

***“LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS
POR LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA
COMPETENCIA”***

Por:
Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C. 2013

CEDEC

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia

INDICE

INDICE	2
1. INTRODUCCION.....	3
2. ACCIONES QUE PERMITEN OBTENER LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA	7
2.1 ACCIONES CIVILES.....	7
2.2 ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL.....	15
2.3 ACCIONES POPULARES Y ACCIONES DE GRUPO.....	17
2.31 <i>Acciones Populares</i>	17
2.3.2 <i>Acciones de Grupo</i>	19
3. CONCLUSIONES	20
FIN	21

LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Por: Alfonso Miranda Londoño¹

1. INTRODUCCION.

Aprovecho esta oportunidad para retomar algunas de las ideas que plasmé, ya desde 1998, en un documento sobre similar temática, el cual escribí con motivo del Primer Congreso Internacional sobre Competencia organizado en ciudad de Panamá por la CLICAC.²

El tema planteado es hoy en día más relevante que en la época en la cual tuve la oportunidad de escribir el documento inicial, ya que aunque han pasado cincuenta y dos (52) años desde la expedición de la Ley 155 de 1959, veinte (20) años desde la incorporación del Principio de Libre Competencia a la Constitución Política³ y diecinueve (19) años desde la expedición del Decreto 2153 de 1992, poco o nada es lo que se ha avanzado en el tema de indemnización de los perjuicios ocasionados por la realización de prácticas restrictivas de la competencia.⁴

¹ Abogado y socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socio de la firma Esguerra Barrera Arriaga.

² Miranda Londoño, Alfonso. "EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS." Centro De Estudios De Derecho De La Competencia. CEDEC, Oct. 1998. Web. 3 May 2011. <<http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-control-jurisdiccional-del-regimen-general-de-promocio-de-la-competencia-y-practic-comerciales-restrictivas-alfonso-miranda-londono.pdf>>.

³ Artículo 333 de la Constitución Política de 1991.

⁴ Cfr. Miranda Londoño, Alfonso. "ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA: LA LEY 155 DE 1959 Y SU LEGADO." Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI:

En efecto, debido a la forma en que se encuentra establecida la estructura de aplicación del Derecho de la Competencia en Colombia, que es similar al de muchos países en Latinoamérica y a la de numerosas economías pequeñas, en nuestro país existe una Autoridad Nacional de la Competencia que es la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, la cual tiene funciones de policía administrativa y adelanta de manera privativa investigaciones de esa naturaleza respecto de las infracciones de las normas de Protección de la Competencia y Competencia Desleal Administrativa, respecto de todo aquél que desarrolle una actividad económica en cualquier sector del comercio o la industria.⁵

En desarrollo de sus facultades de inspección, vigilancia y sanción, la SIC ejerce una facultad de alta policía administrativa en protección del orden público económico en su categoría de libre competencia y brinda de esa manera una protección general a la comunidad.⁶ En estas actuaciones la relación jurídico – procesal se traba entre la autoridad y el investigado. Como la actividad de la SIC se realiza en interés general, no existe requisito de legitimación activa en la causa: cualquier persona puede denunciar la violación de las normas del derecho de la competencia, y aún de oficio la SIC puede iniciar la investigación.

Aunque la Ley 640 de 2001 dispone la práctica de una audiencia de conciliación en las investigaciones iniciadas por denuncia de un particular (y no de oficio como también lo puede hacer la SIC); y la Ley 1340 de 2009 amplía de manera importante las posibilidades de intervención de los terceros en las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal administrativa⁷, lo cierto es que la decisión que pone fin al procedimiento es un acto administrativo que en ningún caso se pronuncia sobre los perjuicios que personas particulares puedan haber sufrido como consecuencia de las prácticas anticompetitivas.

Cuando la autoridad encuentra culpables a los investigados, en la parte resolutive del acto que pone fin al procedimiento, se limita a declarar la violación de las normas de

Obra Conmemorativa de los Ochenta Años del Restablecimiento de la Pontificia Universidad Javeriana. Tomo I. 143-206. Bogotá: Temis, 2010. Impreso.

⁵ Ley 1340 de 2009, artículo 6.

⁶ Los objetivos específicos de la actuación de la SIC, se encuentran descritos en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece que las actuaciones de la SIC se realizan para *“alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.”* En la actualidad los estudiosos de esta disciplina en todo el mundo, consideran en forma mayoritaria, que el objetivo general del Derecho de la Competencia es el beneficio de los consumidores (economía del bienestar), es decir, que como consecuencia de una libre y leal competencia en los mercados (El artículo 333 de la C.P. establece que la *“...libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*), los consumidores deben poder acceder a una mayor variedad de bienes y servicios de una mejor calidad y a precios más bajos. En relación con el aspecto teleológico del Derecho de la Competencia, puede consultarse mi artículo, “El Derecho de la Competencia en Colombia” Revista de Derecho Económico número 9. 1989. Ediciones Librería El Profesional. página 53 y siguientes.

