

**ACCIONES DE GRUPO: ANÁLISIS ECONÓMICO Y JURÍDICO DE SUS
FUNDAMENTOS Y ALCANCES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
2017**

**ACCIONES DE GRUPO: ANÁLISIS ECONÓMICO Y JURÍDICO DE SUS
FUNDAMENTOS Y ALCANCES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

**ELIANA MARÍA GIL LINERO
DANIEL ESTRADA DUQUE**

**TRABAJO DE GRADO
Presentado como requisito parcial
Para optar al título de ABOGADOS**

**Director:
FELIPE SERRANO PINILLA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
2017**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velará que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946

Pontificia Universidad Javeriana

ACCIONES DE GRUPO: ANÁLISIS ECONÓMICO Y JURÍDICO DE SUS FUNDAMENTOS Y ALCANCES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

RESUMEN

La aplicación de las normas de protección de la competencia en Colombia se ha llevado a cabo, casi de forma exclusiva, a través de la Autoridad Pública encargada de su protección, evidenciando la preponderancia de un sistema de aplicación pública (*Public Enforcement*). No obstante, dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen herramientas para la aplicación privada de normas de competencia (*Private Enforcement*), que posibilitan la presentación de acciones encaminadas a la indemnización de perjuicios originados en una conducta restrictiva de la competencia. Teniendo en cuenta que las conductas restrictivas de la competencia suelen generar perjuicios a un gran número de individuos, las acciones de grupo –instauradas por un conjunto de accionantes- juegan un rol fundamental al establecerse como un mecanismo idóneo para indemnizar perjuicios causados a un número plural de personas y fortalecer la aplicación de las normas de protección de la competencia.

Palabras clave: Derecho a la competencia, acciones de grupo, aplicación privada de las normas de protección a la competencia.

CLASS ACTIONS: ECONOMICS AND LEGAL APPLICATION AND SCOPE OF ANTITRUST LAW

SUMMARY

The antitrust law enforcement in Colombia its up to the public authority, who is responsible for their protection; setting up the application of the *public enforcement* system. However, within the Colombian system there is no rule of law that restricts *private enforcement*, it leaves open the possibility to the citizens to sue and recover a compensation for the damages caused by the antitrust violator. Antitrust violations often lead to collective damages that harm a large group of individuals, establishing the class action as a suitable mechanism to recover their losses from the infringer but also strengthen the enforcement of antitrust law.

Key Words: Antitrust law, class actions, antitrust private enforcement.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I: ACCIONES DE GRUPO	14
1.1 TELEOLOGÍA	14
1.2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA ACCIÓN DE GRUPO	15
1.3 APROXIMACIÓN DE LAS ACCIONES DE GRUPO DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	17
1.4 ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN Y NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE GRUPO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	20
CAPÍTULO II: ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA	25
2.1 DEFINICIÓN Y ALCANCE DEL ESTUDIO	25
2.1.1 ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA	26
2.1.2 ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS: “HARD CORE CARTELS”	27
2.1.3 LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA RAZÓN A TRAVÉS DE LA EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA	29
2.2 REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA	30
2.2.1 PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA	31
2.2.1.1 SANCIONES DE TIPO CRIMINAL	31
2.2.1.2 SANCIONES DE TIPO PECUNIARIO	32
2.3 REGULACIÓN EN COLOMBIA	33
2.3.1 CLÁUSULA GENERAL	33
2.3.2 ACUERDOS EXPRESOS Y TÁCITOS	35
2.3.3 ACUERDOS INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS DE LA COMPETENCIA	35
CAPÍTULO III: LOS SISTEMAS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA	36
3.1 CONSIDERACIONES GENERALES: EL MODELO PÚBLICO Y PRIVADO	36
3.2 LA APLICACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA Y LA COMPETENCIA A CARGO DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	38
3.3 LA APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y SUS VENTAJAS POTENCIALES	43
CAPÍTULO IV: ACCIONES DE GRUPO: APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA	45
4.1 IMPLEMENTACIÓN EN DIFERENTES ORDENAMIENTOS JURÍDICOS	46
4.1.1 ESTADOS UNIDOS	46
4.1.1.1 CASOS REPRESENTATIVOS: <i>THE ELECTRICAL EQUIPMENT CASES</i> Y <i>DAAR V. YELLOW CAB CO.</i>	50
4.1.2 UNIÓN EUROPEA	51
4.1.2.1 CASOS REPRESENTATIVOS: <i>COURAGE LTD V. CREHAN BERNARD</i> Y <i>MANFREDI V. LLOYD ADRIATICO ASSICURAZIONI</i>	56
4.2 SISTEMAS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA	59
4.2.1 LA CONCURRENCIA DE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA	59
4.3 ASPECTOS CONFLICTIVOS DEL SISTEMA DE APLICACIÓN MIXTO EN LAS NORMAS DE COMPETENCIA, Y SU REPERCUSIÓN EN LAS ACCIONES DE GRUPO	63
4.3.1 POLÍTICA DE CLEMENCIA O DELACIÓN	63
4.3.1.1 MECANISMOS PARA COORDINAR LOS FINES DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS ACCIONES DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS	65

4.3.1.2 PROPUESTAS PARA COORDINAR LAS POLÍTICAS DE CLEMENCIA Y LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.	68
4.3.2 OFRECIMIENTOS Y ACEPTACIÓN DE GARANTÍAS	70
4.3.3 PREJUDICIALIDAD	71
4.3.4 CADUCIDAD	74
4.3.5 COMPETENCIA DE LA SIC PARA CONOCER ASUNTOS JURISDICCIONALES RELACIONADOS CON LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS	75

CAPÍTULO V: ACCIONES DE GRUPO COMO HERRAMIENTA PARA LA APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LOS INTERESES PARTICULARES **76**

5.1 LA APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA Y EL DERECHO A SER REPARADO	76
5.2 EL EXAMEN PRELIMINAR DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES DE LA ACCIÓN DE GRUPO EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA	78
5.2.1 PROCEDENCIA DEL LITIGIO	79
5.2.2 LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA	79
5.2.2.1 LOS SUJETOS ACTIVOS DE LA RECLAMACIÓN	79
5.2.2.1.1 LA PASSING-ON DEFENSE Y LA LEGITIMACIÓN DEL COMPRADOR INDIRECTO	80
5.2.2.1.2 EL CONSUMIDOR COMO LEGITIMADO ACTIVO	84
5.2.2.1.3 REPRESENTACIÓN DEL SUJETO ACTIVO	88
5.2.2.2. LOS SUJETOS PASIVOS DE LA RECLAMACIÓN	89
5.2.3 INTEGRACIÓN DEL GRUPO	89
5.2.4 COMPETENCIA JURISDICCIONAL	91
5.2.5 CADUCIDAD	93
5.3 LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE COMPETENCIA	93
5.3.1 EL ILÍCITO ANTITRUST COMO FUENTE DE LA RESPONSABILIDAD	95
5.3.2 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN DERECHO A LA COMPETENCIA	98
5.3.2.1 EL ILÍCITO ANTICOMPETITIVO: LOS CARTELES	98
5.3.2.1.1 VALORACIÓN BAJO LA EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA	99
5.3.2.1.2 DIFICULTADES PROBATORIAS	99
5.3.2.2 EL DAÑO ANTICOMPETITIVO	100
5.3.2.2.1 CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS	101
5.3.2.3 CRITERIO DE ATRIBUCIÓN O FACTOR DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	103
5.3.2.4 RELACIÓN CAUSAL	104

6. CONCLUSIONES **106**

7. BIBLIOGRAFÍA **109**

INTRODUCCIÓN

En Colombia, las normas de libre competencia tienen dentro de sus fines y prioridades la protección adecuada de los operadores económicos que intervienen en el mercado y la aplicación efectiva y coherente del ejercicio de la libertad económica, de empresa y de iniciativa privada. En este contexto, el legislador colombiano designó en la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “SIC”) la responsabilidad de investigar, corregir y sancionar las prácticas restrictivas de la competencia, y proteger y promover la libre y leal competencia en el mercado nacional.

Si bien la aplicación de las normas de protección a la libre competencia radica en cabeza de la SIC, esto no obsta para que dichas disposiciones puedan ser aplicadas por las autoridades judiciales en el marco de acciones legales encaminadas a la reparación de los daños causados a consumidores, usuarios y empresarios por la violación de estas normas. De esta manera, los afectados podrán obtener la compensación efectiva por los efectos dañinos generados (responsabilidad civil de los infractores).

Dentro de los instrumentos contemplados en el orden constitucional y legal, se resalta el uso de las acciones colectivas o de grupo -establecidas mediante Ley 472 de 1998- como mecanismo híbrido que insta la protección del orden público y el resarcimiento de perjuicios que se le haya podido ocasionar a un conjunto de individuos.

La efectividad de la tutela jurisdiccional de las acciones de grupo se sustenta en la legitimación colectiva que admite la pretensión grupal de indemnización con ocasión a una misma situación perjudicial, constituyéndose como instrumento procesal idóneo para cumplir funciones de disuasión, sanción y fines compensatorios. Este mecanismo insta la protección directa de los derechos de los consumidores, usuarios y empresarios al identificar comportamientos anticompetitivos que escapan del control de las autoridades de competencia - por lo menos en cuanto a su indemnización de perjuicios-, a través de un procedimiento ante las autoridades judiciales que optimiza recursos económicos y tiempo, al resolver en un único pleito las pretensiones indemnizatorias de todo un grupo de afectados, que con ocasión a la alteración

ilícita de las condiciones de competencia que suscitó el infractor antitrust causó daños antijurídicos.

Sin embargo, promover la aplicación de las normas de competencia a través de este mecanismo constituye un reto, pues requiere establecer directrices generales sobre su alcance, aplicación e interpretación por las autoridades judiciales, y su fortalecimiento y desarrollo como herramientas procesales y sustanciales que equiparen los procedimientos administrativos y judiciales en la materia.

En ese orden de ideas, el presente documento se propone desarrollar un análisis en materia económica y jurídica de la acción de grupo en Colombia, a partir del cual se podrá identificar su funcionamiento, utilidad y aspectos más significativos en el derecho a la competencia. Para los fines propuestos, resulta necesario ahondar la temática abordando: (i) los antecedentes legales y constitucionales de la acción de grupo; (ii); las conductas restrictivas de la competencia del caso de estudio: Acuerdos restrictivos de la competencia; (iii) los sistemas de aplicación de las normas de competencia y ;(iv) la procedibilidad de la acción de grupo en materia de libre competencia en el contexto colombiano.

CAPÍTULO I: ACCIONES DE GRUPO

1.1 Teleología

Las acciones de clase o de grupo son instrumentos procesales que permiten proteger derechos e intereses privados o particulares, a un número plural de individuos cuyo elemento común es la causa del daño y el interés lesionado, lo que justifica una actuación judicial de los afectados, con el propósito de reparar los daños producidos.¹

Su origen, que de alguna manera coincide con el del nacimiento de la protección de los derechos e intereses colectivos,² se remonta en la lucha ideológica que nació con la Revolución Francesa en 1789, y que condujo a la ratificación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y a la consagración de la primera generación de derechos individuales. Junto a este logro histórico, se unen los esfuerzos declarados en la Constitución de Weimar de 1919, donde se reivindican los derechos de segunda generación que tutelan los derechos humanos económicos, sociales y culturales, abreviados como DESC³. Posteriormente, a raíz de los acontecimientos ocurridos en la segunda guerra mundial y producto de la autodeterminación de los pueblos, se concreta la aparición de nuevos intereses objeto de protección que se encuentran en cabeza no solo de un individuo, sino de un número plural de personas, llamados derechos colectivos, los cuales hacen parte de la tercera generación de derechos.

El carácter imperativo de los derechos individuales obtuvo reconocimiento por los distintos Estados a través del orden constitucional y legal, permitiendo su consagración en el sistema jurídico. No obstante, dada la masificación y reproducción de tales axiomas normativos fue necesaria la creación de categorías y principios técnicos que permitieran optimizar los mecanismos de intervención jurisdiccional para la efectiva protección y defensa de los derechos individuales y colectivos frente los poderes del Estado, la administración pública y los conglomerados sociales y económicos.

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Silva: Marzo 22 de 2012).

² Si bien es cierto que, como ha dicho la Corte Constitucional, las acciones de grupo no involucran derechos o intereses colectivos -como sí las acciones populares- como mecanismo procesal pueden dar lugar a la reparación de perjuicios individuales derivados de la violación de derechos colectivos como la libre competencia. Su naturaleza de mecanismo procesal colectivo hace que tengan cierta cercanía en su nacimiento y naturaleza con las acciones populares, a pesar de sus variadas diferencias. Véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-304 de 2004. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Abril 28 de 2010).

³ Camargo, 2006, p. 88

Dichos mecanismos litigiosos fueron inspirados en las particularidades y naturaleza propia del núcleo esencial del derecho tutelado. Sin embargo, en lo que respecta a los derechos e intereses colectivos (en sentido amplio) fue necesaria la consagración de dos clases diferentes de acciones jurisdiccionales: las acciones populares y las acciones de grupo, donde las primeras están encaminadas a salvaguardar los intereses y derechos comunes a una colectividad, y las segundas orientadas al reconocimiento de perjuicios individuales suscitados con ocasión a la violación de intereses particulares a una pluralidad de personas integrantes de un grupo afectado por una causa homogénea.

1.2. Origen y evolución de la acción de grupo

La actio popularis, así denominada en el antiguo derecho romano, funge como el primer antecedente remoto de las acciones de tutela colectiva. Esta acción era ejercida por los ciudadanos romanos “(...) por la vía de la equidad para amparar derechos de grupos de personas afectadas por una lesión de interés colectivo”⁴. Posteriormente, bajo la inspiración de esta figura, el sistema del *common law* de Gran Bretaña desarrolló un procedimiento de intervención jurisdiccional colectivo denominado *bill of peace*, el cual tenía como función garantizar la defensa de todos los afectados mediante “(...) la actuación de uno o varios sujetos en nombre de todos los que deberían haber sido traídos al proceso, aunque no hubiese un apoderamiento expreso”⁵. Lo anterior, con el fin de evitar la denegación de justicia a los afectados presentes, cuando el número de partes fuese muy elevado y de difícil identificación.

El derecho estadounidense respondió al fenómeno de la masificación de tutelas ejercidas en nombre de un grupo con el origen de las *representatives actions*, siendo estas el antecedente inmediato de las hoy conocidas *class actions*. Tal mecanismo jurisdiccional fue adoptado por los tribunales de *equity*⁶ de las colonias, y con posterioridad fue acogido mediante texto normativo en el *Field Code* del Estado de Nueva York, el cual fue seguido por otros Estados⁷.

⁴ Camargo, 2006, p. 44

⁵ López Sánchez, 2011, p. 12

⁶ *Equity* o principio de Equidad fue desarrollado en el Siglo XIV, producto de la imposibilidad que tenían las personas de obtener justicia bajo las reglas formalistas del *Common Law* en el Reino Unido y sus colonias. En este sentido, se dio origen a la *Jurisdicción del Canciller*, por medio de la cual los individuos acudían ante el Rey a través de su canciller para que adoptará decisiones en consideración a la equidad, la moral y otras reglas adicionales que se encontraban por fuera del *Common Law* para ese momento. Con posterioridad, países que adoptaron el modelo inglés, como es el caso de EE. UU lo hicieron adaptando e institucionalizando estas normas, lo que dio origen a un nuevo sistema de *Common Law*.

Las *representatives actions* se inspiraban en el principio de *equity* que “(...) permitía a uno o más sujetos actuar en nombre de todos los que tuviesen interés en un mismo asunto, cuando su número fuese tan elevado que resultase impracticable su personación”⁸, siempre que se demostrara que existía una comunidad de intereses recíprocos entre el grupo.⁹

Sin embargo, se presentaron comportamientos antijurídicos que ocasionaban daños individuales sufridos por una pluralidad de personas que se encontraban en circunstancias de hecho similares y reclamaban perjuicios económicos. Como reacción a esta situación, surgieron las *class actions*, como medio procesal híbrido que reunía características propias de las acciones representativas y la acción individual de perjuicios, siendo el “(...) mecanismo adecuado para instar el cumplimiento de la ley y reparar el perjuicio patrimonial de un modo global”¹⁰.

En 1938, la Corte Suprema de los Estados Unidos aprobó la creación de las *Federal Rules of Civil Procedure* (en lo sucesivo “FRCP”), la cual integró diversas categorías de *class actions* según el efecto jurídico y alcance de la cosa juzgada que las partes quisieran darle a sus pretensiones. Sin embargo, con el paso del tiempo, la revisión del texto final de FRCP adoptó como única *class action* aquella que cumpliera con los presupuestos y alcance contenido en la Regla Federal de Procedimiento Civil Número 23 de los Estados Unidos, que estableció los siguientes requisitos de procedencia para el ejercicio de la tutela grupal:

1. La clase es tan numerosa que la personación de todos los miembros es impracticable¹¹ ;[*numerosity*].
2. Hay cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase.¹² ;[*commonality*].
3. Las pretensiones o defensa de quienes actúan como partes representativas corresponden con las pretensiones y defensas típicas de la clase.¹³ ;[*typically*].

Véase El Sistema del Common Law en el Derecho Inglés y el Derecho de los Estados Unidos de América, Mariela Rubano Lapasta. Disponible en web: www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/.../268/291

⁷ López Sánchez, 2011, p. 12

⁸ *Ibidem*, 12

⁹ Las normas de procedimiento del *Federal Equity Rules and the Conformity Acts de 1842*, acogió la posibilidad de eludir la necesaria presencia en el proceso de todos los que, en principio deberían apersonarse, cuando su número fuera muy elevado. No obstante, -y a diferencia de lo que constituía la práctica en Inglaterra- se excluyó el carácter vinculante de la decisión judicial para quienes no hubieran intervenido en el proceso. Sin embargo, tal carácter vinculante fue modificado con la expedición de las *class action*. Véase, López Sánchez, 2011.

¹⁰ *Ibidem*, 127

¹¹ Rule 23(a) (1) FRCP, *the class is so numerous that the joinder of all members is impracticable*. (Traducción libre del autor)

¹² Rule 23(a) (2) FRCP, *there are questions of law or fact common to the class*. (Traducción libre del autor)

4. Las partes representativas protegerán los intereses de la clase de modo equitativo y adecuado.¹⁴ ;[*representativeness*].

Así, la aprobación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos contribuyó a clarificar los presupuestos y efectos de la *class action*, permitiendo la creación legislativa de esta figura en numerosos países de corte continental dentro de sus ordenamientos jurídicos, contemplándose como el mecanismo procesal idóneo para ejercer la defensa y protección de derechos e intereses comunes a una colectividad.

1.3 Aproximación de las acciones de grupo desde el Análisis Económico del Derecho

El análisis económico del derecho (en lo sucesivo “AED”), supone la convergencia del derecho y la economía como una estrategia académica dirigida a proporcionar fundamentos intelectuales de la teoría económica al ámbito jurídico. La significación de tal interacción propone maximizar el alcance de las premisas normativas al incorporar en éstas un examen previo y detenido de las consecuencias e impactos económicos que implica su consagración jurídica dentro del ordenamiento.

En lo que respecta a las acciones de grupo, dicha perspectiva interdisciplinaria construyó un mecanismo de tutela colectiva que atendiera los principios ideológicos del movimiento constitucionalista contemporáneo y estuviese orientado a proteger derechos de un grupo afectado, con el objetivo de reivindicar sus intereses mediante la introducción del análisis costo-beneficio y la aplicación de bases conceptuales de la economía bienestar.

La influencia del AED en la acción de grupo fue representada por los criterios de racionalidad de mercado proporcionados por la teoría de grupo del economista Mancur Olson¹⁵. A través del estudio de la conducta de los grupos, Olson determinó que si bien los individuos ante cualquier situación desarrollan un comportamiento racional y egoísta encaminado a satisfacer sus propios intereses, es posible redireccionar tales fines en beneficio de los intereses comunes o de

¹³ Rule 23(a) (3) FRCP, *the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class.* (Traducción libre del autor).

¹⁴ Rule 23(a) (4) FRCP, *the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.* (Traducción libre del autor)

¹⁵ Olson, 1993

grupo, siempre que se promovieran incentivos y/o mecanismos de coacción suficientemente atractivos para que los miembros de una clase o categoría asumieran los costos que genera promover la defensa de tales intereses colectivos¹⁶.

Frente al anterior argumento, la economía política considera que el grupo manifiesta una tendencia a satisfacer intereses individuales bajo la reunión de esfuerzos mancomunados, haciendo indispensable la creación de instituciones cuyo propósito fuese coordinar una pluralidad de intereses y crear incentivos para desarrollar estrategias de interdependencia, en las que cada individuo opte por ejercer una cooperación con el colectivo antes que promoverlas individualmente. Ante tal necesidad, “(...) *la acción de clase es una asequible, aunque controvertida, solución, ya que proporciona un medio poderoso para reunir los intereses dispersos y canalizarlos hacia un tipo de acción en el que las diferentes partes están de acuerdo para promover el interés individual y social.*”¹⁷

A partir del alcance que les ha sido reconocido a las acciones de clase, se han destacado diversas razones económicas que justifican su incorporación como mecanismo de tutela colectiva en el ordenamiento jurídico, como son:

- En primer término, dichas acciones contribuyen a la realización del derecho al acceso de la administración de justicia, pues éste facilita “(...) *que pretensiones que, si fueran reclamadas individualmente, serían económicamente inviables, debido a su escaso valor, puedan ser reclamadas colectivamente, ya que, a pesar de poder ser modestas e incluso insignificantes individualmente, dichas pretensiones adquieren un significado económico importante al ser agrupadas, lo cual justifica su acceso y decisión por el aparato judicial.*”¹⁸, y a su vez, permiten “(...) *que la decisión judicial contra el*

¹⁶ Olson, 1993, p. 61. Su conocido estudio establece la siguiente postura empírica: “(...) *los grupos grandes o “latentes” no tienen incentivo para actuar con el fin de obtener un bien colectivo porque, por valioso que ese bien pueda ser para el grupo en conjunto, no le ofrece a la persona incentivo alguno para pagar cuotas a una organización que trabaja por los intereses del grupo latente, o para soportar en cualquier otra forma algunos de los costos de la acción colectiva. Sólo un incentivo por separado y “selectivo” estimulará a la persona racional que forma parte de un grupo latente a actuar en forma orientada hacia el grupo. El incentivo debe ser “selectivo”, de manera que quienes no se han unido a la organización que trabaja por los intereses del grupo o contribuye en alguna forma a la satisfacción de esos intereses, pueden ser tratados en forma diferente de como se trata a los que sí lo hacen. Esos “incentivos selectivos” pueden ser negativos o positivos, en el sentido de que puedan ya sea coaccionar sancionando a quienes no pagan una parte asignada de los costos de la acción de grupo, o ser estímulos positivos que se ofrecen a quienes actúan en favor del interés del grupo.*”

¹⁷ Jürgen G. Backhaus, 2012, p. 4

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-569 de 2004. (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Junio 08 de 2004).

responsable de un daño causado a un número plural de personas pueda beneficiar incluso a aquellas víctimas que no demandaron en ese mismo proceso.”¹⁹.

- En segundo término, su justificación obedece a razones de economía procesal y uniformidad en las decisiones judiciales. Frente a este aspecto singular, la legitimación colectiva para promover acciones judiciales permite: (i) juzgar varias pretensiones jurídicas similares en un solo proceso, disminuyendo el índice de resoluciones judiciales contradictorias frente a conflictos que tengan cuestiones comunes de hecho y de derecho, y (ii) conlleva a la asignación de menores recursos en la utilización del aparato judicial y la disminución de la congestión de la administración de justicia, así como el incremento de eficiencia en el aporte probatorio y costos de litigio a las partes.
- En tercer lugar, las acciones de grupo se presentan como un mecanismo disuasorio que busca modificar el comportamiento de los actores económicos, permitiendo “(...) *la posibilidad de disuadir, a través de la imposición de indemnizaciones en los procesos de grupo contra empresas, entidades financieras, entidades del Estado, así como otros agentes que participen en el tráfico económico, o que de cualquier manera puedan generar daños o por lo menos lograr que se establezcan políticas idóneas para asumir esos riesgos.*”²⁰

Lo anterior presume que todas aquellas posibles causas que estén encaminadas a generar daños, que afectaron con anterioridad la esfera patrimonial de un conglomerado social, no sean repetidas. El resultado económico de esta decisión supone que el actor cuando se enfrenta a un análisis costo-beneficio, atendiendo a la búsqueda de los mejores resultados y al menor esfuerzo invertido, le resulta menos costoso prevenir la ocurrencia de daños masivos que comporten la afectación de la esfera patrimonial de una pluralidad de personas, en vez de asumir el riesgo de exponerse a un futuro litigio por los mismos hechos y una condena igual o superior.

¹⁹ Tamayo Jaramillo, 2001, p. 182

²⁰ Velasco Gregory, 2007, p. 5

Esta situación expresa que el incentivo económico de la acción de grupo como medio preventivo, radica en la posibilidad de acumular en un solo proceso la pretensión indemnizatoria de todos los afectados, pues aun cuando el valor de las pretensiones de los afectados por una misma causa común es irrisoria, la suma de todas las pretensiones supone una cifra económica importante. Por lo tanto, este riesgo supone una motivación para los actores económicos de evitar comprometer su responsabilidad ante tales eventualidades.

1.4 Antecedentes, evolución y naturaleza de la acción de grupo en la legislación colombiana

Inspirados en la *class action* norteamericana, el primer antecedente de la acción de grupo en Colombia –tal y como la conocemos hoy en día- se considera el Estatuto del Consumidor expedido en el año 1982 (Decreto 3466 de 1982). El artículo 36²¹ de dicha norma facultaba a los consumidores, representados por la asociación de consumidores del lugar del proceso, para ejercer una acción colectiva encaminada a perseguir el reconocimiento y pago de perjuicios ocasionados por la deficiencia sobre bienes o servicios de la misma naturaleza o clase.

²¹ Artículo 36. Indemnización de daños y perjuicios. Salvo el caso previsto en el artículo 40. en todos los eventos en que según este decreto sea procedente la indemnización de perjuicios, los consumidores podrán ejercer las acciones indemnizatorias pertinentes por los trámites del Proceso Verbal prescrito en el Título XXIII del C.P.C., con observancia de las siguientes reglas adicionales:

1. El demandante puede hacerse representar judicialmente por la Liga o Asociación de Consumidores que corresponda al lugar del proceso, con observancia de las normas sobre el ejercicio de la abogacía salvo en los procesos de mínima cuantía y en la primera instancia de los de menor cuantía cuando ésta sea hasta de CINCUENTA MIL PESOS (\$50.000).
2. En la demanda podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan del demandado total y parcialmente prestaciones similares, siempre que provengan de reclamaciones sobre artículos o servicios de la misma naturaleza y clase.
3. A la demanda se acompañará prueba al menos sumaria de los hechos invocados como fundamento de las pretensiones.
4. En el auto que admita la demanda se ordenará emplazar a las personas que se crean con derechos derivados de hechos similares a los previstos en la demanda, para que se presenten a hacerlos valer dentro de los quince (15) días siguientes a la última publicación del edicto.
5. El edicto se publicará en la forma y por las veces que dispone el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.
6. De las demandas presentadas por las personas que concurren se dará traslado conjunto al demandado por el término de cinco (5) días, mediante auto que se notificará por estado.
7. Vencido el término del emplazamiento, se citará a la Liga de Consumidores que corresponda al lugar del proceso para que represente a las personas que no se presentaron, salvo que ella haya iniciado el proceso en representación del demandante, en cuyo caso asumirá también la representación de los ausentes. En caso de que no exista Liga de Consumidores, se citará a una asociación de consumidores.
8. Luego se señalará fecha y hora para la audiencia, observando lo dispuesto en el artículo 110 del Código antes mencionado.
9. La sentencia favorable aprovechará no sólo a quienes intervinieron en el proceso, sino a todas las personas emplazadas que no concurren, salvo a quienes expresamente manifiesten por escrito auténtico, presentado antes de la sentencia
10. La sentencia absolutoria no afectará los derechos de quienes no comparecieron al proceso.
11. La sentencia favorable se publicará por una vez por la Liga o Asociación de Consumidores que haya intervenido en el proceso, dentro del mes siguiente a su ejecutoria, en un periódico de amplia circulación en el lugar que el Juez designe, con la prevención a toda persona que no concurrió al proceso de que puede presentar al Juzgado, en el término indicado en el numeral 12, directamente o representado por dicha Liga o Asociación, una liquidación motivada y especificada de las pretensiones a que tenga derecho, acompañada de la prueba señalada en el numeral 3.
12. El término para presentar la liquidación será de dos meses contados desde la fecha de la publicación ordenada en el numeral precedente.
13. Todas las liquidaciones presentadas se tramitarán conjuntamente como incidente. El auto de traslado, se notificará al demandado en la forma prescrita en el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil.
14. En la contestación del incidente podrán formularse objeciones sobre la existencia y monto de las prestaciones reclamadas, las cuales se resolverán en el auto que lo decida.
15. Quienes no presenten su liquidación oportunamente, perderán el derecho a las prestaciones respectivas.
16. Para la liquidación de las condenas in genere contenidas en la sentencia, se aplicarán los artículos 307 y 308 del mismo Código.

