

Acciones de daños por infracciones al derecho de la competencia en Colombia

Actions for Damages for Violations of Competition Law in Colombia

José Miguel De la Calle Restrepo*, David Toro Ochoa** y Jerónimo Ocampo Meléndez***

Resumen

El derecho de la competencia busca preservar la libre competencia económica; sin embargo las prácticas anticompetitivas impactan al mercado, afectando a consumidores y empresarios. Pese a ello, la autoridad de competencia colombiana, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la "SIC"), no puede resolver disputas entre privados, debido a que el marco legal del derecho de la competencia se diseñó para proteger un bien público. Así, el proceso para reclamar daños causados por prácticas anticompetitivas sigue el procedimiento estándar de responsabilidad civil, lo que dificulta que las partes afectadas busquen reparación.

Este texto analiza las acciones por daños en derecho de la competencia en Colombia, comparándolas con legislaciones regionales y los avances en Europa y Estados Unidos. Se ofrecen propuestas concretas para fortalecer el papel del derecho de la competencia en la protección de los intereses empresariales y en la denuncia de quienes causen perjuicios como medio para preservar la libre competencia económica.

Palabras clave

Derecho de la Competencia, acciones de daños, responsabilidad civil, aplicación privada, indemnización.

Abstract

The purpose of competition law is to preserve economic competition; however, anticompetitive practices impact the market, affecting consumers and entrepreneurs. Despite this, the Colombian competition authority, the Superintendence of Industry and Commerce (hereinafter, "SIC"), cannot resolve disputes between private parties, as the legal framework of competition law was designed to protect a public good. Thus, the process to claim damages caused by anticompetitive practices follows the standard procedure of civil liability, making it difficult for affected parties to seek redress.

This text analyzes actions for damages in Colombian competition law, comparing them with regional legislation and developments in Europe and the United States. Concrete proposals are offered to strengthen the role of competition law in protecting business interests and in denouncing those who cause harm as a means to preserve economic competition.

Palabras clave

Antitrust, damages, civil liability, private enforcement, compensation.

* Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá, 1991), con maestría (L.L.M) de Harvard University y estudios adicionales en London School of Economics (LSE) y el Instituto Ortega y Gasset. Ocupó el cargo de Superintendente de Industria y Comercio entre 2010 y 2012 y, como tal, fungió como cabeza de esta entidad pública colombiana que constituye la autoridad nacional de competencia y la oficina nacional de propiedad industrial la que, además, actúa como autoridad de protección de datos y protección al consumidor. Desde 2015 se incorporó como socio de Garrigues y actualmente es el director del Departamento de Derecho Público y Competencia del Despacho en Bogotá. Ha sido profesor universitario y actualmente es árbitro de la lista principal de la Cámara de Comercio de Bogotá (principal centro de arbitraje nacional). Detenta desde hace varios años la dignidad de servir como Conjuez de la Corte Constitucional.

** Abogado y Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Master of Laws (LL.M.) con certificado de especialización en Derecho de los Negocios de la Universidad de California - Berkeley. Asociado principal de Garrigues desde 2023, haciendo parte del equipo de Derecho Administrativo de la oficina de Bogotá. Cuenta con más de 10 años de experiencia en asesoría y litigio en Derecho de la Competencia, Derecho del Consumo, Regulación Económica, Protección de Datos Personales, Análisis Económico del Derecho, Derecho del Transporte, Derecho Energético y Derecho de las Telecomunicaciones. Además, se desempeña como docente de pregrado y posgrado de las facultades de Derecho y Economía de la Universidad Externado de Colombia.

*** Abogado de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como Abogado Estudiante en el área de Competencia & Propiedad Intelectual de la firma Gómez Pinzón Abogados.