⁷ Ley 1340 de 2009, artículo 19.

competencia, prohibir la realización de las conductas ilegales, impartir instrucciones tendientes a la preservación de la libre competencia y a imponerle al investigado una multa en favor del patrimonio de la propia Superintendencia.⁸

En ningún momento la SIC declara o determina la existencia de perjuicios, ni mucho menos condena al infractor al resarcimiento de los mismos en favor del perjudicado. Todas estas características distinguen el régimen de las prácticas restrictivas de la competencia de las acciones judiciales indemnizatorias por competencia desleal, en las cuales se traba un litigio judicial, dentro de cual que demandante y demandado son partes en un proceso abreviado que puede concluir en una condena de perjuicios.⁹

A pesar de las propuestas que en varios momentos de la historia reciente del Derecho de la Competencia han formulado algunas personas, entre ellas el ex –superintendente Emilio José Archila Peñalosa, lo cierto es que al expedir la Ley 1340 de 2009 no se le otorgó tampoco a la SIC la facultad jurisdiccional para adelantar un incidente de indemnización de los perjuicios ocasionados a personas concretas por la violación del régimen de protección de la competencia.

Como consecuencia de esta estructura jurídica, la aplicación de la normativa de competencia en Colombia, ha dependido casi en su totalidad, de la actividad e iniciativa de la autoridad de competencia, ya que el ordenamiento jurídico no ofrece a las víctimas directas de las conductas anticompetitivas, herramientas específicas o incentivos económicos importantes para buscar la aplicación del Derecho de la Competencia y obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por la

⁸ Ibídem, artículo 25.

⁹ En relación con las diferencias que existen entre el régimen de la competencia desleal y el de las prácticas restrictivas de la competencia, puede verse mi artículo “Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado”. Universidad Javeriana. Seminarios 5. 2ª edición. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia-CEDEC. Páginas 23 y 24.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en cuanto a las diferencias entre las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal, por medio del concepto del día 24 de Mayo de 1989, en el cual, con ponencia del Magistrado Jaime Paredes Tamayo, se reconoce, si bien con un cierto grado de confusión, la existencia y diferencias entre el régimen de las prácticas restrictivas contenido en la Ley 155 de 1959, y el de la competencia desleal contenido en el Código de Comercio. En su parte relevante el concepto del Consejo de Estado dice lo siguiente: “*El perjuicio del consumidor y del productor de materias primas sugiere otro criterio distintivo de prácticas comerciales restrictivas, mientras que el perjuicio del competidor sugiere el criterio distintivo de las prácticas de competencia desleal.*”

Aunque todo acto de competencia desleal implica o representa una práctica comercial restrictiva, el régimen autónomo de aquella, incorporado al Código de Comercio, previene conflictos de aplicación frente a la Ley 155 de 1959 y delimita el ámbito de esta, así no logre extraerse de sus normas un criterio unificado sobre prácticas comerciales restrictivas.

El riesgo de distinguir actos específicos de las prácticas comerciales restrictivas, lo sortea el legislador con una fórmula general para efectos de su represión, puesto que dichos casos desbordan la capacidad previsiva de la ley. De ahí que la Sala concluya sus consideraciones reiterando la autonomía del régimen del Código de Comercio y su aplicación prevalente e integral en materia de competencia desleal y la autonomía del régimen de la Ley 155 de 1959 en materia de otras prácticas comerciales restrictivas aunque por sus efectos impliquen competencia desleal.” (Subrayas fuera de texto).

realización de las prácticas restrictivas de la competencia, como sucede en otras latitudes.

En los Estados Unidos de América por ejemplo, desde 1960 hasta nuestros días, más del 90% de los casos de competencia se deben a las demandas particulares (*private enforcement*)¹⁰, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que el derecho norteamericano permite a los demandantes obtener sus perjuicios por triplicado (*treble damages*) en caso de ser exitosos en la demanda.¹¹

Es posible que la aplicación de daños punitivos (*punitive damages*) sea extraña a nuestro derecho, en el cual la reparación del daño llega hasta el resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante, más allá de lo cual puede entenderse que se presenta un enriquecimiento sin justa causa. Sin embargo, debe reconocerse que la ausencia de mecanismos de incentivo para que los particulares puedan obtener la reparación de los perjuicios en el derecho Colombiano es un factor determinante para que el Derecho de la Competencia no haya tenido un mayor desarrollo en los últimos veinte (20) años.¹²

¹⁰ Al respecto, George A. Hay, profesor de Antitrust de la Universidad de Cornell, manifestó en su conferencia titulada “Antitrust Developments in the U.S.”, dictada en la Universidad Javeriana en Bogotá, en Octubre de 2008, en el marco de las II Jornadas Internacionales de Derecho Económico, lo siguiente: “*Part of the reason I feel comfortable giving less attention to state enforcement is that by far the more important force affecting antitrust in the U.S. has been private enforcement, by consumers, dealers, supplier and competitors of firms that allegedly have violated the antitrust laws. At least since the 1960’s, private enforcement has accounted for about 90% of all cases filed in a given year.*”

¹¹ *Ibidem*, Hay, George A. “*But especially important is the damages remedy: any person injured by a violation of the antitrust laws (subject to some non-trivial restrictions on standing, can seek money damages and the resulting damages verdict is automatically (i.e., with any discretion by the jury or trial judge) trebled. Therefore, cases resulting in judgments or settlements in the billions of dollars are not unheard of. (By way of example, in a matter I was involved in as an expert witness, American Express settled an antitrust case against Visa and MasterCard for a sum in excess of \$4 billion.)*”

