de los demás investigados. Esta empresa fue exonerada del 100% de la multa.
- El impacto de una posible multa, respecto a los datos relacionados del 2013, era mayor para papeles nacionales y C y P del R.
- Acreditar como primer delator a Kimberly en tres segmentos del mercado simultáneos, exonerándolo del 100% de las sanciones a imponer, ratificaría su posición económica determinando la eficiencia como agente económico, llevando a que su competencia se viera impactada de una manera negativa en aspectos financieros, volviéndolo más competitivo.

2. En los tres carteles analizados, según las resoluciones relacionadas, la única empresa presente en los tres mercados es Kimberly, declarada responsable como participante permanente de la dinámica anticompetitiva.

⁴⁸ El análisis se hace respecto a las utilidades antes de impuestos, reflejadas en los estados de resultados 2013 de cada una de las empresas.

3. Debido a la exoneración total de la multa en los tres casos, de acuerdo a los datos aportados en cada una de las resoluciones, Kimberly se vio beneficiado económicamente frente a sus patrimonio e ingresos operacionales, así:

- Por el cartel de cuadernos

La multa hubiese representado el 5.6% de su patrimonio a 2015 y 7.5% respecto a los ingresos operaciones en el mismo año.

- Por el cartel de pañales

La multa hubiese representado el 2% de su patrimonio a 2015 y 2.7% respecto a los ingresos operaciones en el mismo año.

- Por el cartel de papeles suave

La multa hubiese representado el 5.6% de su patrimonio a 2015 y 7.5% respecto a los ingresos operaciones en el mismo año.

4. La ventaja de Kimberly frente a las empresas también coludidas, tomando si solo hubiese exonerado 100% en un cartel, es de 7.6% respecto al patrimonio y 10.2% frente a los ingresos operacionales. Esto es resultado de que solo se hubiese sancionado, en una simulación, por el cartel de los pañales.

5. Si Kimberly hubiese sido sancionada en todas las investigaciones, su patrimonio se hubiese visto afectado el 13.2% y los ingresos operacionales en un 17.7%.

6. La sanción impuesta por la CAN, representa el 10% de los ingresos totales brutos del grupo Kimberly en el año 2016, por la responsabilidad en la conducta contraria a libre competencia en más de uno de los países miembros (sector investigado: papeles suaves):

Total ingresos brutos del Grupo Kimberly	442'669,939 USD
10% de los ingresos brutos del grupo Kimberly	44'266,994 USD

7. Respecto a la sanción impuesta, cabe resaltar que dicha multa es sobre los datos de los estados financieros del Grupo Kimberly Global, no solo la filial en Colombia.
8. Kimberly fue reconocido como primer delator en tres investigaciones simultaneas, cuyas resoluciones fueron expedidas en el año 2016, resultado de esto es que de llegarse a hacer efectivas las multas para los demás sancionados, Kimberly quedaría con una ventaja importante frente a su competencia, puesto que el impacto económico es cero mientras que para su competencia tiene unos puntos relevantes en otros gastos⁴⁹ y así el impacto en la utilidad neta.
9. Si bien la amnistía plus se otorga como “premio adicional” por “delatar” otros carteles en la misma investigación, Kimberly no acudió a esta herramienta, puesto que al ser exonerado del 100% de la multa no le implicaba ningún beneficio el 15% adicional que la norma otorga.

⁴⁹ Las multas se afectan el ítem *otros gastos* dentro de estado de resultado de los gastos operacionales.

Conclusiones

El régimen de beneficios por colaboración es una herramienta correctiva que la Autoridad ha creado para contrarrestar la cartelización, brindando incentivos relevantes para que los participantes se vean tentados a delatar con el fin de evitar las sanciones futuras, enfrentándolos al dilema del prisionero: En el cual tiene la opción de confesar o no su participación en la conducta anticompetitiva; con el fin de evitar que se creen juegos indefinidos en los cuales los participantes no encuentran incentivos efectivos para delatar. Por ello el reto de la autoridad es determinar que este régimen sea efectivo en la detección y sanción determinada a los coludidos.

