

Análisis comparado

DE LA EVOLUCIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA EN EL SECTOR ALIMENTICIO EN COLOMBIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN EL MARCO COMÚN EUROPEO*

Comparative analysis

OF THE EVOLUTION OF COMPETITION LAW IN THE FOOD SECTOR IN COLOMBIA AGAINST SPANISH LEGISLATION IN THE COMMON EUROPEAN FRAMEWORK

RESUMEN

La presente ponencia tiene por objeto exponer los avances de la investigación que se encuentra en desarrollo, un estudio de caso sobre competencia desleal dentro del ramo de la industria panificadora. En Colombia, este sector está situado en la gran Industria Agroalimentaria, por ello estudiaremos si se encuentran contempladas en nuestro ordenamiento jurídico colombiano normas que lo regulen de manera especializada. Para ello de forma conjunta se acudirá a un análisis comparado con la normatividad española en el Marco Común Europeo dadas las convergencias manifiestas que tenemos con este país con relación a las relaciones comerciales que se establecen entre los Proveedores-Grandes Superficies y Consumidores.

Palabras clave: Competencia desleal, Industria alimentaria, Grandes superficies, Acuerdos restrictivos.

ABSTRACT

This paper aims to highlight the progress of the research is developing a case study on unfair competition within the baking industry sector. The bakery sector in Colombia, is located in the great Agrifood Industry study for them if you are covered by our Colombian law rules governing this sector specialized manner. This together shall be referred to the Spanish regulations compared to the Common European Framework states that given the similarities we have with this country with regard to commercial relations established between Contract Analysis - Supermarkets and Consumers.

Keywords: Unfair competition, Food industry, Supermarkets, Restrictive agreements.

MARÍA ANDREA BOCANEGRA JIMÉNEZ

Abogada Universidad del Atlántico, Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Docente Investigador tiempo completo Universidad Libre de Barranquilla. Grupo INCOM, Línea de Investigación: Legislación Comercial.
mbocanegra@unilibrebaq.edu.co

Recibido:
25 de febrero de 2014
Aceptado:
28 de marzo de 2014

* Avances del Proyecto de Investigación en curso. Estudio de Caso sobre competencia desleal dentro del sector de la industria panificadora. Investigador Principal. Universidad Libre de Barranquilla. Iniciación del proyecto marzo de 2013.

INTRODUCCIÓN

Presentación del Problema de Investigación

La presente ponencia es un avance del proyecto de investigación en curso sobre la regulación de la competencia en el sector de la Panificación en Colombia, el cual tiene como finalidad analizar el fenómeno de la competencia entre las Grandes Superficies y la industria panificadora, que se encuentra representada en un amplio sector en pequeñas y medianas empresas.

La panificación se encuentra ubicada en el sector de la Industria Alimentaria y las dinámicas económicas que se generen al interior del mismo van a afectar de manera directa la producción y comercialización del pan y sus derivados, por ello es pertinente conocer las especificidades de este sector económico y su participación en el mercado para distinguir las conductas de competencia que se generan entre los productores-distribuidores y el consumidor para establecer si el Derecho debe formular normas especializadas para este sector que garanticen la libre participación en el mercado y la seguridad alimentaria, preocupación global de estos tiempos.

Al formularse de manera general en la investigación la pregunta de si ¿Existe competencia desleal por parte de la industria panadera de las grandes superficies frente a la pequeña y mediana industria panificadora en Colombia? surgen otros cuestionamientos que son indispensables despejar para comprender el fenómeno de la competencia en un sector deter-

minado del mercado; una de estas cuestiones se relaciona con indagar el proceso evolutivo de las normas en materia de competencia en Colombia para establecer si en nuestra legislación hay reglas de juego que se relacionen de manera directa con el sector alimentario o por el contrario si se está a la libre disposición del mercado, teniendo en cuenta el ritmo acelerado que llevamos en los últimos ocho años con relación a las firmas de Tratados de Libre Comercio, como el de la Unión Europea.

Asimismo es importante indicar además de la evolución normativa un contraste con nuestros pares europeos, específicamente España, y son nuestros pares porque de la firma de un Tratado Comercial se puede inferir que debemos estar en igualdad de condiciones, explorando si en su evolución legal se ha dado un tratamiento normativo a la competencia dentro de la industria alimentaria.