¹² Cfr. Lande, Robert H. And Davis, JoshuaP. “BENEFITS FROM PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT: AN ANALYSIS OF FORTY CASES” University of San Francisco School of Law. Research Paper No. 2010-07. Los mencionados autores manifiestan en sus conclusiones lo siguiente: “*The distinctive system of private enforcement we have in this country is substantially underappreciated. Congress’s venerable “private attorneys general” idea¹⁰⁵ has produced tremendous benefits for the United States economy—for consumers and for businesses of all sizes. Private antitrust enforcement is virtually the only way that victims of anticompetitive behavior can obtain redress: in the cases we studied, lawbreakers or alleged lawbreakers were forced to return approximately \$18–\$20 billion to victimized consumer and business purchasers. More than \$6 billion of this otherwise would have remained in the hands of foreign lawbreakers.*

“*Private enforcement also deters anticompetitive behavior significantly. Indeed, the forty studied cases helped deter anticompetitive behavior more than all the criminal fines and prison sentences imposed in cases prosecuted by the DOJ during this period. Moreover, almost half of the studied violations or alleged violations were uncovered solely by private counsel, and in many other cases, private counsel played a large role in uncovering and proving the offense.*”

En este corto documento me referiré a las alternativas que el derecho Colombiano ofrece, por el momento a los ciudadanos, para obtener la reparación de los perjuicios ocasionados por las prácticas restrictivas de la competencia.

2. ACCIONES QUE PERMITEN OBTENER LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Como ya se advirtió, aunque los particulares pueden denunciar ante la SIC la realización de conductas anticompetitivas; la ley impone la realización de una audiencia con el fin de conciliar los intereses particulares afectados por las conductas investigadas; y los terceros pueden intervenir en la investigación de prácticas restrictivas en los términos previstos en la ley¹³, lo cierto es que no pueden obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por las prácticas restrictivas de la competencia, dentro de esta actuación. Tendrán que buscar la satisfacción de sus intereses por uno de los mecanismos que a continuación se exponen.

2.1 Acciones civiles

Puede tratarse de acciones de responsabilidad civil extracontractual o contractual, según sea la relación entre el infractor y el perjudicado, o inclusive de responsabilidad por abuso del derecho de competir, de conformidad con lo establecido en el artículo 830 del Código de Comercio, según el cual “ *el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*”.

¹³ El artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

“Artículo 19. Intervención de Terceros. *Los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de terceros interesados y además, podrán, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación, intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido.*

“Las ligas y asociaciones de consumidores acreditadas se entenderán como terceros interesados.

“La Superintendencia de Industria y Comercio dará traslado a los investigados, de lo aportado por los terceros mediante acto administrativo en el que también fijará un término para que los investigados se pronuncien sobre ellos. Ningún tercero tendrá acceso a los documentos del expediente que se encuentren bajo reserva.

“De la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías se correrá traslado a los terceros reconocidos por el término que la Superintendencia considere adecuado.

“Parágrafo: *Adiciónese el tercer inciso del artículo 52 del decreto 2153 de 1992 que en adelante será del siguiente tenor: “Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado y a los terceros interesados, en caso de haberlos.”*

En estas acciones es posible buscar adicionalmente la declaratoria de la nulidad de los actos jurídicos violatorios de las normas de competencia. En efecto, 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 2.153 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.”*

La declaratoria de nulidad de los actos jurídicos contrarios a la libre competencia corresponde al juez civil, el cual la declarará cuando se encuentre acreditado dentro del expediente, que los actos jurídicos acusados violan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En los casos en que no existan actos jurídicos propiamente dichos, sino conductas anticompetitivas, la acción será de carácter extracontractual o *aquiliano* y no procederá la declaratoria de nulidad sino la indemnización de los perjuicios demostrados.

Se ha discutido si para poder adelantar una acción civil de indemnización de perjuicios ocasionados por conductas anticompetitivas es necesario que exista un previo pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, o si por el contrario es posible para los particulares accionar de manera directa ante la jurisdicción.

Al respecto se considera que la SIC tiene una competencia privativa que le otorga el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, para adelantar las investigaciones administrativas, imponer las multas y adoptar las demás decisiones administrativas por la infracción de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal. Sin embargo, nada se opone a que los particulares acudan de manera directa ante los jueces civiles del circuito con el fin de buscar la indemnización de los perjuicios ocasionados por la realización de conductas que el ordenamiento jurídico califica como de *objeto ilícito*. En este evento, el juez civil entrará a decidir sobre los aspectos relacionados con el derecho de la competencia, así como con aquellos referentes a la indemnización de los perjuicios.

En Francia la jurisdicción civil puede conocer directamente de las acciones basadas en prácticas contrarias a la libre competencia, siempre y cuando el objeto sea diferente del objeto del procedimiento adelantado ante el Consejo de la Competencia, ya que estas jurisdicciones no pueden, como el Consejo, pronunciar sentencias sancionatorias.

Por el contrario los jueces civiles solo son competentes para anular cláusulas anticompetitivas, para fallar sobre la responsabilidad civil de los autores de las prácticas y condenarlos a daños y perjuicios, así como a cualquier otra forma de reparación.