1. Introducción

La legislación colombiana se interesó en la protección de la libre competencia económica a finales de 1950, con la expedición de la Ley 155 de 1959, “Por el cual se dictan normas sobre prácticas comerciales restrictivas”, la cual se considera como una de las primeras normas de protección de la competencia que hubo en los ordenamientos jurídicos continentales. Esta norma fue impulsada por Hernando Agudelo Villa, el entonces ministro de Hacienda del Gobierno del presidente Carlos Lleras Camargo, quien en la exposición de motivos de la norma justificó su necesidad planteando una preocupación debido a las afectaciones que las prácticas restrictivas de la competencia tenían en el interés general de la comunidad:

*“El proyecto no se inspira en el ánimo de desalentar, ni mucho menos el crecimiento de las empresas o su integración, por cuanto precisamente la disminución de costos, los precios favorables y la mejor calidad de los productos, dependen de manera especial de industrias que puedan producir en gran escala. Y porque los males sociales no provienen en sí del hecho de que las empresas sean unidades económicas robustas, sino de las **prácticas nocivas, que con base en su poder económico, pueden ejecutar en perjuicio de los intereses generales de la comunidad**” (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

A pesar de los esfuerzos del entonces ministro Agudelo Villa, esta normativa no se aplicó de manera sólida en la segunda mitad del siglo XX, principalmente debido al modelo proteccionista adoptado por Colombia, sustentado en la Constitución de 1886, que desalentaba la competencia (Miranda, 2011, p. 75).

La aplicación del derecho de la competencia comenzó a tomar forma con la inclusión de la libre competencia económica en el artículo 333 de la Constitución de 1991 y la adopción del modelo de economía social de mercado. En concreto, el artículo 333 de la Constitución establece cuatro directrices: (i) la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; (ii) la libre competencia económica es un derecho de todos que conlleva responsabilidades; (iii) la empresa, como base del desarrollo, tiene una función que implica obligaciones; y (iv) el Estado debe prevenir la obstrucción o restricción de la libertad económi-

ca y controlar cualquier abuso por parte de personas o empresas con posición dominante.

Basándose en estos principios constitucionales, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que “el artículo 333 de la Constitución (...) propende entonces por el equilibrio entre el reconocimiento de la libertad económica y la protección del interés general.¹”, destacando una vez más la libre competencia económica como un derecho cuya protección es de interés general.

Posteriormente, con el objetivo de fortalecer las normas de libre competencia en Colombia y cumplir con los estándares establecidos en el artículo 333 de la Constitución, se promulgó el Decreto 2153 de 1992. Este decreto reestructuró la SIC y definió las prohibiciones relacionadas con actos contrarios a la libre competencia, acuerdos contrarios a la libre competencia y abuso de la posición de dominio. Para desarrollar aún más el régimen de derecho de la competencia, se promulgó la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011.

La Ley 1340 de 2009 desempeñó un papel fundamental al actualizar la normativa en materia de protección de la competencia en Colombia. Esta ley introdujo modificaciones al régimen general de sanciones, desarrolló las normativas relacionadas con el control de fusiones y adquisiciones empresariales, implementó beneficios por colaboración y fortaleció las facultades de la SIC. De manera complementaria, el Decreto 4886 de 2011 modificó el Decreto 2153 de 1992 y definió las funciones generales de la SIC, el Superintendente y sus distintas delegaturas. En resumen, estas normas configuran el marco legal que rige la protección de la libre competencia en Colombia.

La salvaguarda administrativa del derecho a la libre competencia económica y el cumplimiento de las disposiciones mencionadas están bajo la responsabilidad de la SIC. Para comprender el papel de la SIC en el régimen de protección de la libre competencia, es importante analizar la naturaleza y alcance de las funciones de las superintendencias en general.

Las superintendencias, según lo establecido en el artículo 66 de la Ley 489 de 1998, son organismos con autonomía administrativa y financiera encargados de llevar a cabo funciones de inspección, vigilancia y control, encomendadas por la ley.

1 Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 1998.

Aunque la ley no ofrece una definición precisa de los términos “inspección, vigilancia y control”, el Consejo de Estado² ha aclarado su contenido:

(...) puede señalarse que la función administrativa de **inspección** comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad; la **vigilancia**, por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige; y, finalmente, **el control permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo.**

En este contexto, las funciones generales de la SIC, establecidas en el artículo 1° del Decreto 4886 de 2011, abarcan la responsabilidad de tomar decisiones en casos de investigaciones administrativas relacionadas con la violación de normas de protección de la competencia que afecten el interés general. Además, la SIC está facultada para adoptar sanciones, medidas y órdenes, de conformidad con la ley.