Por todo lo anterior nos planteamos como problema a despejar ¿Está contemplado en la legislación colombiana en materia de competencias, normas que regulen la participación en el mercado de la Industria Alimentaria?

Justificación

En Colombia a partir del 1 de marzo de 2013, entró en vigencia el Acuerdo Comercial firmado con la Unión Europea, en el que la fortaleza exportadora del país se concentra en productos primarios como los agrícolas (38 %) que entrarán a países como España para hacer parte de la materia prima de la Industria Alimentaria de este país, que según

estudios de la Comisión Nacional de la Competencia –española– más del 50 % de la distribución de estos productos está en cabeza de las Grandes Superficies.

Llama la atención a este respecto que España luego del informe de la Comisión Nacional de la Competencia del año 2011 donde estudió las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario haya expedido en el año 2013 la Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (LCA). Por ello siendo pares comerciales es pertinente el estudio de este sector económico en Colombia y la regulación frente al mismo, en la que el gran protagonista de los mecanismos de protección es la Pequeña, Micro y Mediana Empresa. Teniendo tanto España como Colombia en el jalonamiento de su producción económica las Pymes un factor en común, merece la pena establecer un estudio de Derecho Comparado entre las legislaciones en materia de competencia.

Enfoque Metodológico

La presente es una investigación de enfoque cualitativo; su fundamento epistemológico está orientado a estructuras teóricas. Es una investigación socio-jurídica e interdisciplinar, que busca un impacto a nivel normativo en el derecho de la competencia y la regulación que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio. De carácter exploratorio-descriptivo, con un método inductivo para determinar la naturaleza jurídica de la competencia desleal en un sector concreto de la producción económica. Se espera obtener como resulta-

dos: I) Ampliación del conocimiento sobre el derecho de la competencia en Colombia. II) Identificación de inconsistencias jurídicas entre lo teórico y la funcionalidad de la regulación de la libre competencia económica en Colombia. III) Exposición de nuevos cuestionamientos para el desarrollo de nuevos proyectos de investigación.

Para el desarrollo de la ponencia se realizará una aproximación a las normas en materia de competencia en Colombia y España estableciendo puntos de convergencia entre ellos y evidenciar posibles causales de competencia desleal en que pueden estar incurriendo las Grandes Superficies en detrimento de la industria panificadora, dejando sentadas las bases teóricas preliminares que proporcionen una visión jurídica del problema.

Para el estudio se partirá desde un análisis jurídico del alcance de las normas que regulan la competencia en Colombia, en la Industria Alimentaria y las reglas especiales en la materia evidenciando las funciones del Derecho como regulador del mercado.

METODOLOGÍA

Tal como se estableció en el acápite introductorio la presente investigación es de un enfoque cualitativo, partiendo del método de estudio de caso, como estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en el fenómeno de competencia desleal en el contexto singular del sector económico productivo de la Panificación, combinando distintos métodos para la recogida

de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir y/o verificar el fenómeno en estudio.

Por lo que se toma como punto de partida para las fuentes de consulta la regulación en materia de competencia: La Constitución Política de 1991 y la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena; las normas que regulan la libre competencia tales como la Ley 155 de 1959 y sus decretos reglamentarios. Decreto 2153 de 1992, Ley 256 de 1996. El fundamento epistemológico que surtirá el valor de investigación científica estará dado por la convergencia entre el Análisis Económico del Derecho y el Derecho Económico. La Investigación dio inicio en el mes de marzo de 2013 y está en la fase de construcción teórica de la competencia en la industria alimentaria y las conductas de competencia desleal que se generan en su interior, que es el sustrato de la presente ponencia.

1. ANÁLISIS COMPARADO DE LA EVOLUCIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA EN EL SECTOR ALIMENTICIO EN COLOMBIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN EL MARCO COMÚN EUROPEO

1.1. Puntos convergentes que hacen relevante la comparación

Tanto España como Colombia, y la regla general de los países occidentales en el mercado de la Industria Agroalimentaria a través de la distribución minorista se constituye en el vínculo final entre los productores de bienes

y los consumidores. Los distribuidores seleccionan, aprovisionan y almacenan los bienes producidos. Por otro, facilitan las decisiones de compra mediante la provisión de información sobre los bienes distribuidos¹.