Si es del caso, esta acción de derecho común puede ser introducida simultáneamente con una formulación de demanda del Consejo, o después de una decisión tomada por éste sobre los mismos hechos.¹⁴

Ya existe jurisprudencia en Colombia a este respecto. En efecto, el día 20 de septiembre de 2000, un tribunal de arbitramento compuesto por los doctores Gilberto Peña Castrillón, quien lo presidió, Jorge Cubides Camacho y Hernán Fabio López Blanco, profirió un laudo en el caso instaurado por Cementos Hércules S.A. (en Liquidación) contra Cementos Andino. El mencionado tribunal arbitral declaró la nulidad de una cláusula contractual por encontrarla contraria a las normas de competencia, sin que para el efecto existiera un previo pronunciamiento de la SIC. Al respecto el tribunal arbitral manifestó lo siguiente:

“Habiendo concluido el ejercicio de razonar con un método tomado o trasladado de otro sistema de derecho¹⁵, debe este Tribunal analizar someramente la facultad que tiene para pronunciarse sobre la nulidad impetrada, sin necesidad de observar ninguna clase de prejudicialidad o de trámite administrativo que pudiera constituir un requisito de procedibilidad para analizar y eventualmente despachar la nulidad solicitada, porque la ley en parte alguna ha tipificado tal condicionamiento de la actividad jurisdiccional.

“La complejidad del derecho de la competencia y el especial interés que el Estado colombiano tiene en su preservación y promoción, hace que en ciertas franjas en las que puede resultar difícil establecer la existencia e intensidad de un agravio, esa investigación se la reserve y asigne a la autoridad administrativa, tanto por la especialidad de la materia como por la complejidad de las pruebas pertinentes, así como por el especial régimen preventivo, correctivo y sancionatorio de que se ha ido invistiendo a la autoridad administrativa, y un ejemplo de ello pueden ser las investigaciones anti-dumping, o los casos de abuso de la posición dominante (Decreto 2153 de 1992), y ciertas clases de deslealtades en la competencia (ley 256 de 1996) cuando simultáneamente constituyan agravios a la libre

¹⁴ Boutard, Marie Chantal. “ Las Jurisdicciones de Derecho Común y la Jurisdicción Arbitral de la Competencia” en la publicación “Derecho de la Competencia”. Superintendencia de Industria y Comercio y Biblioteca Millennium. Página 296)

¹⁵ Cfr. Alfonso Miranda Londoño, “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, en “Revista de Derecho Privado No.11”, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, Diciembre de 1992, ps. 139 a 142 (“Sistemas de Análisis”), en donde se explica someramente la “Regla Per Se” y la “Regla de la Razón”. Y allí mismo dice este autor: “al aplicarle la Regla de la Razón a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia” (p.140).

competencia. En estos casos, establecer, por ejemplo, el presupuesto de la **posición dominante** es algo que por su naturaleza desborda la formación y metodología del juez-funcionario o de un Tribunal de Arbitraje.

“Unas investigaciones preliminares, un análisis previo de los presupuestos o factores económicos esenciales, inclusive sanciones administrativas y medidas cautelares en sede administrativa, son no solo explicables sino además convenientes desde el punto de vista práctico, y la tendencia del derecho continental europeo es que esas investigaciones, así como innumerables autorizaciones, sanciones, cautelas y actuaciones preventivas se las reserve a la autoridad administrativa especializada, con total sometimiento al principio de legalidad y que, en consecuencia, se pueda concluir que el Derecho de la Competencia es esencialmente un “Derecho Administrativo del más puro corte clásico”¹⁶.

*“Pero cuando la ley expresamente protege y promueve un bien determinado como es la competencia comercial y sanciona con nulidad las conductas, actos, acuerdos o contratos (nuevamente el artículo 45 del Decreto 2153 de 1.992) que la restrinjan injustificadamente, si ello aparece probado ante un Juez, se impone la nulidad prevista por la ley porque aquí no hay necesidad de diligenciar o establecer previamente complejos presupuestos de carácter económico –deslealtad en la competencia; posición dominante; dumping efectivo, por ejemplo - porque si el Juez llega a la convicción de que se encuentra debidamente probada una conducta, acuerdo, acto o contrato constitutivo de una **restricción injustificada** a la competencia comercial, debe declarar la nulidad absoluta prevista de manera expresa en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1.992, en concordancia con la Ley 155 de 1.959.*

*“Sin embargo, es claro que la debida y anhelada competencia comercial puede ser injuriada tanto por la vía de los negocios jurídicos, como por los hechos efectivos, jurídicos o no, de la vida real. Es bien claro que cuando la ley acude a la **nulidad**, lo hace*

¹⁶ Soriano, Op. cit. p.39. Y en esta misma página agrega el autor: “... Los instrumentos de que dispone el Estado para reprimir conductas anticompetitivas, autorizar excepciones a la prohibición de no competir o impedir la formación de capitales monopolistas que dañen al mercado, son justamente instrumentos administrativos, poderes administrativos, acción puramente administrativa...El Derecho de la Competencia se compone de un instrumentario absolutamente típico de las potestades administrativas. Es, en gran medida, Derecho Administrativo sancionador..”

en los términos del artículo 1602 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1740 a 1756 del mismo estatuto, y con la ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, puesto que, de acuerdo con esta normativa, una causa legal que invalida total o parcialmente un contrato es, precisamente, la declaratoria de nulidad. Mal podría hablarse de nulidad de una conducta concluyente o de las llamadas vías de hecho, y esta aclaración facilita y orienta la decisión de este Tribunal puesto que lo que viene cuestionado a este proceso, en cuanto elemento perturbador de la competencia comercial es, precisamente, una determinada estipulación contractual, de un contrato que llega prevalido de la presunción de legalidad y con total fuerza normativa para las partes.