Dicho esto, el propósito fundamental de la SIC como entidad administrativa encargada de preservar la libre competencia económica es claro: debe velar por la protección de este derecho en beneficio del interés general, es decir, como un bien de carácter colectivo y público. No obstante, surge una pregunta importante: ¿qué ocurre cuando las prácticas que restringen la competencia afectan un interés jurídico particular?

Las prácticas restrictivas de la competencia pueden tener efectos diversos. Por un lado, pueden perturbar el funcionamiento adecuado del mercado, creando distorsiones que perjudican el interés general. En tal caso, la SIC está habilitada para cumplir su función de inspección, vigilancia y control, y tomar medidas para prevenir o sancionar estas prácticas anticompetitivas.

No obstante, por otro lado, estas prácticas contrarias al régimen de protección de la libre competencia pueden tener impactos privados en los agentes que operan en el mercado y en los consumidores finales. Como resultado, los competidores del infractor y otros participantes del mercado pueden experimentar daños y perjuicios causados por la conducta objetada.

Por lo tanto, el derecho de la competencia puede ser aplicado de forma pública o privada. La aplicación pública es responsabilidad de la SIC, que vela por la protección de un bien de interés general. En cambio, la aplicación privada del derecho de la competencia busca compensar los daños sufridos por otros participantes del mercado debido a la conducta anticompetitiva. Al respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, la “OCDE”) ha reconocido que:

La aplicación pública persigue principalmente el interés público en los mercados competitivos, confiando a una entidad pública (la autoridad de competencia) las herramientas y los poderes para detectar, investigar y, en última instancia, castigar las infracciones de la ley de competencia. La aplicación pública no está directamente relacionada con la compensación de los daños sufridos por las víctimas de conductas anticompetitivas: la reparación de dichos daños es tradicionalmente responsabilidad de la aplicación privada del derecho de la competencia (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2018, p.12).

En este contexto, el sistema legal colombiano ha adoptado un enfoque mixto en la aplicación de las normativas de derecho de la competencia. Como hemos discutido, la norma general se basa en un sistema de aplicación pública, donde la SIC se encarga de imponer sanciones administrativas. No obstante, dado que la SIC no tiene la autoridad para pronunciarse sobre los efectos individuales que resultan de la comisión de conductas anticompetitivas, se permite la aplicación directa del régimen de libre competencia, a través de la vía judicial, cuando dichas conductas causan efectos específicos en individuos.

Al respecto, es relevante destacar que las prácticas restrictivas suelen tener efectos que impactan a múltiples participantes del mercado, no limitándose a un único actor. Como lo subraya Ingrid Ortiz Baquero en su libro “La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia:

(...) el comportamiento anticompetitivo trasciende 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 liberta-

2 Negrilla y subrayado fuera de texto.



des en las condiciones en que podrían hacerlo en un mercado libre en competencia (2011, p. 243).

En este sentido, hay diversos actores legitimados para buscar indemnización por daños resultantes de infracciones al derecho de la competencia. En una primera instancia, las prácticas que restringen la competencia pueden generar efectos explotativos, ya que el infractor se beneficia de ganancias adicionales que no habría obtenido sin llevar a cabo la conducta anticompetitiva. En este escenario, dentro de los agentes afectados se encuentran los participantes en la cadena de producción del agente que cometió la infracción, incluyendo fabricantes, distribuidores, proveedores, comerciantes y, en particular, el consumidor final, quien se ve afectado al pagar precios más elevados que los que se darían en un mercado competitivo (De la Calle, 2021).

Por otro lado, las prácticas restrictivas de la competencia pueden tener efectos excluyentes. Conforme a la jurisprudencia de la SIC, esto ocurre cuando se impide o dificulta la entrada de un competidor al mercado debido a los costos asociados, lo que hace que su participación sea inviable (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018). En este sentido, uno de los grupos más perjudicados por la comisión de prácticas anticompetitivas son los competidores potenciales y actuales del agente infractor, ya que sufren pérdidas significativas como resultado de la infracción de las normas de libre competencia.

Sin embargo, en Colombia no existe una práctica consolidada en el reconocimiento de daños y la indemnización en el ámbito de la libre competencia. Esto se debe a que, el régimen de responsabilidad civil ordinario no es un mecanismo adecuado para que los agentes afectados busquen compensación por el daño sufrido. Como resultado de esto, se socava la efectividad del derecho a la libre competencia económica, que, según el artículo 333 de la Constitución, pertenece a todos.

