

Eficiencia del programa de delación introducido por la Ley 1340 de 2009, frente al derecho constitucional de libre competencia en Colombia durante los años 2001-2014: Caso Cartel de los Cuadernos

Asis Elías Cure García
Dianella Barroso Anaya
Henrieth Lucía Torrente Pupo

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa de Derecho
Sincelejo, Sucre
2018

Eficiencia del programa de delación introducido por la Ley 1340 de 2009, frente al derecho constitucional de libre competencia en Colombia durante los años 2001-2014: Caso Cartel de los Cuadernos

Aziz Elías Cure García
Dianella Barroso Anaya
Henrieth Lucía Torrente Pupo

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de abogado

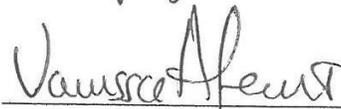
Director
Jorge Armando Valdelamar Montes
Abogado, Maestrante en Derecho y Negocios Internacionales, Especialista en Derecho Procesal Civil, Conciliador Extrajudicial en Derecho, Docente Investigador

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa de Derecho
Sincelejo, Sucre
2018

Nota de Aceptación


Director


Evaluador 1


Evaluador 2

Sincelejo, Sucre, 29 de noviembre de 2018

Tabla de Contenido

Resumen	5
Abstract	6
Introducción.....	7
1. Libre Competencia y Libre participación de las empresas en el mercado y bienestar de los consumidores en el ordenamiento jurídico colombiano.....	12
1.2. Prácticas restrictivas de la competencia - Carteles y Fijación de precios (artificial).....	14
1.3. Concepto de Delación.	16
2. Regulación Normativa de la Figura de la Delación.....	18
2.1 Normatividad Internacional.....	18
2.2. Normatividad Nacional	18
2.2.1. Constitución Política de Colombia.	18
2.2.2. Leyes.	19
2.2.3. Decretos.....	21
3. Análisis del caso <i>Cartel de los Cuadernos</i> frente a la figura de la delación conforme a lo establecido en la Ley 1340 de 2009.....	25
3.1. Caso concreto	25
3.2. Impacto económico.....	26
3.3. Programa de Delación en el caso del cartel de los cuadernos.	28
4. Conclusiones.....	34
Referencias Bibliográficas.....	36

Resumen

La libre competencia es una contienda entre empresas cuyo objeto es consolidarse y posicionarse en el mercado; sin embargo, en Colombia han proliferado numerosos carteles cuyo objeto es la fijación de precios, lo cual afecta el libre mercado y el bienestar de los consumidores. Frente a esta situación, se implementó el Programa de Delación con la Ley 1340 de 2009, como herramienta jurídica para detectar y desarticular carteles. Esta investigación, tiene un carácter socio jurídico, con un enfoque cualitativo, descriptivo y hermenéutico; como método de recolección de la información se consultaron fuentes secundarias y se realizó análisis documental (tesis, artículos de opinión, textos e informes). El tipo de investigación es descriptiva y explicativa, que permitirá analizar y determinar si es eficiente o no el programa de delación, teniendo en cuenta aspectos relevantes como impacto económico de los carteles, sistema de incentivos y sistema de sanciones y/o multas, en el marco del caso del cartel de los cuadernos durante el periodo comprendido entre el 2001 y 2016 y, finalmente obtener conclusiones que aporten a una optimización del mismo que favorezca la economía nacional y bienestar de los consumidores.

Palabras clave: Eficiencia, Delación Libre Competencia, Cartel de los Cuadernos.

Abstract

Free competition is a contest between companies whose objective is to consolidate and position themselves in the market; However, in Colombia, numerous posters have proliferated with the aim of setting prices, which affects the free market and the welfare of consumers. Faced with this situation, the Delation Program was implemented with Law 1340 of 2009, as a legal tool to detect and dismantle posters. This research has a socio-legal nature, with a qualitative, descriptive and hermeneutical approach; As a method of gathering information, secondary sources were consulted and documentary analysis was carried out (theses, opinion articles, texts and reports). The type of research is descriptive and explanatory, which will allow analyzing and determining whether or not the disclosure program is efficient, taking into account relevant aspects such as the economic impact of the posters, the incentive system and the system of penalties and / or fines. frame of the case of the poster of the notebooks during the period between 2001 and 2016 and, finally, obtain conclusions that contribute to an optimization of the same that favors the national economy and consumer welfare.

Keywords: Efficiency, Delation Free Competition, Poster of the Notebooks.

Introducción

Con la expedición de la Ley 1340 del año 2009, se asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio – SuperIndustria– la función de promoción de la competencia de manera privativa, y se le otorgaron facultades e instrumentos para prevenir y sancionar las restricciones a la competencia. Adicionalmente, en la misma norma, se introdujo la figura de la *Delación*, con la finalidad o el propósito de denunciar acuerdos restrictivos de la libre competencia a cambio de benéficos o incentivos diferenciales (Cárdenas, 2011, p. 13). Esta figura es una herramienta jurídica utilizada en varias legislaciones del mundo para detectar y desarticular carteles empresariales de forma efectiva.

Ahora bien, el derecho de competencia se encuentra nominalmente contemplado en el artículo 333 de nuestro ordenamiento constitucional, dentro de su regulación se ha dado especial importancia a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia, consagrado en su inciso 4 así:

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

Dentro de esta perceptiva, en materia de promoción y protección de la competencia, centraremos nuestra atención en los acuerdos de fijación de precios, como una manifestación de las prácticas restrictivas de la competencia (Decreto 2153 de 1992).

Así las cosas, en una economía competitiva como la nuestra, en que prima el libre mercado, los precios constituyen un elemento esencial para su correcto funcionamiento y se deben fijar de manera natural, en relación con la estructura de costos de la empresa, por el libre juego de la oferta y la demanda; Sin embargo, la realidad pone en evidencia, de manera escandalosa, un sin número de acuerdos colusorios entre competidores, cuyo objetivo es la fijación de precios.

En efecto, los precios fijados artificialmente son socialmente no deseados, debido a que las empresas se cartelizan para definir según sus intereses, especialmente precios superiores, que les

permitan maximizar sus ganancias afectando gravemente a los consumidores en cuanto a costos. En palabras de Richard Posner (citado Cárdenas, 2011) en:

Los acuerdos de fijación de precios acarrear un alto costo social que perjudica notablemente tanto al mercado como a los consumidores, puesto a que dichos acuerdos al provocar una sustitución en la competencia que de manera natural debería darse entre los competidores, genera como consecuencia ganancias excedentes del lado de los oferentes, las cuales se transforman en costos que les son cargados al público consumidor.