En Colombia la incursión de las Grandes Superficies ha contribuido con la transformación de la distribución alimentaria, caracterizada fundamentalmente por la sustitución de un modelo basado en el formato comercial tradicional por otro en el que la gran distribución se ha consolidado y los supermercados e hipermercados tienen un claro predominio². De acuerdo con la comisión nacional de la competencia española, esta transformación ha traído como consecuencia el creciente poder de negociación de la distribución minorista sobre los operadores del resto de la cadena alimentaria, específicamente en el último eslabón, y sobre los consumidores finales están siendo objeto de preocupación social.

De acuerdo con las cifras de la CNC, en España los supermercados constituyen el formato dominante, concentrando el 47 % de las compras en alimentación realizadas por los hogares, en Colombia representan el 50 % de las compras agroalimentarias.

Otro signo importante para resaltar es el aumento de la cuota de mercado de la Marca

1. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC). Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario. Madrid, 2011. www.cnc.es
2. AMÉZQUITA, Laura; PATIÑO, Yeinni. *Estudio Económico del sector retail en Colombia*. Delegatura para la Protección de la Competencia. Superindustria y Comercio, Bogotá, 2011.

de Distribuidor (MDD), como se conoce en la Unión Europea que ha pasado del 22 % en el año 2003 al 34 % en 2009; o Marca Propia como se conoce en Colombia que según la Federación Nacional de Comerciantes en el 2010 este tipo de marcas alcanzó el 14 % del mercado de las grandes cadenas³. Este aumento ha tenido lugar en prácticamente todas las categorías, aunque persisten notables diferencias por productos. El desarrollo de la Marca Propia juega un papel especialmente importante a este respecto. Ese desarrollo puede reducir la competencia entre fabricantes como consecuencia de la progresiva sustitución de Marcas de Fabricante (MF) por las Marcas del Distribuidor. Aunque inicialmente la introducción de la Marca Propia en una categoría aumenta el abanico de opciones del consumidor; con el paso del tiempo la Marca Propia tiende a desplazar a las Marcas de Fábrica más débiles, lo que contribuye además a fortalecer relativamente a las Marcas de Fábrica líderes. En el largo plazo este fenómeno podría configurar mercados de productos con una o unas pocas Marcas de Fábrica líderes y la Marca Propia de cada distribuidor, un escenario en el que la menor intensidad de la competencia intermarca iría acompañada además de una menor variedad y calidad del producto⁴.

Por otra parte, los mejores términos de compra de los productos obtenidos por los grandes distribuidores pueden restringir la com-

petencia intramarca, al otorgarles una ventaja competitiva significativa respecto a los demás distribuidores. Dicha ventaja proviene no solo del hecho de que determinados grandes distribuidores se aprovisionan en mejores condiciones de precio que sus rivales, sino también de que los proveedores pueden verse forzados a recuperar su margen perdido por los descuentos realizados a los grandes distribuidores incrementando el precio a los distribuidores con un poder de negociación reducido o nulo⁵.

De acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, el país está en el primer lugar en la región en cuanto a penetración de marcas propias, con un 9,5 %. Algunas ventajas y desventajas observadas de estas Marcas Propias en Colombia son: Más competencia para las empresas, mejores beneficios para los consumidores. En el país existen industrias locales que manufacturan bienes con estándares requeridos y con precios que se ajustan a las expectativas de las cadenas de comercio que tienen sus propias marcas de productos. Asignan espacios discrecionalmente, lo que puede perjudicar a otros proveedores, ya que en la medida que la marca propia experimente aumentos en las ventas y/o en la participación de mercado, desplazan los productos de otros proveedores, disminuyendo así la variedad a la que se enfrenta el consumidor. Aunque las Marcas Propias poseen rigurosos controles de calidad, es difícil controlarla por la diversidad de categorías de productos que manejan, y es

3. FENALCO. *Los Grandes Almacenes e Hipermercados en Colombia: Más allá de las cifras*. Bogotá, 2011. www.fenalco.com.co

4. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC). *Op. cit.*

5. *Ibid.*

difícil contar con un equipo de calidad que abarque en profundidad estos controles⁶.