*“En este caso no se ha acreditado ante el Tribunal de arbitraje la existencia de una investigación administrativa (que tendría que estar en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC) que hubiera decidido este mismo conflicto entre las partes pero, aún así, la autoridad administrativa lo habría tenido que solucionar de conformidad con lo que le permite el principio de legalidad y el instrumentario que le ofrece el Derecho Administrativo de la Competencia, dentro del que resulta posible enervar los efectos de una estipulación contractual nula por la vía, por ejemplo, de una garantía propuesta por los investigados que bien podría ser **dejar sin efectos, sin eficacia alguna, la referida estipulación**, hipótesis en la que la autonomía de la voluntad, movida por los requerimientos y el poder de investigación de la autoridad administrativa, proporciona lo que en un escenario judicial resulta ser una de las más típicas facultades del juez, como es la potestad de declarar la nulidad absoluta, inclusive oficiosamente.*

“La facultad que tiene este Tribunal para pronunciarse sobre la nulidad impetrada en la quinta pretensión de la demanda de reconvencción - de la que no tiene duda alguna el Tribunal, en este preciso y específico caso- se encuentra avalada por la doctrina nacional. En efecto dice un autor:

“Naturalmente puede presentarse el caso de que la SIC (Superintendencia de Industria y Comercio, aclaramos) no haya adelantado su investigación. En este evento el juez civil entrará a decidir sobre los aspectos relacionados con el derecho de la competencia, así como con aquellos referentes a la indemnización de perjuicios”¹⁷.

*Con todo el recelo que este Tribunal tiene respecto de cualquier paralelismo de nuestro derecho con la manera como se crea, interpreta o aplica el Derecho de otros sistemas jurídicos distintos del nuestro, no podemos dejar de registrar la evolución de la **regla de la razón** (rule of reason) en el derecho norteamericano (USA) hacia lo que se denomina la **quick look rule of reason** que busca, precisamente, que el Juez pueda llegar a una decisión sin tener que diligenciar dispendiosas y agotadoras pruebas de presupuestos o elementos de carácter predominantemente económico. Al respecto dice un autor ya citado:*

“Si una empresa carece de una posición de poder en el mercado no puede perjudicar a los consumidores ni a sus competidores.

“(…)”

“La aplicación de este examen de la posición de poder debe realizarse sin recurrir a una compleja y detallada definición del mercado relevante. El Tribunal, en numerosas ocasiones, puede apreciar a simple vista – quick look rule of reason- si la empresa que utiliza el sistema de distribución restringida tiene una posición de poder. Como se observa, se trata de una simplificación analítica del supuesto de hecho que debe analizar el Tribunal. Este no ha de entrar en la difícil tarea de delimitación del mercado”.¹⁸

“Así las cosas, encuentra el Tribunal que para despachar la nulidad solicitada en la quinta pretensión de la demanda de reconvenición no debe someterse, observar o esperar el desenlace de un trámite de cualquier autoridad administrativa especializada que le habilite la facultad con la que se pronunciaría al respecto.

“El Tribunal considera oportuno advertir que no comparte el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre una estipulación contractual similar a la que se ha analizado en esta parte del laudo (“Nulidad de Acuerdos Anticompetitivos, Concepto No- 00016003-01”), en el que le contestan al consultante “que un acuerdo de esta naturaleza, por adolecer de objeto ilícito, estaría viciado de nulidad absoluta” y mas

¹⁷ Miranda Londoño, Alfonso, “El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”, en “Compilación documentos sobre derecho de la competencia”, Universidad Javeriana, Cuadernos del CEDEC III, Bogotá, 1.999, p.145.

¹⁸ Giner Parreño, op. cit. ps. 240-241.

adelante, cuando se ocupa del “ejercicio de la acción de nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia” (No- 3), dice:

“Al tenor de la norma citada, las acciones de nulidad de los actos restrictivos de la competencia se deben tramitar ante la jurisdicción ordinaria.

“El juez civil debe declarar la nulidad absoluta de los acuerdos restrictivos de la competencia cuando previamente se haya acreditado dentro del expediente por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y/o del juez administrativo según sea el caso, que los actos jurídicos acusados violan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

“Es pertinente aclarar que al juez civil al conocer de la acción de nulidad, no le corresponde el análisis de la naturaleza anticompetitiva de los acuerdos, porque ésta competencia está reservada para la Superintendencia de Industria y Comercio y para los jueces administrativos cuando conocen de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio.”

“No se halla en parte alguna esa reserva de facultades en favor de la Superintendencia de Industria y Comercio de manera privativa, o esa restricción de poderes del juez civil (funcionario o arbitral) que construye o concluye el concepto de la Superintendencia sin un claro fundamento formal-jurídico, tesis que acabaría convirtiendo al juez ordinario, en estos casos, en un simple tramitador de papeles sin ningún poder decisorio, pues según lo que reza el concepto, si ya el Superintendente ha calificado la conducta (pacto o contrato) anticompetitiva y es el único llamado a hacerlo, al juez solo le quedaría el mecánico papel de dictar sentencia declarando la nulidad absoluta, como si este fuera un simple notario o fedatario de unas determinadas actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por todo lo expuesto en este capítulo del laudo, este Tribunal declarará la prosperidad de la Quinta Pretensión de la demanda de reconvenición, esto es decretará la nulidad absoluta por objeto ilícito del literal b, de la cláusula décima cuarta del “Contrato de Compraventa de Activos Fijos” suscrito el 21 de agosto de 1.998 entre Cementos Hércules S.A. y Armando Santacoloma y Gilberto Santos, cedido por estas dos últimas personas (parte compradora) a Cementos Andino S.A.”