En este contexto, este documento aborda los siguientes aspectos: (i) el panorama actual en Colombia; (ii) los progresos en Latinoamérica; (iii) los avances en Europa y Estados Unidos; y (iv) ofrece recomendaciones para fortalecer la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia. Finalmente, (v) se presentan breves conclusiones sobre el tema.

El propósito de este análisis es demostrar que el régimen ordinario de responsabilidad civil es insu-

ficiente para promover acciones por daños derivados de violaciones al derecho de la competencia. Lo cual, a su vez, perjudica el derecho a la libre competencia de todos los ciudadanos, ya que este derecho no solo se refiere a las afectaciones generales en el mercado, sino también considera cómo se afectan los intereses individuales de los ciudadanos. Por lo tanto, para lograr una regulación integral del régimen de libre competencia, es fundamental fortalecer la aplicación privada de esta materia a través de un régimen de daños especializado.

2. Estado del arte en Colombia

Dentro de un sistema mixto para la aplicación de las normativas del derecho de la competencia, un particular que busque el reconocimiento de daños ocasionados por una conducta anticompetitiva debe recurrir a un Juez de la República. Esto se debe a que la entidad competente para reconocer y adjudicar daños individuales es la rama judicial en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. En este contexto, los conflictos que surgen entre individuos como resultado de una infracción al derecho de la competencia se rigen por el marco legal ordinario de la responsabilidad civil.

2.1 Elementos de la responsabilidad civil por infracciones al régimen del derecho de la competencia

Dado que no existe un conjunto de reglas específicas para las acciones civiles derivadas de la realización de prácticas restrictivas de la competencia, es necesario recurrir a las disposiciones de responsabilidad civil establecidas en el artículo 2341 del Código Civil colombiano. Este artículo dispone 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”.

De esta manera, queda claro que aquel que lleva a cabo una conducta anticompetitiva es responsable de los perjuicios que sus acciones causan a individuos. En estos términos, el régimen general de responsabilidad civil, derivado del artículo 2341, requiere la reunión de varios elementos que permiten la atribución de responsabilidad: (i) el hecho dañoso, (ii) el daño antijurídico sufrido y (iii) el nexo causal entre el hecho y el daño.

El hecho dañoso implica demostrar la existencia de la situación concreta que dio origen al daño. Para demostrar un hecho dañoso en el contexto del régimen de protección de la libre competencia, es

necesario establecer la existencia de una conducta anticompetitiva. No obstante, probar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia presenta desafíos particulares. En primer lugar, surge la pregunta de cómo demostrar la existencia de una conducta anticompetitiva cuando la autoridad de competencia, en este caso, la SIC, no ha emitido un dictamen al respecto (De la Calle, 2021).

La doctrina legal se divide en su enfoque de este problema, y en general, se puede dividir en dos perspectivas. Por un lado, están aquellos que sostienen que debería aplicarse el principio de prejudicialidad en los casos de daños derivados de prácticas restrictivas de la competencia³. Según esta visión, dado que la SIC es la autoridad nacional de competencia, un proceso civil no puede avanzar sin que esta entidad haya determinado la existencia de la práctica anticompetitiva. En consecuencia, el proceso se suspendería hasta que la autoridad de competencia tome una decisión (Miranda, 2011). Es importante aclarar que la decisión de la SIC simplemente establecería la existencia del hecho dañoso, pero no conduciría automáticamente al reconocimiento de los perjuicios alegados.

No obstante, las investigaciones administrativas que llevan a la imposición de sanciones y al reconocimiento de la responsabilidad del agente investigado pueden extenderse hasta cinco años, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Esto sin tener en cuenta que las decisiones de la SIC pueden ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Un proceso adicional que añade años al procedimiento hasta que se alcance una decisión sancionatoria final (Polanco, 2017).