Todo lo anterior evidencia que en el desarrollo comercial de la Industria Alimentaria tenemos puntos de convergencia que justifican realizar un estudio legal comparativo para establecer cómo a partir de fenómenos socioeconómicos iguales cuál es la respuesta del derecho objetivo de los dos Estados en mención.

1.2. Legislación colombiana en materia de competencia –sector agroalimentario–, Legislación Española en el Marco Común Europeo

Las primeras medidas para garantizar la competencia para promover el proceso de industrialización de Colombia fue la Ley 155 de 1959, a la fecha continúa vigente, donde se establecen las prohibiciones generales para participar en el mercado; se emplea como método de análisis la regla de la razón, no requiere que se cause perjuicio para invocar su ejecución. Prohíbe de manera expresa la monopolización de la producción, establece como sanciones jurídicas: Nulidad absoluta. Sanciones pecuniarias al parecer solo para las empresas. Retiro de las acciones de la Bolsa. Prohibición de funcionamiento en caso de reincidencia. Intervención de los precios. Orden de cesar en las conductas prohibidas. No hay sanciones criminales⁷.

6. AMÉZQUITA, Laura; PATIÑO, Yeinni, *op. cit.*

7. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia. *Revista Derecho Competencia*, Vol. 6 No. 6, 65-148 (enero-diciembre de 2011), Bogotá.

Con posterioridad a esta Ley y antes de la expedición de la Constitución de 1991 encontramos como normas relevantes el Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio, que establece la competencia desleal), el Decreto 3466 de 1982, en el que se dictan normas de protección al consumidor. Con posterioridad a la Constitución de 1991 nos encontramos con normas especializadas que regulan la competencia en sectores puntuales de la economía, tales como: Telecomunicaciones con el Decreto 2122 de 1991 donde se crea la Comisión de Regulación de Telecomunicación. El Decreto 2153/92 Prácticas Restrictivas en el sector Real. La Ley 37/93 sobre la Telefonía Móvil Celular. La Ley 100/93 Reforma Sistema de Seguridad Social. El Decreto 663/93 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. La Ley 142/94 Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios. La Ley 143/94 Ley de Energía Eléctrica. La Ley 222/95 Reforma al Código de Comercio. La Ley 256/96 Ley de Competencia Desleal. La Ley 446/98 Facultades Jurisdiccionales a las Superintendencias. SIC decide casos administrativos y judiciales de Competencia Desleal y Protección al Consumidor. La Ley 510/99 Regula Procedimiento para indemnización de perjuicios en competencia desleal. La Ley 1340 de 2009 que consagra a la Superintendencia de Industria de Comercio como la Autoridad Nacional de Competencia. Y la Ley 1480 de 2011 Nuevo Estatuto de protección al consumidor, comercio electrónico, ventas a distancia, garantía bienes usados⁸.

8. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, *op. cit.*

Entretanto en la Unión Europea encontramos el Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957, que consagra un aspecto teleológico: El Derecho de la Competencia de la UE es un instrumento más dentro de la política de profundizar la integración económica de Europa; desarrollando en su artículo 81 la prohibición general de conductas anticompetitivas y un catálogo de prácticas y acuerdos prohibidos. El artículo 82 prohíbe la explotación abusiva de la posición dominante. Entre otras tenemos la Regulación sobre concentraciones empresariales: incorporada de manera explícita mediante el Reglamento No. 4064 de 1989⁹.

Adicionalmente a estas normas el Marco Común Europeo dispuso la constitución del Foro de Alto Nivel sobre la Mejora del Funcionamiento de la Cadena Alimentaria, a finales de 2011, y, más recientemente, la publicación del “Libro verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa” (Bruselas, 31.1.2013; COM (2013) 37 final)¹⁰.

El Comité Económico Social Europeo, determinó su opinión en el sentido que la autorregulación “no constituye un remedio suficiente para las distorsiones observadas”, en el mercado de la industria alimentaria, lo que hace aconsejable, el recurso a normas cogen-

tes. Por otra parte, considera que tampoco resulta adecuado dejar en manos de cada uno de los Estados miembros la reacción frente a los problemas suscitados, pues se trata de un conflicto que afecta globalmente a la Unión Europea. El CESE recuerda incluso a la Comisión Europea que es posible legislar.