Posteriormente, en el marco del derecho financiero se expide la Ley 45 de 1990²² y el Decreto-ley 653 de 1993²³, que regulan aquellas acciones de grupo “(...) *concernientes a la responsabilidad civil para la indemnización del daño causado a las personas perjudicadas por la realización de operaciones fraudulentas en el mercado de valores, utilizando información privilegiada por operaciones no representativas de mercado y por el no suministro de información al mercado de valores en las oportunidades exigidas por la ley.*”²⁴

Consecutivamente, la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991 adoptó como forma de organización estatal el Estado Social de Derecho, y las particularidades de su esquema de garantías, en la Constitución Política Colombiana. Este sistema está encaminado a promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y asegurar la vigencia de un orden justo (Artículo 2 de la Constitución Política).

Este principio se inclina a realizar justicia social, garantizar la dignidad humana y prevalecer el interés general sobre el particular. No obstante, para el cumplimiento real y efectivo de tales derechos y deberes de orden constitucional fue necesario incluir mecanismos judiciales específicos para procurar la defensa de los derechos de los asociados contemplados en la carta política, como son: (i) la acción de tutela²⁵, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, (ii) la acción de cumplimiento,²⁶ para la efectiva observancia de los deberes contenidos en la ley y en los actos administrativos, (iii) las acciones populares²⁷, para la defensa

²² Ley 45 de 1990. Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones. Diciembre 18 de 1990. DO.No.39607

²³ Decreto 653 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores. Abril 01 de 1993. DO.No.40816. - Decreto declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-397-95. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Septiembre 7 de 1995). Destaca el editor: *'Debe advertirse que, en cuanto a la codificación contenida en el Decreto 0653 de 1993, la declaración de inexequibilidad no conduce a la de las normas codificadas, todas las cuales permanecerán vigentes, pues no son ellas en sí mismas las que se han encontrado opuestas a la preceptiva constitucional sino el hecho de haberse facultado al Gobierno para codificarlas.'*

²⁴ Henao Hidrón, 2006, p. 80

²⁵ Decreto 2591 de 1991 [Presidente de la República]. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Noviembre 19 de 1991.

²⁶ Ley 393 de 1997. Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política. Julio 29 de 1997. DO.No.43096

²⁷ Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Agosto 05 de 1998. DO.No.43357

de los derechos colectivos y del medio ambiente y (iv) las acciones de grupo²⁸, encaminadas a obtener la indemnización por daños individuales causados a un grupo de personas.

Para el cargo que nos ocupa, las acciones de grupo fueron vislumbradas como un medio procesal colectivo de naturaleza patrimonial y resarcitorio que se ejerce con el ánimo de obtener el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios causados bajo determinadas condiciones comunes a un grupo de personas vinculado a una clase o sector específico, consagrando así un trámite más ágil que el previsto para las acciones individuales. Respecto del margen de acción de las acciones de grupo, la Corte Constitucional indicó en la sentencia C-215 de 1999:

“En cuanto se refiere a las acciones de clase o de grupo, hay que señalar que éstas no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre -a diferencia de las acciones populares- la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante el juez. En este caso, lo que se pretende reivindicar es un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción. Sin embargo, también es de la esencia de estos instrumentos judiciales, que el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deben ser atendidas de manera pronta y efectiva.”

Teniendo en cuenta que estas acciones atienden a la finalidad antes descrita, el artículo 88 de nuestra actual Carta Política consagró en su texto final, lo siguiente:

“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 públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

²⁸ Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Agosto 05 de 1998. DO.No.43357

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

Finalmente, dando cumplimiento al mandato constitucional citado, se expide la Ley 472 de 1998, mediante la cual se desarrolla el ejercicio de acciones populares y de grupo. Los artículos 3 y 46 definen las acciones de grupo como “(...) *aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes*²⁹ respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”.³⁰

Una lectura atenta y sistemática de la Ley 472 de 1998, pone de presente que su expedición y promulgación reconoció las acciones de grupo existentes antes de su vigencia y aplica a ellas el seguimiento de la normatividad procesal contenida en ésta última ley. Así las cosas, tal como señala P. Camargo³¹, a partir de la Ley 472 se puede presumir la existencia, principalmente, de cuatro subtipos de acciones de grupo en el ordenamiento jurídico colombiano.

- En primer lugar, la contenida en los artículos 36 y 37 del Decreto-Ley 3466 de 1982- Estatuto del Consumidor-, la cual señala la acción de grupo relativa al reclamo de indemnización de daños y perjuicios al consumidor de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades.

²⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-569 de 2004. (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Junio 8 de 2004). La expresión “condiciones uniformes” fue objeto de evaluación por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia de constitucionalidad C-569 de 2004, a la cual declaró inexecutable por considerar que exigir condiciones comunes que identificaran a la pluralidad de personas que conforman el grupo por lo menos de veinte personas demandantes preexistan a la ocurrencia del daño desvía el propósito constitucional de la acción de grupo dado que restringe la protección y reparación de daños sufridos por grupos de especial relevancia social. Al respecto, la Corte Constitucional indicó: “Es claro que la Constitución previó la acción de grupo exactamente para ese tipo de eventos, en donde un número plural de personas sufre un menoscabo en sus intereses, sin importar que las personas estuvieran o no previamente agrupadas, pues el hecho mismo de la afectación de sus intereses por una causa común puede llegar a convertirlos en un grupo que reclama sus derechos.”

³⁰ La teoría conocida como de la preexistencia del grupo, fue elaborada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a partir de una interpretación sobre el alcance los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998. La providencia del 2 de febrero de 2001, Expediente AG-017, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez es la decisión fundante de esta doctrina.

³¹ Camargo, 2006, p. 40 -43

Se debe anotar que el Estatuto referido fue derogado por la ley 1480 de 2011, la cual expide el Nuevo Estatuto del Consumidor. No obstante, y para el caso que nos ocupa, el Nuevo Estatuto del Consumidor aún reconoce el mecanismo jurisdiccional de la acción de grupo como garantía para defender los derechos de los consumidores, tal como lo señala sus artículos 56 y 58.

- En segundo lugar, la acción indemnizatoria por los daños ocasionados por prácticas de competencia desleal en la intermediación financiera y la actividad de los seguros, contenida en el artículo 76 de la ley 45 de 1990.

- En tercer lugar, la acción indemnizatoria por la ejecución de prácticas basadas en competencia desleal y en información privilegiada en el mercado de valores, conforme a las disposiciones vigentes señaladas en sentencia C-397 de 1995.

- En cuarto lugar, la acción indemnizatoria por los daños ocasionados por actos de competencia desleal en el mercado en general, según la ley 256 de 1996.

A la enunciación anterior, debe sumarse aquellas acciones de grupo derivadas de la comisión de prácticas restrictivas de la competencia y de cualquier otro tipo de daño colectivo o individual que por su naturaleza cumpla con los requisitos para ser reclamado por la vía de éstas acciones conforme lo señalado en la Ley 472 de la Ley 1998.

Visto lo anterior, resulta claro que el ordenamiento jurídico nacional acogió las llamadas *class actions*, como instrumento de protección y de finalidad indemnizatoria, útil en los casos en que se requiere de incentivos económicos para superar los costos de realizar reclamos individuales y obtener la respectiva reparación y que a pesar de referirse a intereses comunes, se pueden individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue³².

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-215 de 1999. (M.P. Martha Victoria Sánchez de Moncaleano. Abril 14 de 2004)

CAPÍTULO II: ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

2.1 Definición y alcance del estudio

A lo largo de la historia se han ido consolidando una serie de ideas y principios económicos, dentro de los cuales se encuentra la libre competencia económica. Parte fundamental de las economías contemporáneas es “(...) *la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela*”³³. La finalidad propia de la competencia en un mercado está orientada a asegurar su eficiencia y el bienestar de los consumidores.

La mayoría de Estados la han consagrado como un derecho colectivo de especial protección por medio de un “(...) *conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas en un determinado mercado, en aras del interés público*”³⁴, denominándolo bajo el rótulo de derecho a la competencia.

En el mercado pueden presentarse varias prácticas que por su naturaleza restringen la competencia. Dentro de estas prácticas se encuentran: (i) los acuerdos restrictivos de la competencia, (ii) los actos restrictivos de la competencia, (iii) el abuso de la posición dominante, (iv) la violación del régimen de integraciones empresariales, (v) la violación a la prohibición de concentrar cargos administrativos y (vi) la competencia desleal; y en general, cualquier práctica tendiente a restringir la libre competencia.

Se evidencia pues, que el campo que comprende el derecho a la competencia es bastante amplio y merece un estudio extenso para referirse a cada aspecto que lo compone. Dados los motivos y propósitos que sustentan la presente monografía, solo serán estudiados los acuerdos restrictivos de la competencia por una razón específica: los acuerdos restrictivos de la competencia son la práctica anticompetitiva más nociva para el mercado (según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE), y adicionalmente son las prácticas que

³³ Miranda Londoño, Alfonso - Centro de Estudios de la Libre Competencia en Colombia, p.2

³⁴ Miranda Londoño & Gutiérrez Rodríguez, Los Beneficios del Monopolio vs Los Beneficios de la Competencia. (Economic Foundations of Competition Laws: The Benefits of Monopoly vs. The Benefits of Competition, 2006.

más comúnmente dan lugar a acciones de grupo o clase. Sólo en Estados Unidos se sancionaron por acciones civiles 26 carteles y el Departamento de Justicia impuso 362 sanciones por restricciones a la libre competencia bajo la sección primera del Sherman Act entre 2006 y 2015³⁵; y en la Unión Europea se sancionaron 30 carteles entre el año 2000 y el año 2004 y 33 carteles entre el año 2005 y 2009³⁶.

2.1.1 Acuerdos Restrictivos de la Competencia

Los acuerdos restrictivos de la competencia han sido definidos de varias formas. La *Federal Trade Commission* los define como “(...) *prácticas comerciales desleales que pueden reducir la competencia y conducen al aumento de precios, reducción de la calidad o los niveles de servicio, o menos innovación.*”³⁷ A su turno, la sección primera del Sherman Act establece que “(...) *cualquier contrato, combinación o conspiración para restringir el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras, se declara que es ilegal*”³⁸.

Por su parte, la Comisión Europea establece que: “*Las empresas pueden distorsionar la competencia, cooperando con los competidores, fijando precios o dividiendo el mercado para que cada uno tenga un monopolio en una parte del mercado. Los acuerdos contrarios a la competencia pueden ser abiertos o secretos (por ejemplo, carteles). Pueden ser escritos (ya sea como un “acuerdo entre empresas” o en las decisiones o normas de las asociaciones profesionales) o ser acuerdos menos formales*”³⁹. Lo anterior sigue la lógica del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante “TFUE”), el cual establece que “(...) *serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que*

³⁵ U.S. Department of Justice. Antitrust division, workload statistics fy 2006- 2015. Disponible en web: <https://www.justice.gov/atr/file/788426/download>

³⁶ European Commission (2010), Cartel Statistics (situation as of 19 May 2010). Disponible en web: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

³⁷ Federal Trade Commission. Disponible en web: <https://www.ftc.gov/enforcement/anticompetitive-practices> “*Companies can distort competition by cooperating with competitors, fixing prices or dividing the market up so that each one has a monopoly in part of the market. Anticompetitive agreements can be open or secret (e.g. cartels). They may be written down (either as an “agreement between companies” or in the decisions or rules of professional associations) or be less formal arrangements*” (Traducción libre del autor)

³⁸ United States Code, Título 15, Capítulo 1 (Monopolies and Combinations in Restraint of Trade), §1 (Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty). (Traducido libre del autor). “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.*”

³⁹ Anti-competitive agreements. European Commission. Delivering for consumers. Disponible en web: http://ec.europa.eu/competition/consumers/agreements_en.html

*puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (...)*⁴⁰.

En Colombia, son definidos por la Superintendencia de Industria y Comercio como “*todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas*⁴¹, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos”⁴². Como en el ordenamiento estadounidense y europeo, la Autoridad colombiana ajusta su definición a las normas principales que regulan los acuerdos anticompetitivos, tomando de manera exacta la definición dada en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo, dicho decreto brinda un catálogo de acuerdos que son considerados contrarios a la libre competencia.

2.1.2 Acuerdos Restrictivos de la competencia intrínsecamente nocivos: “Hard Core Cartels”

Como se puede evidenciar, la sección primera del Sherman Act prohíbe todo contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio, lo cual la Suprema Corte de los Estados Unidos ha entendido como cualquier acuerdo que restrinja indebidamente la competencia. A su turno, el artículo 101 del TFUE prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones entre empresas y las prácticas concertadas; prohibiciones que vistas junto con la prohibición que hace el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153, de una forma u otra buscan un mismo propósito: la prohibición de cualquier acuerdo que restrinja *indebidamente* la competencia.

Uno de los primeros antecedentes sobre este tema lo estableció la Corte de los Estados Unidos al señalar que la fijación de precios -como uno de los acuerdos clásicos- estaba dentro de la categoría de acuerdos prohibidos, y que de ninguna manera este tipo de acuerdos podía ser defendido bajo el argumento que establece la razonabilidad⁴³ de los mismos.⁴⁴ Posteriormente, la

⁴⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículo 101.

⁴¹ Esta parte de la definición se encuentra consagrada en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. [con fuerza de ley]. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 31 de Diciembre de 1992. D.O.Nº40704.

⁴² Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores. Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia. Disponible en: http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

⁴³ United States v. Addyston Pipe & Steel Co. (1899)

Corte de los Estados Unidos introdujo por primera vez la calificación jurídica de ilegales *per se*⁴⁵, al establecer que los acuerdos formados con el propósito y con el efecto de subir, bajar o estabilizar los precios de un producto son ilegales *per se*⁴⁶.

Aunque la regla *per se* fue acogida por durante bastante tiempo por el derecho estadounidense, en los casos posteriores se puede evidenciar la migración que hacen los jueces estadounidenses de la regla *per se* a la regla de la razón al señalar que: *“La Corte Suprema se ha alejado cada vez más del enfoque dicotómico -en el cual toda restricción del comercio es ilegal per se y, por lo tanto, no es susceptible a una justificación procompetitiva ni sometida a un análisis completo bajo la regla de la razón- hacia uno en que el grado de investigación se adapte a la conducta sospechosa en cada caso particular.”*⁴⁷ Lo anterior evidencia la posibilidad de justificar la conducta bajo razones de eficiencia⁴⁸. Así mismo, en la Unión Europea se ha acogido como método de análisis de conductas sospechosas tendientes a restringir la competencia, la regla por medio de la cual se analizan los efectos anticompetitivos como los procompetitivos, para establecer su ilegalidad.

En la misma línea, en el derecho colombiano se presenta la discusión entre la existencia de un sistema de análisis dividido entre la regla de la razón y la regla *per se*, según el caso o un sistema de análisis en donde siempre debe aplicarse la regla de la razón.

⁴⁴ Es importante anotar, no obstante, que en el régimen de competencia aplicable hoy día en los Estados Unidos este principio aplica a aquellos acuerdos que tengan como única característica y objeto el aumento de precios, repartición de mercados, etc., es decir, los denominados *“naked restraints to trade”*.

⁴⁵ “The fixing of prices, bids, output, and markets by cartels has no plausible efficiency justification; therefore, antitrust authorities properly regard cartel behavior as *per se* illegal and a “hard core” violation of the competition laws”. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/criminal-enforcement-antitrust-laws-us-model>

⁴⁶ United States v. Socony-Vacuum Oil Co. (1940)

⁴⁷ *“The supreme court has steadily moved away from the dichotomous approach –under which every restraint of trade is either unlawful per se, and hence not susceptible to a precompetitive justification, or subject to full-blown rule-of-reason analysis- toward one in which the extent of inquiry is tailored to the suspect conduct in each particular case.”* (Traducción del autor). Tomado de Polygram holding, Inc V. FTC 416F. F3D 29 (D.C.Sir.2005) (Fox, 2009)

⁴⁸ *“The analysis proceeds in several distinct steps: First, The Commission must determine whether it is obvious from the nature of the challenged conduct that it will likely harm consumers. If so, then the restraint is deemed “inherently suspect” and, unless the defendant comes forward with some plausible (and legally cognizable) competitive justification for the restraint, summarily condemned. “Such justifications”, the Commission explained “may consist of plausible reasons why practices that are competitively suspect as a general matter may not be expected to have adverse consequences in the context of the particular market in question, or they may consist of reasons why practices are likely to have beneficial effects for consumers”.*

If the defendant does offer such an explanation, then the Commission “must address the justification” in one of two ways. First, the Commission may explain why it can confidently conclude, without adducing evidence, that the restraint very likely harmed consumers. Alternatively, the Commission may provide the tribunal with sufficient evidence to show that anticompetitive effects are in fact likely. If the Commission succeeds in either way, then the evidentiary burden shifts to the defendant to show the restraint in fact does not harm the consumers or has “procompetitive virtues” that outweigh its burden upon consumers.” (Fox, 2009)

2.1.3 La aplicación de la regla de la razón a través de la excepción de eficiencia

Ahora bien, ha de señalarse que la aplicación de las normas de protección de la competencia basada en la división entre la regla de la razón y la regla *per se* es tenue⁴⁹. Actualmente se plantea la excepción de eficiencia, donde se descarta la regla por la cual aquellos acuerdos que han sido prohibidos de manera específica son considerados de plano anticompetitivos. Así, la excepción de eficiencia posibilita que un acuerdo que contenga, por ejemplo, una fijación de precios o repartición de mercados pueda ser considerado legal si se logra establecer que produce beneficios a los consumidores y garantiza la eficiencia económica por encima de los perjuicios que podría causar⁵⁰. Esto, por supuesto, no será posible en el caso de los *hard core cartels*, cuyo único propósito es afectar la competencia sin que con ellos se genere ningún tipo de eficiencia económica.

Si bien, esta regla no goza de consagración legal expresa en Colombia, “(...) conforme a la doctrina actual de la [Superintendencia de Industria y Comercio], no todo acuerdo que incluye dentro de sí una restricción de la competencia puede ser calificado como ilegal, ya que puede ser “redimido” si con él se generan beneficios para el mercado y los consumidores que sean suficientes para contrarrestar los eventuales perjuicios de la restricción. Con esto, la SIC acoge en su doctrina la posibilidad de alegar una excepción de eficiencia para presuntos acuerdos anti-competitivos en el régimen colombiano de protección de la competencia (...)”^{51, 52}

⁴⁹ “Tradicionalmente, la SIC ha considerado que los acuerdos verticales -por ejemplo, la imposición de precios mínimos de reventa- son por sí mismos ilegales, al tener por objeto la restricción de la competencia en un mercado relevante. Esta posición debe ser revisada considerando los reales efectos que pueden reducir los acuerdos verticales sobre la competencia (...) para esta Superintendencia, si bien los acuerdos verticales usualmente tienen acuerdos anticompetitivos (como los que se ilustraron anteriormente), también pueden tener excepcionalmente efectos pro-competitivos, y por consiguiente no ser ilegales. Es por esto que no todo acuerdo vertical que involucra la fijación de un precio aguas abajo (o cualquier otra restricción) es por sí mismo ilegal. Para ello, la Superintendencia tendrá que concluir, después de realizar una investigación y de que los investigados hayan presentado las razones económicas de su conducta que el acuerdo vertical no genera eficiencias que sean suficientes para contrarrestar las restricciones a la competencia generadas por la misma.” Tomado de la Resolución 76724 de 2014 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Radicación: 11-63694. Diciembre 16 de 2014. p.64.

⁵⁰ Serrano Pinilla, 2015

⁵¹ Ídem

⁵² Véase Resolución 76724 de 2014 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Radicación: 11-63694. Diciembre 16 de 2014 y Resolución 53403 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Radicación: 11-137485. Septiembre 3 de 2013.

2.2 Regulación en Estados Unidos y la Unión Europea

Las leyes de protección a la libre competencia tienen su primer antecedente claro en la adopción del Sherman Antitrust Act por el Congreso de Estados Unidos en 1890. Como se señaló previamente, la sección primera de esta ley declaró ilegal cualquier contrato o forma de negocio que restrinja el comercio. En 1911, la Suprema Corte de los Estados Unidos aplicó esta ley para romper el monopolio que ejercía *Stándar Oil Co.* en el sector del petróleo⁵³, convirtiéndose en el primer precedente relevante en la aplicación de este tipo de normas.

En Europa las políticas de protección a la competencia empezaron a tomar importancia una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, con la ruptura de los monopolios que habían jugado un papel importante en la guerra. Las primeras normas vieron su origen en el Tratado de París de 1952, el cual contenía reglas relacionadas con carteles, concentraciones y el abuso de la posición dominante por parte de las empresas⁵⁴.

Posteriormente, el Tratado de Roma de 1957 estableció las bases de la política de protección a la libre competencia de la Comunidad Europea. Estas bases se encargaron principalmente de asegurar la integración del mercado común. Por ejemplo, el artículo 85 de este tratado estableció reglas sobre acuerdos restrictivos de la competencia. Así mismo, estableció que la Comisión Europea sería la autoridad encargada de aplicar las normas de protección de la libre competencia⁵⁵. Actualmente, las normas de protección a la libre competencia se encuentran en los artículos del 101 al 109 del TFUE⁵⁶.

Como se puede evidenciar, Estados Unidos y la Unión Europea resultan ser los puntos de referencia internacional para el estudio de políticas de libre competencia. Aun cuando ambos comparten los mismos fines y propósitos, hay una serie de diferencias entre ambos sistemas. Estados Unidos, por su parte, tiene un sistema basado en la criminalización de las conductas (donde la autoridad generalmente actúa como demandante en un proceso jurisdiccional ante una

⁵³ Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States (1911)

⁵⁴ Erbach, 2014

⁵⁵ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Tratado de Roma de 1957. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:11957E/TXT>

⁵⁶ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea. Versión consolidada. 2010.

Corte), acompañado del rol fundamental de las víctimas a través de la aplicación privada (*private enforcement*) de las normas protectoras de la competencia. Por otra parte, la Unión Europea tiene un sistema de aplicación pública (*public enforcement*) de las normas de protección a la competencia a través de la imposición de multas a sus infractores aunada a la posibilidad que tienen los particulares de presentar acciones de daños, similar al que tiene la legislación colombiana, donde la instauración de acciones privadas sigue siendo baja.

2.2.1 Principales diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea

La mayoría de políticas estatales relacionadas con la protección a la libre competencia aplican la misma estructura: multas y sanciones, por un lado, y programas de delación y acuerdos entre los infractores y las autoridades por el otro⁵⁷. Aun así, hay una serie de diferencias -como se señaló anteriormente- en la forma como Estados Unidos y la Unión Europea regulan y aplican las normas de protección a la libre competencia. A continuación, se citan sólo algunas de ellas que resultan relevantes para nuestro estudio, sin que con ello se pretenda hacer un análisis comparado de ambas legislaciones.

2.2.1.1. Sanciones de tipo criminal

En Estados Unidos la principal herramienta de disuasión contra los acuerdos restrictivos de la competencia está fundamentada en sanciones de tipo criminal contra los individuos que los realizan. Éste tipo de sanciones surgen al entender que participar en un cartel es visto en Estados Unidos como un crimen contra la propiedad, asimilándolo al hurto⁵⁸, por lo que es tratado de una manera semejante. Con base en lo anterior, no es suficiente la sanción de tipo civil, pues lo que busca la sanción criminal es eliminar completamente los acuerdos que restrinjan la competencia al sumarse a la sanción pecuniaria la alta probabilidad de cumplir una sanción penal. Así, esta alta probabilidad de cumplir una sanción de tipo criminal por realizar comportamientos anticompetitivos se ha convertido en el principal disuasor para prevenir dichos comportamientos⁵⁹.

⁵⁷ Italianer, 2013

⁵⁸ Werden, Hammond, & Barn, 2012

⁵⁹ Ídem

En cambio, en la Unión Europea la principal herramienta de disuasión contra los acuerdos restrictivos de la competencia está fundamentada en sanciones pecuniarias contra las empresas que los realizan, no contra los individuos. Sin embargo, desde el 2003 se introdujo un sistema descentralizado de aplicación de las normas protectoras de la competencia, involucrando a las autoridades de competencia de los estados miembro. En este sentido, tanto la Comisión Europea como las autoridades de cada Estado pueden multar a las compañías que realicen estos acuerdos, pero se da la libertad a las autoridades de los estados miembros a plantear otras sanciones para combatir los comportamientos anticompetitivos⁶⁰, sin perjuicio del principio de supremacía con el que cuentan las decisiones de la Comisión Europea sobre los jueces nacionales⁶¹. Lo anterior ha permitido que muchos estados miembros incluyan sanciones a individuos por estos comportamientos, desde multas pecuniarias hasta inhabilidades para dirigir una compañía. Es el caso particular de las *Disqualifications Orders* que son impuestas en Reino Unido con base en el *Company Directors Disqualification Act* de 1986.

2.2.1.2 Sanciones de tipo pecuniario

Estas sanciones pueden originarse principalmente por dos motivos: multas impuestas por las Autoridades de Competencia y aquellas derivadas de las acciones civiles adelantadas por las víctimas por daños ocasionados por los acuerdos anticompetitivos. En Estados Unidos, desde el *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* del año 2004⁶² se establece que el valor máximo de las multas que se le pueden imponer a las empresas es de \$100 millones de dólares, teniendo en cuenta que pueden ser impuestas multas que superan este valor determinado por la reforma al aplicar una norma en la ley federal⁶³ que establece una multa alternativa basada en el doble del valor de la ganancia obtenida por causa de la actividad ilegal o el doble del valor de la pérdida de la víctima. Este tope sancionatorio se aplica sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los infractores con la Autoridad.

⁶⁰ Erbach, 2014

⁶¹ Se dispone que cuando los jueces nacionales en aplicación a los artículos 101 y 102 del TFUE deben implementar todas las medidas para verificar si el caso ha sido conocido y resuelto por la Comisión Europea y, de ser así, constatar cuál ha sido el sentido de la decisión. En este orden de ideas, las decisiones del TJCE tienen prevalencia y vinculan a los jueces nacionales cuando el asunto que éstos deben decidir es el mismo que ha sido resuelto por el órgano comunitario. Ortiz Baquero, *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, 2011.

⁶² Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004.

⁶³ United States Code, Título 18, Parte II, Capítulo 227, Subcapítulo C, § 3571 (Sentence of fine).

En materia de sanciones pecuniarias, Estados Unidos ha fortalecido su sistema de aplicación de las normas de protección de la competencia abriéndole la posibilidad a las víctimas de reclamar hasta por tres veces el valor de los daños que han sufrido por causa del cartel. Esta acción civil ha encontrado su verdadera aplicación a través de las llamadas *class actions*⁶⁴ las cuales materializan la aplicación privada de las normas de protección a la competencia en Estados Unidos y que serán abordadas en los siguientes capítulos.

Por su parte, la Unión Europea ha establecido una guía de multas donde se estableció como multa máxima el 10% del volumen anual del negocio de la empresa infractora⁶⁵, multa que es impuesta en aplicación de las normas protectoras de la competencia por parte de la autoridad competente. Las reglas para determinar las multas están basadas en diferentes factores, tales como el valor de las ventas relacionadas con el actuar anticompetitivo y su duración y gravedad⁶⁶. El propósito de estos factores es la posibilidad de establecer multas que sean sustanciales con relación a la compañía infractora y sirvan como herramienta de disuasión para erradicar los comportamientos anticompetitivos.