Por otro lado, la segunda perspectiva no respalda la aplicación del principio de prejudicialidad en los procedimientos civiles relacionados con prácticas restrictivas de la competencia. Sin perjuicio de la posición de la SIC como la autoridad nacional de competencia, este enfoque argumenta que los tribunales civiles pueden aplicar las normativas de protección de la libre competencia de manera privada, lo que permite a los particulares acudir a los tribunales civiles para buscar indemnización por

daños, sin requerir una decisión sancionatoria previa de la SIC (Ortiz, 2011).

El segundo aspecto esencial para establecer la responsabilidad civil en casos de prácticas restrictivas de la competencia es el daño. Para demostrar este elemento, es necesario evidenciar que el hecho dañoso resultó en un perjuicio de naturaleza material o inmaterial. En este contexto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia⁴ ha definido el daño como:

La vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.

Puntualmente, los elementos constitutivos del daño son: (i) la certeza del daño; (ii) el carácter personal; y (iii) la naturaleza directa (Consejo de Estado, Sección Tercera. 1 de julio de 2015, Rad. 30385). Si el demandante logra probar estas características, se configura la segunda característica del régimen de responsabilidad civil.

Por último, es necesario que exista un nexo causal entre el hecho dañoso y el perjuicio alegado. Para atribuir el resultado de una conducta a un individuo y declararlo responsable, se debe demostrar que existe una relación de causa y efecto entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido (Patiño, 2008). En el contexto de las prácticas restrictivas de la competencia, la determinación del nexo causal es complicada. Esto se debe a que es necesario demostrar que los perjuicios alegados no fueron el resultado de una externalidad del mercado, sino que se originaron directamente debido a la conducta anticompetitiva.

Es importante señalar que la responsabilidad civil puede ser de naturaleza contractual o extracontractual, dependiendo de la relación entre el agente infractor y el demandante. En el caso de la responsabilidad civil extracontractual, los daños causados por la conducta anticompetitiva deben analizarse según el régimen de responsabilidad subjetiva, lo

3 El concepto de prejudicialidad implica que “cuando la determinación que se debe tomar en un proceso civil depende de otra, ya sea de carácter administrativo, penal, civil o aún 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 debe tomar el juez civil.” En: López, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo 1. (Bogotá: Editorial ABC). Página 759.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014, N° 2003-00660-01



que implica demostrar la culpa del agente infractor (Holguín, 2013).

Sin embargo, cuando se trata de una violación de una disposición normativa, la infracción misma es prueba suficiente de la culpa (Holguín, 2013). Esto se debe a que el incumplimiento de los deberes normativos que impone la ley a un individuo conlleva automáticamente una presunción de culpa para aquel que viola la norma. En este sentido, al demostrar la existencia del hecho dañoso, que implica demostrar la existencia de una conducta contraria al régimen de libre competencia, ya se está probando la culpa del agente infractor, en caso de que se trate de una conducta generadora de responsabilidad civil extracontractual.

En resumen, si se cumplen los requisitos mencionados, el agente infractor del régimen del derecho de la competencia debe indemnizar al demandante. Con esto en mente, a continuación, se describen las acciones que se pueden emprender para establecer la responsabilidad del agente infractor.

2.2 Acciones que permiten reclamar perjuicios en Colombia por infracciones al derecho de la competencia

2.2.1 Acción individual declarativa de responsabilidad civil

La responsabilidad civil se encuentra regulada en los artículos 1604 a 1617 y 2341 del Código Civil colombiano, y de estos se derivan dos acciones de responsabilidad civil: la acción de responsabilidad civil contractual y la acción de responsabilidad civil extracontractual. La elección entre estas dos acciones depende de la naturaleza de la relación entre la persona perjudicada y el agente infractor.

Por un lado, la acción de responsabilidad civil contractual está regulada en los artículos 1604 a 1617, que abordan la responsabilidad del deudor y del acreedor en el contexto de una relación contractual (De la Calle, 2021). Esta acción se aplica cuando el hecho dañoso proviene del incumplimiento de una obligación contractual, que a su vez constituye una violación al régimen de protección de la libre competencia.

Por otro lado, la acción de responsabilidad civil extracontractual se deriva del artículo 2341 del Código Civil. Esta acción procede cuando el daño no resulta de un acto jurídico en sentido estricto, sino únicamente de la comisión de una conducta anticompetitiva.