Sin embargo, es posible que el particular que pretende la indemnización de perjuicios siga un curso de acción lineal en el cual presente una denuncia ante la SIC y que una vez la SIC haya expedido su acto administrativo sancionatorio, el cual se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, el perjudicado pretenda adelantar la acción civil de indemnización con base en esa declaración de la autoridad, contenida en un acto administrativo que tiene presunción de legalidad.

En ese caso, si las pretensiones de la demanda dependieran expresamente de lo dicho por la SIC al expedir su acto, podría presentarse un problema para adelantar el proceso, si la legalidad de la resolución de la SIC es cuestionada ante la jurisdicción administrativa. En efecto, de acuerdo con el inciso 1º del numeral 2º del artículo 170 del C.P.C., un proceso podrá ser suspendido *"cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente de resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civiles y de Comercio y en cualquier otra ley."*

El artículo 171 del C.P.C. por su parte advierte que este tipo de suspensión solo podrá decretarse mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que deba suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia.

Al respecto anota el tratadista Hernán Fabio López Blanco, que *"... cuando la determinación que se debe tomar en un proceso civil depende de otra. ya sea de carácter administrativo, penal, civil o aun laboral, nos encontramos frente a las cuestiones prejudiciales, en virtud de las cuales la decisión que ha de dictarse en un proceso queda en suspenso mientras en el otro se resuelve el punto que tiene directa incidencia sobre el fallo que se debe proferir, o en otros términos, cuando el pronunciamiento judicial previo en proceso diverso resulta condicionante del sentido de la determinación que deba tomar el juez civil."*¹⁹

Como se puede observar, el presupuesto de la prejudicialidad en el caso que nos ocupa, es la existencia de una investigación de la SIC, o de un proceso contencioso administrativo sobre la nulidad de los actos de la SIC en los cuales se basa la pretensión de la demanda. En estos casos el proceso deberá suspenderse mientras que la autoridad de la competencia y/o el juez administrativo adoptan una decisión.

Una vez la SIC y/o el juez administrativo se hayan pronunciado, podrá continuar el proceso civil, cuyo objetivo es la determinación de la existencia de perjuicios ocasionados por las conductas violatorias del derecho de la competencia.

¹⁹ López, Hernán Fabio "Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano". Editorial ABC, Bogotá, Tomo I, pag. 759.

Como puede observarse, no resulta muy conveniente entonces, basar la demanda de indemnización de perjuicios en una decisión administrativa que esté siendo cuestionada ante la jurisdicción administrativa, puesto que ello podría entorpecer de manera importante el proceso.

2.2 Acciones de Competencia Desleal

Debe decirse en primer lugar, que es posible que unos mismos hechos o conductas infrinjan de manera simultánea los ordenamientos jurídicos de prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal y que se adelanten respecto de ellos, de manera simultánea, investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia y procesos judiciales o investigaciones administrativas por competencia desleal.²⁰

Como se explicó atrás, el día 24 de Mayo de 1989, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Jaime Paredes Tamayo, contestó una consulta presentada por el Ministro de Desarrollo, en relación con el régimen jurídico aplicable a las prácticas restrictivas de la competencia y a las prácticas de competencia desleal, en la época anterior a la expedición de la Ley 256 de 1996, por medio de la cual se derogaron los artículos 75 a 77 del Código de Comercio. En dicha oportunidad el Consejo de Estado manifestó que “... *todo acto de competencia desleal implica o representa una práctica comercial restrictiva...*”, interpretación que confirma por vía de autoridad el legislador de la siguiente manera:

- La ley 155 de 1959 es una ley “*Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*” y en sus artículos 10 y 11 (hoy derogados) contienen la definición y las conductas de competencia desleal, que forman parte del régimen de prácticas restrictivas.²¹

²⁰ Así sucedió en los casos de las denuncias por prácticas restrictivas y demandas por competencia desleal que adelantaron Cementos Andino y Cementos Oriente contra Argos, Holcim y Cemex. Estos casos culminaron con ofrecimientos de garantías para las investigaciones y transacciones para los litigios de competencia desleal.

²¹ Los artículos 10 y 11 de la Ley 155 de 1959 disponen:

“Artículo 10.- *Constituye competencia desleal todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas.”*

“Artículo 11.- *Se considera que constituyen actos de competencia desleal, los determinados como tales en las convenciones y tratados internacionales, y especialmente los siguientes:*

Los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios.

Los medios o sistemas encaminados a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios.

Los medios o sistemas encaminados a la desorganización interna de una empresa competidora, o a la obtención de sus secretos.

Los medios o sistemas encaminados a obtener una desviación de la clientela, por actos distintos a la normal y leal aplicación de la ley de la oferta y la demanda.

Los medios o sistemas encaminados a crear una desorganización general del mercado.

- El artículo 34 de la Ley 142 de 1994, sobre Servicios Públicos Domiciliarios, contiene la *“Prohibición de las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas”*. En su inciso inicial la norma dispone: *“Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.”* (resaltado fuera de texto). Y en el numeral 34.5 clasifica como restricciones indebidas a la competencia, las conductas *“... que describe el Título V del Libro I del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal”*.
- Por último y de la mayor relevancia, el artículo 1 de la Ley 256 de 1996 dispone que *“Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado...”*. (resaltado fuera de texto).