A diferencia de Estados Unidos, las acciones civiles que adelanten las víctimas con motivo de los daños generados por un cartel, solo podrán pretender la compensación completa del daño, no tres veces su valor, pues en la Unión Europea la aplicación de las normas de protección de la competencia se da a través de las autoridades de protección a la competencia, siendo las acciones civiles un mecanismo de reparación del daño más que un elemento disuasorio –así, en la práctica, tenga la potencialidad de serlo-.

2.3 Regulación en Colombia

2.3.1 Cláusula General

El régimen de protección a la competencia en Colombia prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la restricción de la libre competencia en el mercado. En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano tiene dos normas que establecen dicha prohibición, por un

⁶⁴ Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure.

⁶⁵ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003. (2006/C 210/02)

⁶⁶ Ídem

lado, el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, citado anteriormente, y por otro lado, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 que señala:

“Artículo 1. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. (...)”.

Las dos normas consagran la prohibición general a los acuerdos restrictivos de la competencia, donde la regla que se aplica para el análisis de la ilegalidad de un acuerdo es -salvo para el caso de los acuerdos intrínsecamente nocivos -la regla de la razón, teniendo en cuenta la explicación realizada sobre la excepción de eficiencia en el presente capítulo.

Por medio de esta regla se procede a realizar un análisis que tiene como punto central determinar si el acuerdo restringe o no indebidamente la libre competencia en el mercado. En Colombia, la SIC como Autoridad de Competencia es la encargada de realizar este análisis, donde deberá –al analizar acuerdos de colaboración- tener en cuenta los efectos que genera el acuerdo, su *“propósito subyacente, la naturaleza y el alcance (...) del acuerdo (...) así como las características propias del mercado en aspectos fundamentales tales como el número de participantes, el nivel de concentración y la existencia de barreras a la entrada (...)”*⁶⁷. En este sentido, si el acuerdo no es un *hard core cartel*, y el propósito que persigue el acuerdo genera beneficios económicos mayores a sus perjuicios, se podría estar en presencia de un acuerdo que si bien tiene dentro de sí establece una restricción a la competencia, no se puede calificar de ilegal, ya que no afecta la eficiencia económica ni el bienestar del consumidor⁶⁸.

⁶⁷ Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores. Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia. Disponible en: http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

⁶⁸ Resolución 4851 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Radicación: 12-176681. Febrero 15 de 2013.

2.3.2 Acuerdos expresos y tácitos

Al establecer si un acuerdo es restrictivo de la competencia o no, la Autoridad de Competencia no sólo se concentra en restringir los acuerdos expresos. El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 también incluyó como acuerdos anticompetitivos las prácticas concertadas o conscientemente paralelas, las cuales son definidas en la Resolución 51694 de 2008⁶⁹ de la SIC, al señalar que las prácticas concertadas “*Son aquellos comportamientos coordinados que no tienen otra explicación desde la racionalidad económica que la existencia de una coordinación o práctica concertada entre competidores*”, y que las prácticas conscientemente paralelas son aquellas en las que “*(...) los participantes de un determinado mercado, actuando en forma consciente y sincronizada se abstienen de competir, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre una o más de las variables cuya dinámica en condiciones de competencia debe corresponder a la estrategia individual e independiente de quienes lo conforman*”. Por tanto, en Colombia no solo son sancionados los acuerdos expresos, también son sancionados los acuerdos que tácitamente pueden identificarse en el mercado.

2.3.3 Acuerdos intrínsecamente nocivos de la competencia

El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁷⁰ introduce un catálogo de conductas que son consideradas como acuerdos restrictivos de la competencia. Todos estos acuerdos son aquellos que son considerados intrínsecamente nocivos para la libre competencia. Estos acuerdos son conocidos como carteles y denominados en el ámbito internacional como *Hard Core Cartels*.

⁶⁹ Aun cuando esta Resolución fue declarada nula por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dicha nulidad sólo versa sobre en lo que atañe a Cementos Argos S.A y al señor José Alberto Vélez Cadavid, manteniéndose en firme para los demás sancionados.

⁷⁰ Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 señala: “*Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:*

- 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 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 constituirían 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.*
- 10. Adicionado por el art. 16, Ley 590 de 2000, con el siguiente texto: Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”*

Aun cuando llevan esta denominación y puede tenderse a considerarlos ilegales de plano, nuevamente debe hacerse referencia a la excepción de eficiencia mencionada anteriormente. En este sentido es labor del intérprete –en el caso colombiano, de la SIC- hacer un análisis para determinar, en primera medida, si la conducta contiene en sí un acuerdo de los mencionados en el catálogo, para luego proceder a evaluar si dicho acuerdo trae beneficios sólo para las empresas involucradas (*naked restraint to trade*) o si dicho acuerdo, a pesar de contener en sí uno de los pactos del catálogo, “(...) cuenta con varios otros elementos que hacen que la restricción sea simplemente accesoria para lograr un objetivo mayor que resulta ser neutral para el mercado o incluso eficiente para la economía y los consumidores (...)”⁷¹. Finalmente, si el acuerdo simplemente trae beneficios para las empresas involucradas, deberá ser declarado ilegal, pero, si dicho acuerdo puede traer algún beneficio para la economía o los consumidores, el intérprete deberá hacer una evaluación de los beneficios y los perjuicios, y establecer si de dicho balance, el acuerdo posee beneficios superiores a sus perjuicios o ambos son equivalentes; caso en el cual se encontrará frente a un acuerdo que por ser eficiente, no puede ser declarado ilegal^{72,73}.

CAPÍTULO III: LOS SISTEMAS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

3.1 Consideraciones generales: el modelo público y privado

Se puede afirmar que la aplicación de las normas de libre competencia se ha estructurado de manera general en dos sistemas. El primero, un modelo de carácter público o administrativo llamado “*public enforcement*” y, el segundo un modelo privado o judicial, denominado “*private enforcement*”. Su principal distinción obedece a “(...) la naturaleza jurídica de la autoridad que tiene competencias para aplicar dicha normativa, los intereses que con carácter prioritario atienden dichas autoridades, las finalidades con las que ellas desarrollan sus funciones, y desde luego, los procedimientos y potestades de las que disponen”⁷⁴.

⁷¹ Ídem

⁷² Ídem

⁷³ Véase Resolución 76724 de 2014 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Radicación: 11-63694. Diciembre 16 de 2014 y Resolución 53403 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Radicación: 11-137485. Septiembre 3 de 2013.

⁷⁴ Komminos, 2008, p. 6

El modelo público se ha desarrollado fundamentalmente en los países de tradición continental-europea, pudiéndose definir como aquel en donde “(...) *las normas de libre competencia son aplicadas por autoridades administrativas (del orden nacional, local y/o sectorial) o por órganos jurisdiccionales que tienen la condición de autoridades de competencia. El desarrollo de las funciones a cargo de estas autoridades (tales como promover las investigaciones, avalar acuerdos, aprobar compromisos, conocer de las solicitudes de clemencia, etc.) es la vía esencial de aplicación de esta normativa*”⁷⁵. Los fines que se persiguen a través del modelo público son, por regla general, la protección del orden público económico, el restablecimiento de las condiciones de libre competencia a favor del mercado y sus agentes, y la disuasión de futuras conductas.

En cambio, el sistema de *private enforcement* ha sido el modelo predominante en el ordenamiento jurídico de EE.UU⁷⁶. La naturaleza de este sistema se caracteriza porque “(...) *la aplicación de las normas antitrust corresponde a los jueces, quienes intervienen motivados por las acciones de los particulares, que invocan la infracción de esta normativa como fundamento de sus pretensiones o excepciones. La finalidad esencial del sistema de private enforcement -pero no única- es la protección de los derechos de los particulares que han resultado afectados por la conducta anticompetitiva, por ello, las declaraciones de los jueces se desenvuelven en el ámbito privado y, concretamente, en la declaración de nulidad absoluta del contrato y/o responsabilidad civil de los infractores*”⁷⁷.

En esta línea de argumentación, los defensores del sistema de aplicación pública consideran que “(...) *si los objetivos prioritarios son los de desarrollar las prohibiciones, evitar la infracción de las normas, garantizar que las conductas prohibidas no tendrán lugar en el mercado, y, sobre todo, prevenir futuras violaciones, el sistema de enforcement público se revela superior al private. En aquel las autoridades cuentan con mayores recursos y poderes de investigación, su intervención tiene como propósito la protección de los intereses generales y los*

⁷⁵ Ortiz Baquero, 2011, p. 39

⁷⁶ El sistema de *private enforcement* en los EE. UU se rige por la sección 7 del *Sherman Act* de 1890 y la sección 4 de la *Clayton Act* de 1914. En estas normas se dispone el derecho a las víctimas a entablar las *treble damage actions*, es decir, a obtener una indemnización por el triple de los daños sufridos a consecuencia de una infracción de la normativa antitrust. Con fundamento en estas disposiciones, el Derecho antitrust norteamericano se ha desarrollado principalmente a través de las demandas de daños de los particulares (tanto individuales como acciones de grupo).

⁷⁷ Ortiz Baquero, 2011, p. 40

costos son menores en la medida en que las autoridades de competencia tienen la carga de demostrar la infracción y hacer efectiva su posición”⁷⁸.

En contraposición, los defensores del modelo privado “(...) afirma[n] que los particulares que han sufrido un daño como consecuencia de un comportamiento anticompetitivo, pueden dar aviso más rápido de la infracción por cuanto ésta les afecta directamente. Estos tienen además una mejor posición para reclamar la reparación de los daños, ya que disponen de la información relativa a la conducta ilícita, al mercado en que ha tenido lugar y a sus consecuencias adversas y, son en últimas, quienes tienen el mayor incentivo para actuar en contra de sus competidores rivales”⁷⁹.

Si bien, desde una perspectiva teórica existen múltiples factores de comparación entre el modelo público y el modelo de aplicación privada, el estudio y valoración del sistema de aplicación de las normas de competencia más conveniente y efectivo para implementar en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado está sujeto al análisis de los costos asociados a su implementación, considerando factores como “(...) la facilidad para acceder a la información relevante a efectos de verificar la ilicitud de un comportamiento, los costos que supone adquirir dicha información, los costos de la aplicación de las normas, las metas u objetivos que persiguen quienes aplican las normas, y los efectos disuasorios que pueden obtenerse como consecuencia de las sanciones que impone cada autoridad”⁸⁰.

3.2 La aplicación pública en Colombia y la competencia a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio

De acuerdo con las disposiciones normativas que desarrollan la materia de orden económico en la Constitución Política Colombiana, y en sujeción a los principios, valores y fines del Estado Social de Derecho, el modelo económico acogido por Colombia es el de economía social de mercado. En tal materia se dispuso que la libertad económica, de empresa y de iniciativa privada son características medulares del modelo económico que deben ser ejercidas

⁷⁸ Wils, 2003

⁷⁹ Ortíz Baquero, 2011, p. 46

⁸⁰ Ibidem, 41

dentro de unos límites establecidos por el propio legislador que propenden por el interés general⁸¹.

De esta forma, se hizo imperativo que tales libertades se ajustaran a un marco de responsabilidad y justicia social, que comprometió al Estado a intervenir de forma más activa en el mercado y en la actividad de los particulares para alcanzar finalidades como: “(...) (i) *garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) evitar la creación de monopolios; (iii) permitir la reducción de los precios de los productos; (iv) asegurar la innovación tecnológica; (v) conducir a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evitar una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comportar un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos.*”⁸²

Bajo esta línea de pensamiento, y con el fin garantizar la aplicación coherente de las normas de competencia por parte del Estado –llamado a ejercer funciones de inspección, vigilancia y control- se consagró un sistema de aplicación público del derecho a la competencia como una herramienta para corregir las fallas del mercado y garantizar el correcto ejercicio de las libertades económicas.

En desarrollo de la aplicación práctica del *public enforcement*, se consideró la creación de una autoridad pública del orden nacional denominada Superintendencia de Industria y Comercio, como el organismo técnico y especializado responsable de investigar, corregir y sancionar las prácticas comerciales restrictivas de la competencia y la encargada de proteger y promover la libre y leal competencia en el mercado nacional.

La competencia de SIC como autoridad de protección de la competencia fue acogida, en un primer momento –y sin desconocer los antecedentes anteriores de la Autoridad-, por el Decreto 2153 de 1992. Allí se estableció el ejercicio de las competencias de la SIC con miras a “(...) *mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre*

⁸¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 333. 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.

⁸² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-432 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: Junio 02 de 2010).

escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”⁸³. Si bien la SIC tenía dentro de sus funciones la aplicación de las normas de competencia en Colombia, dicha Entidad tenía un carácter general y residual, ya que solamente aplicaba las normas de competencia frente a determinado sector si tal función no estaba asignada de forma expresa a otra Autoridad del Estado.

Con el fin de procurar la observancia de las normas sobre promoción de la competencia, el Decreto 2153 de 1992 confirió poderes de policía y de investigación a la SIC, dentro de los cuales se destaca la facultad de adelantar procedimientos administrativos encaminados a verificar y reprimir la ocurrencia de conductas anticompetitivas, y la de ordenar y constatar el cese de las infracciones al régimen de libre competencia e imponer las sanciones a que haya lugar de acuerdo con la ley.

En la misma línea, con la sanción de la Ley 1340 de 2009, el Congreso de la República estableció las finalidades descritas en el Decreto 2153 de 1992, e introdujo cambios significativos en el esquema de la autoridad de competencia con el fin de reforzar y dotar de eficiencia económica las normas existentes del derecho a la competencia. Entre otras modificaciones, se estableció que la SIC sería la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia en Colombia, con lo cual se le otorgaba –entre otras cosas- la competencia para investigar acuerdos anticompetitivos y otras prácticas restrictivas de la competencia en todos los sectores de la economía. Así mismo, se aumentaron significativamente las sanciones para los infractores de las normas de protección de la competencia, y se introdujo un régimen de delación que, en general, permite exonerar de la sanción –u otorgar una reducción sobre la misma- al infractor que informe a la Autoridad de la existencia de la práctica y presente pruebas que le permitan a la SIC perseguir a los restantes partícipes.⁸⁴

⁸³ Artículo 2 del Decreto 2153 de 1992. [con fuerza de ley]. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 31 de Diciembre de 1992. D.O.N°40704.

⁸⁴ Para conocer de los cambios introducidos por la Ley 1340 de 2009, véase Alfonso Miranda Londoño. Antitrust Merger Policy in Colombia. Buscar en <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/artc3adculo-cornell.docx>. (Julio de 2009).

Así las cosas, se puede afirmar que la aplicación pública de las normas de libre competencia –que en Colombia está en cabeza de la SIC-, presenta varias fortalezas, incluyendo las siguientes:

1. La iniciativa pública permite hacer una evaluación sobre el impacto que tiene la conducta en el interés público –independientemente de las afectaciones particulares que se ocasionen- para así perseguir aquellas prácticas que derivan en un alto costo social y económico.
2. El modelo permite que Autoridades públicas -entre ellas la SIC- puedan tener un rol fuerte en la protección del interés económico. Concretamente, la imposición de multas se ha caracterizado por lograr un efecto disuasorio y preventivo en el comportamiento de los actores del mercado, tal y como lo describe C. Cananbley y T. Steinvorh: *“Las multas, a diferencia de las órdenes administrativas, tienen un efecto disuasorio más allá del ámbito individual. Las multas se imponen, en parte, para disuadir a las empresas implicadas en la infracción de participar en futuras violaciones de competencia, y al mismo tiempo, si el nivel de la multa es lo suficientemente alta, tendrá un efecto preventivo en la disuasión de terceros en la participación de actividades de carteles o en las violaciones de la ley de competencia”*⁸⁵.
3. En materia probatoria, dentro de las investigaciones por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia adelantadas por autoridades públicas administrativas, entre ellas la SIC, las facultades para verificar la infracción (recolectar pruebas), suelen ser amplias y por consiguiente idóneas para la comprobación de la infracción.
4. Dada la complejidad que conlleva la prueba de la existencia y la duración de la conducta anticompetitiva resulta más conveniente que sea la Autoridad de Competencia quien realice el análisis, valoración y la sanción de la conducta, ya que

⁸⁵ Cananbley Cornelis & Steinvorh Till, 2011, p. 316. (Traducción Libre del autor). *“Fines, unlike administrative orders, have deterrent effect beyond individual case. Fines are imposed, in part, to deter the undertakings involved in the infringement from engaging in future competition violations. At the same time, if the level of the fine is high enough, it will have a general preventative effect in deterring third parties from engaging in cartel activity or continuing violations of competition law.”*

dispone de una mejor posición de conocimiento frente a estos comportamientos e igualmente de una mayor capacidad económica para asumir los costos⁸⁶, aumentando así la probabilidad de éxito en la detención de los comportamientos contrarios a la libre competencia.

Atendiendo a los argumentos expuestos, la aplicación pública del derecho a la competencia en el ordenamiento jurídico colombiano se ha mostrado, en principio, como un sistema que favorece los criterios de eficiencia, maximización y optimización en el restablecimiento de las condiciones de competencia. No obstante, tal como lo establece la literatura especializada, este tipo de sistemas decanta uno de los principales problemas en el ámbito de aplicación del *public enforcement*, y sin lugar a duda el más complejo: el problema de agencia.⁸⁷

En razón a los efectos que implica la relación de agencia en el *public enforcement*, se ha identificado que la existencia de móviles políticos o intereses personales en las actuaciones que adelantan los funcionarios y agentes de las autoridades de competencia, entorpecen el correcto funcionamiento de la actividad administrativa en materia de la libre competencia. Como lo señala R. Lande y J. Davis: *“En la práctica, el gobierno no puede esperar hacer todo o inclusive la mayor parte de la aplicación de las normas de competencia por diversas razones, entre las cuales se encuentran: limitaciones presupuestarias; miedo excesivo de perder casos; falta de conocimiento sobre las condiciones de la industria; excesiva desconfianza sobre las denuncias realizadas por las partes “perdedoras”, que eran en realidad víctimas de la conducta contraria a*

⁸⁶ Ortiz Baquero, 2011, p. 49

⁸⁷ En términos generales, el problema de agencia supone la interacción de dos partes que cumplen roles diferentes: el agente y el principal. Se llama agente a quién tiene la administración sobre un conjunto de bienes, y correlativamente, el poder para tomar decisiones sobre ellos. En contraste, se llama principal a quién tiene la propiedad sobre ese conjunto de bienes, y correlativamente, el deber de soportar los riesgos derivados de las decisiones del agente. De este modo, la nota característica de un problema de agencia radica en la presencia de una separación entre administración y propiedad. Atendido que bajo este esquema el poder para administrar se entrega a una persona que no tendrá que soportar los riesgos de sus decisiones, los agentes enfrentan incentivos perversos que empujan su comportamiento en una dirección opuesta a la tomaría el principal. Sin embargo, el problema de agencia no se agota en la perversión de los incentivos del agente hacia la pereza y el oportunismo, sino que supone también fuertes asimetrías de información entre las partes. En primer lugar, la decisión de delegar la administración de un conjunto de bienes en un tercero supone un proceso de selección adversa, ya que el principal deberá elegir al agente de entre un grupo de candidatos sobre los que tiene un conocimiento imperfecto. En el fondo, como cada uno de los aspirantes al ser agentes conoce mucho mejor que el principal sus propios defectos y virtudes, el proceso de selección generalmente atraerá a un número desproporcionado de candidatos de baja calidad que buscan aprovecharse del conocimiento imperfecto del principal. Enseguida, una vez realizada la elección del agente, la capacidad del principal para conocer y vigilar la manera en que el candidato seleccionado administra sus bienes también se encuentra sujeta a un proceso de información asimétrica denominado azar moral. Ello se debe a que el agente no solamente controla el proceso de toma de decisiones, sino también el flujo de información que recibirá el principal para poder evaluar su desempeño. De este modo, tanto al inicio de la relación entre agente y principal como durante su desarrollo, el principal se encuentra en una desventaja informativa que acentúa la perversión de los incentivos del agente. Véase: La desgracia de lo ajeno: el problema de agencia en las relaciones fiduciaria, Diego G. Pardow L, disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D122A0627/1/material_docente/bajar?. El desarrollo del problema de agencia ha sido ampliamente estudiado por el análisis económico del derecho. Una aproximación a esta abundante literatura en: Posner, Richard. El Análisis Económico del Derecho. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 37-89.

*la competencia; frecuentes cambios de funcionarios gubernamentales; y la desafortunada, pero innegable, realidad de que la aplicación (o la no observancia) de las normas de competencia por parte del gobierno se debe, en ocasiones, a motivos políticos (...)*⁸⁸.

Bajo esta perspectiva, si las actuaciones de la Autoridad derivan de motivaciones principalmente políticas, los impactos negativos del modelo de aplicación pública y sus ineficiencias inherentes superarían sus efectos benéficos sobre la competencia, ocasionando en un sentido práctico y real que se desvíe la facultad discrecional de la autoridad de competencia en investigar y sancionar acuerdos que puedan tener como objeto o efecto restringir la libre competencia. Tal situación no solo derivaría en actuaciones que no benefician el interés público y el mercado, sino que traslada la carga de superar los problemas de agencia al ámbito privado: serán los consumidores, usuarios y empresarios directamente víctimas de conductas contrarias a la libre competencia quienes a través de vías de aplicación privada de las normas de competencia, deban acudir a los jueces nacionales para formular acciones que condenen las prácticas restrictivas de la competencia y al mismo tiempo reparen el daño que con dichas conductas de causa.

3.3 La aplicación privada de las normas de competencia y sus ventajas potenciales

Se puede afirmar que la aplicación privada de las normas de competencia es un modelo que se basa en criterios diferentes –en cuanto a sus fundamentos y fines sociales- al *public enforcement*, toda vez que se halla teleológicamente delimitado al ámbito de protección de los derechos individuales.

La aplicación privada incentiva a los particulares a iniciar acciones para detener y disuadir conductas que, además de afectar derechos particulares, están en contra del interés público. En otras palabras, el sistema incentiva la denuncia de una conducta que afecta el interés público por causa de la misma. El argumento tiene en cuenta que los agentes privados disponen de mayor información sobre la infracción y sobre el alcance de sus consecuencias, encontrándose mejor

⁸⁸ Lande, Robert H. & Davis, Joshua, 2008, p. 906. (Traducción libre del autor). “(1) As a practical matter, the government cannot expect to do all or even most of the necessary enforcement for various reasons including: budgetary constraints; undue fear of losing cases; lack of awareness of industry conditions; overly suspicious views about complaints by “losers” that they were in fact victims of anticompetitive behavior; higher turnover among government attorneys; and the unfortunate, but undeniable, reality that government enforcement (or non-enforcement) decisions are, at times, politically motivated”.

ubicados en la recuperación de los costos que implica su trámite al obtener la indemnización del daño.

En sujeción al anterior contexto, se ha estudiado diferentes motivos que justifican la introducción del modelo privado, con lo que se han estructurado algunas razones que pueden soportar su adopción, dentro de las que cabe destacar las siguientes:

1. *“La aplicación privada de las normas de competencia es necesaria para la consecución de la justicia, porque el derecho a la acción de reparación prevé compensación efectiva a las víctimas de los acuerdos del cartel. Para la Comisión, la compensación integral de las víctimas del cártel es el objetivo principal de su política de aplicación privada”.*
2. *“Al mismo tiempo, la eficacia de la aplicación de la ley de competencia puede ser mejorada a través de la aplicación privada, porque las reclamaciones privadas por daños y perjuicios proporcionan una sanción adicional, junto con sanciones de derecho público disponibles y por lo tanto aumentan el efecto disuasorio”.*
3. *“Por último, la aplicación privada proporciona una gran asistencia a las autoridades de competencia. La posibilidad de recibir una indemnización por las pérdidas causadas por infracciones de las normas de competencia crea un incentivo para la inversión privada en la detección y determinación en las actividades de los cárteles”.*
4. *“La aplicación privada permite a las autoridades de competencia concentrar sus escasos recursos en casos de mayor importancia económica”⁸⁹.*

⁸⁹ Cananbley Cornelis & Steinvoth Till, 2011, p. 320. (Traducción libre del autor). 1) *“Private enforcement is necessary for the achievement of justice, because the right to bring damages actions provides for effective compensation for the victims of cartel arrangements. For the Commission, compensating cartel victims in full is the principal objective in its policy of private enforcement”* 2) *“At the same time, the efficacy of competition law enforcement would be enhanced through private enforcement because private claims for damages provide an additional sanction alongside available public law sanctions and thus increase the deterrent effect”* 3) *“Finally, private enforcement will provide important assistance to competition authorities. The possibility of receiving compensation for losses caused by competition law infringements creates an incentive for private investment into the detection and determination of cartel activities”* 4) *“Private enforcement thereby leaves competition authorities free to concentrate their relatively scarce resources on economically important cases”.*

Bajo esa línea de análisis, consideramos que la aplicación privada es una herramienta que juega un papel significativo en el aumento de la tasa de detección de comportamientos anticompetitivos toda vez que gestiona un marco de acción eficiente para los consumidores, usuarios y empresas, como una oportunidad para que los jueces de la República tengan a su cargo el estudio de la responsabilidad civil derivada de la conducta anticompetitiva y de esta manera, contribuyan a una efectiva aplicación de las normas de competencia, al tiempo que reparen el daño que con la infracción se causa, y complementen en un modo más acorde el paradigma del bienestar general en la economía local.

CAPÍTULO IV: ACCIONES DE GRUPO: APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA

Las acciones de grupo, acciones de clase o acciones colectivas como se denominan en los diferentes sistemas, son la máxima representación de la aplicación privada de las normas de protección a la competencia. Como se examinó en el primer capítulo de esta monografía, la esencia y finalidad de las acciones de grupo es la creación de un mecanismo que permita proteger los derechos individuales por medio de una acción colectiva que reduce costos de transacción al canalizar esfuerzos y recursos dispersos en una sola acción de manera mancomunada.

Su efectividad radica en el incentivo que brinda a los particulares: una acción colectiva coordinada que, si bien es adelantada en nombre de un grupo, genera beneficios individuales para cada integrante. En este sentido, el reclamo de pretensiones que individualmente son inviables por su escaso valor, se convierten económicamente significativas al ser agrupadas y justifican todos los costos que conlleva instaurar una acción. Más importante aún, en muchos sistemas jurídicos, incluyendo el colombiano y el norteamericano, quien representa a los accionantes tiene un incentivo económico que resulta ser mucho mayor a cualquiera de los daños individuales causados. La posibilidad de que los privados instauren acciones privadas para las cuales antes no existía un incentivo económico, como se ha mencionado de manera reiterada, se convierte en un mecanismo de disuasión para quienes generan daños a los particulares, buscando que se ajusten a las normas que protegen la competencia en el mercado.

Así, materializar la posibilidad de implementar estas acciones para proteger los derechos de las víctimas en un caso de acuerdos restrictivos de la competencia se convierte en una herramienta imprescindible. Como se señaló, uno de los efectos que generan los acuerdos anticompetitivos es la vulneración de los derechos de los particulares al ocasionarles perjuicios por restringir la competencia en el mercado del cual ellos hacen parte activa como consumidores, o incluso competidores; y en mayor medida los acuerdos intrínsecamente ilegales o carteles al ser –según palabras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE- la violación más flagrante de las normas de competencia.

Por tanto, los perjuicios ocasionados con la fijación de precios, repartición de mercados, asignación de cuotas, etc. que modifican artificialmente el precio de los bienes y servicios, volviéndolos inaccesibles para algunos consumidores e innecesariamente costosos para otros, son susceptibles de ser reclamados por medio de una acción individual, incluyendo la de grupo o clase, al ser perjuicios que se causan de igual manera a un grupo plural de individuos: los consumidores.

4.1 Implementación en diferentes ordenamientos jurídicos

La aplicación de las acciones de grupo frente a los acuerdos restrictivos de la competencia es un sistema de aplicación del derecho de la competencia que ha sido puesto en práctica como sistema principal por Estados Unidos, y ha sido desarrollado en varios países con el propósito de implementarlo junto con el sistema de aplicación pública de las normas de protección de la competencia.

4.1.1 Estados Unidos

En Estados Unidos el 90 por ciento de los casos de aplicación de las normas de protección a la competencia es hecho a través de acciones privadas⁹⁰ -si bien hay que reconocer que muchas se inician con posterioridad a la acción de una autoridad pública-. Por esta razón, el sistema que se aplica en Estados Unidos se ha convertido en el modelo a seguir por otros países para la aplicación privada del derecho a la competencia.