En el sentido de una «opción societal», más allá de la sola lógica mercantil, a fin de frenar la tendencia a la concentración de una gran distribución cada vez más poderosa y promover otras formas de comercio como los pequeños minoristas independientes, los mercados de barrio o las ventas directas del productor al consumidor¹¹.

En España de manera puntual contamos con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. El Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. RD 2295/2004 (Aplicación en España de las normas comunitarias de competencia). Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Ley 12/2013 de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

1.3. Consideraciones comparadas

Según los estudios de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia el impacto económico de las Grandes Superficies en

9. *Ibid.*

10. MIRANDA SERRANO, Luis; PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Crece la preocupación en Europa por los oligopolios en el sector de la distribución y sus consecuencias sobre los proveedores de productos alimentarios*. Consejo consultivo para la pequeña y mediana empresa, 2013. <http://www.thinktankjuridico.com/articulo.php?a=72>

11. MIRANDA SERRANO, Luis; PAGADOR LÓPEZ, Javier, *op. cit.*

la distribución de productos de la Industria Alimentaria son los siguientes¹²:

- La progresiva eliminación de participantes tradicionales (muchos ellos, Pymes), incapaces de competir con las economías de escala y ámbito que supone la oferta de los hipermercados.
- Ha supuesto una significativa mejora en la calidad de la oferta hecha a los consumidores.
- En las relaciones contractuales se han pactado cláusulas entre proveedor y distribuidor que intentan solucionar la externalidad vertical que generaría la inversión en publicidad y promoción si esta fuera costeadada en su totalidad por el distribuidor. Sin embargo, estas restricciones verticales también responden al deseo de ejercer poder de mercado, al intentar capturar la mayor parte de las ganancias generadas por el intercambio.
- Estas firmas poseen en la actualidad concentraciones importantes en sector de comercio al por menor en general y de *distribución* en particular, lo que sugiere a su vez que ostentan una posición de dominio en el mercado. Esta situación les permite, por lo menos potencialmente, modificar las condiciones del mercado, específicamente en el mercado de la provisión, es decir, pueden imponer y modificar las condiciones de los contratos con los proveedores unilateralmente. Tal como este informe explica, dichas empresas poseen posición dominante en el mercado, lo que les permite –potencialmente

al menos– actuar independientemente de las presiones competitivas del mercado.

- No obstante, no hay información suficiente que permita tipificar dichos comportamientos como potencialmente restrictivos de la competencia. Además, en el estado actual de la negociación los proveedores que se someten a las condiciones impuestas por los agentes *retail*, tienen un incentivo muy limitado que no permiten extraer una información fidedigna.

De lo anterior se puede colegir que en nuestro ordenamiento jurídico no se han establecido normas de carácter especializado que evalúen y tipifiquen estas conductas como restrictivas de la Libre competencia, se esbozan teóricamente los riesgos potenciales que la distribución a gran escala puede traer al mercado, pero no se está en la construcción de medidas que estimulen a la autorregulación del mercado ni a la protección de la Pequeña y Mediana Industria amparados en la “supuesta satisfacción de las ofertas al consumidor” en desmedro progresivo de la calidad.

Las normas de regulación establecidas están basadas en la primacía de la Autonomía de la Voluntad con una naturaleza jurídica mercantil y dependiendo de las obligaciones, encontramos la compraventa mercantil, los contratos de suministro, las consignaciones y las comisiones; en este sentido, las normas legales que caracterizan estos contratos sirven, en su mayoría, para suplir la voluntad no manifiesta de las partes. Existe un alto grado de discrecionalidad y potestad para configurar los elementos jurídicos que componen la

12. AMÉZQUITA, Laura; PATIÑO, Yeinni, *op. cit.*

relación entre las partes, lo que permite que a cada contrato pueda dársele una conceptualización jurídica particular¹³.