Frente a esta situación, se ha optado por imponer sanciones a las firmas que incurran en estas prácticas restrictivas, por parte de la autoridad competente. Estas sanciones revisten la modalidad de multas, que han sido pensadas como un mecanismo de incentivo lo suficientemente significativo, es decir cuantioso, para disuadir a las empresas de no involucrarse en acuerdos de fijación de precios. En este sentido, el valor de la multa se posiciona como un factor primordial para la efectividad del sistema de sanciones, puesto que las firmas siempre harán un análisis costo-beneficio, tomando por un lado el posible castigo en caso de ser descubiertas y por el otro, la ganancia/ utilidad resultante de cometer la infracción. Por lo anterior, para lograr mayor disuasión, las sanciones deben ser proporcionales a las ganancias obtenidas por las firmas en resultantes de las prácticas restrictivas de la competencia que desarrollaron

En este orden de ideas, queda claro que uno de los pilares del programa de delación lo constituye la existencia de sanciones duras, altas, severas, para que se configure la persuasión y seguridad de que se aplicará la justicia para el caso, porque de lo contrario no habría incentivo real para que las empresas delaten, puesto que cuando una firma ingresa al programa, busca la exoneración total de la sanción administrativa.

Sin embargo, contrario a lo expuesto anteriormente, en Colombia, según lo consagra la ley 1340 de 2009, las multas a imponer están dentro de un rango de 2.000 a 100.000 SMLMV para personas jurídicas, lo cual en términos de pesos corrientes se acerca a los \$70.000 millones, cantidad que a nuestro parecer resulta irrisoria si se compara con (i) ganancias de un cartel y (ii) deontología (principios fundamentales) de la delación.

Frente a esta realidad, en la que alianzas entre empresas de diferentes sectores de la economía, afectan y asfixian a los consumidores, la presente investigación busca responder el interrogante: ¿Cuál es la eficiencia del programa de delación introducido por la Ley 1340 de 2009, frente al derecho constitucional de libre competencia en Colombia durante los años 2001-2014, en el caso del Cartel de los Cuadernos? El estudio propuesto encuentra su fundamento en la importancia que reviste el derecho de libre competencia, no sólo en tanto derecho sino como pilar de la economía, afectado cada día que se descubren pactos secretos perversos entre grandes empresas, cuyo objetivo es fijar precios y maximizar sus ganancias, vulnerando flagrantemente el libre mercado, toda vez que los precios deben ser el resultado evaluar los costos de la empresa y por el libre juego de la oferta y la demanda.

Retomando lo mencionado en el párrafo anterior, en cuanto a los efectos nefastos ocasionados por los carteles empresariales, en: (i) el plano económico: se refleja un aumento de precios - que sobrepasan la inflación y los costos de operación de la empresa-, control del mercado, y aumento escandaloso de los ingresos/ganancias de las firmas colusorias; y (ii) el plano jurídico-social: se presenta una distorsión grave de los derechos de libre competencia y libertad económica, consagrada en el artículo 333 superior, puesto que amen de ser protegidos por nuestra carta magna, como todos los derechos y libertades dentro de un Estado Social de Derecho, tienen límites y se manifiestan en los derechos de los demás, la prevalencia del interés general y el bien común.

Las consecuencias de estas prácticas son graves y el país debe entenderlo, especialmente cuando esta cartelización empresarial se está tomando sectores sensibles como el de los productos de consumo masivo y de la canasta familiar. No obstante, en Colombia no se hablaba de “carteles” y tampoco se hacía mención de la protección al consumidor, sino hasta hace poco que se implementó como política de estado para garantizar el régimen de libre competencia - columna vertebral del mercado-; es por esto que la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), ha venido investigando carteles en los que participan empresas de tradición y reputación en el país y que en especial han afectado en mayor escala a personas de menos recursos, verbigracia, el de los cuadernos, pañales, papel higiénico, entre otros.

Ahora bien, no discutimos la importancia que frente al abuso de tales libertades tiene el marco jurídico que regula y sanciona estas prácticas restrictivas de la competencia, pero quizás el mayor impacto, a nuestro parecer, es el relacionado con el programa de delación implementado por la SIC para disuadir los acuerdos colusorios, puesto que como se explicó anteriormente, las empresas que deciden participar en este tipo de procesos buscan, primordialmente, quedar exoneradas del pago de la multa y en Colombia, no excede la máxima los \$70.000 millones, tema complejo que precisamente es parte del análisis de esta investigación.

Entonces, la hipótesis que se trabajará es la siguiente: No es eficiente el programa de delación implementado en Colombia, debido al mal uso que se le está dando. Los incentivos establecidos, si bien están obteniendo que se descubran algunos acuerdos colusorios, no logran el fin real, cual es la disuasión de la formación y estabilidad de los carteles. De hecho, se está generando un fenómeno que responde a una cierta rentabilidad de estos carteles, en el entendido de que se forman fácilmente, se sostienen un periodo considerable de tiempo y finalmente los miembros se acogen al programa de delación, informan sobre sus actividades y todos obtienen reducción de sanción. Entonces, por un lado hay sanciones poco severas, con multas irrisorias por estas prácticas, y por otro lado están las ganancias monumentales resultado de la actividad ilícita y colorario a ello una exoneración y en el peor de los casos, reducción de la multa para las firmas. A todas luces, lo que se está ejecutando es un sistema con incentivos para que las firmas coludan.

Así es justamente que el propósito principal de esta investigación es determinar la eficiencia de la figura de la Delación, y para ello se hace necesario; en primer momento desarrollar los conceptos de libre competencia, libre participación de las empresas en el mercado y bienestar de los consumidores en el ordenamiento jurídico colombiano; en segundo momento, estudiar la figura del programa de Delación en la doctrina, ley y jurisprudencia en Colombia; y finalmente, analizar el caso del cartel de los cuadernos frente a la figura de la delación conforme a lo establecido en la Ley 1340 de 2009, para luego presentar nuestras discusiones y conclusiones.

Para efectos de lo anterior, el trabajo tiene un carácter socio jurídico, con un enfoque cualitativo, descriptivo y hermenéutico. Como método de recolección de la información se

consultaron fuentes secundarias y se realizó análisis documental (tesis, artículos de opinión, textos e informes, referentes al tema de investigación, tanto de bibliotecas materiales como virtuales, con el fin de realizar un análisis completo del panorama colombiano en tratándose de competencia, acuerdos colusorios y programa de delación, implementados por la SIC frente a los efectos sociales ocasionados). El límite espacial abordado es el territorio colombiano, espacio geográfico donde tiene aplicación la Ley 1340 de 2009. La marca temporal, de acuerdo a nuestro objeto de estudio se encuadra entre los años 2001 – 2014.

En este orden de ideas, se valdrá de un tipo de investigación descriptiva y explicativa, desde su formación y desarrollo, puesto que lo que se quiere lograr es un conocimiento certero de la eficiencia objetiva del programa de delación en Colombia, partiendo de los incentivos y desincentivos implementados para tal fin.

Finalmente, resaltamos que la temática abordada hace énfasis en la necesidad de reevaluar la estructura del Programa de Delación articuladamente con el sistema de sanciones que trae la ley 1340 de 2009, para lograr una mayor eficiencia y evitar las consecuencias devastadoras que se han presentado y se traducen en afectaciones para la economía nacional y para los consumidores.