⁹⁰ Katherine Holmes. Public enforcement or private enforcement? Enforcement of competition law in the EC and UK, E.C.L.R., 25(1), 25-26 (2004).

Las acciones privadas se han convertido en el elemento principal del derecho de la competencia de Estados Unidos con la introducción de los derechos privados que hace la Sección 4 del Clayton Act, permitiéndole a quienes sufran algún perjuicio por causa de violaciones a normas de protección de la competencia, demandar hasta por tres veces el valor del perjuicio causado:

“ (...) toda persona que haya sido lesionado en su negocio o propiedad a causa de algo prohibido en las leyes de protección de la competencia podrá demandar ante cualquier corte de distrito de los Estados Unidos en el distrito que el demandado reside o se encuentra o tiene un agente, con independencia de la cantidad en controversia, y percibirá el triple de los daños sufridos por él, y el costo de la demanda, incluyendo los honorarios razonables de un abogado(...)”⁹¹

Con esta regla se crea el principal efecto disuasorio de las acciones privadas: la posibilidad de tener que responder por tres veces el valor de los perjuicios ocasionados por una violación a las normas de competencia. En este sentido, no solo les permite a los particulares colaborar en la aplicación de las normas de protección a la competencia, sino que prevé futuras violaciones a las mismas con su efecto disuasorio. Por tanto, las acciones privadas se han convertido en un instrumento que protege al mismo tiempo los intereses particulares de quien la instaura y el interés público de proteger la libre competencia.

Con el propósito de coordinar las acciones adelantadas por las autoridades de los Estados Unidos y las acciones adelantadas por los particulares, el ordenamiento estadounidense ha consagrado el incentivo para los particulares de instaurar sus acciones una vez las autoridades han iniciado un proceso en contra de quienes han infringido las leyes de protección a la competencia. En este sentido, la Sección 5(a) del Clayton Act⁹² establece que toda la evidencia aportada por las autoridades en el proceso adelantado al demandado por esta misma, podrá ser

⁹¹ 15 USC 15(a) Amount of recovery; prejudgment interest

⁹² 15 USC 16(a) Prima facie evidence; Collateral estoppel: *“A final judgment or decree heretofore or hereafter rendered in any civil or criminal proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a defendant has violated said laws shall be prima facie evidence against such defendant in any action or proceeding brought by any other party against such defendant under said laws as to all matters respecting which said judgment or decree would be an estoppel as between the parties”.*

utilizado por otras partes demandantes en contra de dicho demandado, y en tal sentido los efectos de los fallos en procesos adelantados por las autoridades estadounidenses podrán ser utilizados también, por otros demandantes en procesos que estos adelanten, con el propósito de evitar que el demandado vuelva a controvertir las materias en las que ya fue condenado en el proceso iniciado por la respectiva autoridad.

Es un incentivo que lleva a que los particulares puedan aprovechar los esfuerzos realizados por las autoridades para adelantar sus acciones, reduciendo costos y aumentando la probabilidad de éxito, teniendo en cuenta las excepciones que contiene esta disposición, cuando se trata de procesos que involucran a un delator, donde la confidencialidad será mantenida. Así mismo, aun cuando las normas que introducen limitaciones a las acciones⁹³ establecen un término de cuatro años para instaurar la acción, el mismo estatuto beneficia a los particulares para demandar, pues el tiempo para instaurar la respectiva acción civil se suspende en tanto haya un proceso pendiente, civil o criminal adelantado por las autoridades en contra del demandado⁹⁴.

En este sentido, se llega a un punto de coordinación entre las acciones privadas y las públicas, donde los particulares tienen suficientes incentivos para postergar su acción hasta que haya suficientes elementos probatorios en el proceso adelantado por las autoridades para instaurar su acción de resarcimiento de perjuicios y obtener un beneficio de todos los esfuerzos desplegados por las Autoridades.

En la práctica jurídica de los Estados Unidos, todos estos incentivos se vieron ligados a las acciones de grupo, al convertirse en la mejor herramienta para adelantar una acción que involucra varios demandantes. El desarrollo de las *class actions* en el derecho estadounidense fue la clave para su rol principal en la aplicación privada de las normas de protección a la competencia. En un

⁹³ 15 USC 15(b) limitation of actions: “Any action to enforce any cause of action under section 15, 15a, or 15c of this title shall be forever barred unless commenced within four years after the cause of action accrued. No cause of action barred under existing law on the effective date of this Act shall be revived by this Act.”

⁹⁴ 15 USC 16(i) Suspension of limitations: “Whenever any civil or criminal proceeding is instituted by the United States to prevent, restrain, or punish violations of any of the antitrust laws, but not including an action under section 15a of this title, the running of the statute of limitations in respect to every private or State right of action arising under said laws and based in whole or in part on any matter complained of in said proceeding shall be suspended during the pendency thereof and for one year thereafter: Provided, however, That whenever the running of the statute of limitations in respect of a cause of action arising under section 15 or 15c of this title is suspended hereunder, any action to enforce such cause of action shall be forever barred unless commenced either within the period of suspension or within four years after the cause of action accrued”

principio las acciones de grupo eran poco utilizadas, pues no había una regla que las consagrara y el fin intrínseco a ellas no era muy conocido.

Con el establecimiento de la *Equity Rule 48*⁹⁵ por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos, se introdujo en el ordenamiento estadounidense la representación en las demandas con un número plural de sujetos activos o pasivos, con la exclusión de las partes ausentes. Así, sólo quienes estuviesen representados podrían reclamar su derecho a ser indemnizados, sin que el reclamo monetario por los ausentes pudiese ser solicitado.

Como respuesta a esta regla que entró en desuso por su limitación, la Suprema Corte de los Estados Unidos introdujo la regla número 38 que eliminaba dicha prohibición de extender los efectos vinculatorios a las partes ausentes. Si bien esta modificación resultó ser positiva en la aplicación de las acciones de grupo, presentó posteriores problemas, particularmente en materias relacionadas con los requisitos de diversidad⁹⁶. Lo anterior generó grandes confusiones y llevó a la ampliación del alcance de representación de la regla 38. La solución contempló que cualquier grupo con un interés definido podría constituir una clase, por lo que la introducción de la Regla 23 definió tres categorías de acciones de clase⁹⁷ y aclaró un poco más el procedimiento.

Sin perjuicio de lo introducido por la regla 23, los jueces todavía no comprendían de manera unánime los requisitos y bases mínimas del litigio con representación. En varios casos las cortes exigieron que cada demandante cumpliera con el requisito de valor mínimo de la pretensión para acceder a ser representado en los casos de acciones de clase que se presentaban,

⁹⁵ Texto de la Equity Rule 48 en Nikita Malhotra Pastor. *Equity and Settlement Class Actions: Can There Be Justice For All* in Ortiz v. Fibreboard. *American University Law Review*. Volume 49. Issue 3. Nota al pie número 63. 2000. Que señala: “Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties...”

⁹⁶ Antitrust Class Action Handbook. American Bar Association. 2010. p.4.

⁹⁷ Federal Rules of Civil Procedure. Rule 23(b): “Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.”

negándole el acceso a varios demandantes por su pequeño valor en la reclamación; decisión que abiertamente iba en contra de la naturaleza de las acciones de clase.

El hito más importante en el desarrollo de las acciones de clase en Estados Unidos fue el Class Action Fairness Act (en adelante “CAFA”) del año 2005. Antes de este año, las acciones de clase habían perdido su horizonte, fruto de los abusos que se fraguaron a través de estas. Los problemas que presentó la defensa *passing-on*⁹⁸, que generó el injustificado beneficio de algunos demandantes a expensas de los perjuicios sufridos por otros, los pocos beneficios que adquirirían los miembros del grupo afectado en comparación con las desproporcionadas sumas de dinero que recibían los abogados que adelantaban las acciones y, las problemáticas que acarreó la interpretación inconsistente de las cortes sobre este mecanismo, llevaron a su necesaria modificación. El CAFA modificó el monto en controversia, estableciendo que debe exceder los \$5 millones de dólares y modificó también el requisito de diversidad geográfica necesario para soportar la diversidad de jurisdicción, estableciendo que el requisito mínimo de diversidad geográfica se entiende cumplido de acuerdo a unas reglas específicas detalladas en la CAFA.

4.1.1.1 Casos representativos: *The electrical equipment cases* y *Daar V. Yellow Cab Co.*⁹⁹

Uno de los primeros casos que involucró la herramienta de las acciones de clase para reclamaciones por asuntos de protección a la libre competencia en Estados Unidos, fue por fijación de precios en la venta de equipos electrónicos en los años 60. Las autoridades comenzaron a sospechar cuando empezaron a recibir ofertas idénticas de varias manufacturas de equipos electrónicos, aun cuando las ofertas eran presentadas en sobres sellados. Cuando los investigadores federales iniciaron su investigación se logró relacionar 29 empresas y 45 individuos que habían participado en reuniones para fijación de precios en determinadas líneas de sus productos. Sus reuniones eran llevadas a cabo en eventos industriales donde se reunían todos los competidores. En ellas se repartían mercados y se establecían los precios para varios contratos. El resultado devino en la declaración de culpa de la mayoría de las empresas involucradas y muchos de los individuos no debatieron los cargos que se les imputaba. La corte

⁹⁸ La defensa *Passing-on* es evocada por un acusado de una conducta anticompetitiva contra una demanda de daños y perjuicios instaurada por un comprador directo del producto del Cartel. La parte demandada alega que el comprador directo transfiere el coste excesivo que resulta de la violación de las normas de protección de la competencia a sus clientes. En este sentido, el comprador directo sufrió menos daños, o no sufrió daños en absoluto al trasladar el sobreprecio. En Dumbrovsky, Tomas. (2013).

⁹⁹ Véase el caso *Illinois Brick Co. v. Illinois* que se explica en el Capítulo 5, sección 5.2.2.1.1 de la presente monografía.

impuso sanciones por \$1.9 millones de dólares y los individuos pagaron multas personales y años de cárcel por haber estado involucrados en los acuerdos¹⁰⁰.

Este caso fue el inicio de la aplicación de las acciones de clase en Estados Unidos. Luego de las investigaciones y condenas, muchas municipalidades y particulares que habían comprado productos electrónicos empezaron a utilizar las *class actions* como mecanismo para perseguir la indemnización triple de sus perjuicios basados en el Clayton Act.

Otro de los casos representativos para las acciones de clase en Estados Unidos fue *Daar V. Yellow Cab Co.* Por primera vez, la Corte de California permitió que se instaurara una acción donde los demandantes eran un gran grupo de personas no identificadas representadas por David Daar. En dicha acción, Daar representó a centenares de personas que tomaron taxis de la empresa Yellow Cab Co. durante un periodo de cuatro años, para solicitar la indemnización de perjuicios por sobrecargos en los taxímetros de los taxis de la empresa, con relación a las tarifas fijadas por *Los Angeles Public Utilities Commission*. El tribunal de primera instancia señaló que el demandante no cumplió con todos los requisitos para presentar una acción de clase, pero la Corte Suprema de California revocó la decisión del tribunal y señaló que bajo dichas circunstancias podía ser presentada la acción¹⁰¹. Así, este fue el primer caso donde se permitió la representación de un grupo no identificado, pero identificable, en cabeza de David Daar.

4.1.2 Unión Europea

En la Unión Europea inició la aplicación privada de las normas de protección de la competencia por parte de los tribunales nacionales con la expedición de la Regulación 1 del año 2003, que entró a regir en el 2004. Esta regulación permitió a los tribunales nacionales aplicar las normas de protección de la competencia en acciones instauradas por particulares, principalmente las que buscan el resarcimiento de perjuicios. Esta regulación abrió de manera tácita la posibilidad de ejercer acciones colectivas para resarcir daños causados a un grupo en la Unión Europea.

¹⁰⁰ American Bar Association Section of Antitrust Law. Antitrust Class Actions Handbook. ABA Publish. (2010).

¹⁰¹ California Law Review, The Supreme Court of California 1967-1968: Civil Procedure--II, 56 Cal. L. Rev. 1639 (1968).

Aun así, el sistema europeo no resultó ser el más idóneo para que se adelantarán este tipo de acciones. Tal afirmación la refleja el *Green Paper* publicado por la Comisión Europea en el año 2005, donde señala los principales retos que presenta la posibilidad de ejercer acciones privadas en materia de competencia en la región. Entre ellos, señaló el limitado acceso a las pruebas por parte de los demandantes, los diferentes requisitos de conducta culpable que existe en cada Estado miembro, lo que se entiende por daños y perjuicios, las posibles alternativas para la aplicación de la defensa *passing-on* y la legitimación del comprador indirecto¹⁰², la defensa de los intereses del consumidor y la necesidad de facilitar el ejercicio de las acciones colectivas, entre otros retos.

En tal sentido, estableció que *“Por razones prácticas será muy improbable, por no decir imposible, que consumidores y compradores con pequeñas reclamaciones interpongan una acción por daños y perjuicios por incumplimiento de la legislación de defensa de la competencia. Deberían, por tanto, buscarse maneras en las que estos intereses puedan ser mejor protegidos por acciones colectivas”*¹⁰³. Con esto se dio un primer empujón a la adopción de criterios en pro de la aplicación de estas acciones, pues dentro del mismo documento la Comisión manifestaba su preocupación al señalar que *“(…) mientras que la legislación comunitaria, por tanto, exige un sistema efectivo de indemnizaciones por daños y perjuicios por infracciones de las normas de defensa de la competencia, este ámbito de la legislación ofrece una imagen de «total subdesarrollo» en los 25 Estados miembros (...)”*¹⁰⁴.

En este mismo sentido, la Comisión publicó en el año 2008 el *White Paper on Damages Actions for Breaches of EC Antitrust Rules*, con el propósito de retomar los retos señalados por el *Green Paper* en el año 2005 y persiguiendo el principio de que *“(…) todo ciudadano o empresa que sufra daños como consecuencia de un incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (artículos 81 y 82 del Tratado CE) debe poder exigir una reparación a la parte que causó el daño. Este derecho de las víctimas a ser reparadas está garantizado por el Derecho comunitario (...)”*¹⁰⁵. Así, el *White Paper* identificó la clara necesidad de establecer

¹⁰² Véase la sección 5.2.2.1 de la presente monografía.

¹⁰³ Commission of the European Communities. *Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*.

¹⁰⁴ Commission of the European Communities. *Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*.

¹⁰⁵ Commission of the European Communities. *White Paper on Damages Actions for Breaches of EC Antitrust Rules*.

formas de acciones colectivas por violaciones a las normas de protección de la competencia en la Unión Europea¹⁰⁶.

Sustentada en estos motivos, la Comisión propuso la combinación de dos mecanismos complementarios de recursos colectivos, para de esta manera, dar una aplicación eficaz a las normas de protección a la competencia en acciones civiles. El primer mecanismo fue las demandas en representación “(...) entabladas por entidades habilitadas, como asociaciones de consumidores, organismos estatales o asociaciones comerciales, en nombre de víctimas identificadas o, en casos más restringidos, identificables”¹⁰⁷. En cuanto a estas entidades estableció que “(...) (i) se designan oficialmente por adelantado o (ii) son habilitadas sobre una base ad hoc por un Estado miembro para entablar demandas por un incumplimiento específico de la normativa de competencia en nombre de parte o la totalidad de sus miembros”¹⁰⁸. El segundo mecanismo fue las demandas colectivas “(...) en las que las víctimas deciden expresamente aunar en una sola sus demandas individuales por daños sufridos”¹⁰⁹.

La combinación de ambas resulta ser un mecanismo complementario para la aplicación privada de las normas de protección a la competencia en el entendido de que las entidades habilitadas no están llamadas a instaurar todas las demandas con el propósito de reparar daños. Por tanto, es importante la presencia de un mecanismo adelantado por los particulares que han sufrido dicho daño. Así, no se priva a las víctimas de acceder a un mecanismo para proteger sus derechos.

Otro de los puntos importantes del *White Paper* fue su recomendación sobre el acceso a las pruebas y la divulgación de la información, temas frente a los cuales señaló la clara preocupación que existe sobre la imposibilidad que tiene el demandante de conocer pruebas que están en posesión del demandado o de terceros y que por tanto generan una asimetría de la información a

¹⁰⁶ “(...) En cuanto al recurso colectivo, la Comisión considera que hay una clara necesidad de mecanismos que permitan agregar las demandas individuales de las víctimas de infracciones de la normativa de competencia. Los consumidores individuales, pero también las pequeñas empresas, especialmente las que han sufrido un daño puntual y de poco valor relativo, renuncian a menudo a entablar una demanda individual por daños y perjuicios porque ello trae consigo costes, retrasos, incertidumbre, riesgos y cargas. Como consecuencia, muchas de estas víctimas no perciben compensación en la actualidad. En las contadas ocasiones en las que se entablan varias demandas individuales en relación con la misma infracción, los demandantes, demandados y el sistema judicial se enfrentan igualmente a ineficiencias procesales (...)” en Commission of the European Communities. White Paper on Damages Actions for Breaches of EC Antitrust Rules.

¹⁰⁷ Ídem

¹⁰⁸ Ídem

¹⁰⁹ Ídem

la hora de instaurar una acción. No obstante, lo anterior lo sopesó con la posibilidad de establecer normas demasiado amplias de acceso a la información que llevaran a abusos. Por tanto, recomendó que se mantuviera un nivel mínimo de divulgación inter partes sustentado en la directiva sobre propiedad intelectual, donde debe haber un control judicial estricto¹¹⁰.

Otro de los aspectos importantes fue los plazos de prescripción. Elemento esencial para la coordinación entre la aplicación pública y privada de las normas de protección a la libre competencia en regímenes mixtos. Frente a este tema señaló que *“Aunque los plazos de prescripción desempeñan un papel importante de cara a proporcionar seguridad jurídica, también pueden ser un considerable obstáculo para la recuperación de los daños, tanto en casos independientes como en casos de seguimiento”*¹¹¹. Y en este sentido la Comisión sugirió que, los plazos no empiecen a contar si se trata de una infracción continuada o repetida hasta el día en que cese dicha infracción y/o antes de que la víctima de la infracción pueda razonablemente tener conocimiento de la misma y del daño causado. Así también, retoma los incentivos que establece el ordenamiento jurídico estadounidense sobre los plazos para ejercer la acción cuando las autoridades están realizando la aplicación pública de las normas de protección a la competencia, sugiriendo que dicho plazo empiece a contar nuevamente una vez sea adoptada una decisión por parte de las autoridades.

Finalmente, uno de los aspectos más importantes que abordó este documento fue la posibilidad de aplicar la defensa *passing-on* por parte de los demandados con el fin de reducir los costes excesivos al probar que el perjuicio fue trasladado enteramente al comprador indirecto.

¹¹⁰ Basándose en el planteamiento de la Directiva 2004/48/CE, se consideró que el acceso a las pruebas debe basarse en el establecimiento de los hechos y en un control judicial estricto de la plausibilidad de la demanda y la proporcionalidad de la solicitud de divulgación. La Comisión, por lo tanto, sugiere que: *“(...) los tribunales nacionales deben, en determinadas condiciones, estar facultados para ordenar a las partes en un procedimiento o a terceros que revelen categorías precisas de pruebas pertinentes; las condiciones para una orden de divulgación deben incluir que el demandante: – haya presentado todos los hechos y medios de prueba que estén razonablemente a su alcance, siempre que éstos muestren argumentos plausibles para sospechar que resultó perjudicado como consecuencia de una infracción de las normas de competencia por parte del demandado; – haya demostrado a satisfacción del tribunal que, de otra manera, no puede presentar las pruebas solicitadas, haciendo todos los esfuerzos razonablemente previsibles; – haya especificado suficientemente las categorías precisas de pruebas que deben divulgarse; y, – haya demostrado al tribunal que la medida de divulgación prevista es pertinente al caso, necesaria y proporcionada; se dé una protección adecuada a las declaraciones corporativas de los solicitantes de clemencia y a las investigaciones de las autoridades de competencia; para evitar la destrucción de pruebas pertinentes o la negativa a cumplir una orden de divulgación, los tribunales deben estar facultados para imponer sanciones disuasorias, incluida la opción de sacar conclusiones adversas en los procedimientos civiles por daños y perjuicios(...)*”. Disponible en web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52008DC0165>

¹¹¹ Commission of the European Communities. White Paper on Damages Actions for Breaches of EC Antitrust Rules.

El último avance en materia de acciones colectivas en la Unión Europea fue el introducido por la Directiva de daños¹¹² en el año 2014. Si bien, la directiva no contempla expresamente la posibilidad de instaurar acciones colectivas por perjuicios derivados de la violación a las normas de protección de la libre competencia –tampoco exige a los estados miembros la introducción de acciones colectivas-, la Comisión adoptó en el año 2013 un marco horizontal de recursos colectivos en todos los ámbitos, entre ellos la defensa de la competencia. De esta manera, analizando de manera armónica ambas expresiones de la Comisión, la Directiva del 2014 tiene un impacto muy importante en el ejercicio de acciones privadas por conductas restrictivas de la competencia.

El primer punto importante es la introducción del derecho al pleno resarcimiento por perjuicios originados en una violación a las normas de competencia, lo cual restringe el exceso en la compensación, al prescribir el daño punitivo, las indemnizaciones múltiples o de otro tipo¹¹³. El segundo de ellos es la introducción de reglas claras sobre la exhibición de las pruebas, siguiendo lo ya anticipado por el *White Paper*¹¹⁴. Así también, retomo todo lo relacionado con los plazos de prescripción que se había sugerido en dicho documento.

Dentro de la Directiva se introdujo también todas las reglas de responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas implicadas en una violación a las normas de competencia. En este sentido estableció una regla general, la cual señala que “(...) *las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada*”¹¹⁵. A esta regla general le sigue una serie de excepciones, dentro de ellas la responsabilidad de las pequeñas y medianas empresas; y un punto muy importante en la armonización de la aplicación pública y privada de

¹¹² Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. 2014.

¹¹³ *Ibidem*, artículo 3

¹¹⁴ Como se mencionó previamente, en el *White Paper* se recomendó que se mantuviera un nivel mínimo de divulgación inter partes sustentado en la directiva sobre propiedad intelectual, donde debe haber un control judicial estricto.

¹¹⁵ *Ibidem*, artículo 11.1

las normas de la competencia: la responsabilidad del beneficiario de los programas de clemencia¹¹⁶.

Estas nuevas disposiciones resultan ser un gran avance en esta materia, puesto que todos los infractores son conjunta y solidariamente responsables y deben responder por los perjuicios ocasionados a los consumidores. Lo anterior sin perjuicio de entender que la responsabilidad del infractor se reduce al perjuicio efectivamente causado por él, por tanto, tiene posibilidad de recuperar de los demás infractores la porción correspondiente al daño efectivamente causado por esos otros.

4.1.2.1 Casos representativos: *Courage Ltd v. Crehan Bernard y Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*

El primero de los casos, *Courage Ltd v. Crehan Bernard*, fue un asunto remitido por la Corte de Apelaciones de Reino Unido al Tribunal de Justicia Europeo donde se litigaba la indemnización de daños y perjuicios sufridos por causa de un acuerdo anticompetitivo. Courage, productor de cerveza con una participación del 19% en el mercado fusionó sus establecimientos de bebidas con Grand Metropolitan plc, transfiriendo ambos sus establecimientos a Intrepreneur Estates Ltd –IEL-, empresa constituida en proporciones iguales por las dos anteriores. IEL y Courage acordaron que todos los arrendatarios de IEL debían adquirir exclusivamente cerveza de Courage, de acuerdo a unos precios fijos establecidos en una lista. En la celebración de los contratos de arrendamiento IEL manejaba un contrato por adhesión donde solo era posible negociar el precio del arrendamiento mas no sus otras cláusulas, dentro de las cuales se encontraba la cláusula de exclusividad en la compra de cerveza de Courage.

En 1991 IEL celebró dos contratos de arrendamiento con Bernard Crehan por 20 años que incluían la cláusula de exclusividad, donde la única variable sometida a revisión era el valor del arrendamiento. En este sentido el Sr. Crehan debía comprar una cantidad mínima de cervezas que eran suministradas por Courage de acuerdo a los precios señalados en la lista. En 1993 Courage

¹¹⁶ La regla general es la responsabilidad conjunta y solidaria, pero para los beneficiarios de los programas de clemencia se establece una excepción en el numeral 4 del artículo 11 de la Directiva, al establecer que serán responsables de manera conjunta y solidaria sólo ante sus compradores o proveedores directos o indirectos y ante otras partes perjudicadas sólo cuando no se pueda establecer el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción.

instauró demanda contra el Sr. Crehan con la pretensión de condenarlo al pago de más de 15.000 Libras Esterlinas correspondientes a cervezas que habían sido suministradas por Courage y no habían sido pagadas por el Sr. Crehan.

El Sr. Crehan presentó una demanda de reconversión alegando que la obligación de compra exclusiva de la cerveza de Courage incluida en el contrato de arrendamiento violaba las normas de protección de la competencia, particularmente el artículo 81 CE –actualmente el 101 TFEU. En este sentido solicitó indemnización por los daños y perjuicios que le había ocasionado dicha conducta anticompetitiva. Los perjuicios los sustentó al señalar que Courage vendía sus cervezas a clientes que no estaban sujetos a la cláusula de exclusividad por precios inferiores a los señalados en la lista de precios del contrato de arrendamiento.

La Corte de Apelaciones del Reino Unido realizó la revisión del caso bajo una norma del derecho inglés bajo la cual no se permitía que una de las partes en un acuerdo anticompetitivo solicitará a la otra parte del acuerdo la indemnización de perjuicios sufridos. Situación frente a la cual se trajo a colación un antecedente del derecho estadounidense, donde la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (*Perma Life Mufflers Inc. V. International Parts Corp.*) señaló que una de las partes en un acuerdo que viola las normas de protección de la competencia puede presentar una demanda de indemnización de perjuicios, cuando se halla en una situación de inferioridad económica.

En este sentido, el Tribunal de Justicia Europeo declaró que “(...) *el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia (...)*”¹¹⁷ siguiendo las conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo, dentro de las cuales mencionaba que “(...) *el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que prevé que los órganos jurisdiccionales no deben permitir que una persona invoque y/o se base, como una etapa necesaria para obtener una indemnización de daños y perjuicios, en sus*

¹¹⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso C-453/99 *Courage Ltd v Crehan* [2001] ECR I-6297.

*propias acciones ilegales, en la medida en que se haya demostrado que dicha persona tiene una responsabilidad que no puede considerarse insignificante en la distorsión de la competencia. La responsabilidad es insignificante cuando la parte se encuentra en una posición de inferioridad tal, respecto de la otra parte, que no es realmente libre para elegir las cláusulas del contrato (...)*¹¹⁸. En este sentido, la Corte de Apelaciones del Reino Unido siguió lo declarado por el Tribunal de Justicia y consecuentemente, lo señalado por la Comisión, al reconocer la posibilidad de solicitar una indemnización de perjuicios en estos casos.

Aun cuando éste resulta ser uno de los antecedentes jurisprudenciales más significativos para la reclamación de perjuicios, en el Reino Unido no fue adoptada finalmente, pues la Cámara de los Lores señaló que la Corte debe respetar los análisis hechos por la Comisión y el Tribunal, pero debe tener en cuenta que dichas decisiones y declaraciones son solo parte de la evidencia admisible que la Corte debe tener en su consideración¹¹⁹.

Otro de los casos representativos en la materia, fue el caso *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, el cual surgió a raíz de una serie de demandas instauradas contra varias compañías aseguradoras, solicitando la devolución de las primas del seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos pagadas en exceso. Tales acciones tienen como antecedente la resolución de la autoridad nacional de defensa de la competencia y del mercado que establecía que las compañías aseguradoras habían llegado a un acuerdo ilegal para el intercambio de información en el sector de los seguros que les permitió fijar los valores de las primas e imponer el aumento de dichos precios. Dicha autoridad, señaló que entre 1994 y 1999 se había percibido un aumento excepcional de aproximadamente el 20% del valor de las primas del seguro obligatorio para vehículos, situación frente a la cual, el TJUE señaló: “ *El artículo 81 CE debe interpretarse en el sentido que legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho artículo y, cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio* ”.¹²⁰

¹¹⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo. Presentadas el 22 de marzo de 2001 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹¹⁹ Komninos, Assimakis P, 2008.

¹²⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni. C-295/04 a C-298/04 (2006).

