



“El derecho de competencia contribuye a que los países sean más prósperos”



Para lograr que los mercados operen de manera efectiva y justa, el rol que juega el derecho de competencia es vital, sobre todo para economías emergentes como la nuestra. Entrevista a Juan David Gutiérrez, profesor de la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos del Rosario.

Por Carlos García Bonilla

Fotos 123RF, Freepik, Milagro Castro, Juan Ramírez

DOI https://doi.org/10.12804/dvcm.10336.37612_num6

Todos hemos escuchado hablar de los carteles empresariales; por ejemplo el [cartel del papel higiénico](#), el de los [cuadernos](#), el de los [pañales](#), etc. También es posible que hayamos oído o leído sobre empresas que monopolizan un sector del mercado asfixiando toda posible competencia, o que emplean su posición de poder para abusar de los usuarios. Estos son el tipo de fenómenos que aborda el derecho de competencia: fallas de mercado que pueden afectar nuestra economía tanto a nivel personal como macro.

Con el fin de entender mejor en qué consisten y cómo podemos defendernos de estas actuaciones, hablamos con el profesor [Juan David Gutiérrez Rodríguez](#), experto en derecho de competencia y quien recientemente publicó dos obras sobre este tema: el capítulo *Derecho de competencia en América Latina y el Caribe: evolución y principales retos en el Anuario de derecho de la competencia* (2021), y el capítulo sobre Suramérica del libro *Research Handbook on Cartels* de la editorial Edward Elgar, listo para publicar en marzo de 2023.

Divulgación Científica (DC): Profesor Juan David Gutiérrez Rodríguez, ¿qué es el derecho de competencia?

Juan David Gutiérrez Rodríguez (JDGR): El derecho de la competencia es un conjunto de normas que busca que los mercados operen competitivamente. En Colombia está enmarcado en la Constitución política, la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. La Constitución colombiana establece el derecho de libre competencia económica: esa libertad que debería tener yo, como consumidor, para acercarme a un mercado y adquirir bienes y servicios; o la libertad de que yo, como empresario, debería tener para acercarme al mercado a ofrecer mis bienes y servicios en igualdad de condiciones. El derecho de la competencia busca preservar esa

libertad de acceso al mercado tanto para el comprador y como para el vendedor; una libertad que no se vea limitada de forma artificial o significativa por los comportamientos de las empresas o por las regulaciones del Estado.

(DC): ¿Cuándo son ilegales estas conductas?

(JDGR): Las conductas que estas normas consideran ilegales se pueden clasificar en dos grandes grupos. Un primer grupo son los *acuerdos anticompetitivos*, es decir, acuerdos entre competidores que buscan limitar la competencia entre ellos. Por ejemplo, si somos competidores y convenimos aumentar o no disminuir precios, o acordamos distribuirnos los mercados o fijar las mismas cantidades de producción, la consecuencia será que tendremos unos precios más altos de los que habría si compitiéramos. Cuando hablamos de estos acuerdos, nos estamos refiriendo a los carteles empresariales.

El otro grupo de conductas ilegales pertenecen al llamado *abuso de poder de mercado*. Esta conducta implica solo la conducta unilateral por parte de una sola empresa que concentra la mayor parte de la producción de un bien o servicio en un país o región, y que no enfrenta una competencia robusta por ningún otro competidor.

(DC): ¿Cómo es ese abuso de poder de mercado?

(JDGR): Imaginemos que una empresa que tiene el 95 por ciento de participación en un mercado empieza a vender sus productos a pérdida con el objetivo de quebrar a sus rivales. ¿Por qué haría algo así? Porque si los quiebra hoy, mañana será el único actor del mercado y podrá volver a subir el precio de tal manera que recuperará esa pérdida en la que incurrió mientras sacaba al rival, e incluso ganará más, ya que no tiene con quien competir.

El poder de mercado en sí mismo no es malo, pues es normal que en los mercados haya empresas grandes y con poder. Lo malo es cuando abusan de ese poder.