Por lo anterior, me permito presentar mis principales conclusiones y propuestas:

1. Las sanciones son representativas y la Autoridad competente ha creado estrategias efectivas para descubrir los carteles que afectan la economía y a su vez el mercado, en el caso en particular, Colombia, ha demostrado que en primera instancia, el impacto económico está entre 4 a 8 puntos respecto al patrimonio y los ingresos operacionales de las sociedades coludidas, afectando así su eficiencia a futuro en el mercado frente a su competencia, exhortando a las empresas a no iniciar, continuar o si quiera pensar prácticas que falseen la competencia. En caso de llegar a hacerse efectivas las multas, en segunda instancia y ratificadas por el Consejo de estado, como en el caso concreto: Cemex⁵⁰, reflejarían que el objetivo

⁵⁰ El Consejo de Estado, mediante sentencia del 14 de junio de 2018, confirmó las sanciones por valor de 923 y 138 millones de pesos, impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio a la sociedad Cemex Colombia S.A. y a su representante legal, César Constain Van Reck, por infringir el régimen legal de libre competencia.

de enfrentar a los coludidos (dilema del prisionero) se puede presumir en el camino correcto.

2. La amnistía plus, estrategia incluida en el Decreto 1523 de 2015, es efectiva, en la medida en que quienes colaboren y alleguen pruebas contundentes respecto a carteles simultáneos o prácticas contrarias a la libre competencia, puesto que beneficiará y a su vez estimulará a quienes no tengan una posición beneficiosa en el orden de llegada al régimen de beneficios por colaboración, a delatar.

3. El caso analizado respecto a los tres carteles mencionados, Kimberly, refleja como la norma tiene un vacío de tipo jurídico cuyo impacto es meramente económico. Esto, puesto que Kimberly no acudió ni se benefició de la amnistía plus, debido a que esta sociedad ya había sido considerado como primer delator y los beneficios que esta posición acarrea, por lo cual no se le podría beneficiar con un porcentaje adicional respecto al beneficio ya otorgado (en su momento por otorgar), hallado responsable como participante activo en los tres carteles en periodos similares de tiempo como agente, relevante, en el mercado.

4. Al analizar los estados de resultados y el impacto económico (que las resoluciones relacionados detallan y expresan), se refleja que los delatores son agentes del mercado con capacidad económica eficiente, lo que demuestra que el

En el fallo se advierte el surgimiento de indicios sobre la existencia de acuerdos de repartición de mercados y de asignación de cuotas de producción entre las empresas Cemex Colombia S.A., Holcim Colombia S.A. y Argos, que incidían en el comportamiento de los precios, la afectación de la oferta y el manejo de las ventas del cemento gris a nivel nacional.

La providencia explicó en qué consistía la práctica conscientemente paralela, que se configura cuando varias empresas presentan comportamientos económicos coincidentes durante un periodo de tiempo determinado y aclaró que la mera ocurrencia de una conducta paralela no necesariamente debe ser entendida como una conducta violatoria del régimen de libre competencia.

impacto de una multa frente a su competencia va a ser determinante en la ventaja que podrá llegar a obtener en el tiempo si su competencia es sancionada efectivamente.

5. Luego de exponer el resultado del análisis, de manera personal, mi propuesta es que se permita replantear la limitación respecto a las exoneraciones simultáneas que se le puedan otorgar al mismo delator en ocasión de su reconocimiento como primer delator en el orden de llegada en procesos de delación, que se den en el mismo periodo de tiempo o a futuro, esto, con el fin de limitar el actuar y evitar juegos infinitos a causa de los beneficios perpetuos que se le está otorgando al primer delator sin limitación alguna; como se percibió en el desarrollo de la investigación, quien ha sido reconocido como primer delator termina siendo un agente del mercado con capacidad y responsabilidad principal dentro de las investigaciones. Y, a pesar de que la autoridad se está esforzando en la creación de herramientas en pro de la protección a libre competencia, se podría estar quedando corta respecto a las limitaciones y las exoneraciones que pueden estar otorgando y las posibles ventajas competitivas que se pueden ocasionar como efecto de las sanciones frente a los otros coludidos; efecto probable, que se podría ocasionar derivado de la no limitación jurídica a los agentes y/o sociedades infractoras.