En esta línea, el caso *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, es un caso representativo por haber considerado como sujeto legitimado a cualquier tercero, incluidos el consumidor y usuarios finales del servicio, la posibilidad de solicitar la indemnización de los perjuicios causados por conductas restrictivas de la competencia, siempre que se demostrara la existencia del nexo causal entre el perjuicio y la concertación prohibida.

4.2 Sistemas de aplicación de las normas de protección de la competencia en Colombia

4.2.1 La concurrencia de la aplicación pública y privada

Tal como se ha sugerido el presente estudio, actualmente resulta necesario desarrollar conjuntamente ambos modelos de aplicación de las normas de protección a la competencia con el fin de corregir y sancionar aquellas conductas restrictivas que atenten contra los principios de la economía social de mercado. En este sentido, dadas las diversas pretensiones, intereses y situaciones que comporta el mercado, éste demanda fortalecer la eficiencia económica a través de la búsqueda de precios bajos, mejor calidad y variedad de bienes y servicios con el fin de garantizar el acceso y la elección a los consumidores.

Como efecto directo, consagrar un modelo mixto de aplicación de las normas de competencia sugiere estudiar la conveniencia de incluir la integración de diversos mecanismos, y el aprovechamiento de actividades y esfuerzos existentes entre la intervención de las autoridades de competencia y las acciones promovidas por los particulares, pues “ (...) *no parece posible prescindir con carácter absoluto de las funciones que desarrollan las autoridades de competencia, toda vez que la defensa de los intereses públicos y del adecuado funcionamiento del sistema de libre mercado no puede dejarse enteramente en manos de particulares. Sin embargo, tampoco resulta posible prescindir de los jueces, pues ellos son los que en mejor medida y de manera más rápida y directa logran proteger los derechos de los particulares afectados*”.¹²¹

¹²¹ Ortiz Baquero, 2011

En definitiva, la figura mixta de aplicación de normas de protección de la competencia está destinada a lograr un funcionamiento armónico y coherente, tal como lo demuestran en la práctica varios ordenamientos jurídicos, resaltando el modelo estadounidense y europeo¹²². No obstante, su aplicación deriva cuestionamientos y retos que plantean “(...) *preguntas que surgen respecto de la forma en que interactúan las distintas autoridades competentes y el alcance de sus decisiones son muchas y de variada índole. De todas ellas, quizás el interrogante más complejo y a su vez el de mayor interés sea el relativo al carácter vinculante o no de las decisiones de las autoridades administrativas respecto de los jueces y, contrario sensu, el efecto de las sentencias judiciales respecto de las competencias y decisiones de orden administrativo.*”¹²³ ”

La doctrina mayoritaria aboga por la interpretación moderada -al ser la que guarda más coherencia con la coexistencia de ambos modelos- en cuanto reconoce la existencia de mecanismos a través de los cuales se pretende alcanzar la coordinación de los actos y decisiones de la autoridad judicial y las funciones desarrolladas por las autoridades de competencia, y así superar los interrogantes descritos. Por una parte, reconoce el *mecanismo de cooperación*, como aquel que tiene propósito conseguir que las actuaciones de unas y de otras autoridades se realicen de forma sistematizada y complementaria¹²⁴ y, de otra parte el *mecanismo de coordinación*, que agrupa los distintos instrumentos legales a través de los cuales las autoridades administrativas colaboran con las funciones a cargo de los jueces y éstos contribuyen con la gestión y aplicación de las normas de libre competencia que realizan aquéllas¹²⁵.

Los primeros antecedentes de la aplicación de los sistemas de cooperación y coordinación se encuentran desarrollados en la jurisprudencia comunitaria. El Reglamento 1 de 2003 ha establecido y regulado distintos mecanismos que tienen por objeto garantizar el funcionamiento armónico de la Comisión y los jueces nacionales cuando aplican las normas comunitarias de competencia. Estos mecanismos son: (i) la regulación del carácter prevalente de las decisiones de

¹²² Europa acogió a través del Reglamento 17/1962 el modelo público de aplicación de las normas de libre competencia, designado a la Comisión y las Autoridades Nacional de Competencia la función de aplicar las normas relativas a la prohibición de los acuerdos restrictivos y de los abusos de la posición de dominación (art.101 y 102 del TFUE), reservando bajo la competencia exclusiva del órgano comunitario, la aplicación de la norma de exención. Posteriormente, el Reglamento 01 de 2003 eliminó la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el art. 101 del TFUE y estableció de manera expresa la competencia de los jueces nacionales para aplicar de manera íntegra y directa las normas comunitarias de competencia. Un análisis del proceso de privatización de la aplicación de las normas de libre competencia en la Unión Europea puede verse en Ortíz Baquero, *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, 2011.p. 64 -147.

¹²³ Ortíz Baquero, *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, 2011, pg.431.

¹²⁴ Ídem

¹²⁵ Ídem

la Comisión (regla de la supremacía), (ii) la independencia de la Comisión frente a las sentencias adoptadas por los jueces nacionales (regla de la independencia) y, (iii) el conjunto de pautas y criterios que específicamente orientan la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.¹²⁶

En el caso de la legislación Estadounidense, como se mencionó en el capítulo anterior, existe una serie de incentivos para coordinar las acciones adelantadas por la autoridad de competencia y las adelantadas por los particulares, como es el caso del incentivo de la sección 5(a) del Clayton Act¹²⁷.

4.2.2 El modelo mixto de aplicación de las normas de competencia en el derecho colombiano

En Colombia, aun cuando el legislador colombiano optó por un sistema de aplicación de las normas del derecho de la competencia de carácter público, la ley, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido la aplicación de las normas de competencia por la vía privada, que aquí hemos denominado *private enforcement*.

En primer lugar, debe recordarse que el legislador colombiano no señaló que la actividad de la SIC en relación con la promoción de la competencia y el control de las prácticas anticompetitivas fuese una facultad exclusiva y excluyente, y aun cuando el ordenamiento jurídico colombiano no contemplase una normativa especializada y puntual para la reparación de perjuicios por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia -como ocurre en el caso de la Unión Europea-, existen en las normas colombianas múltiples reglas que facultan la participación de las autoridades judiciales al momento de definir las reclamaciones y condenar al pago de daños y perjuicios consistentes en las infracciones a la libre competencia. Entre ellas se destacan las siguientes:

¹²⁶ Las competencias que el Reg. 1/2003 ha conferido a los órganos jurisdiccionales nacionales respecto de la aplicación directa e íntegra de los artículos 101 y 102 coexisten con aquéllas que en este mismo ámbito corresponden a la Comisión y ANC, y puede ser consultada en detalle en Ortiz Baquero, *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, 2011. Por no ser objeto de nuestro estudio no se aborda su estudio en nuestro trabajo.

¹²⁷ Véase la regla 15 USC 16(a) Prima facie evidence; Collateral estoppel y la regla 15 USC 16(i) Suspension of limitations.

1. Según los términos previstos en la Ley 472 de 1994, los jueces aplican normas de libre competencia cuando conocen y tramitan las acciones populares o las acciones de grupo *“(...) a fin de constatar si existe un peligro o un daño contingente al derecho colectivo a la libre competencia económica (acción popular) o para determinar si la infracción de esta normativa ha generado un daño a un conjunto de personas que debe ser resarcido (acción de grupo). En este caso, el juez interviene con fines preventivos y fines sancionatorios, pero siempre en protección de los intereses de una colectividad”*.¹²⁸
2. De conformidad con el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, la legislación contempló como principio rector de la teoría general de la responsabilidad civil, que *“(...) El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”* Por lo tanto, esta orientación establece que el nacimiento de la obligación indemnizatoria yace, en el requisito indispensable, de la consecución directa de cualquier tipo de daño antijurídico a un sujeto -incluyendo los daños en materia de libre competencia-, y para tal efecto, dispone a su favor del aparato judicial para demandar su reparación a través de la acción de responsabilidad civil.
3. La Jurisdicción Ordinaria o la SIC, en atribución a sus competencias jurisdiccionales¹²⁹, puede conocer y tramitar acciones de competencia desleal que tengan su origen en la violación de normas sobre prácticas restrictivas de la competencia que a su vez derive en un acto desleal¹³⁰ frente al cual el juez podrá: (i) ordenar la cesación de la conducta restrictiva, y seguidamente ordenar la liquidación de daños y perjuicios derivados del ilícito, o de forma preventiva (ii) prohibir la realización de la conducta desleal, cuando la conducta aún no se ha perfeccionado.¹³¹

¹²⁸ Ortiz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y La Indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la Libre Competencia, 2008, p. 39.

¹²⁹ Ley 448 de 1998. Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público. Julio 21 de 1998. DO, N° 43345.

¹³⁰ De conformidad con el artículo 18 de Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Enero 15 de 2006. DO. N° 42692. *“Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.”*

¹³¹ Artículo 20. Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Enero 15 de 2006. DO. N° 42692. *“Artículo 20. ACCIONES. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones: 1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la*

Como se observa, el ordenamiento jurídico colombiano reviste de facultades al aparato judicial para aplicar las normas de la libre competencia, con lo cual es conducente afirmar que en el país existe –así sea en el papel- un sistema de aplicación privada de las normas de competencia, que permite que tanto los jueces como la Autoridad de Competencia puedan dar cumplimiento al mandato dispuesto en el artículo 333 de nuestra Carta Política.

4.3 Aspectos conflictivos del sistema de aplicación mixto en las normas de competencia, y su repercusión en las acciones de grupo

Los efectos favorables de tener un régimen mixto de aplicación de las normas de competencia no están exentos de retos. En efecto, se requiere mayor claridad sobre el papel que juegan algunas instituciones del derecho de la competencia en el contexto de una aplicación mixta.

Por esta razón, corresponde realizar una aproximación a diferentes instituciones jurídicas, con el fin de plantear sus alcances y limitaciones en el contexto de una aplicación mixta del derecho de la competencia, para así definir los problemas jurídicos relevantes que le atañen y realizar algunas críticas y soluciones prácticas. Las consideraciones tienen que ver con el rol de: i) La política de clemencia o delación; (ii) El ofrecimiento y aceptación de garantías; (iii) La prejudicialidad; (iv) la caducidad y (v) La competencia de la SIC para conocer asuntos jurisdiccionales relacionado con la indemnización de perjuicios.

4.3.1 Política de Clemencia o Delación

La detección y sanción de comportamientos anticompetitivos ha sido un reto importante para la Autoridad de Competencia. En un intento por romper la naturaleza ilegal de los carteles, el legislador colombiano, inspirado por legislaciones extranjeras, entre ellas la legislación de protección de la libre competencia de EE.UU, introdujo la figura de Beneficios por

presente Ley. 2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba, aunque aún no se haya producido daño alguno.”

Colaboración¹³², también conocida como sistema delación o clemencia. Esta institución, en el marco administrativo, ofrece inmunidad total o reducción de las multas a las empresas partícipes de un cartel que se acerquen a la Autoridad de Competencia y revelen su participación y la de sus coautores, aporten pruebas sobre elementos estructurales de la conducta anticompetitiva y participen activamente en el curso del proceso.

La implementación de los programas de delación ha mostrado aspectos muy positivos en el modelo de aplicación pública de las normas de competencia, pues ha permitido una mejor y más avanzada protección del interés público, principalmente porque: (i) implica una reducción de costos y tiempo en la detección, investigación y sanción de conductas anticompetitivas; (ii) crea incentivos disuasorios a los agentes del mercado para participar en conductas anticompetitivas al crear desconfianza entre los cartelistas y aumentar el riesgo de detección¹³³ y (iii) permite a la autoridad acceder a pruebas relevantes del ilícito, para así perseguir efectivamente a los restantes cartelistas.

Pese a los valores agregados que representa la Política de Clemencia, desde la óptica de aplicación privada de las normas de libre competencia, puede presentarse una convergencia de intereses. Por una parte, la política de clemencia podría –eventualmente- reducir el alcance de la responsabilidad civil del infractor (beneficiario del programa de clemencia), si la Autoridad de Competencia no otorga acceso a la información relativa a declaraciones o documentos aportados por el agente infractor dentro del proceso administrativo. En ese evento, la reparación de perjuicios se vería limitada, pues no podría el afectado obtener una declaración de existencia de un daño antijurídico pleno y su respectiva estimación de perjuicios.

Por otro lado, el no otorgamiento de confidencialidad sobre las pruebas aportadas (de tal forma que no sean utilizadas posteriormente para demandar civilmente al infractor) podría desincentivar la entrada al programa de clemencia, con lo cual la Autoridad en ocasiones ni siquiera tendría un caso.

¹³² El tema se encuentra regulado en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y reglamentado en las normas complementarias del Decreto 2896 de 2010.

¹³³ Para un análisis económico de los programas de clemencia, véase Hans -Wilhelm Krüger, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, pgs. 3-6. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001). Disponible en web: <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

Nótese que los interrogantes planteados trazan supuestos antagónicos, de manera que resulta justificado determinar el balance entre la acción de indemnización de perjuicios, sin que se desincentive el programa de delación, permitiendo asegurar la coherencia entre los sistemas de aplicación de las normas de libre competencia.

4.3.1.1 Mecanismos para coordinar los fines de los programas de clemencia y las acciones de resarcimiento de daños

Se ha argumentado que permitir acciones de indemnización de perjuicios con base en las políticas de delación genera un efecto disuasorio negativo sobre los potenciales solicitantes de clemencia. Comunicar el contenido de la solicitud de clemencia a las víctimas de los carteles supone la posibilidad de que las empresas implicadas no sean proclives a hacer uso de esta política, en el entendido que el infractor percibe que la colaboración que brinde a la Autoridad de Competencia podrá generar acciones de daños en su contra, que en últimas resultarían más costosas que la sanción plena por parte de la autoridad.

Ante este panorama, tras realizar una revisión de la legislación comparada, con el fin de conocer la experiencia normativa de los países que mayor desarrollo y contribuciones han hecho sobre la materia, se ha demostrado que los operadores jurídicos optaron alinear los programas de clemencia con las acciones de daños. Entre las acciones más representativas se encuentran: (i) evitar la divulgación de las solicitudes de clemencia a las víctimas del cartel o (ii) reducir la condena de daños y perjuicios a favor del solicitante de clemencia, en aquellos casos en que de igual forma el solicitante enfrentará acciones de perjuicios.

a) El acceso a los documentos relacionados con las solicitudes de clemencia

Consciente de los efectos de la primera posición, algunos ordenamientos jurídicos han optado por consagrar una política de absoluta confidencialidad de la solicitud de clemencia, negando el acceso a terceros a los documentos obtenidos en el programa, pues a su juicio la divulgación de esta información constituye un desincentivo que acaba por perjudicar la protección del objetivo de acabar con la conducta anticompetitiva.

Así por ejemplo, la normativa española dispone en su artículo 51.3 de la Ley de Competencia Desleal¹³⁴ que no es posible obtener copia de las declaraciones presentadas por el solicitante de clemencia, y la divulgación de la información suministrada por el solicitante no hace parte del deber de cooperación entre autoridades administrativas y judiciales. En el contexto alemán, el apartado 22 de la Comunicación de clemencia alemana¹³⁵, señala expresamente la posibilidad de que la autoridad alemana deniegue el acceso por parte de terceros a la información presentada en el marco de una solicitud de exención o reducción de una multa.

Paralelamente, la Comisión Europea ha dispuesto de algunas medidas para garantizar la reserva de la información suministrada bajo el programa de clemencia, sin que la misma vaya en contra de los intereses particulares de quienes quieran solicitar la indemnización de perjuicios. Así las cosas, ha contemplado una excepción consistente en que las Cortes Nacionales pueden ordenar la divulgación de la información contenida en una solicitud de clemencia, única y exclusivamente sobre los siguientes documentos: (i) Los documentos preparados para la investigación (P.ej las respuestas proporcionadas por la empresa a las solicitudes de información de la autoridad de competencia), (ii) Los documentos preparados por la autoridad de competencia y enviados a las partes en el curso de una investigación (P.ej pliegos de cargos), y (iii) Solicitudes de transacción que fueron retirados posteriormente por la parte que presenta la solicitud de clemencia¹³⁶, y adicionalmente, contempla una presunción de hecho que afirma que la creación de carteles ocasiona daños y perjuicios a los agentes del mercado.¹³⁷

Al respecto, es preciso señalar que, en el ámbito de la Unión Europea, aun cuando la solicitud de divulgación de la información que reposa en el programa de clemencia es regulada por cada Estado miembro, la legislación en la materia debe sujetarse a los lineamientos establecidos por las normas comunitarias. Así las cosas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante “TJUE”) en su Sentencia del 14 de Junio de 2011, Caso C-360/09, asunto *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*¹³⁸, ha advertido que“(…) El TJUE recuerda la importancia

¹³⁴ Ley 3 de 1991. Por la cual se dictan disposiciones relativas a la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y se establece la prohibición de los actos de competencia desleal. 10 de Enero de 1991. BOE No. 10. (España).

¹³⁵ Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion vboen GineldKbuartellsachen - Bonusregelung, del 7.3.2006

¹³⁶ Véase Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. (2014)., A7-0089 / 2.

¹³⁷ Barry J. Rodger. The Consumer Rights Act 2015 and collective redress for competition law infringements in the UK: a class act? P.258-286. Journal of Antitrust Enforcement. Oxford University Press (2015).

¹³⁸ El origen de esta sentencia se encuentra en la imposición de una multa por un importe total de sesenta y dos millones de euros a tres de los más importantes fabricantes de papel decorativo en Europa y a cinco personas personalmente responsables, quienes fueron investigados y sancionados

del principio de efectividad del ordenamiento jurídico comunitario, es decir, que las medidas que se adopten a nivel nacional no pueden convertir en prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos atribuidos precisamente por el Derecho comunitario (en este caso la difícil ponderación mencionada entre el mantenimiento del atractivo de los programas de clemencia para las empresas que decidan denunciar la existencia de un cartel y el derecho de los perjudicados por el acuerdo colusorio a obtener una indemnización por los daños sufridos) (...) En este sentido los programas de clemencia han de ser considerados como “instrumentos útiles” en la lucha para descubrir y detener los ilícitos anticompetitivos y, por tanto, también para la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 TFUE, con independencia de que se trate de programas de clemencia nacionales o del programa de clemencia diseñado por la Comisión Europea. Sin embargo, tampoco se puede olvidar el derecho a obtener un resarcimiento por los daños sufridos y por ello el TJUE concluye afirmando que en la práctica los órganos jurisdiccionales nacionales deberán ponderar, teniendo en cuenta los datos correspondientes en cada asunto, los intereses que puedan justificar el acceso a la documentación presentada con la solicitud de clemencia por parte del perjudicado y aquellos presentes a favor de la protección de dicha información. ”¹³⁹ (Subrayado fuera del texto)

Como elemento adicional a la calificación confidencial de información suministrada por el delator, la Directiva 104 de 2014 de la Unión Europea establece en su artículo 11, la responsabilidad conjunta y solidaria de todos los implicados en una conducta restrictiva de la competencia, con varias excepciones. Una de ellas, está relacionada con la responsabilidad del beneficiario del programa de clemencia al establecer que será responsable conjunta y solidariamente, sólo ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y ante otras partes perjudicadas únicamente cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de sus perjuicios.

haciendo uso de la información que ha recibido en el marco del programa alemán de clemencia. La multa se había impuesto en mayo de 2008 por la autoridad alemana competente a nivel federal "Bundeskartellamt" como consecuencia de acuerdos de fijación de precios y de limitación de las capacidades de la producción, ambas conductas prohibidas artículo 101 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. La empresa Pfeleiderer, adquirente habitual del papel decorativo de las empresas que formaron el cartel que había comprado productos afectados por el acuerdo colusorio por un valor de sesenta millones de euros, por tanto solicitó al Bundeskartellamt que le facilitara el acceso completo al expediente del procedimiento sancionador incluyendo los relativos a las solicitudes de clemencia de las tres empresas sancionadas, con el fin de poder preparar una demanda civil de resarcimiento por daños y perjuicios que el cartel le había causado. Bundeskartellamt no permitió el acceso a este tipo de documentos ni a las pruebas custodiadas. Pfeleiderer recurrió la denegación ante el Juzgado de Bonn, quien interpuso una cuestión prejudicial.

¹³⁹ Pérez Fernández, 2013

b) La reducción de la condena de daños y perjuicios como mecanismo de coordinación entre las políticas de clemencia y la aplicación privada

Dada la trascendencia actual de la responsabilidad civil derivada de los ilícitos antitrust, sistemas jurídicos como el de EE.UU¹⁴⁰, Reino Unido y Hungría¹⁴¹, como parte de política de clemencia, optaron por coordinar el funcionamiento armónico y coherente entre las acciones de daños y los programas de clemencia, y concibieron reducir la condena de daños y perjuicios a favor del solicitante de clemencia, determinando que la responsabilidad civil del solicitante de clemencia, será considerablemente más baja que la de los otros miembros del cartel, pues este es exonerado de responder por los daños –triples en el caso norteamericano- causados como consecuencia de una infracción de la normativa a las normas de protección de la competencia. Así, deberá responder únicamente por los daños individuales causados a sus consumidores. Este beneficio no supone la responsabilidad solidaria de todos los daños causados por el cartel, sino la responsabilidad única de los daños causados por su propia acción, siempre que los demás integrantes del cartel pudieran indemnizar a las víctimas por la totalidad de los daños sufridos.

4.3.1.2 Propuestas para coordinar las políticas de clemencia y la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

Abarcado el contexto internacional, es preciso advertir que, desde la óptica nacional, Colombia no cuenta con un desarrollo normativo o jurisprudencial relativo a esta problemática. Aún con la reciente expedición del Decreto 1523 de 2015¹⁴², por medio del cual se adoptó un nuevo régimen de beneficios por colaboración en el ordenamiento jurídico, no se introdujeron regulaciones que contemplen la confidencialidad de los documentos aportados por las empresas en el marco de una solicitud de clemencia o incluso disposiciones relativas a la indemnización de perjuicios de los particulares afectados por la conducta anticoncurrencial. Por tanto, tales omisiones normativas sólo podrían ser reconocidas a través del desarrollo de la actividad

¹⁴⁰ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 Extension Act. An Act To encourage the development and promulgation of voluntary consensus standards by providing relief under the antitrust laws to standards development organizations with respect to conduct engaged in for the purpose of developing voluntary consensus standards, and for other. Public Law 108-237. Junio 22 de 2004.(EE.UU).

¹⁴¹ Pérez Fernández, 2013, p. 17

¹⁴² 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. Julio 16 de 2015. Diario Oficial No. 49575.

legislativa por ostentar carácter de reserva de ley la materia sobre la cual versa, ya que no es posible darle carácter de confidencial a la información de la solicitud por Decreto.

Sobre el particular, llama especialmente la atención que la clemencia administrativa no exonera ni excluye otro tipo de responsabilidades, por lo tanto, admite cuestionamientos como: En el evento de interponer una acción judicial contra el infractor de libre competencia ¿corresponderá al juez oficiar a la autoridad de competencia y solicitar la información relativa al proceso de clemencia por la presunta vulneración de un interés particular? ¿Podría la autoridad judicial solicitar con base del principio de colaboración con la justicia tal información? ¿Se estaría violando el derecho de defensa del beneficiario de clemencia? ¿Podría aplicarse el principio de la inversión de la carga de la prueba a favor de las víctimas por ilícitos antitrust?

Con relación a lo anterior, a fin de optar por una posición sobre este tema complejo, consideramos adoptar -en parte- la trayectoria del modelo definido por la Unión Europea sobre la materia, pues condensa en una postura directa y equilibrada los intereses particulares y generales de los agentes del mercado. Desde una perspectiva práctica, el legislador deberá permitir que todos los perjudicados por conductas restrictivas que deseen obtener una indemnización por los daños sufridos, puedan acceder a la información contenida en el expediente del proceso adelantado por la Autoridad de Competencia, con la excepción de la información aportada en la solicitud de clemencia por el delator. Así mismo, consagrar una regla de responsabilidad solidaria de los partícipes en un cartel, señalando la excepción que dicha regla comportaría frente a un delator, en el sentido de establecer que su responsabilidad no será solidaria frente a todos los afectados por el cartel, sino será una responsabilidad frente a sus compradores directos e indirectos.

Los beneficios de esta postura, se traducen en el equilibrio entre el mantenimiento del atractivo del programa de clemencia o delación y los derechos de los perjudicados a la indemnización de los perjuicios generados por la conducta anticompetitiva. Al entender que se están protegiendo los derechos de las víctimas al permitir el acceso a cierta información, y manteniendo unas prerrogativas claras para el delator, como lo son: (i) la reducción de la sanción o la no imposición de la misma; (ii) la protección de toda la información por el delator en la

solicitud de clemencia; y (iii) la consagración de la excepción a lo que sería la regla general de la responsabilidad conjunta y solidaria.

4.3.2 Ofrecimientos y aceptación de Garantías

La expresión del ofrecimiento y aceptación de garantías en el derecho de la competencia, fue establecido mediante la expedición del Decreto 2153 de 1992, como un mecanismo alternativo de terminación del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por la SIC por la presunta violación de las normas de competencia, su connotación “(...) implica la posibilidad para el investigado, de ofrecerle al Superintendente que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. En caso de que el Superintendente considere que las garantías son suficientes, ordenará la clausura de la investigación sin pronunciarse sobre el fondo del asunto y sin imponer sanciones al investigado”¹⁴³. Cabe resaltar que de ninguna manera el ofrecimiento de garantías debe entenderse como confesión o aceptación de que se incurrió en una conducta ilegal.

En efecto, de la adopción de esta figura en el ordenamiento jurídico “(...) se deriva la doble ventaja que ofrece este instrumento: el investigado tiene la oportunidad de obtener la terminación anticipada de la investigación, sin que exista un pronunciamiento de fondo por parte de la entidad, en relación con la legalidad o ilegalidad de las conductas por las cuales se abrió la investigación y sin que pueda resultar sancionado. La autoridad de la competencia, por su parte, obtiene la certeza sobre el respeto de la ley por parte del investigado, ya que sin entrar en el desgaste de tener que demostrar la realización de prácticas restrictivas o desleales por parte del investigado, logra la cesación o modificación de las conductas que motivaron la investigación”.¹⁴⁴

El ofrecimiento de garantías, no va en contravía de la aplicación privada de las normas de competencia, toda vez que la aceptación de garantías por parte de la Autoridad de Competencia no presupone la ausencia de un perjuicio causado con dicha conducta. Por tanto, es totalmente viable iniciar en el plano judicial una demanda contra el agente que presuntamente incurrió en

¹⁴³ Miranda Londoño, El Ofrecimiento de Garantías en el Derecho de la Competencia, p. 240

¹⁴⁴ Miranda Londoño, p. 148

una práctica restrictiva de la competencia, pues la responsabilidad en el ámbito administrativo no necesariamente se extiende al ámbito judicial.

Dentro de los supuestos de la aplicación directa de las normas de competencia, es posible adelantar: (i) acciones de responsabilidad civil contractual o extracontractual, según la relación entre el presunto infractor y el perjudicado¹⁴⁵, (ii) acciones de responsabilidad por abuso del derecho de competir¹⁴⁶, según los términos contemplados en el artículo 830 del Código de Comercio de Colombia “*el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*”; dentro de estos proceso es posible solicitar la declaratoria de la nulidad de los actos jurídicos violatorios de las normas de competencia¹⁴⁷ y (iii) acciones de grupo por violación al régimen de competencia.

Sobre el particular, consideramos que si bien el fin del procedimiento administrativo adelantado por la SIC no está encaminado a declarar o determinar la existencia de perjuicios, o incluso condenar al infractor al resarcimiento de los mismos, es procedente que la Autoridad de Competencia realice un análisis detallado sobre los impactos ocasionados en el mercado por las actividades realizadas por el infractor y los fines y derechos que se encuentran en juego, antes de aceptar las garantías ofrecidas por el presunto infractor.

4.3.3 Prejudicialidad

Otra de los elementos procesales que merece nuestra atención, cuyo análisis ha tenido especial tensión por la doctrina, se sustenta en reconocer la existencia de la figura de la prejudicialidad en materia de libre competencia. Según lo ha definido la jurisprudencia constitucional, “(...) *la prejudicialidad se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es*

¹⁴⁵ Ídem

¹⁴⁶ El artículo 19 de la Ley 155 de 1959 establece que “*los acuerdos, convenios u operaciones prohibidos por esta ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito.*” Por su parte, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 establece que “*(...) en los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.*”

¹⁴⁷ Miranda Londoño, p. 148

materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca.”¹⁴⁸

Tal objeto y finalidad en el ámbito de libre competencia adquiere relevancia en determinar si para poder adelantar una acción de grupo o acción civil de indemnización de perjuicios por conductas anticompetitivas es necesario que exista un acto administrativo previo de la SIC o si por el contrario es posible que los particulares procedan directamente al proceso judicial.