1. Libre Competencia y Libre participación de las empresas en el mercado y bienestar de los consumidores en el ordenamiento jurídico colombiano.

En Colombia, aun cuando la noción de libre competencia no es nueva, pues de antaño existe un criterio amplio, aunque sin las particularidades de contenido económico y jurídico actual, es apenas con la expedición de la Constitución política de 1991 que se consagra por primera vez el derecho de la competencia, se le otorga rango constitucional y se establece un marco jurídico apropiado para su implementación y desarrollo legislativo.

La libre competencia es entendida como:

La búsqueda consciente de liderazgo respecto a otros empresarios” (Dichiara, 2005, p.20). Sintetizando la definición anterior, se hace referencia la libertad que tienen las personas, llámense compradores o vendedores, de participar en el mercado, por un lado ofreciendo sus productos a un valor que depende de los costos de operación y de los otros competidores; y por el otro lado, eligiendo entre la variedad presentada según sus intereses y mejor precio ofrecido. Lo anterior, sin que el libre mercado se vea permeado por convenios o pactos que distorsionen la competencia, bien sea eliminándola o restringiéndola, y finalmente afectando la economía del país y de los consumidores.

Igualmente,

“La competencia, en general significa coincidencia o concurrencia en el deseo de conseguir una misma cosa; el uno aspira a alcanzar lo mismo que el otro y al mismo tiempo que éste” (Vargas, 1997)

En este sentido, es claro que de ninguna forma la libre competencia incluye el hecho de menoscabar a los otros agentes económicos que también hacen parte del mercado, sino por el contrario, se trata de resaltar y sobresalir, compitiendo de manera positiva, con productos de mayor

calidad, mejores precios, innovación, y de esta forma imponerse frente a los demás competidores, permitiéndose de manera simultánea el libre ejercicio de elección por parte de los consumidores.

De esta forma, la libre competencia, puede ser entendida como una contienda entre empresas cuyo objeto es consolidarse y posicionarse en el mercado, conservar la clientela y obtener ganancias, dentro de un marco de responsabilidades, principalmente con el bienestar del consumidor en lo referente a su libre elección y su economía.

Frente a esto, la Corte Constitucional de Colombia, ha manifestado en Sentencia C-228/10:

“Su núcleo esencial consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.” (Corte Constitucional, 2010)

Entonces, la libre competencia se torna como un principio rector de la economía, en el sentido de que quiere promover y garantizar el bienestar de los consumidores en cuanto a sus intereses, puesto que al existir mayor cantidad y pluralidad de oferentes, el mercado se vuelve más competitivo en términos de precio y calidad, y de esta forma pueden contratar con quien les ofrezca mejores condiciones, logrando un funcionamiento más eficiente del mismo.

Queda claro, en ese orden que:

“El propósito del derecho de competencia desde su surgimiento ha sido proveer un marco regulatorio para la actuación de los operadores del mercado con el propósito de consagrar igual oportunidad de colocar un producto o servicio para el consumidor” (San Miguel-Giralt, 2017, p. 382).

En la Ley 1340 de 2009, entre otras cosas, se le asignó la función de promoción de la competencia de manera privativa a la Superintendencia de Industria y Comercio, dándole instrumentos poderosos para prevenir y sancionar todo tipo de conducta tendiente a restringir la libre competencia, en este sentido, el doctor Gustavo Valbuena Quiñones, Superintendente de Industria y Comercio en el año 2007, manifestó:

El objetivo perseguido con esa clase de normas prohibitivas es mantener la rivalidad

entre las empresas y que lo anterior cobra vital importancia, porque cuando las empresas compiten, los consumidores pueden disfrutar de diferentes precios, mejor calidad o mayor variedad de productos. Por el contrario, en la medida en que se disminuye la rivalidad empresarial, el beneficio de los consumidores y el de todos los agentes del mercado tiende a reducirse, pues no gozarán de los beneficios que trae consigo competir (Subrayado fuera del texto).

1.2. Prácticas restrictivas de la competencia - Carteles y Fijación de precios (artificial).

En Colombia, se ha ido desarrollando un régimen normativo cuyo objetivo es la regulación de aquellas prácticas comerciales que se consideran restrictivas de la competencia, con el propósito de crear y mantener las condiciones de justicia e igualdad para los agentes del mercado; lo anterior, teniendo en cuenta que, por un lado, las empresas cuentan con todos los incentivos para desviarse del funcionamiento de un mercado competitivo y disminuir la rivalidad en beneficio propio, para incrementar sus utilidades en formas exageradas; y por el otro, existen condiciones que lo hacen más propenso, como: (i) mercado pequeño; (ii) pocos competidores (en donde predominan empresas de trayectoria que poseen poder de mercado y por ende un histórico de márgenes de utilidad); (iii) bajos niveles de eficiencia y productividad por parte de los agentes económicos, (iv) escaso componente tecnológico (San Miguel-Giralt, 2017, p. 381)

Los acuerdos anticompetitivos constituyen un género de conductas restrictivas de la competencia consistente en contratos, convenios, prácticas concertadas o conscientemente paralelas que prevengan, restrinjan o distorsionen la competencia o que potencialmente provoquen tales efectos” (San Miguel-Giralt, 2017, p. 381)

De esta forma se forman los *carteles*, que no son más que un grupo de empresas- naturalmente competidoras- que celebran un acuerdo ilegal para realizar prácticas que pretenden restringir, limitar o eliminar la competencia en el mercado, mediante, por ejemplo, pactos de fijación de precios, cuyo objetivo es favorecer a las empresas involucradas a costa del bienestar de los consumidores. De estas actividades restrictivas de la competencia, se desatan consecuencias graves para la economía, puesto que se modifica la estructura del mercado competitivo, al obtener

un control sobre el mismo, manipulándolo a su favor.

Retomando lo expuesto, los carteles, pueden, entre otras prácticas, acordar la fijación artificial de precios, lo cual es totalmente nefasto para la economía, debido a que con esta práctica las empresas coludidas adquieren un gran poder de mercado, lo que les permite aumentar arbitrariamente los precios y de esta forma controlar la oferta, que finalmente se traduce en apropiación de la riqueza de los consumidores.

En palabras de Richard Posner (citado Cárdenas, 2011) en:

Los acuerdos de fijación de precios acarrear un alto costo social que perjudica notablemente tanto al mercado como a los consumidores, puesto a que dichos acuerdos al provocar una sustitución en la competencia que de manera natural debería darse entre los competidores, genera como consecuencia ganancias excedentes del lado de los oferentes, las cuales se transforman en costos que les son cargados al público consumidor.

Frente a lo dicho, es importante resaltar que el precio es un factor fundamental y primordial en un mercado competitivo, ya que es el que permite mantener el libre juego de la oferta y la demanda, toda vez que las empresas lo determinan teniendo en cuenta sus costos de operación, los demás competidores y sobre todo el deseo de consolidar y fortalecer su empresa, y de fidelizar la clientela.