Adicionalmente, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 por medio de la sentencia C-535 de 1997 y reconoció que *“...La circunstancia de que la disposición demandada se refiera a prácticas restrictivas de la libre competencia, mientras el resto de la ley se ocupa de los actos de competencia desleal, no significa que se vulnere la unidad de materia, puesto que el tema genérico de la competencia sirve de eje al entero cuerpo legal.”*

Queda claro entonces que frente a unos hechos, en algunas oportunidades el o los afectados pueden optar por instaurar una demanda judicial de competencia desleal, en lugar o además de la denuncia por prácticas restrictivas de la competencia. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, contra los actos de competencia desleal se puede interponer la acción preventiva o de prohibición para el caso de que la conducta no se haya materializado o no haya producido aún los efectos anticompetitivos, o la acción declarativa y de condena orientada a 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.”*

Las falsas indicaciones de origen y de calidad de los productos, y la mención de falsos honores, premios o condecoraciones.

La ejecución de actividades del mismo género, a que se dedica la empresa a la cual pertenecen, por parte de socios, directores y dependientes, cuando tales actividades perjudiquen a dicha empresa por ser contrarias a la buena fe y al honrado y normal desenvolvimiento de las operaciones en el mercado.

Parágrafo.- *Todos los perjuicios que se causen a terceros por las prácticas, procedimientos o sistemas prohibidos por esta Ley o por actos de competencia desleal, dan acción de perjuicios por la vía ordinaria.”*

Sin embargo existe otra alternativa para utilizar la ley de competencia desleal con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por las prácticas restrictivas de la competencia. Se trata de la utilización del artículo 18 de la Ley 256 de 1996 que consagra la competencia desleal por violación de normas. De conformidad con la mencionada norma “... *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.*”

Es evidente entonces que en el evento de que una persona viole el ordenamiento jurídico y que gracias a dicha violación obtenga una ventaja competitiva significativa frente a sus competidores, éstos podrán accionar en competencia desleal con el fin de que se detenga la práctica y de cobrarle los perjuicios que les haya ocasionado. En el caso que nos ocupa la norma violada sería una norma de libre competencia, como por ejemplo una conducta de abuso de la posición dominante por precio predatorio.

La verdad es que aunque en pocas ocasiones se ha utilizado este sistema en Colombia, constituye un mecanismo a considerar cuando el objetivo principal es obtener una indemnización de perjuicios.

2.3 Acciones Populares y Acciones de Grupo

El artículo 88 de la Constitución Política dispone que la ley debe regular las acciones populares y de grupo para la protección de los derechos e intereses colectivos, entre los cuales se encuentra la libre competencia.

En desarrollo del principio constitucional mencionado, el Congreso expidió la Ley 472 de 1998, por medio de la cual se regularon las acciones populares y de grupo.

2.31 Acciones Populares

Las acciones populares son aquellas mediante las cuales, cualquier persona busca la protección de los derechos colectivos que ha sido violados o se amenaza su violación, por la acción u omisión de las autoridades o de un particular, con el fin de hacer cesar la amenaza, vulneración o agravio sobre los mismos y restituir las cosas al estado anterior, en la medida en que fuera posible²². De conformidad con el literal i) del artículo 4 de la Ley, uno de los derechos e intereses colectivos protegidos por la ley, es la Libre Competencia Económica.

²² PALACIO HINCAPIE, Juan Angel. Derecho procesal administrativo. Editorial librería jurídica Sánchez. Bogotá 2004. Página 468.

El objetivo de las acciones populares es: **(i)** la protección de los derechos e intereses colectivos; **(ii)** evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos; y **(iii)** restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible.

La acción puede ser instaurada por cualquier persona jurídica o natural, privada o pública. Sin embargo en este proceso se rompe el concepto tradicional de parte toda vez que los efectos de la sentencia se extienden a toda la colectividad, (diferencia de tutela o la acción de cumplimiento). Así pues, se puede presentar el caso en el cual los intereses particulares de una persona se alineen con los intereses públicos. Es el caso de la empresa de curtiembre que contamina el río que causa que se dañe el humedal que hacia parte de la panorámica del campo de golf del club, o el de las persona que viven en un edificio de conservación arquitectónica (parte del patrimonio cultural de la nación), que este amenazado por un derrumbe de la circunvalar en Bogotá.

Es posible ver como este tipo de raciocinio se puede plantear respecto del cumplimiento de las normas de competencia. En efecto, como está empezando a suceder, cualquier persona puede demandar empresas que han sido encontradas culpables de la realización de prácticas restrictivas de la competencia, con el fin de que restituyan las cosas al estado anterior y por ejemplo devuelvan el dinero de más que cobraron por un acuerdo de precios. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“Las acciones populares consignadas en el inciso 1 del artículo 88 de la Carta Política, jurisprudencialmente son conocidas como acciones populares con fines concretos, pues aunque están encaminadas al patrocinio y defensa de los derechos e intereses de la comunidad, no pueden utilizarse en principio, para resarcir de manera individual o plural el daño contingente, que pueda causar la acción u omisión de la autoridad pública o del particular, dado el carácter esencialmente preventivo que las inspiran, como lo ha interpretado esta misma sala de revisión”
(Sentencia T 536 de 1994 MP Antonio Barrera Carbonell.*

A pesar de que de conformidad con la Ley 472 de 1998, cualquier persona podría interponer la acción popular, antes de su expedición, la Corte Constitucional sentó un precedente al establecer mediante sentencia T 254 de 1993, que la persona que la interpusiera debería ser parte de la comunidad eventualmente afectada por los hechos que atentan contra el interés colectivo.