Nuestras normas de competencia reflejan la primacía de la Autonomía de la Voluntad, que no controla comportamientos –Modelo donde se fijan que bastan las normas de la defensa de la competencia–. Existe confianza en el mercado como instrumento que por sí mismo asegura la eficacia y competitividad del sector agroalimentario. Se entienden como simétricos los operadores dentro del mercado, cuando en realidad no lo son.

Desde el punto de vista de la Comisión Nacional de la Competencia en España, los estudios realizados en el sector de la Competencia de la distribución de los Productos Alimentarios desembocaron en la Expedición de la Ley para el mejoramiento de la distribución de la Cadena Alimentaria “LCA” que tiene por declarada finalidad *“mejorar el funcionamiento y la vertebración de la cadena alimentaria de manera que aumente la eficacia y competitividad del sector agroalimentario español y se reduzca el desequilibrio en las relaciones comerciales entre los diferentes operadores de la cadena de valor, en el marco de una competencia justa que redunde en beneficio no solo del sector, sino también de los consumidores”*. Este objetivo se persigue mediante un conjunto de normas materiales y de procedimiento. Las primeras introducen elementos relevantes de regulación de las relaciones comerciales entre los operadores que intervienen en la

cadena alimentaria, imponiendo límites a la autonomía de la voluntad de las partes. Las segundas facilitan la exigencia de las normas materiales a través de diversas técnicas: códigos de buenas prácticas, observatorios, agencias administrativas, mediadores, etc.; y muy especialmente, a través de disposiciones sancionadoras¹⁴.

De lo que se trata es, claramente, de introducir cambios en cómo funcionan determinadas relaciones privadas mediante una intervención de los poderes públicos; una lógica que inspira a múltiples normas, incluidas desde luego las de defensa de la competencia en sentido clásico. Se parte de una desconfianza, de la constatación de la insuficiencia, del mercado como instrumento que por sí mismo asegure la eficacia y competitividad del sector agroalimentario, por razón, cabe entender, de los elementos que lo caracterizan y distinguen de otros¹⁵.

El legislador parte de la situación específica de un sector concreto, el sector alimentario, para el que considera insuficientes las normas generales. Este complemento se produce a través de mandatos que son normas de defensa de la competencia en el sentido de tener por objetivo mejorar el funcionamiento competitivo y eficiente de los mercados; no obstante, divergen de las disposiciones tradicionales en su técnica de intervención, que busca apoyar a una parte, considerada débil,

13 *Ibid.*

14. ARAÚJO, Marcos; FERRER, Enrique. La Ley de Medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Una visión desde el derecho de la competencia. La Ley, No. 35. Nueva Época (septiembre-octubre de 2013).

15. ARAÚJO, Marcos; FERRER, Enrique. *Op. cit.*

en su relación con otra, que se entiende fuerte, algo que inicialmente no pretende el ordenamiento concurrencial ni, probablemente, el de competencia desleal¹⁶.

Esta ley contempla tres grandes aspectos fundamentales para la defensa de la competencia tales como: Modificaciones unilaterales a los contratos por parte del Distribuidor. Pagos Adicionales a los Proveedores y la reserva suministro de información comercial sensible de los Proveedores.

El Marco Común Europeo ha dispuesto las medidas de protección de la Pequeña y Mediana Industria como factor de impulso económico y de desarrollo; siendo todavía prematuro evaluar la eficacia de la norma hay una clara disposición de mantener el equilibrio entre la calidad al consumidor, la productividad de la empresa agroalimentaria y la rentabilidad de los distribuidores.

Las grandes empresas de la distribución mantienen entre sí una cierta competencia respecto a los consumidores –a los que tratan de atraerse mejorando sus ofertas–, pero ninguna en lo que respecta a sus relaciones con sus proveedores, y especialmente con los del sector alimentario. Bien al contrario, la opacidad en la formación de los precios y el elevado poder de negociación que poseen les permite repercutir sobre sus proveedores los costes derivados de la competencia que mantienen con respecto a los consumidores. A la postre, la situación termina perjudicando

a los consumidores y al propio interés público: a los consumidores porque al final reciben productos de peor calidad, que es el modo en que reaccionan los proveedores ante las bajadas de precios y costes diversos impuestos por las empresas de la gran distribución; al interés público, porque la situación, si no se pone remedio, puede conducir a la desaparición de hecho del sector alimentario y, con ella, a la pérdida de la seguridad alimentaria¹⁷.