(DC): ¿Cómo afecta al consumidor este tipo de conductas?

(JDGR): De muchas maneras. Si las empresas se ponen de acuerdo para subir los precios, eso afectará la capacidad adquisitiva de los consumidores. Como en el caso de las Empresas Públicas de Medellín EPM (ver recuadro), sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio hace 20 años, se está afectando al consumidor porque se ve obligado a comprar algo que no quería y también se está afectando a empresas a las cuales se les estaba cerrando el mercado. Casi siempre las con-



"Cabe aclarar que competitividad no es lo mismo que competencia. Para ser competitivo necesitas otras cosas, necesitas bienes públicos, vías, internet; necesitas estar conectado al mar para exportar; necesitas un Estado que funcione".



ductas anticompetitivas van directamente en contra del consumidor y todos somos consumidores.

Las empresas que participan en mercados concentrados tienen maneras muy sofisticadas de meternos la mano en el bolsillo sin que lo notemos. La conducta más común que sanciona la Superintendencia de Industria y Comercio son los acuerdos para fijar precios.

A veces los acuerdos simplemente son para no bajar los precios. Pero otras veces dichos acuerdos utilizan sofisticadas fórmulas para establecer sus precios. En mercados donde el precio varía día a día (como en el comercio al por menor y al por mayor) o incluso minuto a minuto (como el turismo), las empresas usan una fórmula común para fijar los precios y para que las variaciones sean iguales para todos.

En definitiva, el mensaje que dejan las leyes que regulan la competencia es que una empresa que opera en el mercado tiene que tomar sus decisiones autónomamente; no puede ponerse de acuerdo con sus competidores para decidir cómo va a participar en el mercado. Queremos que las empresas compitan independientemente en el mercado porque entendemos que la competencia económica va a generar que las empresas



disminuyan precios, busquen innovar, aumenten su calidad y mejoren su oferta para atraer a los clientes.

En la mitología griega, Sísifo intentaba todos los días llevar una piedra hasta la cúspide de una montaña y cuando estaba por llegar una energía extraña, ajena, tumbaba la piedra, por lo que debía comenzar de nuevo desde cero. [Lo que busca el derecho de la competencia es que los empresarios sean una especie de herederos de Sísifo](#), que todos los días salgan al mercado a revalidar las razones por las que los clientes los eligen para adquirir un bien o un servicio.

(DC): ¿Cómo está Colombia en este aspecto?

(JDGR): Colombia tiene una legislación que data del año 1959; fuimos uno de los primeros países de Latinoamérica con este tipo de regulación. Pero fue después de la Constitución de 1991 que se generó la institucionalidad necesaria y se creó el derecho a la libre competencia económica. Gracias a esto es que desde los años 90 el Estado empezó a investigar, detectar y sancionar con frecuencia a empresas que violaran la norma.

Hay un tipo de consumidor muy importante, el Estado, que también puede verse afectado por los carteles empresariales.



“Queremos que las empresas compitan independientemente en el mercado porque entendemos que la competencia económica va a generar que las empresas disminuyan precios, busquen innovar, aumenten su calidad y mejoren su oferta para atraer a los clientes”, explica el investigador Juan David Gutiérrez.

En la última década Colombia ha trabajado bastante para perseguir a los carteles que buscan amañar las licitaciones públicas.

(DC): **¿Y cómo hacen las empresas para tumbar al Estado?**

(JDGR): Las licitaciones públicas son procesos de contratación que buscan generar micromercados competitivos para que el mejor postor gane y sea el que le provea los bienes y servicios al Estado. En estos procesos los participantes se pueden poner de acuerdo para repartirse las licitaciones y simular que están compitiendo, aunque se asignan los resultados previamente.