Así las cosas, queda claro que los efectos ocasionados por los carteles van desde obtener el poder de mercado, el incremento de precios, falta de innovación, control sobre la oferta, nula libertad de elección y afectación grave a la economía de los consumidores. De esta forma, consideramos que para decidir qué tan dañino ha sido un acuerdo colusorio en determinado mercado, se debe analizar con detalle (i) cuál es puntualmente el acuerdo realizado sobre el aumento de los precios y (ii) las consecuencias que ha generado durante el periodo de tiempo en que se desarrolló, tanto sobre el mercado como sobre los consumidores de dichos productos.

1.3. Concepto de Delación.

En Colombia, con la Ley 1340 de 2009 se incorporó el Programa de Delación como una herramienta jurídica utilizada para detectar y desarticular carteles empresariales de forma efectiva. De esta manera se concibe como una estrategia o alternativa, que frente a tantos acuerdos colusorios que estaban proliferando y que poseían una estructura lo suficientemente sofisticada para no ser descubiertos, pudieran ser sacados a la luz con la colaboración de los mismos miembros que decidieran acudir a la autoridad a cambio de ciertos beneficios diferenciales..

Lo anterior, teniendo en cuenta que es en cabeza del Estado que se encuentra el deber de garantizar y promover la libre competencia, para lo cual se requieren unas condiciones de igualdad y libertad, y en este sentido, tiene toda la carga de tomar las medidas e implementar los mecanismos que conlleven a evitar que las actividades restrictivas de la competencia acaben con el libre mercado y en el peor de los casos, sean expuestas las empresas nacionales a prácticas anticompetitivas de las extranjeras (Ortiz Baquero y Solano Osorio, 2016)

Ahora bien, desde su concepción, la delación fue pensada como una herramienta que debía reposar sobre tres principios fundamentales, expuestos por Scott Hammond (2008), que son (i) Sanciones duras y severas, las cuales van a representar el incentivo para delatar, debido a que la empresa tendrá que hacer un análisis costo-beneficio, en el cual evaluará por un lado la sanción que se le impondría en caso de ser descubierta y por el otro lado la utilidad/rentabilidad resultante de seguir delinquiendo; (ii) Debe haber riesgo de detección de la conducta, es decir, las empresas deben tener la plena seguridad de que la autoridad competente está desplegando todo su aparato administrativo y recursos para desarticular el cartel, mediante la vigilancia permanente, de tal suerte que no piensen que hay lugar a la impunidad; (iii) Transparencia y predictibilidad en su aplicación, es decir, que el programa de delación cumpla con los beneficios prometidos y de esta forma logre que las empresas dispuestas a delatar tengan plena confianza y acudan a la autoridad competente.

Retomando el tema del sistema de sanciones, el cual debe ir de la mano con el programa de delación para lograr una eficiencia total, Motchenkova y Kort, (2006), afirman que:

Las sanciones deberían ser múltiplos de las ganancias obtenidas por las firmas gracias a los acuerdos de fijación de precios. Conviene destacar el caso de Nueva Zelanda, país que tiene uno de los sistemas de multas anti trust más sofisticados, en donde la multa se determina como el valor máximo entre NZD 10 millones, tres veces la ganancia asociada a la fijación, o si esta es desconocida, 10% del valor de las transacciones de la firma.

Dicho esto, resurge la inquietud respecto de la severidad de la sanción/multa, que es claro que debe ser lo suficientemente considerable para que actúe como desincentivo y logre disuadir a las firmas de formar acuerdos de fijación de precios, ya que la decisión de coludir obedece a un raciocinio costo beneficio, en el cual, si las empresas decidieron cartelizarse es en respuesta a un mayor beneficio económico que espera obtener, por encima del costo que le generaría. Es decir, siempre que haya sanciones bajas, se estará creando el ambiente propicio para que se formen estas prácticas ilegales.

Así las cosas, el objetivo principal es imponer una sanción significativa que golpee a las empresas en su punto más sensible; las ganancias. Por esta razón es importante que el sistema de sanciones sea diseñado de tal forma que las multas se impongan proporcionalmente a las utilidades obtenidas por las firmas durante el periodo en que se mantuvo vigente la actividad ilegal, porque se trata de ilícitos duales, que impactan tanto a el interés público, desde el punto de vista de afectación al libre mercado y desequilibra la balanza económica, como los intereses y patrimonio particulares, en vista de que se perjudican directamente con la emergencia de la conducta anticompetitiva (Ortiz Baquero y Solano Osorio, 2016)

2. Regulación Normativa de la Figura de la Delación.

Una vez reseñados los conceptos anteriores, es necesario hacer una aproximación general a las normas jurídicas, legales, jurisprudencia, entre otras, vigentes en materia de competencia, que reglamentan el programas de delación, tanto en el ámbito internacional y como en el nacional. Lo anterior para tener una visión más amplia que permita enriquecer nuestra investigación con los fundamentos normativos pertinentes.

2.1 Normatividad Internacional

Uno de los primeros antecedentes normativos que podemos encontrar acerca de la prohibición de estas prácticas está en el derecho norteamericano con la expedición de la Ley Sherman que fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1890 y que tenía dos objetivos principales; el primero, que nos interesa, era:

“Prohibir toda clase de acuerdos que tiendan a restringir la competencia entre diversos estados con naciones extranjeras” y el segundo que prohibía “tanto la monopolización como el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o internacional”

También, es importante mencionar el Capítulo 13 del TLC suscrito entre Estados Unidos y Colombia, a través del cual se busca, mediante la cooperación bilateral, la detección de carteles que afectan a los países.

2.2. Normatividad Nacional

Por su parte, en Colombia encontramos la siguiente consagración normativa a partir de:

2.2.1. Constitución Política de Colombia.

- **Artículo 88.**

Establece que La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. (...) (Negritas fuera del texto)

- **Artículo 333.**

Consagra: La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

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

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

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Negritas fuera del texto).

2.2.2. Leyes.

- *La Ley 155 de 1959.*

Por la cual se dictaron algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; que señala en su artículo primero que:

Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan

por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

- *La Ley 1340 de 2009.*

Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia; en su artículo 2 señala que este régimen se aplicará:

“Respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”

En este sentido se amplía su campo de acción, cobijando prácticamente a todas las personas que intervienen en el mercado, incluyendo a los comerciantes, no solo empresas.

También en su artículo 14 consagra los Beneficios por Colaboración con la Autoridad

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. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta.
2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores:
 - a). La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así

como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal.

b). La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.

- *Ley 1474 de 2011.*

Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. En su artículo 27 establece:

PARÁGRAFO: El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

2.2.3. Decretos.

- *Decreto 2153 de 1992.*

Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones; en su artículo 45 consagra que los acuerdos anticompetitivos se entienden como

“todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”

En su artículo 47, consagra una lista enunciativa de cuales acuerdos se consideran anticompetitivos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

- *Decreto 1523 de 2015.*

Por medio del cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y se modifica el Capítulo 29 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, sobre beneficios a las personas naturales y jurídicas que colaboren en la detección y represión de acuerdos restrictivos de la libre competencia.