Las empresas de gran distribución constituyen en todos los países un oligopolio, lo que supone que en cada uno de ellos unas cuantas –pocas– de estas empresas controlan la mayor parte del mercado y disfrutan de un elevado poder de negociación, pese a que cada una de dichas empresas no se encuentra en una posición de dominio individual o singular, sí que todas o algunas de ellas conforman una posición de dominio colectiva o conjunta. El origen de la noción de posición dominante colectiva o conjunta se encuentra en la teoría del monopolio compartido (*shared monopoly*), fruto de los esfuerzos desplegados por un sector de la doctrina y de la administración antitrust estadounidense para hacer frente a las conductas restrictivas de la competencia que tienen lugar en mercados oligopolísticos¹⁸.

El papel del Derecho en toda la dinámica económica del mercado es el factor de cambio que marca y orienta las tendencias del Derecho Mercantil moderno toda vez que deja de

16. *Ibid.*

17. MIRANDA SERRANO, Luis; PAGADOR LÓPEZ, Javier, *op. cit.*

18. *Ibid.*

centrarse ya exclusivamente en el empresario y en la empresa para adoptar como eje sistemático el mercado. “Derecho Privado Regulador del mercado”. Es decir que el derecho de la competencia es un derecho empoderado capaz de reorientar las asimetrías de la balanza comercial entre productores –comercializadores– consumidores y debe responder no de manera exclusiva a las disposiciones economicistas de que el mercado de manera autónoma puede corregir sus defectos sino obedecer a la dinámica del Estado Social y Democrático de Derecho que hacer jurídica y socialmente responsables a los actores del mercado de cada uno de sus conductos mercantiles¹⁹.

El derecho de la competencia resurge hoy fruto de una refundación o reconstrucción normativa sobre bases y postulados enteramente nuevos. Claudicaron ya los viejos postulados corporativos y paleoliberales limitados a la defensa de la corporación, la profesión y la propiedad. El postulado ahora vigente tiene valor y rango constitucional: *el de la economía de mercado socialmente compatible*. Hay una ruptura del modelo en que solo los empresarios competidores eran los únicos sujetos de protección y responsabilidad jurídica en el mercado y es sustituido por otro modelo normativo socialmente abierto que reclama la protección eficaz de los consumidores y usuarios dentro del sistema económico de mercado compatible con el Estado Social, donde se incluyen nuevos sujetos de competencia: Los

Profesionales no empresarios - Consumidores y usuarios²⁰.

CONCLUSIONES

Estudiar la competencia en la industria de panificación en Colombia, cual es el tema de investigación central del presente proyecto de investigación, es sumergirse dentro de la construcción del marco teórico, en la dinámica que vive el sector de la Industria Agroalimentaria, descubriendo que las Grandes Superficies se están convirtiendo en un amenaza para el crecimiento y cualificación del sector productivo de Colombia sostenido en su mayoría por las medianas y pequeñas empresas que representan el 96 % del desarrollo económico del país.

Los cambios continuos que vivimos con la profundización de las relaciones globales de comercio hacen que la competencia sea global y cada vez sea más difícil establecer medios de control que garanticen el equilibrio del mercado. Colombia al igual que la Unión Europea y de manera puntual España tienen un sistema productivo basado en la pequeña y mediana empresa como motores que jalonan el desarrollo y por tanto la urgencia de los Estados en procurar la subsistencia de estas Unidades de Producción para garantizar el empleo y de manera generalizada el sostenimiento económico. Los actores del mercado, las instituciones que lo regulan y los estudiosos de la competencia deben ser conscientes de que debe haber un equilibrio entre que los

19. FONT GALÁN, Juan Ignacio; PINO, Abad (Coords.). Estudios de Derecho de la competencia. Madrid: Universidad de Córdoba. Marcial Pons, 2005.

20. FONT GALÁN, Juan Ignacio; PINO, Abad, *op. cit.*

beneficios de la competencia pueden asegurarse y expandir el círculo de beneficiarios y el soporte político necesario para cultivar el desarrollo de los mercados globales.