En casos de actos anticompetitivos en el contexto de una relación contractual, el juez civil tiene la facultad de declarar la nulidad de dichos actos, respaldándose en el artículo 19 de la Ley 155 de 1959 que establece “los acuerdos, convenios u operaciones prohibidos por esta ley son absolutamente nulos por objeto ilícito” y en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, que dispone: “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”.

Por su lado, el objeto ilícito se configura cuando un acto jurídico incluye prestaciones que violan alguna norma de orden público (Castro, 2016). De manera específica, el artículo 1519 del Código Civil colombiano define el objeto ilícito como aquel que “contraviene al derecho público de la nación”. En este contexto, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 19 de la Ley 155 de 1955 concuerdan con el artículo 1741 del Código citado, que establece que los negocios que contengan un objeto o causa ilícita están viciados de nulidad absoluta. Por lo tanto, es claro que los actos o negocios jurídicos que contengan disposiciones prohibidas por el ordenamiento jurídico, que incluye el régimen de protección de la libre competencia, están viciados por objeto ilícito.

Es importante destacar que la nulidad de un acto jurídico debe ser declarada judicialmente. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que “(...) las nulidades en el campo del derecho privado, las cuales, conforme al criterio predominante en los ordenamientos estatales, deben ser declaradas por la jurisdicción y produce efectos retroactivos” (2021). En este contexto, normalmente, la facultad de declarar la nulidad de una cláusula recae en los jueces de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, como se ha demostrado, esta facultad se puede sustraer de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar atribuirse a un tribunal arbitral para tomar una decisión sobre la nulidad de una cláusula en relación con la violación de las normas del derecho de la competencia.

Además, tanto en acciones de responsabilidad civil contractual como en las de responsabilidad civil extracontractual, si el juez civil verifica la presencia de los elementos de responsabilidad civil previamente mencionados, tiene la facultad de ordenar la indemnización de los perjuicios debidamente comprobados.

2.2.2 Acción de grupo (class action)

Cuando una conducta dañina afecta a un número significativo de personas, estas víctimas pueden recurrir a una acción de grupo para buscar la indemnización de los perjuicios que han sufrido. Esta acción se aplica específicamente cuando al menos veinte (20) personas han experimentado daños debidos al mismo incidente. La Ley 472 de 1998 define la acción de grupo de la siguiente manera:

Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

En esencia, la acción de grupo reúne a todas las partes afectadas con el fin de entablar una acción de responsabilidad civil conjunta, lo que simplifica el acceso a la justicia para las víctimas de prácticas anticompetitivas. Sin embargo, a diferencia de la acción de responsabilidad civil, que tiene un plazo de prescripción de diez (10) años, la acción de grupo prescribe dos (2) años después de que cesen las prácticas anticompetitivas. Esto dificulta la organización y reunión de las víctimas afectadas para acudir a la jurisdicción ordinaria en busca de indemnización por daños.

En el caso de los consumidores afectados, esta acción es idónea para defender sus intereses y solicitar indemnización. Por ejemplo, en un cartel empresarial que aumenta los precios de los productos, el consumidor paga un precio más alto de lo que debería en un mercado competitivo. Este perjuicio afecta a todos los consumidores del producto y proviene de la misma causa, lo que lo convierte en un escenario ideal para presentar una acción de grupo.

Sin embargo, este instrumento no se ha explorado en esta área, principalmente debido al desconocimiento de sus beneficios, como señalan Pablo Ángel y Laura Estrada:

En Colombia, históricamente, la acción de grupo no se ha presentado como alternativa para la protección del derecho a la libre competencia, lo cual se explica principalmente por el

desconocimiento de los beneficios que presenta esta forma de litigio colectivo (2011).

Se han realizado varios intentos, asociados con casos notables como el del cartel del azúcar⁵, los pañales⁶ y los cuadernos⁷, los cuales fueron presentados por la Liga de Consumidores de Bogotá. En el caso del cartel del azúcar, se llevó a cabo una demanda por 11 billones de pesos en contra del ingenio azucarero. Respecto al cartel de los pañales, esta organización demandó a las cuatro empresas implicadas por un monto de \$635.000 millones de pesos. Asimismo, en el caso del cartel de los cuadernos, se presentó una acción de grupo reclamando \$153.000 millones por los daños causados por la violación al régimen de libre competencia. A pesar de que estas tres demandas fueron admitidas, ninguna tuvo éxito. Específicamente, el proceso contra los implicados en el cartel de los pañales fue archivado en 2018, al igual que el caso llevado contra los participantes del cartel de los cuadernos. Además, la Liga de Consumidores de Bogotá retiró su acción presentada contra el ingenio azucarero en 2015. Desde el año 2015 en adelante, se han presentado otras demandas menos conocidas que las mencionadas, sin embargo, hasta el momento ninguna ha prosperado.