En ese orden de ideas, una vez realizada una revisión detallada sobre la materia es posible extraer que la legislación colombiana no define de forma expresa la figura de la prejudicialidad ni regula la excepción de pleito pendiente en materia de libre competencia. Sin embargo, existen importantes pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia arbitral¹⁴⁹, en los cuales se ha podido concluir que a partir de una lectura sistemática e integral de las disposiciones en materia de libre competencia -atendiendo el sistema de aplicación con tendencia mixta de las normas de competencia que se presenta en el ordenamiento jurídico colombiano (según lo definido en capítulos anteriores)- nada se opone a que los jueces puedan aplicar las normas de libre competencia y definir consecuentemente los efectos de su infracción, sin que sea necesario agotar previamente el procedimiento administrativo ante la SIC.

En este sentido, I. Ortiz Baquero afirma que: *“(...) nos adelantamos a señalar que la naturaleza de orden público de las normas de libre competencia es ya un argumento fuerte para que se admita su aplicación por parte de los jueces, aplicación que incluso sería procedente de oficio. A esta defensa, habría desde luego que agregar el hecho de que las normas de libre competencia no sólo protegen el interés público sino que junto a éste, protegen intereses y derechos de los particulares para cuya defensa y protección se requiere la intervención judicial; también cabría alegar que no existe una norma que expresamente señale que las competencias de la SIC son en esta materia exclusivas y excluyentes; también a favor del sistema judicial*

¹⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia. Auto 278 de 2009. (M.P Humberto Antonio Sierra Porto: 22 de Septiembre de 2009).

¹⁴⁹ En el Laudo proferido el 18 de marzo de 2001, por el Tribunal de arbitramento que dirimió las controversias entre Celular Trading de Colombia Ltda., Cell Point y Comunicación Celular S.A., sustenta la competencia judicial-arbitral para pronunciarse sobre la existencia de abuso posición dominante, sin que para el efecto la SIC deba hacerlo. Así mismo, existe un Laudo Proferido el 20 de septiembre de 2000 por el Tribunal de arbitramento que dirimió las controversias por Cementos Hércules S.A. contra Cementos Andino, en el cual el mencionado tribunal declaró la nulidad de una cláusula contractual por encontrarla contraria a las normas de competencia, sin que existiera un previo pronunciamiento de la autoridad de competencia.

podrían invocarse todas las ventajas referidas entre otras a la inmediatez y la sencillez que se logra con un sistema judicial así como el más rápido y efectivo resarcimiento de los daños y las lesiones infligidas en el patrimonio particular de la víctima.”¹⁵⁰

Resuelto lo anterior, no obsta realizar un comentario de orden jurídico: a nuestro parecer el debate referido sobre la aplicación directa de las normas de competencia por parte de los jueces merece ser analizado desde la óptica constitucional, pues concebir la prejudicialidad en materia de libre competencia provoca dualidad procesal e indefensión de las víctimas de los comportamientos contrarios a la libre competencia, exponiendo a los participantes del litigio a la prescripción de la acción o la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC .

Recordemos que la interpretación de esta figura no debe desconocer el postulado constitucional de la justicia¹⁵¹, la garantía constitucional del debido proceso, el derecho de defensa o el derecho, que le asiste a los administrados a obtener pronunciamientos definitivos dentro de plazos razonables en los asuntos judiciales que, directa e indirectamente, los involucran.¹⁵² También se desconocería el mandato constitucional delegado al Estado de optimizar los recursos con que cuenta la administración de justicia y evitar al máximo, hasta donde ello fuere posible, las decisiones judiciales contradictorias¹⁵³, que además de ser fuente de inseguridad jurídica, le restan credibilidad a las decisiones.¹⁵⁴

Desde otra perspectiva complementaria, la jurisprudencia de las altas cortes colombianas ha sido enfática en definir que las actuaciones administrativas y los procesos judiciales no deben incurrir en defectos procedimentales por exceso de ritual manifiesto. Tales actuaciones deben adelantarse con observancia plena de las formas propias de cada juicio sin desconocer la prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal. Esto encuentra sustento en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política, que se refieren a los derechos al debido proceso y al acceso a la

¹⁵⁰ Ortíz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y La Indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la Libre Competencia, 2008, p. 43

¹⁵¹ Constitución Política de Colombia. Preámbulo y artículos 1 y 2.

¹⁵² Constitución Política de Colombia. Preámbulo y artículos 1, 2, 13, 29, 228, 229, 230.

¹⁵³ Constitución Política de Colombia. Artículos 6, 13, 113, 121 y 122.

¹⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-816 de 2001. (M.P. Álvaro Tafur Galvis. Agosto 2 de 2001).

administración de justicia, y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.¹⁵⁵

Finalmente, consideramos que el elemento que debe ser analizado para conseguir un mayor aprovechamiento de las vías judiciales, no es la prejudicialidad, sino las reglas aplicables a la caducidad en este tipo de acciones, como es la acción de grupo.

4.3.4 Caducidad

Sobre la caducidad como institución procesal, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“(...) hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio (...) el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser útilmente ejercitado.”*¹⁵⁶ Nótese que del tenor literal de la disposición citada se desprende que la caducidad es el plazo que se tiene para hacer efectivo el derecho mediante el ejercicio de la acción. No obstante, éste fenómeno procesal supone al titular del derecho identificar cuándo ha de contarse el término de caducidad –bien sea desde la publicación, la notificación, la comunicación o la ejecución del acto- según lo dispuesto por la ley en cada caso.

Para el caso que nos ocupa, en materia de libre competencia el término de caducidad supone identificar el momento de la ejecución de la conducta anticompetitiva, lo cual podría hacer imposible o excesivamente difícil la reclamación del daño. En tal caso, se ha planteado una solución efectiva que se refiere al término a partir del cual se debe iniciar el cómputo de caducidad, proponiendo dos sugerencias importantes: de una parte, que en caso de infracciones continuadas la caducidad sólo se debería empezar a contar cuando la conducta competitiva cese y, en todo caso, no antes de que se pueda presumir razonablemente que la víctima ha tenido conocimiento de la infracción y del daño¹⁵⁷. Y, en segundo lugar, se propone contar los términos una vez la decisión de la autoridad administrativa se encuentre en firme.

Si bien, no existe claridad en la materia, nos inclinamos por apoyar ambas soluciones, teniendo en cuenta las ventajas que supone para las víctimas contar con la resolución dictada por

¹⁵⁵ Véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-352 de 2012. (M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Mayo 15 de 2012).

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de Noviembre de 1976. (G.J. No.2393). p.497

¹⁵⁷ Ortíz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, 2011, p. 331

la SIC, previa a la presentación de la acción de resarcimiento de perjuicios, pues de esta manera podrá ser presentada dicha resolución dentro del proceso judicial que adelanten las víctimas ante la autoridad judicial correspondiente. En todo caso, con el propósito de no incurrir en los efectos negativos de la indefensión de la víctima, a nuestro juicio, sí existe una investigación administrativa en curso por la SIC, el término de caducidad de la acción de grupo deberá ser suspendido hasta que se dicte una resolución que ponga fin al procedimiento, momento a partir del cual continuará el cómputo de los términos.

4.3.5 Competencia de la SIC para conocer asuntos jurisdiccionales relacionados con la indemnización de perjuicios

En aras de contribuir al debate propuesto en el presente capítulo, en el contexto colombiano existe un conjunto de normas que atribuyen funciones judiciales a la SIC en relación con asuntos relacionados con competencia desleal¹⁵⁸ y protección al consumidor¹⁵⁹. Igualmente, el Código General del Proceso, recientemente adoptado en nuestro ordenamiento jurídico, le otorgó expresamente funciones jurisdiccionales a la SIC en materia de propiedad industrial¹⁶⁰. Dicha atribución de funciones tiene su explicación en: (i) colaborar con la descongestión de los despachos judiciales, (ii) permitir una justicia especializada, técnica y celeridad con capacidad institucional y experticia en las normas de libre competencia, y (iii) garantizar decisiones con mayor precisión técnica.

En ese sentido, se ha destacado la labor que ha realizado la SIC para resolver procesos, y la agilidad y efectividad con la que se están resolviendo. No obstante, llama la atención que el ejercicio jurisdiccional de la SIC se encuentra muy limitado frente a las misiones institucionales asignadas. En efecto, consideramos prudente maximizar el ámbito de ejercicio de esta competencia y extender su aplicación al conocimiento de la Entidad de Control sobre las acciones de grupo y de daños y perjuicios ocasionados por la infracción de conductas anticompetitivas, o incluso concebir que una vez culminado el proceso sancionatorio administrativo por la violación

¹⁵⁸ La Acción Preventiva o Declarativa y de Condena por actos de competencia desleal está contemplado en el artículo 75, las demás normas concordantes y las disposiciones del proceso verbal sumario del Código de Procedimiento Civil, la Ley 256 de 1996 y la Decisión Andina 486 de 2000.

¹⁵⁹ Las Acciones de Protección al Consumidor deben consultarse, principalmente, el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil., los artículos 56 y 58 de la Ley 1480 de 2011.

¹⁶⁰ La Acción de Infracción de Derechos de Propiedad Industrial, debe tenerse en cuenta el artículo 75, las demás normas concordantes y las disposiciones del proceso verbal sumario del Código de Procedimiento Civil y la Decisión Andina 486 de 2000.

del régimen de protección de la competencia, se pueda adelantar un incidente de indemnización de perjuicios contra el infractor de las normas de libre competencia frente a la SIC en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Frente al anterior contexto, consideramos que la propuesta sugerida permite ofrecer un mayor alcance y contenido a las funciones jurisdiccionales de la SIC, de manera que al momento de ser invocada tal asignación de competencia podría representar un mayor bienestar al consumidor y al mercado en general, pues confiar esta labor supone contribuir a asegurar la efectividad de la acción de grupo en materia de libre competencia, garantizando beneficios inherentes como: (i) una mejor representación de los intereses del grupo de individuos damnificados por las conductas anticoncurrenciales; (ii) un proceso ante juez calificado; (iii) una oportunidad para solucionar los problemas referentes a la dificultad que supone el alcance y la cuantificación de los de los daños generados a particulares o un grupo específico individuos por la violación del régimen de competencia, tal y como ocurre en el ejercicio excepcional de asuntos de competencia desleal por esta autoridad; (iv) la definición de criterios hermenéuticos unívocos sobre la aplicación privada de las normas de competencia, contribuyendo a la seguridad jurídica y a la previsibilidad en su aplicación por parte de los diferentes operadores jurídicos; y (v) la oportunidad para minimizar el tiempo de duración de los litigios.

CAPÍTULO V: ACCIONES DE GRUPO COMO HERRAMIENTA PARA LA APLICACIÓN PRIVADA DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LOS INTERESES PARTICULARES

5.1 La aplicación privada de las normas de protección de la competencia y el derecho a ser reparado

Como bien se ha señalado a lo largo del presente documento, las ventajas de la aplicación privada de las normas de protección de la competencia son bien conocidas, mucho más cuando dicha aplicación privada se armoniza con un sistema preponderante de aplicación pública. En el documento se ha abordado parte de lo relacionado con la utilización de las acciones de grupo para la protección de la competencia mediante su aplicación privada, por lo que en esta altura es menester referirse al otro fin que persiguen las acciones de grupo: la reparación del daño.

Como se anticipó, las acciones de grupo en materia a la libre competencia –además de basarse en la protección de un interés colectivo como lo es la libre competencia-, a su vez permiten la protección de los derechos de los particulares que han sido perjudicados por la violación de dicho interés colectivo.

En este entorno, la protección de los derechos particulares se materializa a través de la indemnización de los perjuicios que han sido ocasionados con fundamento en una violación de las normas de protección a la libre competencia económica, y en este sentido, la pretensión que se persigue con las acciones de grupo es la reparación del daño. Así, el artículo 3 y el artículo 46 de la Ley 472 de 1998 señalan de igual forma que: *“La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios”* demostrando que es el mecanismo idóneo para este propósito cuando se trata de *“(…) un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”*.

Esta prerrogativa que consagra el ordenamiento jurídico colombiano -el derecho a ser reparado-, ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal basado en normas muy puntuales de nuestro ordenamiento. En este sentido, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que establece los criterios de valoración del daño, señala: *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”*. En esta misma línea, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido:

“Cuando la ley manda resarcir los perjuicios causados a otro, la indemnización tiene que ser omnicomprensiva, esto es, cubrir absolutamente todo el detrimento que el hecho culposo del agente irroga a la víctima. No hay razón valedera para que un daño, inclusive por pequeño que se lo juzgue, quede sin reparar y que entonces deba soportarlo el damnificado. Es inconcebible, pues, que la indemnización resulte inferior al daño, porque indemnizar equivale, en su más simple significado, a borrar en la medida de lo

posible los efectos nocivos de un hecho, procurando que la víctima recupere el estado anterior en que se hallaba. Pero si bien el autor del perjuicio no debe indemnizar menos de lo que debe, es lo cierto que tampoco está obligado a indemnizar más de lo que es. Repara no más que los daños efectivamente causados”¹⁶¹ (Subrayado fuera de texto)

Es clara la existencia del principio de reparación integral y el derecho a ser reparado, a un punto tal, que, sin importar la magnitud del daño, este debe ser reparado, pues en caso contrario se estaría imponiendo una carga al damnificado de tener que soportarlo. En este orden de ideas, la aplicación de las acciones de grupo por violaciones a las normas de protección a la competencia permite materializar este principio y proteger dicho derecho en el ámbito del derecho a la competencia en Colombia.

A esta altura del documento, como a lo largo del mismo, cabe preguntarse si la aplicación de las acciones de grupo como mecanismo de aplicación privada de las normas de protección de la libre competencia es tan beneficioso ¿por qué no ha sido ampliamente implementado en Colombia? La respuesta podría ser: sencillamente porque sus presupuestos aún no son lo suficientemente claros y ampliamente estudiados, por lo que se necesitaría de un desarrollo importante de los mismos. En este sentido, la presente monografía culmina con el estudio de los presupuestos más relevantes para instaurar una acción de grupo con la pretensión de la indemnización de perjuicios causados por la violación de las normas de protección a la competencia, particularmente, las violaciones por acuerdos restrictivos de la competencia intrínsecamente ilegales o como son llamados en el contexto internacional: *hard core cartels*.

5.2 El examen preliminar de los presupuestos formales de la acción de grupo en materia de libre competencia

Para instaurar una acción de grupo que cuente con una pretensión indemnizatoria de perjuicios causados en razón de la violación de las normas de la protección de la competencia es necesario explorar algunas consideraciones que deben tenerse en cuenta al momento de elevar una acción de esta naturaleza, pues presenta características particulares que las normas procesales

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Casación Civil. Sentencia del 5 de Noviembre de 2008.

y de responsabilidad civil abordan de manera insuficiente, al tiempo que demandan numerosas decisiones estratégicas que tendrán alcance a lo largo del proceso.

Por lo anterior, es necesario efectuar un análisis bajo dos dimensiones: De un lado, se analizará la acción de grupo en materia de libre competencia con el fin de dotar a los operadores jurídicos y sujetos interesados de un marco de interpretación uniforme que compatibilice el uso esta institución con los fines y principios inherentes al derecho de la competencia; y, de otra parte, se revisará, con base en la legislación comparada, la pertinencia y relevancia de algunos aspectos de nuestra regulación, en aras de contribuir al debate sobre el diseño legal de la figura, de manera que sirva de base para mejorar su relevancia y aplicabilidad en el caso colombiano.

5.2.1 Procedencia del litigio

Previo a la determinación de iniciar una acción legal, conviene determinar si el litigio es viable desde el punto de vista económico, pues existen casos donde el conjunto de consumidores que han sido perjudicados por conductas anticompetitivas no tienen daños materialmente apreciables para justificar los costos procesales de una acción de grupo en materia la libre competencia, caso en el cual será más recomendable instaurar acciones civiles individuales, pues de otra manera, al no proceder la acción, los accionantes deberán asumir una pérdida irrecuperable de eficacia de sus pretensiones.¹⁶²

5.2.2 La legitimación activa y pasiva

5.2.2.1 Los sujetos activos de la reclamación

Otra arista importante del tema que se ha venido desarrollando, se refiere a la determinación de los sujetos activos que están legitimados para demandar la reparación de los daños producto de conductas anticompetitivas a través de una acción de grupo. En estos términos, la Ley 472 de 1998 establece la titularidad de la acción de grupo en cabeza de las personas naturales y jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual.¹⁶³

¹⁶² American Bar Association Section of Antitrust Law. Antitrust Class Actions Handbook. Pág. 31. ABA Publish. (2010).

¹⁶³ Artículo 48 de la Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Agosto 5 de 1998. Diario Oficial No. 43.357.

No obstante, llama la atención que en aplicación estricta de esta categoría procesal existen varias calidades subyacentes del sujeto activo en materia de libre competencia, dentro de las cuales se distinguen las categorías expuestas en el Informe Económico por la Firma Ashurst ¹⁶⁴, así: (i) el comprador directo; (ii) el comprador indirecto; (iii) el comprador que adquiere el bien o servicio de empresas que no hacen parte del cartel pero que al estar afectadas por este aplican los sobrepuestos (umbrella effect); (iv) los sujetos que tuvieron que comprar menos o comprar otros productos a causa del incremento de los precios (Dead Weight Loss); (v) los vendedores que proveen a las empresas del cartel; (vi) los competidores externos del cartel y (vii) los vendedores de bienes y servicios complementarios al producto o servicio afectado por el acuerdo restrictivo o la conducta abusiva.

En relación con estas categorías, es importante destacar que la víctima de los ilícitos antitrust es pluriofensiva, considerando que el legitimado por causa activa puede actuar o no en el mismo mercado del infractor y/o puede tener o no relación con este, distinguiendo así dos grupos de interés: en primer lugar la legitimación que le corresponde a las empresas concurrentes y en segundo lugar, aquella legitimación que corresponde a consumidores y usuarios que son terceros en la relación con las empresas infractoras. Lo cierto es que cualquiera que sea el legitimado, conserva la carga de probar la violación al régimen de libre competencia, el daño y la relación de causalidad con la conducta ilícita.

5.2.2.1.1 La passing-on defense y la legitimación del comprador indirecto

La doctrina internacional y jurisprudencia comparada han introducido consideraciones relacionadas con los daños repercutidos, trasladados o conocidos como *passing-on* y la legitimación de los consumidores indirectos como una aplicación novedosa al contexto de los daños derivados de las conductas anticompetitivas.

¹⁶⁴ Ashurst. Analysis and economics model for the calculation of damages, 31 de agosto de 2004. Disponible en web: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf. Con el propósito de desarrollar la política de competencia en este ámbito y tras convocar el correspondiente concurso, en el mes de diciembre de 2003 la Comisión Europea seleccionó a la Firma Ashurst de entre varios despachos para la elaboración de un informe que investigara las posibilidades de reclamar judicialmente la indemnización de los daños derivados de la infracción de las normas comunitarias y nacionales en materia de libre competencia. El propósito del estudio era realizar un análisis objetivo y comparativo de las leyes nacionales de los 25 Estados Miembros de la Unión Europea en lo relativo a la aplicación judicial de la citada normativa, así como la identificación de las vías para facilitar y mejorar dicha aplicación. Este análisis comparativo, junto con un informe sobre los modelos económicos utilizados para calcular los daños elaborado por diversos economistas de Ashurst, constituyen el núcleo central del informe.

En este escenario se discutió la admisión jurídica de dos aspectos fundamentales, “ (...) *De un lado, la posibilidad del infractor de alegar en su defensa –como excepción– que el demandante (víctima inicial) ha trasladado parte o todo el daño que dice haber sufrido a otras empresas dentro de la cadena productiva, ya sean estas empresas intermediarias y/o los consumidores o usuarios finales (passing-on defense)*¹⁶⁵. Y de otro, la legitimación del sujeto sobre el que se han repercutido los daños para reclamar del causante su resarcimiento, esto es, para emplear los daños repercutidos como fundamento de su acción (legitimación del comprador indirecto).”¹⁶⁶

El estudio de estas figuras ha sido transversal y ha ocupado un espacio medular en el desarrollo de las diversas posturas sobre la materia. Lo cierto es que su aceptación, aproximación y alcance no es unívoco, por el contrario, ha sido objeto de constante debate que ha permitido construir distintas reflexiones sobre el tema.¹⁶⁷ Frente a los extremos de prohibición y permisión del *passing-on defence* y la legitimación de consumidores indirectos, a continuación se expondrá la tendencia que rechaza su aplicación, siendo la legislación de Estados Unidos¹⁶⁸ la más destacada en impugnar su implementación, algunos argumentos a considerar son:

- (i) Desde el punto de vista de la *passing-on defence*, “(...) *su complejidad se centra en las implicaciones que devienen para el infractor identificar la cadena en la que participó la víctima directa y las sucesivas relaciones que éste sostuvo en cada una de las cadenas de producción o suministro, e igualmente, la forma y la cuantía en que repercutió en los daños*”.¹⁶⁹

¹⁶⁵Lola Makhkamova, Niels Gunnar & Jordi Casanova. ¿Quién sufrió los daños económicos de la defensa del *passing-on* en el Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios? Pág. 43. Ed. Nueva Época. (2008). La *passing-on defense* implica, que en un recurso por daños y perjuicios en el que una empresa compradora reclama una indemnización a su proveedor por un presunto sobreprecio, el acusado puede apoyarse en ella para reducir o incluso eliminar la posibilidad de indemnización. La *passing-on defense* permite al acusado sostener que en una parte o la totalidad del sobreprecio ha sido transferida al consumidor final, y que, por lo tanto, no fue soportada por el demandante. Ashurst. Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. 31 de agosto de 2004, disponible en web: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf

¹⁶⁶ Ortíz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, 2011. p. 234.

¹⁶⁷ Para conocer sobre los Estados que aceptan la legitimación de los compradores indirectos, aquellos que establecen límites a esta, y otros que la rechazan, véase el análisis de Ralph Folsom. Indirect Purchaser: State antitrust remedies and road blocks. p. 181-195. The Antitrust Bulletin Vol.50. No.1.(2005).

¹⁶⁸ Para una visión general de la posición jurisprudencial norteamericana sobre el rechazo de la *passing-on defense* y la legitimación de los compradores indirectos por los tribunales federales véase las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en las sentencias *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968) e *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

¹⁶⁹ Ortíz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, 2011.p. 240.

(ii) Por otra parte, “(...) la defensa «*passing-on*» o de daños repercutidos aumenta sustancialmente la complejidad de las indemnizaciones por daños y perjuicios puesto que el reparto exacto de los daños dentro de la cadena de suministro podría ser excesivamente difícil de probar. Los problemas de prueba lastran también las acciones de los compradores indirectos, dado que éstos pueden ser incapaces de probar la magnitud del perjuicio sufrido y el nexo causal con la conducta infractora”.¹⁷⁰ Lo anterior, teniendo en cuenta la inexistencia de una relación inmediata con el infractor que le permita conocer el alcance directo de los efectos del ilícito antitrust; más porque existen otros factores y agentes del mercado que podrían respaldar el aumento en el precio de un bien o servicio.¹⁷¹

(iii) Otra consecuencia adversa que implica la aceptación de estas figuras, tiene que ver con la reducción de los incentivos sobre los compradores directos, quienes ante la eventual defensa del infractor basada en el traslado de los daños no podrían asumir los costos del proceso judicial.¹⁷²

En el otro extremo de la discusión, legislaciones como la Unión Europea y sus autoridades de competencia¹⁷³, con el tiempo ha reconocido la relevancia de la implementación del *passing-on defense* y la legitimación de los compradores indirectos para demandar la reparación de los daños que le han sido trasladados, argumentando que:

¹⁷⁰ Numeral 2.4 Defensa «*passing-on*» y legitimación del comprador indirecto del *Libro verde sobre las acciones de daños y perjuicios por el incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* de la Comisión de las Comunidades Europeas.COM (2008)165. Disponible en web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52005DC0672>

¹⁷¹ Sobre este punto véase los comentarios realizados por Norbert Reich. Horizontal Liability in EC Law: hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC Rights. p. 733. Ed. CMLR No. 44. (2007) y William Landes & Richard Posner. Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick.Pág. 609. (1979). Disponible en http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2549&context=journal_articles

¹⁷² William Landes & Richard Posner. Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick.p 612. (Traducido por el autor). “*The availability of passing-on defense will often have the effect of reducing the incentive to sue of intermediate purchasers-whose potential claims might otherwise be larger- to a point below the level at which litigating would be an attractive option.*”

¹⁷³ Para una visión general de la posición jurisprudencial de la Unión Europea sobre la aceptación de la *passing-on defense* y la legitimación de los compradores indirectos véase las consideraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*. C-453/99 (2001) y *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*. C-295/04 a C-298/04 (2006). Igualmente, el inciso 2.1 del *Libro verde sobre las acciones de daños y perjuicios por el incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* de la Comisión de las Comunidades Europeas.COM (2008)165, establece: “*Con respecto a la capacidad legal para entablar una demanda, la Comisión se congratula de que el Tribunal de Justicia haya confirmado que «toda persona» que ha sufrido daños causados por un incumplimiento de las normas de competencia está autorizada a reclamar daños y perjuicios ante los tribunales nacionales. Este principio también se aplica a los compradores indirectos, es decir, los compradores que no tengan ninguna relación directa con el infractor, pero que, sin embargo, puedan haber sufrido un daño considerable al haberseles repercutido un coste excesivo a lo largo de la cadena de distribución.*”

(i) Su admisión evita que los daños padecidos por el comprador indirecto sean irrecuperables, obligando al infractor a reconocer una indemnización más alta por la conducta anticompetitiva y los daños ocasionados a terceros, generando un efecto disuasorio a través de las acciones de daños.

(ii) Frente a la legitimación de los compradores indirectos, este mecanismo “(...) *impide el enriquecimiento sin justa causa del consumidor directo y del infractor por aquella fracción del daño que no podría ser demandada por el comprador directo (pues respecto a él operaría la defensa passing-on), facilitando que sólo se pueda obtener la repercusión real que la conducta tuvo en el patrimonio de la víctima*”.¹⁷⁴

El anterior marco de análisis, nos permite anticipar a través de una revisión crítica de la figura de la *passing-on defense* y la legitimación del comprador indirecto, que su implementación involucra un análisis económico complejo entre la efectiva reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas de comportamientos anticompetitivos y la efectividad de las normas de competencia. A nuestro juicio, favorecer la inclusión de estas instituciones armoniza las normas de protección de la libre competencia y el principio de la reparación integral del daño que contempla el régimen de responsabilidad civil colombiano y, conduce al cumplimiento de los fines resarcitorios y los objetivos de justicia correctiva que persigue nuestro ordenamiento.

No obstante, es una cuestión que en la práctica resulta de ardua aplicación tanto más si se tiene en cuenta la dificultad de probar de modo razonable el reparto exacto de los daños dentro de la cadena de suministro, lo que conllevaría a un fallo o pronunciamiento en el que las mismas se desestiman por no ser verificables. Por esta razón, respaldamos la propuesta interpretativa formulada por la *Antitrust Modernization Commission*¹⁷⁵ y la *American Bar Association*¹⁷⁶, quienes han considerado que esta discusión puede ser superada al promover el desarrollo de la *class action*, como mecanismo judicial idóneo para agrupar las pretensiones de compradores

¹⁷⁴ Assimakis Komnimos, EC Private Antitrust Enforcement.p. 202.

¹⁷⁵ Véase Capítulo IIIB. Indirect Purchaser Litigation del Report and Recommendations of the Antitrust Modernization Commission. Disponible en web: <http://govinfo.library.unt.edu/amc>

¹⁷⁶ Véase American Bar Association, Section of Antitrust Law, Section of International Law, and Section of Business Law on the Commission of the European Communities white paper on damages actions for breach of the EC antitrust. Disponible en web: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/aba_en.pdf

directos e indirectos y contrarrestar las consecuencias negativas sobre las cuestiones procesales y probatorias que deriva la implementación de éstas figuras¹⁷⁷.