He aquí la labor fundamental del Derecho; este permite, promueve y delinea la competencia. El Derecho puede hacer que los mercados operen con mayor eficiencia y realzar su valor, pero también les puede impedir eficiencia. El derecho realiza dos funciones básicas relacionadas con los mercados. *Función Constructiva*. La primera, proporcionar el contexto básico de derechos y obligaciones. Permite a los participantes calcular los riesgos y las oportunidades de sus transacciones y el curso de sus conductas y provee tanto estabilidad para las inversiones como incentivos que permiten el florecimiento de la competencia. La segunda función básica es proporcionar normas de conducta tanto para los mercados como tales, como para los fundados en relaciones de participación o de afectación²¹.

Dado lo anterior, mientras España acorde con los parámetros del Mercado Común Europeo establece normas especializadas para el sector de alimentos asegurando en últimas la calidad del consumidor y preservando la empresa como unidad de explotación económica, en Colombia no contamos con una regulación especial para el control de la competencia en este sector que permita la participación y la subsistencia en el mercado del pequeño productor y el pequeño comercializador. Conta-

mos con legislación especial en el sector de los servicios públicos –telecomunicaciones– servicios financieros, pero no hay conciencia de los riesgos que se deben asumir para preservar la seguridad alimentaria.

Los esquemas actuales de competencia de Colombia están favoreciendo la ratificación de la teoría de los oligopolios diversos y los monopolios compartidos que hacen que pocos sujetos económicos con sus compras masivas a grandes escalas sean los que dicten las normas de comportamiento del mercado sin que esto sea considerado como una conducta desleal.

A pesar de que contamos con un modelo de Estado Social de Derecho, nuestro modelo económico está distanciado de este objeto social y no se ha hecho al menos socialmente responsable a las Grandes Superficies multinacionales y transnacionales de no influir negativamente en el equilibrio del mercado y bajo el sofisma de las “grandes ofertas al consumidor” se sigue reforzando el carácter autónomo de la voluntad de las partes como normas rectoras del mercado entre los fabricantes y distribuidores. El derecho y ejecutado por el Estado deben garantizar la subsistencia de las Pymes y la seguridad alimentaria en Colombia.

Como conclusiones preliminares, podemos plantear que al introducirnos en el estudio de las causales de competencia desleal, estamos frente a un estudio interdisciplinar que comprende el análisis de la norma jurídica, los factores económicos que intervienen en el

21. GERBER, David. Competencia global: derecho, mercados y globalización. Universidad Javeriana, *Colección Internacional*, No. 37. Temis, 2012.

mercado y los componentes contextuales de la sociedad donde se focaliza el estudio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMÉZQUITA, Laura; PATIÑO, Yeinni. *Estudio Económico del sector retail en Colombia*. Delegatura para la Protección de la Competencia. Superindustria y Comercio, Bogotá, 2011.

ARAÚJO, Marcos; FERRER, Enrique. La Ley de Medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Una visión desde el derecho de la competencia. La Ley, No. 35. *Nueva Época* (septiembre-octubre de 2013).

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC). Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario. Madrid, 2011. www.cnc.es

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Legis, 2012.

FENALCO. *Los Grandes Almacenes e Hipermercados en Colombia: Más allá de las cifras*. Bogotá, 2011. www.fenalco.com.co

FONT GALÁN, Juan Ignacio; PINO, Abad (Coords.). *Estudios de Derecho de la competencia*. Madrid: Universidad de Córdoba. Marcial Pons, 2005.

GERBER, David. Competencia global: derecho, mercados y globalización. Universidad Javeriana, *Colección Internacional*, No. 37. Temis, 2012.

LEY 12 de 2013. Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. *Boletín Oficial* (03 de agosto de 2013). Madrid.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia. *Revista Derecho Competencia*, Vol. 6 No. 6, 65-148 (enero-diciembre de 2011), Bogotá.

MIRANDA SERRANO, Luis; PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Crece la preocupación en Europa por los oligopolios en el sector de la distribución y sus consecuencias sobre los proveedores de productos alimentarios*. Consejo consultivo para la pequeña y mediana empresa, 2013. <http://www.thinktankjuridico.com/articulo.php?a=72>