2.2.4. Resoluciones.

- *Resolución No. 76724 de 2014 de la Superintendencia de Industria Comercio.*

Aplicó los siguientes parámetros:

Para este Despacho, constituyen prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, aquellas conductas encaminadas a la determinación de un precio que

no tiene en cuenta las reglas del mercado y el libre juego e la oferta y la demanda, todo lo cual deberá ser determinado teniendo en cuenta el tipo de producto, servicio o cargo bajo examen, las particularidades económicas y jurídicas del mercado, y el contexto en el cual ha sido fijado el precio (...)

2.2.5. Sentencias.

- *Sentencia C-624 de 1998.*

La corte definió la Libertad Económica como:

“La facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencia o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”

- *Sentencia C-535 de 1997.*

Establece que la libertad de empresa

“se manifiesta en la capacidad que posee toda persona de establecerse y de ejercer la profesión u oficio que libremente elija”

- *Sentencia C-093 de 1996.*

Define la libre competencia como

“la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela”

- *Sentencia C-228/10.*

Establece que el núcleo esencial de la libertad de competencia: “consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.”

- *Sentencia C-228/10.*

Establece que la libertad de competencia es una garantía constitucional de carácter

relacional:

(...) cuya efectiva garantía depende del equilibrio entre las acciones individuales de las empresas e individuos participantes en el mercado.” y, que por tal motivo, “la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley.

- *Sentencia C-535/97.*

La Corte no solo ha considerado la libre competencia económica como un derecho sino también como “principio rector de la economía”. En ese sentido esta sentencia emblemática establece:

“La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados”.
(Subrayado propio).

3. Análisis del caso *Cartel de los Cuadernos* frente a la figura de la delación conforme a lo establecido en la Ley 1340 de 2009.

El llamado “cartel de los cuadernos”, fue un acuerdo de restricción a la libre competencia que se fraguó entre las empresas Carvajal, Kimberly y Scribe, cuyo objeto fue la fijación de precios en el mercado de cuadernos de escribir, en Colombia.

En su momento la Superintendencia de Industria y Comercio, formuló pliego de cargos e inició una investigación de la cual se concluyó, en resolución 54.403, emitida el 18 de agosto de 2016, que si hubo vulneración por parte de los agentes mencionados al régimen de protección de la libre competencia y se establecieron las multas respectivas de acuerdo a lo consagrado en la ley 1349 de 2009.

3.1. Caso concreto

Durante más de 13 años (desde 2001-2014), se habrían configurado y estructurado un presunto cartel en el sector de producción, distribución y comercialización de cuadernos en Colombia. Que involucraría desde sus inicios a dos de los agentes del mercado a los que se les formuló pliego de cargos por la SIC: Carvajal y Kimberly, entre 2001 y 2011; y su etapa final a otros dos agentes del mercado: Carvajal y Scribe, entre 2011 y 2014. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. p.69)

Llama la atención especialmente el hecho de que según lo que se establece en la resolución 7897 de la SIC, este cartel venía funcionando desde el año 2001, cuando empezaron las conversaciones entre Carvajal y Kimberly, para discutir algunos asuntos relacionados con los precios de los cuadernos de la temporada. (2015, p.69); sin embargo, más adelante, la empresa Scribe, también participó del cartel de cuadernos, sólo que se hizo parte en el año 2011, cuando el Grupo Scribe compró la línea de cuadernos Scribe, que era de propiedad Kimberly (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. p.70).

Así las cosas, queda claro que hubo dos momentos en que se desplegó la conducta del cartel de los cuadernos, el primero comprendido entre el 2001 y el 2011, con la participación de las empresas Carvajal y Kimberly; y un segundo posterior al año 2011, por parte de las empresas Carvajal y Scribe.

Ahora bien, el funcionamiento de este cartel se dio de manera secreta, llevando a cabo reuniones y conversaciones entre los presidentes y/o los gerentes de las compañías, con una periodicidad correspondiente a las temporadas escolares, las cuales dependen principalmente de los calendarios A y B de las instituciones educativas. El objetivo era la fijación de los precios, para lo cual se compartían la lista de precios y discutían los descuentos a aplicar durante la época. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. p. 85).

En este orden de ideas, es claro que el comportamiento de los agentes del mercado de los cuadernos, en Colombia, fue totalmente contrario a la libre competencia, ya que este cartel estructurado por Carvajal, Kimberly y Scribe se dedicó a fijar precios, compartiendo información sensible como listas de precios y descuentos para cada sector; lo cual facilitó el ambiente para la creación de un acuerdo colusorio, en el cual la competencia se vuelve nula y se busca favorecer las ganancias de las empresas, como efectivamente ocurrió durante 13 años.

El final de presunto cartel se dio a finales de 2014, por declaración rendida ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Según lo cual se pudo verificar que el cartel terminó de forma tácita, suspendiendo la comunicación y el contacto entre los funcionarios; además porque dos de las empresas a las que se les formuló pliego de cargos, obtuvieron la condición de deladoras del presunto cartel (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. p. 85).

3.2. Impacto económico

Este cartel desde el año 2001 hasta el 2014, tuvo ventas de cuadernos, que ascendieron a 1,7 billones, aproximadamente, valor que a precios del 2014 equivalen aproximadamente a 2

billones de pesos (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015). Según la encuesta de ingresos y gastos elaborada por el DANE (2006-2007), momento en el que se desarrollaba el cartel de los cuadernos, en Colombia existían 11.144.850 hogares el 53% de estos hogares (5.946.274), presentaban gastos en bienes y servicios relacionados con la educación (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. p. 21).

Según la misma encuesta 3.706.018 hogares efectúan gastos en la lista de útiles escolares (donde están incluidos los cuadernos) lo cual representa el 62, 32% de los hogares que reportan gastos en educación. De igual manera, según las proyecciones de población del DANE, se tiene que estos hogares representan 9.501.243 menores de 24 años que asisten a un establecimiento educativo, para un promedio de 2,56 de dependientes por hogar (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. p. 21-22).

Así mismo el gasto en cuadernos, representa cerca del 18% del gasto en bienes y servicios para educación (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. p. 22). Ahora bien, en términos monetarios, la situación durante: (i) el periodo comprendido entre 2006 a 2007, se reflejó con un gasto total anual en cuadernos por familia, de 216.696 pesos aproximadamente; (ii) el periodo de 2013, el consumo se concentra entre 13 y 14 unidades por escolar, con una demanda potencial en 2013 de 10.132.780 individuos en edades entre 2 y 26 años que asisten a un establecimiento educativo, lo cual se tradujo en \$229.851 millones de pesos anual (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. p. 23).

El escenario se complejiza cuando se tiene en cuenta que en Colombia los agentes que participan en el mercado de los cuadernos son ocho (8), además de algunos supermercados y otras empresas que importan este producto. Las empresas fabricantes y comercializadoras son: Carvajal (42,95%), Scribe (18,82%), Productos Eco (11,86%), Primavera (4,82%), Fabrifolder (4,26%), Lukas Editores (2,59%), Legis (0,91%), y Olito (0,61%). En total reúnen un poco menos del 87% del mercado nacional, el restante es abastecido por las importaciones (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. p. 28).