6. La estimación teórica del daño en los carteles analizados, han determinado que el cambio en el excedente del consumidor resulta ser una variable que captura adecuadamente el efecto mencionado. Un incremento de precios genera una distorsión en el mercado, provocando una contracción importante de la cantidad demandada frente a la oferta potencial, los consumidores fueron los que se

terminaron afectando potencialmente, al ser los más vulnerables en el mercado, obedeciendo al efecto de los cambios exógenos cuya afectación negativa termina recayendo sobre el excedente del consumidor y así mismo su bienestar. Pese a su afectación, las sanciones resarcen el daño respecto a la administración, al Estado, mas no frente a los afectados principalmente, los consumidores. Escenario que se debe analizar debido al impacto a la economía que a las familias se les ocasionó. En Colombia los daños punitivos aún no se contemplan.

7. En el desarrollo de la investigación se relacionaron datos derivados de la resolución emitida por la CAN, en la cual se halló responsable y así mismo sancionados a agentes del mercado (Kimberly y Familia), que a nivel nacional fueron exonerados por las pruebas aportadas y por los beneficios otorgados derivados de su colaboración. Pese a lo anterior, el análisis del presente trabajo de grado se basa en determinar lo vacíos jurídicos existente en la normativa nacional, como ya se señaló.

En el proceso de la investigación, se puede afirmar que el régimen de beneficios por colaboración es una estrategia que a nivel global ha tenido un impacto positivo respecto al descubrimiento de prácticas que falsearon la competencia en un tiempo determinado, en el caso colombiano, si bien se va por buen camino, se debe replantear la estimulación a las empresas a delatar, desde la norma jurídica, limitando las exoneraciones totales simultáneas o repetitivas a las empresas (como el caso de Kimberly) que se les declare responsables como actores principales y representativos en los acuerdos horizontales de fijación directa o indirecta de precios, esto con el fin de evitar que por corregir una conducta, la misma norma le

esté otorgando beneficios o ventajas competitivas frente a sus competidores, ventaja que se convierta en una posición de dominio que en el tiempo pueda ocasionar una práctica restrictiva de la competencia, el abuso de la misma. Siendo un remedio para una conducta anticompetitiva pero, a su vez, un generador de otra.

Bibliografía

CEDEC. (10 de Septiembre de 2010). Congreso Internacional del Derecho de la Competencia. Discusión con el Ex Superintendente de Industria y Comercio - Felipe Serrano, Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

Ilundaín Fantova, S./ Peña Castellot, M.A. (2002). Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la Competencia», Universidad San Pablo CEU.

Velandia, Mauricio. (2011). Derecho de la competencia y del consumo, segunda edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Castiblanco, D., y Prada , M. (2014). Programas de delación y clemencia: un análisis desde la teoría de juegos. Universidad de los Andes , Facultad de Economía. Bogotá D.C. : Universidad de los Andes.

Zoffo, J. L. (2010). Organización Industrial - Licenciatura Economía. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid.

Bardey D., Becerra A. y Cabrera P. (2013). Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia. Cuaderno Fedesarrollo número cuarenta y cuatro.

Transparencia por Colombia. Política de libre competencia y prevención de la corrupción, capítulo veinticinco. Disponible en: http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/transparencia_por_colombia_capitulo_25.pdf

Alarcón, A. (2016). La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas.

Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 19, 37, 109-124. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1683>

Miranda, A., y Gutiérrez, J. D. (2007). Historia del derecho de la competencia, Santa Cruz, Bolivia: Revista Boliviana de Derecho, núm. 3, 2007, pp. 215-267. Fundación Iuris Tantum.

Miranda, A. (1997). El régimen general de la libre competencia. Características principales. Bogotá D.C. Formas de control, colaboración, competencia empresarial y propiedad industrial. Segundo congreso iberoamericano de derecho empresarial.

Arango, Miguel. (2006). Evolución y crisis del sistema financiero colombiano. Bogotá D.C. Serie estudios y perspectivas. Oficina de la CEPAL en Bogotá.

Esquivel, F.J., Y Esquivel, J.A. (2015). Los nuevos paradigmas de la Teoría de Juegos desde la Globalización. Granada, España. Revista de Paz y Conflictos. Universidad de Granada.

Santodomingo, H.A., y Sanchez, J.T. (2017). Los programas de beneficios por colaboración como herramienta para combatir la cartelización en los mercados. Bogotá, Colombia. Facultad de ciencias jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana

Gil, E.O., Ávila H.D., y Ortiz, A.E. (2016). Mercados financieros, eficiencia y adaptación. Equidad Desarro. ISSN 1692-7311 No. 26: 191-206. DOI: <http://dx.doi.org/10.19052/ed.3735>

Puente, G. (2015). Los programas de clemencia en el derecho de la competencia. Zaragoza, España. Facultad de Derecho. Universidad Zaragoza.

Superintendencia de Industria y Comercio. Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores.

Superintendencia de Industria y Comercio. Historia. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/historia>

Superintendencia de Industria y Comercio. ¿Qué es la protección de la competencia?. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/que-es-la-proteccion-de-la-competencia>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2013) Resolución No. 42296 Bogotá, Colombia: Dirección para la Protección de la Competencia.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2016). Resolución 31739. Bogotá, Colombia: Dirección para la Protección de la Competencia.

Superintendencia de Industria & Comercio. (2016). Resolución 43218. Bogotá, Colombia: Dirección para la Protección de la Competencia.

Superintendencia de Industria & Comercio. (2016). Resolución 54403. Bogotá, Colombia: Dirección para la Protección de la Competencia.

Superintendencia de Sociedades. (2013). Estados de resultados del año 2013 de las empresas relacionadas.

Superintendencia de Sociedades. (2015). Estados de resultados del año 2013 de las empresas relacionadas.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2004). Derecho de la competencia en Colombia y su interacción con los tratados internacionales de libre comercio Bogotá, Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio. Prácticas restrictivas de la competencia. Bogotá, Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente de Industria y Comercio habla sobre carteles empresariales con estudiantes de la Universidad Militar.

OCDE. (2012). Directorate for Financial & Enterprise Affairs Competition Committee. París, Francia: OLIS.

OCDE. (2014) Colombia y la OCDE. París, Francia: OLIS.

The World Bank and Organization for Co-Operation and Development (OECD). A framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, Washington-Paris, 1999.

RAE. (2018). Concepto “Incentivo”.

Juegos Repetidos. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes. Disponible en: https://economia.uniandes.edu.co/files/profesores/oskar_nupia/docs/Teoria%20de%20Juegos/Apuntes/07_Juegos_Repetidos.pdf

Comunidad Andina. (2018) Resolución No. 2006. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-125/03. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional - República de Colombia.

Consejo de Estado. (2018). Sentencia del 14 de junio de 2018. Bogotá, Colombia:
Consejo de Estado – República de Colombia.

Revista Dinero. (2016). Multimillonaria sanción a empresas de vigilancia privada.
Revista Dinero, 3.

Revista Dinero. (2016). El dilema del prisionero. Doi:
<https://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/el-dilema-del-prisionero-por-gustavo-rivero/237444>

Dane. (2014). Encuesta de Vida Dane. Colombia.