Esta acción se ha empleado con gran efectividad en el ámbito medioambiental, siendo el caso emblemático el del relleno sanitario Doña Juana. En el cual, variaciones en el terreno, cambios en los diseños y un manejo inadecuado de los desechos provocaron deficiencias en el servicio, generando impactos en las comunidades circundantes. La acción de grupo reunió alrededor de 60.000 demandantes afectados por la misma problemática, resultando en una indemnización conjunta de \$227.440.511.00 COP⁸.

Sin embargo, el enfoque de las acciones de grupo ha evolucionado. Más allá de temas medioambientales, actualmente se están llevando a cabo acciones de grupo, entre otros, en asuntos relacionados con posibles infracciones al régimen general de protección de datos. Por ejemplo, en la actualidad se está tramitando una acción de grupo contra Rappi S.A.S. por supuestos incumplimientos de las normativas referentes al tratamiento de datos según lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012. Los demandantes alegan que la empresa no respetó el derecho

5 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 103652 de 2015.

6 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 43218 de 2016.

7 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución. Resolución 7897 de 2015.

8 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1 de noviembre de 2012, con Rad. 2500023260000199900002.



de los consumidores a eliminar sus datos, y no se demostró la existencia de la autorización para recolectar y utilizar esa información. En este contexto, se evidencia que las acciones de grupo han comenzado a utilizarse para asuntos contemporáneos, lo que plantea la incógnita sobre por qué su aplicación no se ha extendido al ámbito del derecho de la competencia.

Es importante tener en cuenta que la acción de grupo se encuentra dentro del marco de la responsabilidad civil, ya que necesita la existencia de un daño, su atribución y la obligación de repararlo. Así mismo, en el propio articulado de la Ley 472 de 1998, se establece que “las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad”. En este contexto, su aplicación dentro del marco de la competencia enfrenta desafíos similares a los de otras acciones de responsabilidad civil en cuanto a la prueba de sus elementos, como se analizará más adelante. Esta puede ser la razón por la cual, a pesar de que la acción sea en principio ideal para perseguir perjuicios en el marco de una conducta anticompetitiva, no haya tenido éxito. Se necesita de normativas complementarias o de su aplicación en un régimen especializado que comprenda las complejidades relacionadas con probar la realización de una práctica restrictiva de la competencia.

En todo caso, fomentar la implementación de esta acción podría tener un gran impacto en la protección del derecho a la libre competencia, especialmente considerando las sanciones significativas que podría generar y sus efectos disuasorios.

2.2.3 Acción popular

En Colombia, la misma norma que regula las acciones de grupo también consagra la acción popular. A diferencia de la acción de grupo, la acción popular no es de carácter indemnizatorio, por el contrario, es una acción colectiva que se centra en la protección de los derechos e intereses de carácter público. En este sentido, no se enmarca de manera precisa en la discusión de la aplicación privada del derecho de la competencia. No obstante, sigue siendo una acción de utilidad para proteger intereses de particulares. En concreto, la Ley 472 de 1998 establece:

Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la

vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

La efectividad de este mecanismo para proteger intereses colectivos radica en la amplitud y poder de las solicitudes que se pueden presentar. Esto se debe a que, dentro de las pretensiones mencionadas, como evitar daños potenciales o cesar amenazas, se destaca como uno de los elementos esenciales de las acciones populares “el carácter oficioso con que debe actuar el juez, sus amplios poderes y con miras a la defensa de los derechos colectivos (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 2013). En este sentido, las pretensiones pueden dar lugar a decisiones judiciales *extra petitas*, lo que resulta en un mecanismo eficaz para la protección de los derechos del quejoso.