Por ejemplo, a finales de 2019 la Superintendencia de Industria y Comercio [sancionó a seis empresas y a cinco personas con multas que ascendieron casi a un millón de dólares](#) al destapar un acuerdo para repartirse procesos de selección relacionados con el plan de alimentación escolar de Bogotá. Las empresas que cumplían con los requisitos para participar decidieron no presentarse para que la

Casos de abuso de poder de mercado

El profesor Juan David Gutiérrez explica algunos casos de abuso de poder que han ocurrido en el país:

- “En 2005 la empresa Cadbury Adams, que tenía posición de dominio en el mercado de gomas de mascar, fue multada por haber vendido durante más de 12 meses un producto a pérdida con el objetivo de frenar la expansión de un nuevo rival, Tumix”.
- “Hace muchos años, Empresas Públicas de Medellín (EPM) era la única organización que ofrecía internet de banda ancha en el área metropolitana de Medellín. Cuando decidió ingresar en el mercado de la televisión por suscripción, obligaron a las personas que adquirían internet de banda ancha a que también compraran el servicio de televisión, ya que por el mismo cable que servía para internet se podía recibir la señal de televisión por suscripción. La oferta era un solo contrato para los dos servicios: internet y televisión. Así, muchas personas que no querían suscripción a televisión se vieron obligadas a comprarla. Por este caso EPM fue sancionada por la Superintendencia hace ya 20 años. La estrategia eliminaba a futuros rivales porque si los consumidores recibían ya la televisión por suscripción porque estaban obligados a adquirirla para tener el servicio de internet, los demás proveedores de los dos servicios encontrarían un mercado copado y no tendrían oportunidad de competir”.

licitación fuera declarada desierta y obligar al Distrito a cambiar los términos de la convocatoria con precios más altos.

Esta misma situación puede ocurrir en muchos otros ámbitos de contratación pública y es muy importante que la Superintendencia de Industria y Comercio lo prevenga porque el gasto público representa el 15 por ciento del gasto total de la economía del país. El valor de la contratación pública en Colombia es cercano al 10 por ciento del PIB, y la [colusión](#) en procesos de contratación puede aumentar los precios entre el 10 y el 30 por ciento. De esta forma, el Estado puede adquirir muchos menos bienes y servicios por cuenta de los acuerdos anticompetitivos. Esto nos afecta a todos los que recibimos servicios del Estado, pero especialmente a la población más vulnerable que se beneficia de los programas y subsidios estatales.

(DC): ¿Como país, no somos los únicos en esto de ser tumbados, no?

(JDGR): No, esto no solo ocurre en Colombia, y somos uno de los países de la región que más carteles ha detectado en los últimos 20 años, solo estamos detrás de Brasil que es una economía muy grande. En ese periodo los casos detectados en Colombia ascienden a 72, en Chile llegan a 29 y en Argentina a 10. Esto no significa nece-



sariamente que en Colombia ocurra con más frecuencia, sino que tenemos una mayor capacidad de detección.

(DC): ¿Cómo se detectan estos carteles?

(JDGR): Hay dos herramientas que han sido muy importantes en la última década para detectar carteles empresariales. La que fue clave para descubrir el cartel de los pañales, de los cuadernos y del papel higiénico se llama [“Programa de beneficios por colaboración”](#) y busca incentivar que quien participe en un cartel delate a los demás participantes a cambio de un beneficio que puede ser hasta de la total exoneración de la multa.

Con el cartel de los [pañales](#) hubo una delación. Una empresa dijo “mire, yo estoy en un cartel hace muchos años y aquí están todas las pruebas”, la evidencia de todas las comunicaciones y reuniones entre los empresarios para acordar precios o para abstenerse de bajarlos.

La segunda herramienta es la capacidad de recabar y procesar pruebas digitales y electrónicas. En la época analógica, la Superintendencia se sentaba literalmente a revisar el archivo documental físico a ver si encontraban algo. Era como buscar una aguja en un pajar.

Hoy en día, la entidad solo solicita acceso a los computadores y a los dispositivos móviles corporativos, y empleando la informática forense para preservar la integridad de la información, encuentra la evidencia de la existencia de un cartel de precios.