Mientras subsista la amenaza o peligro del derecho e interés colectivo podrá promoverse en cualquier tiempo. Antes, el artículo 11 de la ley 472 de 1998 establecía que cuando la acción tuviera por objeto la “restitución de las cosas a su estado anterior”

tenía una caducidad de 5 años, sin embargo esto fue declarado inexecutable por la corte constitucional (Sentencia C 215 de 1999)

De conformidad con lo señalado en el artículo 88 de la Constitución y la ley 472 de 1998, la acción popular puede adelantarse de manera concurrente con cualquier otro proceso judicial.

Como se había mencionado, se está empezando a presentar cada vez con mas frecuencia el uso de las acciones populares como medios para reconstituir el patrimonio público afectado por conductas contrarias a la libre competencia, sin embargo existen algunos precedentes de acciones populares relacionadas con la protección de este derecho que no pretendían la reconstitución del patrimonio público:

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007), Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Expediente: AP-00549. Se presentó un salvamento de voto: una acción popular contra EMCALI y los participantes de un proceso licitatorio para la prestación de servicios de seguridad en las instalaciones de la entidad. El demandante alegó que existió colusión entre los otros oferentes del proceso licitatorio, lo cual atentaba contra el derecho a la libre competencia económica.
- Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009), Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO. Expediente: AP-00739. Contiene aclaración de voto de la Consejera Martha Teresa Briceño de Valencia. Se trata de acción interpuesta contra la Federación Nacional de Cafeteros en relación con el usufructo de la marca “Juan Valdez”.²³

2.3.2 Acciones de Grupo

Son aquellas por medio de las cuales una colectividad busca obtener exclusivamente el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios que se hayan ocasionado en forma individual a un conjunto de personas no menor de veinte (20).²⁴

Por medio de las acciones “... *de grupo o clase un conjunto de personas que se han visto afectadas por un daño a un interés colectivo, podrían solicitar el pago de una indemnización por los perjuicios individuales que éste les haya ocasionado. En este caso lo que se pretende reivindicar es un interés personal. Su finalidad es obtener*

²³ Ver <http://www.portafolio.co/archivo/documento/CMS-4900452>

²⁴ PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Editorial Jurídica Sánchez . Bogotá 2004. Página 490.

exclusivamente una compensación monetaria, que sería percibida por cada uno de los miembros.²⁵

Como se puede observar, las acciones de clase o grupo, están enfocadas de manera exclusiva a la indemnización de perjuicios mediante el pago de sumas de dinero, pero no sirven para devolver las cosas al estado anterior, como sucede con las acciones populares.

Las acciones de grupo deben ser interpuestas a través de abogado. La legitimación activa para instaurar las acciones de grupo, la tienen las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el perjuicio individual. Así mismo pueden actuar el defensor del pueblo, los personeros municipales y distritales cuando sea en nombre de una persona en situación de desamparo o indefensión.

Como se puede observar, este tipo de acciones resultan idóneas para que un grupo de personas afectadas por la realización de prácticas restrictivas de la competencia, obtengan la indemnización de los perjuicios que les han sido ocasionados.

3. CONCLUSIONES

Las conclusiones generales del presente estudio son las siguientes:

- Además de vulnerar el orden público económico en su categoría de libre competencia, en muchos casos las prácticas restrictivas de la competencia ocasionan también perjuicios a personas naturales o jurídicas individuales.
- En los Estados Unidos de América, las demandas de los particulares en temas de competencia constituyen uno de los principales motores para el análisis, aplicación y progreso del Derecho de la Competencia. Estos litigios representan la gran mayoría de las acciones que se presentan a los jueces en temas de competencia. Los particulares se ven motivados a acudir a la jurisdicción, debido al incentivo que otorga la ley, de recibir los daños demostrados por triplicado.
- En Colombia la actuación de la SIC es de carácter administrativo. En caso de encontrarse demostrada la realización de prácticas anticompetitivas la autoridad impone una multa a favor del Estado y las personas individualmente vulneradas por las prácticas anticompetitivas deben buscar la satisfacción de su interés bajo otra cuerda procesal. No existe incentivo económico alguno para demandar y los daños punitivos son ajenos a nuestra trayectoria jurídica.
- La indemnización de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas se puede lograr por medio de demandas civiles, procesos de competencia desleal o

²⁵ Sentencia T 231 de 1993.

acciones de grupo. Hasta ahora están empezando las primeras acciones de reparación de perjuicios y el país aún no tiene experiencia en este tipo de procesos.

- Sin embargo, aún con las normas incipientes que Colombia ofrece para el efecto, la posibilidad de que se impongan multas tan cuantiosas como las que trae la Ley 1340 de 2009 y adicionalmente se cobren perjuicios, debería resultar disuasiva para los potenciales infractores.
- Se requiere establecer un mecanismo efectivo para que los afectados puedan cobrar sus perjuicios, pero no se considera conveniente que se otorgue un poder jurisdiccional a la SIC para el efecto. Es preferible asignar un grupo de jueces especializados en temas económicos, trabajar en la eficiencia y rapidez de la justicia, crear incentivos económicos para que avancen las demandas privadas de competencia y continuar trabajando en la cultura de competencia.

FIN