Pese a lo anterior, es necesario destacar que durante los años 2005 a 2013, el sector de los cuadernos en Colombia, fue dominado principalmente por Carvajal, con las mayores ventas y por tanto la rentabilidad más alta. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. p. 30).

3.3. Programa de Delación en el caso del cartel de los cuadernos

Para iniciar este acápite, es importante hacer una aclaración, el cuaderno es un producto que satisface una necesidad puntual, la cual por condiciones específicas de la demanda no puede ser reemplazado con otro bien (bloc, hojas sueltas, tabletas, etc.). En este sentido no es un producto sustituible; ahora bien, teniendo en cuenta los avances tecnológicos que hay en la actualidad (Tablet, notebooks, etc.), y que podrían ser los que reemplazaran los cuadernos, hay que decir que su accesibilidad está limitada a cierto grupo de la sociedad: los de más altos ingresos; En este sentido, para una persona del común sustituir en la canasta un cuaderno por un dispositivo electrónico no es siquiera pensable, no hay balance en la evaluación costo – beneficio, económicamente hablando.

Por otra parte, frente al caso del cartel de los cuadernos, se inició la implementación del programa de Delación ya que llegó una comunicación a la Delegatura para la Protección de la Competencia, de la SIC, informando sobre la participación en posibles prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de los cuadernos. Para efectos de lo anterior, la empresa delatora aportó pruebas documentales y ofreció declaración de varias personas sobre el tema en mención (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015).

Como se ha dicho, las empresas que se cartelizan al encontrarse frente a la posibilidad de poner en marcha el programa de delación, deben adentrarse en una lógica económica en la cual se hace un análisis costo – beneficio, y tienen que evaluar cuáles son los incentivos que existen para ver si es conveniente o no delatar.

En Colombia, los beneficios que pueden llegar a obtener quienes delatan las actividades restrictivas de la competencia van desde recibir inmunidad total, parcial o reducción de las multas, con la condición de que aporten información de primera mano que permita desvelar los carteles e identificar a las empresas que participaron. En este sentido, es a todas luces una necesidad imperante contemplar **MULTAS SEVERAS**, que permitan a los agentes ver más costosa su permanencia en el cartel, es decir, que el pago de la multa, en caso de ser delatados o descubiertos por la autoridad competente, no sea percibido como un costo más de la operación de producción, distribución y comercialización del producto, para el caso, los cuadernos, sino que alteren las ganancias percibidas durante el tiempo que se estuvo coludiendo y alterando la dinámica competitiva del mercado.

Y parafraseando lo dicho en su momento por el ex superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo, no se trata de ser enemigos del sector empresarial, pero si es importante que se actúe contra quien viola la ley, la economía debe estar al servicio de los empresarios cumplidores de la ley y al servicio de los consumidores (El Tiempo, 2016)

Las multas por violación de las normas de libre competencia, en Colombia, lamentablemente son irrisorias, lo cual repercute directamente en el programa de delación, porque si hay un sistema de sanciones débiles y con poca regularidad no se configuran como un incentivo suficiente para disuadir a las empresas y evitar las conductas restrictivas de la competencia, pues en primer lugar estos no temen violar la ley, porque luego de analizar el costo beneficio que representa la actividad ilegal, deciden que los beneficios recibidos superiores en comparación con la sanción que se les pueda llegar a imponer si son descubiertos. Así la empresa infractora podrá obtener una ganancia por encima de lo normal y la multa pagarla sin ningún inconveniente, tomándose como un costo más de operación.

Analizando lo anterior, en Colombia la sanción máxima legal es de unos 69.000 millones de pesos para las compañías y 1.300 millones para las personas naturales; ahora bien, la multa impuesta por la Superintendencia de Industria y comercio fue de la siguiente forma a cada una de

las empresas: Kimberly, con 29.645 millones de pesos; Scribe Colombia con 11.720 millones de pesos y Carvajal Educación con 14.823 millones de pesos.

Es claro que es un caso en el que se puede vislumbrar la materialización de lo dicho, puesto que siendo las multas tan bajas en comparación con las ganancias que se generaron durante 13 años para las empresas que hicieron parte del cartel, no hay un incentivo real que disuada a los infractores de formar carteles, temer a la autoridad y a la sanción. Es decir, en el caso del cartel de los cuadernos, la empresa delatora fue Scribe (que fue vendida al antiguo dueño de Kimberly), y recibió los beneficios del programa de delación. Llegó a un preacuerdo con la SIC y en este sentido tuvo suspensión del cobro de la multa. Mientras que Carvajal, nunca aceptó cargos y por esta razón se hizo acreedor de la multa.

Pese lo anterior, surge la duda sobre si una multa de 14.823 millones de pesos - la cual contempla la sanción tanto de la empresa como persona jurídica como de los 12 directivos que actuaron de manera ilegal- frente a las ganancias obtenidas durante 13 años de cartelización en la cual Carvajal: (i) Dominaba el mercado; y (ii) las ganancias ascienden a los 2 billones de pesos aproximadamente, ¿no resulta irrisoria?

Aunado a lo anterior, se tiene que Scribe, que en su momento absorbió a Kimberly, quien estuvo desde los inicios del Cartel, en 2001, fue quien delató las actividades restrictivas de las cuales participó durante un periodo considerable de tiempo. En este sentido es claro que Kimberly y Scribe, fueron los grandes ganadores, ya que se lucraron de prácticamente 13 años de cartelización, fijando precios y maximizando ganancias, para finalmente, hacer un acuerdo con la SIC, hacerse beneficiario de las ventajas del programa de delación y no tener que pagar la multa de la cual eran más que justos acreedores.

Siendo las cosas de esta manera, para esta investigación, no se niegan las ventajas y beneficios que puede traer consigo el programa de delación, tales como mayor efectividad en dismantelar carteles que cada día van creando herramientas y sofisticando su estructura para

mantenerse en la clandestinidad y pasar desapercibidos, economía de recursos y tiempo, mayor posibilidad de encontrar elemento material probatorio para que pueda producirse una sanción a los presuntos violadores de la libre competencia, entre otras. Sin embargo, se necesita reforzar el sistema de multas y sobre todo la reincidencia de las empresas en ellos, para el caso de los carteles de los cuadernos, Carvajal como artífice del cartel y además Kimberly y Scribe, quienes prácticamente se fusionaron, y se mantuvieron incólumes durante el proceso de dismantelación del acuerdo colusorio, que por años desangró a los sectores más vulnerables de Colombia, afectando uno de los productos de consumo masivo más importantes.