5.2.2.1.2 El consumidor como legitimado activo

Delimitados, entonces, los sujetos activos que prohíja el derecho de la competencia como actores para adelantar una acción de grupo en materia de libre competencia, resulta necesario analizar específicamente la noción de consumidor, en tanto que las acciones de reparación por conductas contrarias a la libre competencia no pueden separarse de las normas que regulan el derecho del consumo.

Así las cosas, en los términos del Estatuto del Consumidor -Ley 1480 de 2011–, es consumidor o usuario, toda persona “(...) *que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica*”¹⁷⁸. No obstante, desde la perspectiva de la libre competencia, consumidor podrá ser comprador directo o indirecto, según la inmediatez del vínculo contractual que tenga respecto de quien incurre en prácticas restrictivas de la competencia. Por lo anterior, resulta imperativo afirmar que el consumidor es un legitimado y su distinción entre las diferentes clases de víctimas, podrá ser de carácter directo o indirecto.

Bajo ese entendido, resulta necesario realizar unos comentarios particulares al capítulo antecedente desde la perspectiva del derecho del consumo. En esos términos, si bien en el marco nacional no se ha generado un amplio debate en relación con el reconocimiento del consumidor como comprador directo e indirecto -incluso el Estatuto del Consumidor no hace referencia a esta categorización-, existe una protección elevada de rango constitucional y legal del consumidor¹⁷⁹ que nos permite aceptarlo como sujeto activo.

¹⁷⁷ La reclamación colectiva de los daños derivadas de la conducta ilícita permite que aunar los esfuerzos de ambas clases de víctimas y reducir los costos de tiempo y de recursos que involucran esta clase de procedimientos; sino que además sería una opción favorable desde la perspectiva del infractor, en la medida que le permitiría este afrontar las reclamaciones y las pruebas presentadas en un único trámite, desvirtuar aquellas que son contrarias a sus intereses, aprovechar las que favorecen su posición y, por supuesto, reducir los costos de litigio. Ingrid Ortiz Baquero.,op. cit., pág. 250.

¹⁷⁸ Ley 1480 de 2011, artículo 5°. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 de Octubre de 2011. Diario Oficial No. 48220.

¹⁷⁹ El artículo 78 de la Constitución Política Colombiana confiere al legislador la facultad de dictar las normas dirigidas a controlar la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad y la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Además, el precepto establece expresamente la obligación que surge en cabeza de los productores y comercializadores de bienes y servicios, cuando en

Ahora bien, nótese que la relación de consumo es asimétrica pues al momento de su configuración, el productor o proveedor cuenta con una ventaja sobre el consumidor en virtud del conocimiento especializado que posee sobre los procesos de producción, comercialización o distribución del bien o servicio. En ese orden de ideas, resulta de particular interés los principales derechos que le corresponden al consumidor como mecanismos de defensa ante esta relación impar, los cuales constituyen un punto de partida para la Corte Constitucional, así:

*“Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).”*¹⁸⁰

En este marco, considerando la importancia vital de los derechos del consumidor en el ordenamiento jurídico colombiano, se muestra obvio que, en razón a la inmensa participación de distintos actores en la cadena de suministro, el consumidor final será, en muchas ocasiones, comprador indirecto del infractor de las normas de libre competencia, por lo tanto, impedir la formulación de acciones obstruiría los medios de defensa con los que cuenta el consumidor.

No obstante, recordemos que las normas reguladoras de la protección al consumidor derogan principios privatistas como el de la relatividad de los contratos¹⁸¹, permitiendo a quien sufra un daño solicitar al infractor la declaración de los efectos civiles derivados de la conducta contraria a las normas de libre competencia, aun cuando no exista un vínculo contractual

desarrollo de tal actividad atentan contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios, y encarga a la ley de la definición de sus características. También impone la obligación al Estado de garantizar la participación de los consumidores en el estudio y discusión de las normas que les conciernen, siempre que se encuentren organizados en forma representativa y democrática.

¹⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1141 de 2000. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 30 de Agosto de 2000).

¹⁸¹ La expresión principio de la relatividad trata de poner manifiesto que la eficacia del contrato no tiene alcance general respecto de la colectividad, como ha de predicarse de la norma jurídica, sino un alcance limitado a las partes contratantes. El contrato, pues, es por principio *relativo*, en cuanto vincula únicamente a las partes contratantes (*res inter alios acta*), sin que por consiguiente pueda generar derechos u obligaciones respecto de las personas extrañas o pueda atribuírsele un alcance general. Roberto Sarmiento Bejarano & Eduardo Flórez Aristizabal. Principios Rectores de los Contratos Civiles y Mercantiles. Pág. 144. Disponible en web: <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5377/129377.pdf?sequence=1>

directo¹⁸². Lo cual conduce a afirmar, que el consumidor podrá ejercer su pretensión indemnizatoria contra todo aquel que hiciera parte de la traslación del sobrecosto en la cadena de producción, sin importar su relación de inmediatez.

5.2.2.1.2 Las discusiones en torno a la legitimación del comprador directo e indirecto

Según los puntos antes introducidos, vale la pena cuestionarse qué hacer en casos en que tanto compradores directos como indirectos demanden daños derivados de una misma conducta anticompetitiva. Sobre el particular, no hay evidencia de casos en que ésta superposición por responsabilidad múltiple se haya presentado en el marco colombiano, no obstante, a manera de ejemplo podemos analizar la propuesta adoptada por Estados Unidos y la Unión Europea, donde la legitimación del comprador indirecto y su papel en el análisis causal y del daño se han abordado desde hace varios años con un desarrollo jurisprudencial y académico mucho más amplio que el que puede observarse en otras las legislaciones.

En este aspecto particular, la Corte Suprema de los EE.UU, en el fallo más relevante que existe a este aspecto -el caso *Illinois Brick Co. v. Illinois*¹⁸³- afirmó de modo categórico que “(...) únicamente los compradores directos que pagaron sobre precio, y no otros en la cadena de producción o distribución, son una parte “dañada en sus negocios o propiedad” en el sentido establecido por el Clayton Act.”¹⁸⁴ Esta decisión tuvo fundamentó en la necesidad de evitar la duplicidad de la indemnización por un mismo hecho y daño, tanto a los compradores directos como a los compradores indirectos, y la necesidad de evitar la inseguridad y complejidad probatoria que traería la admisión de este tipo de demandas.

En una decisión posterior y aun siguiendo los lineamientos del análisis de *Illinois Brick*, la jurisprudencia norteamericana estableció dos elementos que deben ser tenidos en cuenta por la autoridad judicial para determinar si un demandante está legitimado para entablar acciones

¹⁸² Véase Compendio de Jurisprudencia Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en web: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/compendio/Proteccion.pdf

¹⁸³ En este caso, el Estado de Illinois, junto con otras 700 entidades locales, entabló una acción de indemnización triplicada de perjuicios contra Illinois Brick, una compañía productora de bloques de concreto que a través de un acuerdo de fijación de precios estableció un precio que superaba el fijado por el mercado. El debate se centró en el hecho de que los demandantes nunca compraron directamente los bloques a Illinois Brick, pues siempre hubo en el medio una cadena de suministro de la que hacían parte constructores, contratistas e inmobiliarias, por lo que los demandantes –entre estos, consumidores finales- demandaron la indemnización de los perjuicios bajo el supuesto de haber sufrido *injury* conforme a lo establecido en la sección 4 del Clayton Act., pese a la inexistencia de una relación directa con el demandado. Véase Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

¹⁸⁴ “Only overcharged direct purchaser, and not others in chain of manufacture or distribution, is party “injured in his business or property” within meaning of the Clayton Act.” (Traducción libre del autor) *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

indemnizatorias por daños derivados de conductas anticompetitivas: (i) la naturaleza de la pretensión, para determinar si el daño sufrido está dentro de los que las normas antitrust pretenden evitar; y (ii) si el daño es directo, es decir, que pueda ser atribuido causalmente al demandado.¹⁸⁵

Por otra parte, el estudio en Europa de la defensa *passing-on* y la legitimación de los compradores indirectos es mucho más reciente, los artículos 101 y 102 del TFUE, y la jurisprudencia comunitaria¹⁸⁶, ha determinado priorizar y permitir que cualquier particular pueda invocar la violación de las normas de competencia para ser reparado de la siguiente manera: *“La plena eficacia del artículo 85 del Tratado¹⁸⁷ y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.”*¹⁸⁸

Expuesto lo anterior, se aprecia entonces, que los problemas jurídicos enunciados en los acápites anteriores son abordados según la experiencia normativa de cada ordenamiento, en efecto, la legislación estadounidense ha sido explícita en determinar que la traslación de los sobrecostos hacia los compradores indirectos no son objeto de reclamación judicial, por el contrario, sólo reconoce al comprador directo la persecución de la pretensión indemnizatoria derivada de los sobrecostos, siempre que la conexión entre el ilícito y el daño sea directa, *contrario sensu*, la Unión Europea permite reparar a quienes sufrieron perjuicios por conductas anticompetitivas, sin distinción alguna.

En relación con el ejercicio comparativo, a nuestro criterio, consideramos necesario favorecer la legitimación por activa de los compradores indirectos, pues según el análisis desarrollado es claro que (generalmente) en los casos flagrantes a la libre competencia, la víctima resulta ser el consumidor -quien enfrenta la difícil tarea de ser un comprador indirecto, y como tal, asumir la dificultad probatoria de demostrar el daño sufrido-, y restringir su legitimación iría en contravía de la protección que el ordenamiento les ha concedido.

¹⁸⁵ Associated General Contractors of California v. California State Council of Carpenters (1983).

¹⁸⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Courage Ltd. v. Bernard Crehan. C-453/99 (2001).

¹⁸⁷ Actualmente, artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

¹⁸⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Courage Ltd. v. Bernard Crehan. C-453/99 (2001).

Por otro lado, consideramos, que la aceptación de la *passing-on* como estrategia de defensa resulta admisible. La anterior postura, se presenta al entender que la *passing-on defense* al operar como una excepción del demandado, deberá ser probada por éste. Así las cosas, el operador jurídico deberá analizar de manera responsable las pruebas aportadas por el demandado, con el propósito de no generar una restricción o una ventaja a quien la invoca, y conlleve a la correcta reparación de los perjuicios efectivamente causados.

5.2.2.1.3 Representación del Sujeto Activo

Para estimular, incentivar y facilitar la reclamación colectiva de daños y la adecuada protección de los intereses individuales, se ha planteado la necesidad de conceder legitimación para iniciar acciones de grupo en nombre y representación de las víctimas a autoridades calificadas (personas naturales o jurídicas). Así, la doctrina especializada prevé que las entidades a las cuales se puede confiar esta labor pueden ser de dos clases: “(...) (i) *las entidades que según el Derecho del Estado miembro están legitimadas para representar los intereses de un grupo, y por lo tanto pueden iniciar las acciones a favor del mismo* -en el caso de la unión Europea- y, (ii) *las entidades certificadas ad hoc para estos efectos, que no serían otras que las entidades que tienen por objeto la protección de los intereses de sus integrantes en cuyo caso las acciones sólo podrían estar orientadas a proteger a sus miembros o a un subgrupo de ellos.*”¹⁸⁹

En nuestra legislación, puntualmente, el operador jurídico adoptó por reconocer las dos vías de representación referidas. De una parte, el Defensor del Pueblo y los Personeros, son funcionarios públicos que están facultados para interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión¹⁹⁰; y de otra, parte se encuentran legitimados las asociaciones de consumidores o corporaciones gremiales y de profesionales para formular pretensiones indemnizatorias contra los infractores y causantes de daños.

¹⁸⁹ Ortíz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, 2011.p. 317

¹⁹⁰ Artículo 48 de la Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Agosto 5 de 1998. Diario Oficial No. 43357.

5.2.2.2. Los Sujetos Pasivos de la reclamación

Las conductas contra la libre competencia pueden ser imputables a una o varias personas jurídicas –sin importar la naturaleza o la forma de organización que hayan adoptado –o personas naturales.¹⁹¹ En ocasiones, incluso, si la infracción es cometida simultáneamente por una empresa y un conjunto de personas naturales, la demanda podrá dirigirse contra todos o contra cada uno de los infractores.

El derecho comparado contempla como sujeto pasivo a los administradores de las empresas que han infringido la normativa de libre competencia, “(...) *en estos casos hay que distinguir entre la responsabilidad del administrador frente a la sociedad, de su responsabilidad frente a terceros. En el primer supuesto, la responsabilidad se podrá hacer efectiva a través de la acción social, y en segundo, mediante la acción individual [o colectiva] de responsabilidad iniciada por la víctima (socios y terceros) contra el administrador.*”¹⁹²

5.2.3 Integración del grupo

En lo que se refiere a la existencia del grupo, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁹³ ha establecido que resulta necesario que los miembros del grupo de la acción de clase deban reunir condiciones uniformes respecto de la misma causa que originó los perjuicios individuales y respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad civil, en los siguientes términos:

- (i) “*Que el grupo de afectados esté conformado, por al menos veinte personas (art. 46)*”¹⁹⁴.
- (ii) “*Que cada uno de esas personas del grupo haya sufrido un perjuicio individual (art. 48)*”.

¹⁹¹ Fernando Peña López. La Responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust: aspectos procesales y sustantivos de las acciones civiles en el derecho a la defensa de la competencia. Colección de Estudios de Responsabilidad Civil. p.126 y 127. Comares. (2002)

¹⁹² Ortiz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, 2011.p. 317.

¹⁹³ Consejo de Estado de Colombia. Sentencias del 21 de Febrero de 2002. Exp. 2001-124601, 25 de abril de 2002. Exp. 2001.002101 y 25 de abril de 2002. Exp. 2000-00301.

¹⁹⁴ La Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C-116 de 2008, estableció que la legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre establezca en la demanda los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado.

- (iii) *“Que ese grupo de personas comparta condiciones uniformes respecto de la causal del daño, entendida ésta como una situación común en la que se han colocado tales personas, que permite identificarlas como grupo antes de la ocurrencia del daño y con ocasión del cual, posteriormente, todos resulten perjudicados”.*
- (iv) *“Que las condiciones uniformes existan, igualmente respecto de los elementos que configuran la responsabilidad (art. 3 y 46)”.*
- (v) *“Que la acción se ejerza con la exclusiva pretensión de obtener el reconocimiento y el pago de perjuicios (art. 46)”.*
- (vi) *“Que al momento de la demanda no hayan pasado más de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho que causó el daño o desde que cesó la “acción vulnerante” (art. 47)”.*

Es importante señalar, que, para los efectos y alcance del ejercicio de las acciones de clase, en ocasiones resulta de mucha labor definir con exactitud quienes comprenden la representación del grupo perjudicado por la conducta restrictiva pues, sucede que una vez identificado el grupo algunos sujetos no quieren ser partícipes de la reclamación judicial y sus efectos.

Afortunadamente, desde la perspectiva procesal tal complicación se resuelve a través la implementación de dos sistemas de integración de legitimados activos, el primero de ellos, se denomina sistema *opt in*, a través del cual *“(…) es necesario que las víctimas manifiesten expresamente su intención de ser incluidas en la acción a efectos de que las consecuencias adversas o favorables que se desprenden de ella les pueden ser trasladadas”,*¹⁹⁵ en contraposición del sistema *opt out*, en las que *“(…) se entienden incluidos todos los sujetos que componen un grupo excepto aquellos que manifiestan de forma expresa su deseo de no ser incluidos”*¹⁹⁶.

Con fundamento en los principios y las características reseñadas, nuestra legislación ha optado por un sistema de acciones colectivas *opt out* y se encuentra expresamente consagrado en el artículo 56 de la Ley 472 de 1998, a cuyo tenor se establece:

¹⁹⁵ Ortiz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, 2011.p. 317.

¹⁹⁶ Ídem

“Artículo 56.- Exclusión del Grupo. Dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, cualquier miembro de un mismo grupo podrá manifestar su deseo de ser excluido del grupo y, en consecuencia, no ser vinculado por el acuerdo de conciliación o la sentencia. Un miembro del grupo no quedará vinculado a los efectos de la sentencia en dos situaciones:

- a) Cuando se haya solicitado en forma expresa la exclusión del grupo en el término previsto en el inciso anterior;*
- b) Cuando la persona vinculada por una sentencia pero que no participó en el proceso, demuestre en el mismo término que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo que hubo graves errores en la notificación.*

Transcurrido el término sin que miembro así lo exprese, los resultados del acuerdo o de la sentencia lo vincularán. Si decide excluirse del grupo, podrá intentar acción individual por indemnización de perjuicios.

Así, según lo contenido en la disposición citada, en la legitimación activa de las acciones de grupo se entienden integrados todos los sujetos que se corresponden con las características del grupo en el curso del proceso e incluso con posterioridad a la sentencia. Inclusive es permitido, que las acciones individuales relativas a los mismos hechos puedan acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado.

5.2.4 Competencia Jurisdiccional

Sobre el particular, vale la pena destacar que uno de los primeros requerimientos procesales a tener en cuenta será establecer la jurisdicción encargada del juzgamiento de la acción de grupo, lo cual supone evaluar los distintos criterios o factores de competencia, que tienen como objetivo fundamental definir cuál será la autoridad judicial, que va a conocer, tramitar y decidir el asunto que ha sido puesto en conocimiento de la administración de justicia.

En este contexto, de manera regular la competencia se fija de acuerdo con los siguientes criterios o factores: (i) la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo); (ii) la calidad o condiciones especiales de las partes que concurren al proceso (factor subjetivo); (iii) la naturaleza de la función que desempeña la autoridad que tiene a su cargo la definición y resolución del proceso (factor funcional); (iv) el lugar o foro donde debe tramitarse y desarrollarse el proceso (factor territorial); y (v) la competencia previamente determinada para otro proceso, lo que permite que un proceso asignado a un juez absorba los otros asuntos que con relación a un tema específico puedan ser promovidos con posterioridad (factor de conexidad o de atracción).¹⁹⁷

En estos términos, para el ejercicio de la acción de grupo el legislador colombiano reguló y definió preferentemente la radicación de competencias en la autoridad contencioso administrativa cuando éste involucrada la actividad de las entidades públicas y de las personas (naturales o jurídicas) de régimen privado que desempeñen funciones administrativas, y la jurisdicción civil ordinaria conocerá de los demás procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo (factor objetivo y subjetivo). Igualmente, definió que de las acciones de grupo serán conocidas en primera instancia por los jueces administrativos y los jueces civiles del circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial al que pertenezca el juez de primera instancia (factor funcional). Será competente el juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado o demandante, a elección de éste (factor territorial -fuero personal, contractual o real-). Cuando por los hechos sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual se hubiere presentado la demanda (factor de atracción).¹⁹⁸

Lo anterior no obsta para reconocer que la búsqueda del foro competente y más conveniente para tramitar la acción de grupo tiene una finalidad más sustancial que formal, en razón a que permite a los accionantes a través de cada uno de los factores de competencia fortalecer la defensa de sus intereses al: (i) definir cuáles serán los posibles jueces de

¹⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-328 de 2015. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. 27 de mayo de 2015.)

¹⁹⁸ Artículo 50 y 51 de la Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Agosto 5 de 1998. Diario Oficial No. 43.357.

conocimiento de la acción de grupo; (ii) estudiar y definir los antecedentes jurisprudenciales en cuestiones sustanciales y de procedimentales de la materia que existen en el distrito judicial; (iii) valorar el tiempo estimado para la decisión de instancia del potencial foro; (iv) reconocer la ubicación de las diferentes clases representativas afectadas en el territorio donde se encuentran; (v) establecer una cuantía de daños aproximada.

5.2.5 Caducidad

El artículo 47 de la Ley 472 de 1998 señala que la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante del mismo, so pena que opere el fenómeno de la caducidad.¹⁹⁹ Sobre el particular, es importante precisar que al momento de contabilizar los términos de caducidad de la acción se debe identificar el hecho generador de los perjuicios reclamados en la demanda e identificar si éste se produjo instantáneamente o su acción vulneradora se ha prolongado en el tiempo. Sobre este punto es importante resaltar las consideraciones realizadas en el acápite 4.3.4.

5.3 Los presupuestos de la responsabilidad civil en materia de competencia

La responsabilidad por daños causados bajo una hipótesis de violación a las normas de protección de la competencia, no es una sanción jurídica que contemplan directamente las normas de protección a la competencia. Esta obligación que surge en cabeza de quien genera el daño tiene sustento en los principios y normas generales de la responsabilidad civil, que deben ser adaptados de tal forma que tengan utilidad evidente en la resolución de problemas jurídicos originados por la violación de dichas normas. En este sentido la indemnización que reclamarían las víctimas de una conducta que viola las normas de protección a la competencia, estaría sustentada por las normas y jurisprudencia sobre la responsabilidad civil en Colombia.

La responsabilidad civil se sustenta en el daño causado por un sujeto y en las repercusiones que tiene dicha conducta frente al ordenamiento jurídico. La responsabilidad civil es la respuesta a la conducta que ha ocasionado el daño, donde sus reglas son aplicadas al caso concreto, por

¹⁹⁹ Sobre este punto ver la Sentencia del 8 de Marzo de 2001. Expediente AG-014 del Consejo de Estado en donde se estudia cómo determinar la caducidad de la acción de grupo.

tanto, su estructura o elementos pueden variar dependiendo del ámbito en el que se llevó a cabo la conducta.

Colombia contempla un sistema de responsabilidad civil que está dividido en dos regímenes específicos: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad contractual surge del incumplimiento de un deber específico que ha surgido de una relación jurídica preexistente, que puede verse particularizada en un contrato. El artículo 1546 del Código Civil establece que “(...) *en los contratos bilaterales va envuelta una condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*”, denotando los efectos del incumplimiento y las posibilidades de acción que tiene el afectado.

Esta responsabilidad surge del principio de buena fe contractual que consagra el artículo 1603²⁰⁰ del mismo código, donde se señala que “(...) *los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.*” ejecución que de no cumplirse conlleva a la responsabilidad del deudor en los términos del artículo 1604 del código y las posibilidades del acreedor sustentadas en el artículo 1546 citado anteriormente. Por otro lado, la responsabilidad extracontractual surge de la violación del principio general del *neminem laedere*²⁰¹ -deber de no dañar-, que se sustenta en el artículo 58 y 83 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 2341 del Código Civil, el cual señala que “ (...) *el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por culpa o delito cometido*”. La responsabilidad civil extracontractual es preponderantemente jurisprudencial, por lo que sus reglas han surgido de la aplicación concreta de los postulados básicos a casos concretos.

²⁰⁰ Tiene su par en el artículo 871 Código de Comercio con la adición fundamental de la celebración de buena fe que no se encuentra expresamente consagrada en el Código Civil: “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”.

²⁰¹ El *neminem laedere* o el *Alterum non laedere* es el principio por el cual los romanos establecieron el deber de no dañar al otro. En Colombia se deriva del artículo 2341 del Código Civil que establece: “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)*”

La responsabilidad civil es entonces la reacción del ordenamiento jurídico a una conducta que viola las normas que lo componen, en este sentido la responsabilidad civil como reacción está sustentada en el artículo 5 del Código Civil que señala que “(...) *no es necesario que la ley que manda, prohíbe o permita, contenga o exprese en sí misma la pena o castigo en que se incurre por su violación.*”, regla que es complementada por el artículo 6 del mismo código, donde se contempla una noción de la sanción legal: “*La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones*”.

Podemos entender entonces que estas reglas básicas de la responsabilidad civil operan ante una violación de una norma del ordenamiento jurídico que ha producido un daño antijurídico a la víctima de la conducta violatoria o una ganancia antijurídica al autor de la conducta que va en contravía del ordenamiento.

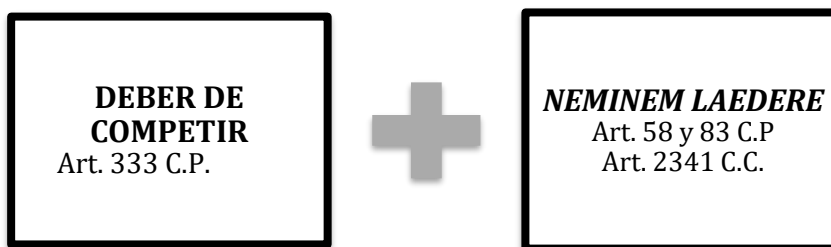
5.3.1 El ilícito antitrust como fuente de la responsabilidad

El derecho a la libre competencia económica consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia es un derecho que supone responsabilidades. Como lo consagra de manera clara ésta disposición “(...) *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 (...)*”, y en este sentido hay que entender que no solo es una prerrogativa que se le brinda a los agentes que participan en el mercado, sino también un deber que se les impone de protegerlo y mantenerlo.

Como lo señala I. Ortiz Baquero: “*La libre competencia supone que cada operador económico además de poder participar en el mercado tiene el deber de competir dentro del mismo, no pudiendo eliminar la rivalidad existente so pena de afectar con ello el interés general y, desde luego, los intereses y los derechos de otros competidores (...)* por consiguiente, el comportamiento anticompetitivo trasciende de lo general y afecta la órbita privada en tanto y en cuanto los competidores del infractor así como los terceros ajenos a la conducta no pueden desarrollar plenamente sus libertades en las condiciones en que podían haberlo hecho en un

mercado en libre competencia”²⁰². Por tanto, se debe entender que el titular de la conducta contraria a la libre competencia viola el deber general que se deriva del artículo 333 de la Constitución Política y modifica de manera antijurídica las condiciones de competencia del mercado²⁰³.

En este orden, la responsabilidad civil como reacción al ilícito en materia de competencia encuentra su origen o sustento en el deber general de competir y no falsear las condiciones del mercado, el cual activa también las normas y presupuestos básicos de la responsabilidad, entendiendo entonces que el presupuesto de la responsabilidad por un ilícito anticompetitivo surge de la suma del deber general de competir consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política con el principio de *neminem laedere* consagrado en los artículos 58 y 83 de la constitución, junto con el artículo 2341 del Código Civil.



En tal sentido, se debe analizar la naturaleza de la responsabilidad derivada del ilícito anticompetitivo. En la dualidad que nos proporciona la *summa divisio* –al consagrar dos regímenes de responsabilidad civil-, consideramos que la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el ilícito anticompetitivo se puede enmarcar tanto en responsabilidad contractual como en responsabilidad extracontractual. Dependerá del demandante y de la pretensión indemnizatoria a saber:

²⁰² Ortíz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, 2011

²⁰³ “Se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo.”. Véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-815 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil. Agosto 2 de 2001).

- **Si el demandante es un consumidor o empresa que tiene un vínculo preexistente con el infractor**²⁰⁴: La primera pretensión a la que podría aspirar sería a la indemnización de perjuicios sustentada en el reconocimiento de un vínculo preexistente en virtud de la relación de consumo o relación comercial. En tal sentido podría demandar al infractor por incumplimiento del principio de buena fe en los contratos, consagrado en el artículo 871 del Código de Comercio, enmarcándose en el régimen contractual. No vemos cómo sería posible encaminar esta pretensión al incumplimiento de algún otro elemento del vínculo preexistente, pues pretender demandar bajo el presupuesto de la responsabilidad por el ilícito anticompetitivo un defecto u otro elemento del vínculo devendría en la responsabilidad particular y ya regulada en Colombia de responsabilidad por productos defectuosos o responsabilidad contractual sin ninguna connotación adicional y con un nexo causal diferente al originado por el ilícito anticompetitivo y su causa.

La segunda pretensión a la que podría aspirar el consumidor o la empresa sería a la indemnización de perjuicios sustentada en el reconocimiento de un daño generado en razón de la violación al deber de competir por parte del infractor. Activando de esta manera los presupuestos de la responsabilidad civil por un ilícito anticompetitivo en el campo de la responsabilidad extracontractual.

- **Si el demandante es un consumidor o empresa que no tiene ningún vínculo con el infractor**: En este caso podrían pretender a la indemnización de perjuicios sustentada en el reconocimiento de un daño generado en razón de la violación al deber de competir por parte del infractor. Activando de esta manera los presupuestos de la responsabilidad civil por un ilícito anticompetitivo en el campo de la responsabilidad extracontractual.

Si el demandante es uno de los infractores: En este punto toma sentido afirmar que la responsabilidad es extracontractual por la nulidad de pleno derecho que se produce sobre el acuerdo, rompiendo el vínculo preexistente que los unió.