"Antes de 2009 las multas eran muy pequeñas y no eran disuasorias; casi que era buen negocio violar la ley, pagar la multa y seguir como si nada. La Ley 1340 de ese año aumentó significativamente las sanciones fijando multas hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes (SMLMV), que es mucho dinero para casi cualquier empresa".

(DC): ¿Las sanciones que se imponen son realmente disuasorias de estos comportamientos?

(JDGR): Esta es una muy buena pregunta. Antes de 2009 las multas eran muy pequeñas y no eran disuasorias; casi que era buen negocio violar la ley, pagar la multa y seguir como si nada. La [Ley 1340](#) de ese año aumentó significativamente las sanciones fijando multas hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes (SMLMV), que es mucho dinero para casi cualquier empresa.

En otras jurisdicciones, como en la Unión Europea (UE) en el marco de las economías digitales, están discutiendo si las sanciones son suficientes, pues hay algunos gigantes tecnológicos que son tan grandes que ninguna multa les afecta: continúan violando las reglas, integrando ese comportamiento en su modelo de negocio y, mientras puedan seguir operando, prefieren pagar la multa. Por esto la UE busca otro tipo de soluciones más estructurales que incluyen la posibilidad de fraccionar las grandes empresas para favorecer a la competencia en el mercado.

(DC): ¿Entonces el derecho de competencia favorece la competitividad?

(JDGR): Cabe aclarar que competitividad no es lo mismo que competencia. Para ser competitivo necesitas otras cosas, necesitas bienes públicos, vías, internet; necesitas estar conectado al mar para exportar; necesitas un Estado que funcione. La competitividad no se da exclusivamente por los niveles de

competencia económica, sino también por todos los factores del entorno que le permiten una empresa prosperar. Entonces la competencia económica es solo un pedacito de la historia de la competitividad.

En general, los países con regímenes de derecho de la competencia más robustos, en términos de efectividad para detectar estas conductas y sancionarlas, tienden a ser países más prósperos. Y precisamente porque son países prósperos es que tienen un Estado más efectivo y capaz de detectar más carteles.

Lo que sí es cierto es que la operación de los carteles empresariales tiene una incidencia muy grande, no solo en la economía, sino también en las condiciones sociales de un país.

(DC): ¿Cómo afectan a la sociedad?

(JDGR): Un país plagado de carteles es un país donde los consumidores más pobres se ven más afectados, porque se trata de un fenómeno que aumenta la pobreza y la desigualdad. Es cierto que para que exista mayor equidad se necesita que el Estado funcione bien; pero si los mercados no funcionan bien, como cuando opera un cartel empresarial, la pobreza puede aumentar porque los consumidores podrán comprar menos por cada peso que reciban de salario.

En el caso del [cartel del plan de alimentación escolar de Bogotá](#), el Estado vio reducida su capacidad de compra por la conducta deshonesta de los oferentes: el Estado compró frutas a precios más altos por un acuerdo anti-competitivo, lo que conllevó que tuviera menos recursos para ofrecer servicios públicos.

Otro ejemplo: si los competidores hacen un acuerdo para aumentar los precios de los pañales, eso afectará mucho más a las personas más pobres. La proporción de lo que gasta una persona de ingresos bajos en alimentación o bienes de primera necesidad es mucho más grande que lo que gasta una persona de clase alta o media si le suben un 10 por ciento el precio a los pañales. Por esta razón, algunos países de América Latina, incluyendo Colombia, se enfocan mucho en perseguir carteles en mercados básicos como los agropecuarios o de alimentos.

Países como México le han apostado mucho a perseguir carteles que operan en el sector salud porque es un bien esencial y las personas de ingresos más bajos destinan un porcentaje más alto de sus ingresos a la salud. También ocurre con el sector educación. En general, el mejor funcionamiento del mercado puede redundar en mejores condiciones de vida para los más pobres. ■