Ahora bien, la política de los programas de delación se rige por los siguientes móviles: 1. Destabilización de carteles existentes; 2. Disuasión de formación de nuevos carteles; Reducción de costos del proceso persecutorio (Molina, 2009); Sin embargo, sobre el móvil que interesa a esta investigación, cual es el 2., no se está disuadiendo en nada a la formación de los carteles, más bien se está demostrando que no es eficiente el programa de delación implementado en Colombia, debido al mal uso que se le está dando. Los incentivos establecidos, si bien están obteniendo que se descubran algunos acuerdos colusorios, no logran el fin real, cual es la disuasión de la formación y estabilidad de los carteles. De hecho, se está generando un fenómeno que responde a una cierta rentabilidad de estos carteles, en el entendido de que se forman fácilmente, se sostienen un periodo considerable de tiempo y finalmente los miembros se acogen al programa de delación, informan sobre sus actividades y todos obtienen reducción de sanción. Entonces, por un lado hay sanciones poco severas, con multas irrisorias por estas prácticas, y por otro lado están las ganancias monumentales resultado de la actividad ilícita y colorario a ello una exoneración y en el peor de los casos, reducción de la multa para las firmas. A todas luces, lo que se está ejecutando es un sistema con incentivos para que las firmas coludan.

Dicho lo anterior, se comprueba en el contexto colombiano la teoría que presentamos y que defienden los autores Hinloopen y Soetevent, en su investigación empírica *From overt to tacit collusion: experimental evidence on the adverse effects of corporate leniency programs* (2008), al abordar el tema de colusión, que dice que:

Los beneficios que concede el programa de delación ofrecen reducciones de las multas demasiado generosas, y pueden propiciar una cultura completamente incoherente al objetivo de la delación. En este sentido, los agentes cartelizados abusarían de la figura y se aprovecharían descaradamente de la misma.

Y establecen que la dinámica sería la siguiente:

(...) en el escenario de un acuerdo explícito que da origen a un cartel, los agentes pueden prever dentro de su estrategia de juego confesar en un momento dado. Esto podría volverse cíclico en cuanto los agentes coluden y después confiesan varias veces. La reducción de la multa que se concede por la puerta del programa de clemencia es vista por los miembros del cartel como un precio, un costo más del negocio. (Subrayado Propio) (Hinloopen y Soetevent, 2008).

En este sentido, se recalca que deben tenerse en cuenta otras consideraciones para el efectivo funcionamiento del programa de delación: en primer lugar la configuración de multas más severas; en segundo lugar, evaluar las calidades y características del agente cartelizado, entre otras cosas, teniendo en cuenta si es o no reincidente; en tercer lugar, determinar la afectación y consecuencias que se generaron en el mercado como resultado de su práctica ilegal durante un determinado periodo de tiempo; en cuarto lugar, muy de la mano con la anterior condición, analizar el factor tiempo y/o duración de la conducta anticompetitiva, de tal forma que se pueda aplicar la premisa de que a mayor tiempo de existencia y continuidad del cartel, la reducción de la multa debería ser menor; en quinto lugar, revisar la capacidad de pago de la empresa coludida, puesto que a la hora de calcular el monto de la multa es importante obtener la representación de un gasto significativo. De esta forma, las multas deben ser lo suficientemente drásticas, que signifiquen un sacrificio de pago. Y no por el contrario que sean vistas como un simple impuesto o un costo normal que deben incurrir en el desarrollo del negocio (Molina, 2009).

Finalmente, alertamos sobre la necesidad de evitar la facilidad de creación y mantenimiento de los carteles, es decir, no puede permitirse de ninguna forma que las empresas infractoras vean

en el programa de delación, aparte de los beneficios de reducción o eliminación de las sanciones, un incentivo para coludir, teniendo en cuenta que bajo la premisa de colaborar en la desarticulación del cartel respectivo, las empresas participantes informara cada una de las actividades realizadas y de esta forma todas obtuvieran reducciones en sus sanciones, quedando un vacío en el cual se está creando más bien una herramienta que les permite, por un lado, incrementar ganancias por la práctica ilegal y por el otro, incentivos para reducir sanciones y seguir cartelizandose. Por lo cual, es imperante que se tenga en cuenta que la única forma de evitar el mal uso que se le está dando al programa de delación, es con la implementación de multas más severas y la anulación de beneficios a segundos y terceros delatores.

Le aclaro: no somos enemigos del sector empresarial. Actuamos contra quien viola la ley. Con nuestras decisiones ponemos la economía al servicio de los empresarios cumplidores de la ley y al servicio de los consumidores. ¿Usted tiene aspiraciones políticas? No, pero servirle a mi país es lo más interesante que he hecho en mi vida.

4. Conclusiones

Como punto final de este trabajo de investigación, luego de haber desarrollado y comprendido lo propuesto frente al programa de delación implementado en Colombia con la ley 1340 de 2009, exponemos las siguientes conclusiones:

1. La libre competencia se torna como un principio rector de la economía, en el sentido de que quiere promover y garantizar el bienestar de los consumidores en cuanto a sus intereses, puesto que al existir mayor cantidad y pluralidad de oferentes, el mercado se vuelve más competitivo en términos de precio y calidad, y de esta forma pueden contratar con quien les ofrezca mejores condiciones, logrando un funcionamiento más eficiente del mismo.
2. En Colombia las empresas cuentan con todos los incentivos para desviarse del funcionamiento de un mercado competitivo y disminuir la rivalidad en beneficio propio, para incrementar sus utilidades en formas exageradas.
3. Los carteles, son un grupo de empresas- naturalmente competidoras- que celebran un acuerdo ilegal para realizar prácticas que pretenden restringir, limitar o eliminar la competencia en el mercado, mediante, por ejemplo, pactos de fijación de precios, cuyo objetivo es favorecer a las empresas involucradas a costa del bienestar de los consumidores.
4. Los efectos ocasionados por los carteles van desde obtener el poder de mercado, el incremento de precios, falta de innovación, control sobre la oferta, nula libertad de elección y afectación grave a la economía de los consumidores.
5. Para decidir qué tan dañino ha sido un acuerdo colusorio en determinado mercado, se debe analizar con detalle (i) cuál es puntualmente el acuerdo realizado sobre el aumento de los precios y (ii) las consecuencias que ha generado durante el periodo de tiempo en que se desarrolló, tanto sobre el mercado como sobre los consumidores de dichos productos.