²⁰⁴ A nuestro criterio parece innecesario entrar a debatir la pretensión encaminada a enmarcar la responsabilidad del infractor bajo el régimen extracontractual al argumentar la nulidad de pleno derecho que versa sobre los acuerdos anticompetitivos, pues dicho análisis podría ser medianamente adecuado tenerlo en las pretensiones que pueda estructurar una parte en el acuerdo anticompetitivo, pero no un consumidor que es totalmente ajeno a él. La nulidad de pleno derecho se predica de los acuerdos restrictivos de la competencia, no de las relaciones de consumo entre el infractor y el consumidor.

- Del anterior análisis podemos afirmar que la responsabilidad derivada de los ilícitos anticompetitivos es preponderantemente extracontractual, en el entendido que la mayoría de supuestos no se enmarcan en el terreno contractual.

5.3.2 Elementos estructurales de la responsabilidad civil en derecho a la competencia

Como fue señalado anteriormente, la responsabilidad derivada de un ilícito anticompetitivo no está sustentada únicamente en las normas de protección de la competencia, pues aun cuando establecen la prohibición, no establecen la sanción en materia de responsabilidad por daños. Así, se sigue la misma metodología de aplicación de las normas, donde la reacción del ordenamiento jurídico al ilícito anticompetitivo está dado por la aplicación de las normas de protección de la competencia junto con las normas y presupuestos básicos de la responsabilidad civil.

Por lo tanto, al ser una responsabilidad preponderantemente extracontractual, enunciaremos sus elementos estructurales desde la óptica de este régimen, entendiendo que los elementos estructurales en ambos son muy similares, con la excepción del ilícito, que en la responsabilidad contractual es el incumplimiento de algún deber particular y en la extracontractual la violación a un deber genérico.

5.3.2.1 El ilícito anticompetitivo: Los carteles

En este caso, el hecho ilícito como elemento estructural de la responsabilidad es la realización de alguna conducta que viole el deber de competir del artículo 333 de la Constitución Política. En el ámbito de la responsabilidad por ilícitos anticompetitivos, las normas que permiten determinar la antijuridicidad del hecho son normas propias del derecho de la competencia, por tanto, en la responsabilidad derivada de la violación a las normas de la competencia el hecho ilícito tiene unas particularidades, por lo que hemos decidido darle la denominación de ilícito anticompetitivo.

5.3.2.1.1 Valoración bajo la excepción de eficiencia

Las particularidades que envuelve el ilícito anticompetitivo tiene que ver con la valoración que se hace de la conducta para determinar si es ilícita o no lo es bajo excepción de eficiencia del derecho de la competencia. Para este particular la regla general de valoración es la regla de la razón, contenida en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, los cuales fueron estudiados en el Capítulo II de este documento. En este sentido el demandante deberá probar que la conducta que reprocha realmente restringió la competencia en el mercado de manera indebida y será tarea del juzgador valorar las pruebas para determinar si se falseo indebidamente la competencia.

La regla de valoración excepcional es la regla *per se*, en el entendido que el acuerdo trae beneficios sólo para las empresas involucradas (*naked restraint to trade*). Por tanto, como se analizó anteriormente, la excepción a la regla general de la razonabilidad de las conductas, son los acuerdos que benefician de manera exclusiva a las empresas involucradas. En este caso el demandante sólo deberá probar la existencia de la conducta y el juzgador deberá realizar el análisis previo a la excepción de eficiencia.

5.3.2.1.2 Dificultades probatorias

Como se ha mencionado en extenso a lo largo de la monografía, existen dificultades probatorias para las víctimas de los ilícitos anticompetitivos, mucho más cuando se trata de carteles. Por tanto, es muy diferente el panorama para una víctima que pretende demandar luego de haberse procesado al infractor por parte de la autoridad de competencia, que una víctima que pretende demandar cuando ni siquiera el infractor ha sido vinculado a una investigación o proceso formal por parte de esa misma Autoridad.

Como lo mencionamos en el capítulo anterior, todos los puntos relacionados con la armonización de ambos sistemas de aplicación de las normas de competencia deben ser revisados a fondo por las autoridades administrativas y judiciales para resolver las discusiones planteadas alrededor, por ejemplo, de los efectos que tiene una decisión de la autoridad de competencia en el proceso civil, la utilización de documentos relacionados con los programas de clemencia o

documentos resultantes de la investigación adelantada por la SIC, y en este sentido, la revisión de los plazos de prescripción y sus reglas, con el propósito de crear un incentivo a las víctimas de demandar una vez se haya adelantado una investigación por parte de esta Autoridad. Al respecto, reiteramos nuestra posición al respecto.

5.3.2.2 El daño anticompetitivo

El daño también cuenta con unas particularidades. Como lo señala I. Ortiz Baquero²⁰⁵, es importante distinguir las formas de daño que genera el ilícito anticompetitivo. Por un lado, está el daño anticompetitivo de carácter público, el cual afecta directamente el derecho colectivo de la libre competencia económica y es de interés público. La prueba y sanción de ésta conducta corresponde únicamente a la Autoridad de Competencia. Por otro lado, se encuentra el daño anticompetitivo individual o privado, el cual afecta el patrimonio de uno o varios individuos.

El daño o perjuicio relevante para este estudio es el daño o perjuicio anticompetitivo individual o privado, el cual contempla una noción idéntica a la presentada por los preceptos de la responsabilidad civil, que es en palabras de la Corte Suprema de Justicia “(...) *un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva (...)*”²⁰⁶. En este punto surge la problemática de los presupuestos del daño resarcible, es decir, que el daño sea cierto, directo, personal e injusto, lo cual se reduce a la dificultad probatoria para las víctimas. En este sentido, podríamos proponer la solución que planteó la Directiva Comunitaria 104 del año 2014²⁰⁷ donde se estableció que los estándares exigibles y la carga de la prueba del daño no pueden ser una imposibilidad para las víctimas a la hora de probar los daños. Por tanto, señala que en caso de ser difícil y costosa para la víctima la prueba del daño, el juez estará facultado para realizar la estimación de los perjuicios²⁰⁸.

²⁰⁵ Ortiz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, 2011

²⁰⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de septiembre del año 2011. MP. Arturo Solarte Rodríguez.

²⁰⁷ Directiva Comunitaria N°104 de 2014.

²⁰⁸ Pedro Callol y Marta Yuste. La directiva comunitaria sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de infracciones del derecho de la competencia. Principales novedades y potenciales incidencias en el ordenamiento jurídico español.

Adicional a lo anterior, se “(...) establece la presunción *iuris tantum* y, por tanto, rebatible por el demandado, de la existencia del daño para las víctimas de un cártel. El origen de esta presunción está basado en la constatación de que más de nueve de cada diez cárteles ocasionan un coste excesivo ilícito (...)”²⁰⁹. En la Unión Europea ésta presunción se aplica sólo en los casos de carteles, por lo que resultaría de vital importancia su extrapolación al ordenamiento jurídico colombiano.

Por su parte, la clasificación de los daños seguiría la clasificación presentada por la responsabilidad civil, dividiendo daños patrimoniales como pago de precios excesivos –daño emergente- o pérdida en el desarrollo de un negocio –lucro cesante, de daños extrapatrimoniales como daño a la reputación comercial.

5.3.2.2.1 Cuantificación de los perjuicios

Una de las problemáticas centrales en la responsabilidad que se estudia es la cuantificación del daño. Frente a este particular, uno de los últimos estudios presentados fue el de la Comisión Europea en el año 2009 donde se expusieron los métodos de cuantificación²¹⁰ dependiendo del punto de referencia que se tomara: la víctima o el infractor. Ninguno de los métodos está diseñado para solucionar todos los casos, por lo que debe evaluarse caso por caso cuál es el más pertinente, útil y viable para determinar los perjuicios de manera más exacta. Todos los métodos se basan en un escenario hipotético en donde se analiza lo que hubiera ocurrido en el mercado sin presencia del ilícito anticompetitivo, este escenario se denomina *but-for*.

a) Métodos para medir los sobrecostos

- (i) El primer método presentado en el estudio de la Comisión es el denominado *before and after*, el cual analiza la situación de la víctima antes y después de la ocurrencia del ilícito y así poder determinar cuáles hubieran sido las condiciones de la víctima en un escenario sin restricción de la competencia. Consideramos que es uno de los métodos básicos que deben ser empleados dependiendo de la necesidad de cada caso.

²⁰⁹ Ídem

²¹⁰ En Estados Unidos pueden revisarse varios casos, entre ellos *Bradburn Parent/Teacher Store Inc. V. 3M* de 1974.

(ii) El segundo método es denominado el *yardstick approach*, donde se compara el mercado afectado con un mercado similar donde no hay restricción de la competencia. Consideramos que la aplicación de este método es muy compleja y poco fiable en el entendido que es complicado encontrar dos mercados semejantes y asegurar que el mercado con el que se compara no sufre alguna restricción de la competencia.

(iii) El tercero de los métodos básicos presentados por el estudio es el *cost based approach*, donde se analizan los costos de los bienes o servicios ofrecidos en un escenario sin restricción, comparándolos con los precios a los que fueron ofrecidos dichos bienes o servicios por los infractores, teniendo en cuenta un margen de ganancia razonable. La diferencia de los valores será la cuantificación de los daños. Consideramos que es uno de los métodos más útiles con el método de *before and after*.

(iv) Dentro de los métodos más complejos se encuentran el *price prediction approach*, el *theoretic modelling approach* y el *sampling method*, los cuales se basan en ecuaciones y mecanismos más avanzados para establecer los daños causados por la conducta restrictiva. La aplicación de éstos métodos requeriría un conocimiento más avanzado o especializado, como lo es el de un perito.

(v) Finalmente está el método *ex aequo et bono*, que de acuerdo a la equidad el juez establece la cuantificación de los perjuicios en cada caso. La aplicación de este método requerirá de una habilitación legal, al entender que -de acuerdo con la Ley 472 de 1998- las acciones de grupo son falladas en derecho.

b) Métodos para medir la pérdida de ganancias

Estos métodos tienen como punto de referencia a las víctimas y entre ellos se encuentran el *earnings based approach*, el *market based valuation approach* y el *assets based valuation approach*, que teniendo en cuenta información de la víctima en el mercado, sus activos y el valor de sus acciones, determinan sus perjuicios.

En Colombia la aplicación de todos estos métodos estaría fundamentada en las normas de la responsabilidad civil y el deber de competir aunado con el deber de no causar daños cuando el menoscabo puede verse fácilmente reflejado en el patrimonio de la víctima. Cuando se hace engorroso reflejar el menoscabo desde el patrimonio de la víctima, puede asignarse la indemnización en razón del enriquecimiento ilícito del infractor.

5.3.2.3 Criterio de atribución o factor de imputación de la responsabilidad

Este criterio tiene una de las particularidades más importantes en la estructura de la ecuación de la responsabilidad derivada de un ilícito anticompetitivo. Desde la teoría, este podría ser el elemento más debatible, puesto que, según las reglas generales de la responsabilidad civil, la víctima debe probar que el actuar del infractor es doloso o culposo valorado frente a un estándar ideal de conducta, lo cual resulta de excesiva complejidad para la víctima. Al respecto, hemos analizado a lo largo de este documento las complicaciones probatorias que envuelve la responsabilidad derivada de ilícitos anticompetitivos.

Frente a este particular, en el *Green Paper* se planteó la discusión si sería viable establecer un sistema de responsabilidad en el que la prueba del ilícito fuese suficiente, porque en el ilícito mismo estaría envuelta la prueba del infractor; o si, por otra parte, el sistema previera la culpa presunta del infractor. Posteriormente, el *White Paper* abordó nuevamente este tema señalando que “ (...) la prueba de la culpa (...) como condición indispensable para declarar la responsabilidad civil, puede ser contraria a los principios de efectividad y equivalencia (...)”²¹¹, denotando la necesidad de crear una regla que superará este problema.

Estas discusiones no han sido ajenas al ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido, el Código General del Proceso²¹² establece en su artículo 167 que:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el

²¹¹ Ortíz Baquero, La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia, 2011

²¹² Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. Diario Oficial No. 48489.

juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.”

Con base en dicha regla, podría plantearse la posibilidad de establecer un sistema en el que se traslade la carga de la prueba del criterio de atribución o factor de imputación de la responsabilidad al infractor. Incluso, podríamos hablar de establecer un sistema donde la regla general establecida para la carga de la prueba de este elemento esté en cabeza del infractor, como se llegó a desarrollar en amplia medida en la responsabilidad por actividades peligrosas, donde se estableció un sistema de culpa presunta en donde sólo puede exonerarse el demandado probando factor extraño.²¹³

5.3.2.4 Relación causal

En Colombia es acogida la teoría de la causalidad adecuada como fundamento para determinar la relación que existe entre el daño y la conducta que lo ocasiona. Dicha teoría se sustenta en la experiencia y en los análisis de probabilidad, donde el juzgador debe analizar los antecedentes causales y establecer cuál de ellos resulta ser el más adecuado. A este método se le llama pronosis póstuma o posterior, puesto que el análisis de la causalidad se evalúa con posterioridad al suceso²¹⁴. Este elemento no conlleva ningún particular con relación a su

²¹³ Véase Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 14 de marzo de 1938. MP: Ricardo Hinestroza Daza; La Sentencia del 24 de agosto del año 2009 MP: William Namén; y la Sentencia del 26 de agosto de 2010. MP: Ruth Marina Díaz.

²¹⁴ “(...) con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más “adecuado”, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo(...)el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga -obviamente luego de ocurrido el daño (la amputación de la pierna)- debe realizarse una pronosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que sólo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte

aplicación en ecuación de la responsabilidad derivada de un ilícito anticompetitivo, más que la alta dificultad probatoria que recae sobre las víctimas. En este sentido, recalcamos la necesidad que hay de establecer una evaluación de la carga probatoria levemente más laxa por parte del juez, con el fin de no establecer condiciones imposibles de cumplir en el camino a la reclamación de perjuicios generados por una conducta que viola las normas de protección de la competencia.

aquél o aquellos que tienen esa aptitud (...)” Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. MP. Jorge Santos Ballesteros.

6. CONCLUSIONES

1. En Colombia, el modelo de aplicación de las normas de competencia obedece a un sistema predominantemente público, en el cual la Autoridad de Competencia tiene funciones de policía administrativa del orden público económico y adelanta las investigaciones respecto de las infracciones de protección de la competencia. No obstante, las conductas restrictivas de la competencia resultan ser pluriofensivas, al entender que no solo afectan un derecho colectivo, como lo es la libre competencia, sino que también afectan derechos e intereses particulares. En este sentido, es de vital importancia reconocer una herramienta de protección de los intereses individuales, que esté principalmente encaminada a la reparación de los daños causados por la conducta anticompetitiva en la órbita individual. Como se puede evidenciar, en Colombia se reconoce ampliamente el mecanismo de protección de los intereses colectivos, el cual aún no resulta del todo reconocido para la protección de los intereses particulares.

2. Las acciones de grupo, acciones de clase o acciones colectivas como se denominan en los diferentes sistemas, son la máxima representación de la aplicación privada de las normas de protección a la competencia. Su efectividad radica en perseguir la protección de un interés particular a través de un mecanismo procesal colectivo. Es una acción coordinada que, si bien es adelantada en nombre de un grupo, genera beneficios individuales para cada integrante. En este sentido, el reclamo de pretensiones que individualmente son inviables por su escaso valor, se convierten económicamente significativas al ser agrupadas y justifican todos los costos que conlleva instaurar una acción. Entre otras cosas, se convierten en un mecanismo muy importante de disuasión para quienes generan daños a los particulares, buscando que se ajusten a las normas que protegen la competencia en el mercado.

3. El sistema de *private enforcement* realiza un complemento al modelo público, en la medida que dota a las autoridades judiciales de la aplicación de las normas de libre competencia, y concretamente la competencia para decidir las acciones privadas o colectivas instauradas por los particulares perjudicados por los efectos lesivos de la conducta contraria a la libre competencia. Lo cual, resulta en un complemento evidente entre ambos mecanismos para la protección del mercado y sus agentes.

4. El reconocimiento de un mecanismo para la protección del derecho o interés colectivo de la libre competencia, así como el reconocimiento de un mecanismo para la protección de los intereses de los afectados por la conducta restrictiva de la competencia, tiene algunas complejidades. La principal de ellas, es la coordinación de ambos mecanismos en un solo régimen jurídico armónico y coherente, que le de las herramientas suficientes a la autoridad de competencia para ejercer sus funciones, sin desconocer los derechos e intereses de las víctimas. El estudio de ambos mecanismos de aplicación de las normas de competencia en el derecho comparado (principalmente en EE.UU. y la Unión Europea), brinda un panorama general de coordinación entre ambos sistemas. Este balance surge del establecimiento de unas reglas concretas que permiten a los particulares promover las acciones de daños derivadas de conductas concurrenciales con la correcta coordinación de las instituciones del modelo público, particularmente: la delación, ofrecimiento de garantías, caducidad, prejudicialidad, entre otras.

5. Uno de los principales efectos que generan los acuerdos anticompetitivos y los acuerdos intrínsecamente ilegales o carteles, es la ocasión de perjuicios al conglomerado social por la fijación de precios, repartición de mercados, asignación de cuotas, etc. que convierten los bienes y servicios innecesariamente caros para unos consumidores e incluso inaccesibles para otros, por tanto, resulta necesario materializar la posibilidad de implementar las acciones de grupo como mecanismo idóneo para proteger los derechos de las víctimas en un caso de acuerdos restrictivos de la competencia.

6. Puede afirmarse que, existe la necesidad de promover un sistema mixto de aplicación de las normas de protección a la competencia, pues por su lado, la aplicación pública permite a la autoridad de competencia intervenir en las materias más relevantes y sancionar las conductas más representativas que afecten la libre competencia, según su facultad discrecional. Cuando la aplicación privada de las normas de competencia, a través de las acciones de grupo, que logra materializar el principio de reparación integral y el derecho al ser reparado, pone en manos de los particulares una herramienta que busca indemnizar los perjuicios que ocasionaron las conductas contrarias a la libre competencia, indemnización que no puede decretar de oficio la SIC, y además permite a los particulares solicitar dicha

indemnización en aquellos casos que ni siquiera son investigados por la SIC al considerar que no tienen relevancia puntual para la aplicación de la política pública de protección de la libre competencia.

7. La responsabilidad civil como reacción al ilícito en materia de competencia encuentra su origen o sustento en el deber general de competir y no falsear las condiciones del mercado, el cual activa también las normas y presupuestos básicos de la responsabilidad, entendiendo entonces que el presupuesto de la responsabilidad por un ilícito anticompetitivo surge de la suma del deber general de competir consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política con el principio de *neminem laedere* consagrado en los artículos 58 y 83 de la Constitución, junto con el artículo 2341 del Código Civil²¹⁵. En este sentido, para que una acción de grupo en materia de competencia prospere, es necesario comprobar todos los elementos estructurales propios del régimen de responsabilidad civil, con una serie de particularidades, como lo es la comprobación de la conducta restrictiva de la competencia, las reglas especiales para comprobar el daño (en ocasiones establecer la posibilidad de que sea cuantificado dentro del proceso con los métodos de cuantificación indicados en el presente documento), la consagración de un factor de atribución de la responsabilidad especial en materia de libre competencia y las necesidad de establecer facilidades probatorias para el establecimiento de la relación causal.

8. La valoración de las acciones de grupo en materia de libre competencia, como mecanismo del *private enforcement*, es un elemento que conforme a la doctrina y jurisprudencia actual es esencial, sin embargo, es imposible dejar de advertir que su aplicación práctica no ha sido muy prolífica en Colombia en este aspecto. No obstante, consideramos que el operador judicial cuenta con las herramientas interpretativas necesarias para darle aplicación a los presupuestos procesales y sustanciales que acompañan esta acción, conllevando al fortalecimiento significativo de la posición de los particulares como víctimas que pueden pretender una indemnización de perjuicios.

²¹⁵ Aparte tomado del acápite 5.3.1 del presente documento.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Doctrina

AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF ANTITRUST LAW. (2010). *Antitrust Class Actions Handbook*. ABA Publish.

ASHURST. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*. 31 de agosto de 2004. Obtenido en web: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf

BACKHAUS, Jürgen G. (2012). *The Law and Economics of Class Actions in Europe*. Edward Elgar Publishing Inc.

CALLOL, Pedro & YUSTE, Marta. *La directiva comunitaria sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de infracciones del derecho de la competencia. Principales novedades y potenciales incidencias en el ordenamiento jurídico español. Problemas prácticos y actualidad del derecho de la competencia. Anuario 2015*. Obtenido de <http://callolcoca.com/wp-content/uploads/2015/10/La-Directiva-Comunitaria.pdf>

CAMARGO, Pedro Pablo. (2006). *Las Acciones Populares y de Grupo*. Colombia: Leyer.

CANANBLEY, Cornelis & STEINVORTH, Till. (2011). Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damage Actions? *Journal of European Competition Law & Practice*.

ERBACH, Gregor. (2014). Post-2020 reform of the EU Emissions Trading System. Obtenido de European Parliamentary Research Service: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/568334/EPRS_BRI\(2015\)568334_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/568334/EPRS_BRI(2015)568334_EN.pdf)

FOLSOM, Ralph. (2005). *Indirect Purchaser: State antitrust remedies and road blocks*. p. 181-195. *The Antitrust Bulletin* Vol.50. No.1

FOX, Eleanor M. (2009). *Cases and Materials on United States Antitrust in Global Context*. West.

HENAO HIDRÓN, Javier. (2006). *Derecho Procesal Constitucional. Protección de los derechos constitucionales*. Temis.

HOLMES, Katherine. (2004). *Public enforcement or private enforcement? Enforcement of competition law in the EC and UK*. E.C.L.R, 25(1).

ITALIANER, Alexander. (2013). *Fighting Cartels in Europe and the US: Different systems, common goals*. Annual Conference of the International Bar Association (IBA), European Commission.

JIMÉNEZ LATORRE, Fernando.(2008). *Aspectos económicos de la cuantificación de daños*. Nueva Época. GJUEC. No. 5

KOMNINOS, Assimakis P. (2007). *New prospect for private enforcement of EC competition law: Courage vs Crehan and the community right damages*. CMLR, No. 44.

KOMNINOS, Assimakis P. (2008). *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*. Oxford.

LANDE, Robert H. & DAVIS, Joshua. (2008). Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases. *University of San Francisco Law Review* (82).

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier. (2011). *El Sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares.

MAKHAMOVA, Lola, GUNNAR, Niels & CASANOVA, Jordi. (2008). *¿Quién sufrió los daños económicos de la defensa del passing-on en el Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios?*. Ed. Nueva Época.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. (s.f.). El Ofrecimiento de Garantías en el Derecho de la Competencia. Obtenido de <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/7-el-ofrecimiento.pdf>

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso - Centro de Estudios de la Libre Competencia en Colombia. (s.f.). Recuperado en Agosto de 2016, de Centro CEDEC: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/grupos-empresariales-1.pptx>

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso & GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ , Juan D. (2006). Los Beneficios del Monopolio vs Los Beneficios de la Competencia (Economic Foundations of Competition Laws: The Benefits of Monopoly vs. The Benefits of Competition. *Derecho Competencia* , 2 (2), p. 269-400.

OLSON, Mancur. (1993). *The Logic of Collective Actions*. Shoken Books.

ORTÍZ BAQUERO, Ingrid S. (2008). La Aplicación Privada del Derecho Antitrust y La Indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la Libre Competencia. *Revista Mercatoria* (7).

ORTÍZ BAQUERO, Ingrid S. (2011). *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*. La Ley .

PEÑA LÓPEZ, Fernando. (2002). *La Responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust: aspectos procesales y sustantivos de las acciones civiles en el derecho a la defensa de la competencia*. Colección de Estudios de Responsabilidad Civil. Comares.

PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia. (2013). *La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust*. Obtenido de www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/262214/349397

POSNER, Richard A. & LANDES, William M. (1979). *Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*, University of Chicago Law Review 602.

RODGER, Barry J. (2015). *The Consumer Rights Act 2015 and collective redress for competition law infringements in the UK: a class act?*. Journal of Antitrust Enforcement. Oxford University Press. (2015).

SERRANO PINILLA, Felipe. (2015). ¿Existe en Colombia una excepción de eficiencia para las investigaciones por presuntos acuerdos restrictivos de la competencia? *Derecho Competencia*, 11 (11), p. 221-247.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. (2001). *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Baker & McKenzie.

VELASCO GREGORY, Juliana. (2007). *Algunas Reflexiones sobre la Proyección Preventiva de las Acciones de Grupo como Resultado de los efectos económicos de las sentencias condenatorias*. Obtenido de <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/33/Juliana%20Velasco%20Gregory.pdf>

WERDEN, G., HAMMOND, S., & BARN, B. (2012). *Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions*. The 26th Annual NATIONAL INSTITUTE ON WHITE COLLAR CRIME, ABA Center for Continuing Legal Education, Antitrust Division U.S. Department of Justice.

WILHELM KRÜGER, Hans. (2001). *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*. Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics. Obtenido de <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

WILS, W. P. (2003). Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?. *World Competition*. p. 473-488.

➤ **Jurisprudencia Nacional**

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-215 de 1999. (M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Abril 14 de 1999).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-304 de 2004. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Abril 28 de 2010).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-328 de 2015. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Mayo 27 de 2015).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-432 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: Junio 02 de 2010).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-569 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Junio 08 de 2004).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-352 de 2012. (M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Mayo 15 de 2012).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-967 de 2001. (M.P Jaime Araujo Rentería: Septiembre 10 de 2001).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 278 de 2009. (M.P Humberto Antonio Sierra Porto: Septiembre 22 de 2009).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 16 de septiembre del año 2011. MP. Arturo Solarte Rodríguez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. MP. Jorge Santos Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencias del 21 de Febrero de 2002. Exp. 2001-124601, 25 de abril de 2002. Exp. 2001.002101 y 25 de abril de 2002. Exp. 2000-00301.

➤ **Normativa Nacional**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

LEY 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Diciembre 24 de 1992. Diario Oficial No. 30138.

LEY 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Enero 15 de 2006. DO. N° 42692.

LEY 393 de 1997. Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política. Julio 29 de 1997. DO.No.43096

LEY 448 de 1998. Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público. Julio 21 de 1998. DO. No. 43345.

LEY 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Agosto 05 de 1998. DO. No.43357.

LEY 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 de Octubre de 2011. DO. No. 48220.

LEY 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. Diario Oficial No. 48489.

DECRETO 653 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores. Abril 01 de 1993. DO.No.40816.

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. Julio 16 de 2015. DO. No. 49575.

DECRETO 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 31 de Diciembre de 1992. DO. No. 40704. Corte Constitucional de Colombia.

DECRETO 2591 de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Noviembre 19 de 1991.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 4851 de 2013. Radicación: 12-176681. Febrero 15 de 2013.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 53403 de 2013. Radicación: 11-137485. Septiembre 3 de 2013.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 76724 de 2014. Radicación: 11-63694. Diciembre 16 de 2014.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores. Disponible en: http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Compendio de Jurisprudencia Protección al Consumidor.

➤ **NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

UNIÓN EUROPEA. Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. COM (2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005. Obtenido en web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A126120>

UNIÓN EUROPEA. Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. COM (2008) 165 final de 2 de abril de 2008. Obtenido en web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A126124>

UNIÓN EUROPEA. Resolución sobre el Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. A6-0133/2007/p6-TA-PROV(2007)0152 de 25 de abril de 2007.

UNIÓN EUROPEA. Resolución sobre el Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. 2008/2154(INI).P6_TA-PROV(2009)0187 A6-0123/2009 de 26 de marzo de 2009.

UNIÓN EUROPEA. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

UNIÓN EUROPEA. Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Tratado de Roma de 1957.

UNIÓN EUROPEA. Tribunal de Justicia. Caso C-453/99 *Courage Ltd v Crehan*. ECR I-6297. (2001).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Sherman Act.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Federal Rules of Civil Procedure

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Corte Suprema de Justicia. *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.* (1940).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Corte Suprema de Justicia. *United States v. Addyston P.* (1899).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Corte Suprema de Justicia. *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States.* (1899).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Corte Suprema de Justicia. *Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States.* (1911).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Corte Suprema de Justicia. *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Corte Suprema de Justicia. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

ESPAÑA. Ley 3 de 1991. Por la cual se dictan disposiciones relativas a la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y se establece la prohibición de los actos de competencia desleal. 10 de Enero de 1991. BOE No. 10.