6. La sanción/multa, debe ser lo suficientemente considerable para que actúe como desincentivo y logre disuadir a las firmas de formar acuerdos de fijación de precios, ya que la decisión de coludir obedece a un raciocinio costo beneficio, en el cual, si las empresas decidieron cartelizarse es en respuesta a un mayor beneficio económico que espera obtener, por encima del costo que le generaría.
7. Siempre que hayan sanciones bajas, se estará creando el ambiente propicio para que se formen estas prácticas ilegales.
8. Es importante que el sistema de sanciones sea diseñado de tal forma que las multas se impongan proporcionalmente a las utilidades obtenidas por las firmas durante el periodo en que se mantuvo vigente la actividad ilegal.
9. Las multas por violación de las normas de libre competencia, en Colombia, lamentablemente son irrisorias, lo cual repercute directamente en el programa de delación, porque si hay un sistema de sanciones débiles y con poca regularidad no se configuran como un incentivo suficiente para disuadir a las empresas y evitar las conductas restrictivas de la competencia,
10. En el caso del cartel de los cuadernos, siendo las multas tan bajas en comparación con las ganancias que se generaron durante 13 años para las empresas que hicieron parte del cartel, no hay un incentivo real que disuada a los infractores de formar carteles, temer a la autoridad y a la sanción.
11. Se está generando un fenómeno que responde a una cierta rentabilidad de estos carteles, en el entendido de que se forman fácilmente, se sostienen un periodo considerable de tiempo y finalmente los miembros se acogen al programa de delación, informan sobre sus actividades y todos obtienen reducción de sanción. Entonces, por un lado hay sanciones poco severas, con multas irrisorias por estas prácticas, y por otro lado están las ganancias monumentales resultado de la actividad ilícita y colorario a ello una exoneración y en el peor de los casos, reducción de la multa para las firmas.

Referencias Bibliográficas

- Amat, Y. Abril de 2016. *Necesitamos sanear nuestra economía de carteles empresariales. El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16565531>
- Amézquita Gómez, J. 2013. *Análisis acerca del reciente fenómeno de las prácticas restrictivas de la competencia en licitaciones públicas, desde el punto de vista comercial*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/14879/AmezquitaGomezJuanFrancisco2013.pdf?sequence=1>
- Archila, M. 2001. *Los precios predatorios: una forma de abuso de la posición dominante*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/tesis13.pdf>
- Cabrera Galvis, M. Mayo de 2016. *El impacto económico de los carteles. Portafolio*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/opinion/mauricio-cabrera-galvis/impacto-economico-carteles-496569>
- Cárdenas Anaya, A. 2011. *Análisis de multas por fijación de precios en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de http://www.bdigital.unal.edu.co/4589/1/An%C3%A1lisis_de_multas_por_fijaci%C3%B3n_de_precios_en_Colombia_-_Agosto_2011.pdf
- Centro de Libre Competencia. *El Derecho de la Competencia en Colombia*. Recuperado de http://www.lcuc.cl/documentos_down/mapa/colombia.pdf
- Congreso de la Republica. 1991. *Constitución Política de Colombia*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html

- Congreso de la Republica. 2009. *Ley 1340 de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36912>
- El Tiempo.com. Abril de 2016. *Los siete carteles que han sacudido la economía del país. EL Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16557595>
- El Tiempo.com. Agosto de 2016. *Los correos que revelaron la existencia del 'cartel' de los cuadernos EL Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/economia/empresas/cae-cartel-de-los-cuadernos-41950>
- Amat, Yamid. Octubre de 2016. *Investigaciones en marcha en Superindustria. El Tiempo*. Recuperado en <http://vlex.com/vid/80-investigaciones-marcha-superindustria-591299194>
- Hammond, S. 2008. *Cornerstones of an Effective Leniency Program. Competition Law International*, vol. 4, 4-10. Recuperado en: <http://www.heinonline.org.ezproxy.javeriana.edu.co:2048/HOL/Page?handle=hein.journals/cmpetion4&div=20>
- Hinlopen, J. y Soetevent, A. *From overt to tacit collusion: experimental evidence on the adverse effects of corporate leniency programs*. 2008. Recuperado de: <http://ssrn.com/abstract=1146347>
- Jaramillo, L. 1995. *Ciencia tecnología y desarrollo*. Icfes: Serie Aprende a investigar. Módulo 1. Bogotá D.C. .
- Méndez, M. Abril de 2016. *Reparto de mercado y fijación de precios: los "acuerdos bajo la mesa" de Indra, IBM.. El Confidencial*. Recuperado de http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-04-29/cnmc-indra-ibm-iecisa-atos_1191015/
- Ministerio de Desarrollo Económico. 1992. *Decreto 2153 de 1992. "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones"*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html

- Molina, J. *Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia*. Bogotá D.C. 2009. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16912/MolinaGomezJuliana2009.pdf?sequence=1>
- Moncayo, C. Agosto de 2015. *Los acuerdos de fijación de precios no son recomendables para las empresas*. Instituto Nacional de Contadores Públicos. Recuperado de <https://www.incp.org.co/los-acuerdos-de-fijacion-de-precios-no-son-recomendables-para-las-empresas/>
- Oficina jurídica. 2012. *Respuesta a Derecho de petición*. Superintendencia de Industria y Comercio. Recuperado de <http://www.confecamaras.org.co/Documentos/DireccionJuridica/ConceptosDoctrinaJurisprudencia/con2097INT.pdf>
- Oficina jurídica. 2015. *Respuesta a Derecho de petición*. Superintendencia de Industria y Comercio. Recuperado de <http://incp.org.co/Site/2015/info/archivos/concepto-117474-sic.pdf>
- Ortiz-Baquero, Ingrid S. & Solano-Osorio, Diego A., Análisis comparativo de los sistemas de aplicación privada y pública de las normas de libre competencia en los países integrantes de la Comunidad Andina, 133 *Vniversitas*, 191-226 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.acsa>
- Quiroga, A. Agosto de 2014. *Delación: un arma contra los carteles empresariales*. *La Republica*. Bogotá D.C. Editorial La República S.A.S. Recuperado de <https://www.larepublica.co/asuntos-legales/analisis/andres-felipe-quiroga-511176/delacion-un-arma-contra-los-carteles-empresariales-2157581>
- RCN. Septiembre de 2015. *Superindustria trabaja en la delación de los cárteles empresariales en Colombia*. *RCN*. Recuperado de <http://www.rcnradio.com/locales/superindustria-trabaja-en-la-delacion-de-los-carteles-empresariales-en-colombia/>

San Miguel-Giralt, Johannes, Contratación pública y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo, 135 Universitas, 377-420 (2017).
<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.cpcd>

Semana. Marzo de 2015. *Carteles de precios: consumidores contraatacan. Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/economia/articulo/como-evitar-los-carteles-empresariales-en-el-pais/420934-3>

Serrano, F. Noviembre de 2016. *Delación, clave para dismantelar carteles. EL ESPECTADOR*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/economia/delacion-clave-desmantelar-carteles-articulo-665193>

Superintendencia de Industria y Comercio. *Protección de la competencia. Prácticas restrictivas de la competencia*. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

Superintendencia de Industria y Comercio. Protección de la competencia. Beneficios por colaboración. <http://www.sic.gov.co/beneficios-por-colaboracion>

Superintendencia de Industria y Comercio. Respuesta – comentarios. *Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores*. Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/cartilla_acuerdos_R.PDF

Superintendencia de Industria y Comercio. *Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores*. Recuperado de http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución número 7897*. Bogotá D.C. 2015
Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_user/RESOLUCION_7897.pdf

Universidad Libre De Colombia. 2011. *Guía para la Elaboración de Proyectos de Investigación.*
Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. 3ra edición, Bogotá D.C.