En concreto, esta acción ofrece dos formas distintas de protección de los derechos: *ex ante* y *ex post*. Puede utilizarse para prevenir la ocurrencia de una acción anticompetitiva, es decir, antes de que ocurra el hecho dañoso. También puede buscar revertir los efectos de la acción y restablecer la situación anterior a la comisión de la conducta anticompetitiva, siempre que se trate de una situación en curso en la que la intervención judicial permita la cesación de una situación de vulneración del derecho.

La procedencia de la acción popular en relación con las infracciones al régimen de protección de la libre competencia se basa en el derecho 4º de la Ley 472 de 1998, que establece como derechos e intereses colectivos, entre otros, aquellos relacionados con la libre competencia económica. Por lo tanto, es una acción adecuada para proteger los intereses de las partes afectadas por la comisión de conductas anticompetitivas.

2.2.4 Acción de competencia desleal

La competencia desleal está regulada por la Ley 256 de 1996, la cual tiene como objetivo garantizar la libre y leal competencia económica. Sin embargo, a diferencia del régimen de protección de competencia, este es un régimen de responsabilidad civil especial que protege el aspecto subjetivo del derecho constitucional a la libre competencia. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que, “la finalidad de la normatividad en materia de competencia desleal consiste en promover y proteger la libre competencia en el mercado, para así preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente” (Corte Constitucional, Auto 1036 de 2022).

Como se trata de un régimen de responsabilidad civil especial, el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 establece dos acciones que se pueden presentar en caso de que se determine la existencia de un acto de competencia desleal. Por un lado, está la acción declarativa y de condena, que permite la declaración de ilegalidad de los actos cuestionados, la remoción de los efectos producidos y la indemnización de los perjuicios causados. Por otro lado, existe la acción preventiva o de prohibición, que busca, como su nombre indica, prevenir o prohibir la realización de una conducta desleal.

En este sentido, el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 proporciona un mecanismo apropiado para buscar compensación por los daños ocasionados por prácticas que restringen la competencia, a través de un proceso judicial. Este artículo reprocha aquellas ventajas obtenidas en el mercado como resultado de la violación de una norma legal. Concretamente, el artículo establece que "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".

Al respecto, la SIC ha explicado que los actos de violación de normas se configuran cuando se cumplen los siguientes elementos: (i) la infracción de una norma distinta a las contempladas en la Ley 256 de 1996; (ii) la obtención efectiva en el mercado de una ventaja competitiva como resultado de la norma violada; y (iii) que la ventaja obtenida sea significativa (Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, Sentencia No. 025, 2011).

En consecuencia, si un competidor ha infringido el régimen de protección de la libre competencia y ha obtenido una ventaja competitiva significativa como resultado, se cumplen los requisitos del artículo mencionado, lo que permite buscar indemnización por los daños derivados de la infracción de la norma.

En resumen, aunque el régimen de competencia desleal no esté directamente relacionado con el régimen de libre competencia, aquellos que han sufrido daños como resultado de la conducta del infractor tienen el derecho de recurrir a lo establecido en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 para reclamar de manera privada los daños causados. Es importante destacar que esta acción puede ser presentada por todas las personas afectadas por la conducta anticompetitiva, ya que la Ley 256 de 1996 establece que la aplicación de la ley no está

condicionada a la existencia de una relación de competencia entre el individuo que realiza la conducta desleal y el afectado.

Así, debemos tener en cuenta la legitimación que se prevé en el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, que se lee:

En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley.

Las acciones contempladas en el artículo 20, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:

Las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros.

Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores.

El Procurador General de la Nación en nombre de la Nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

La legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o una parte sustancial del mismo.

Con esto vemos que hay una variedad de personas legitimadas para adelantar una demanda de competencia desleal cuando se considere afectada por la desventaja producida por la comisión de una práctica antimonopólica. Sin embargo, debemos tener en cuenta que los elementos del artículo 18 mencionado exigen que la ventaja sea adquirida "frente a competidores". Con esto, serán ellos los más llamados a hacer uso de esta acción, sin perjuicio de la legitimación que explicamos.

2.2.5 Arbitraje

El arbitraje no es la vía más idónea para reclamar indemnizaciones por perjuicios en el contexto de relaciones extracontractuales, a menudo vinculadas a daños derivados de prácticas restrictivas de la



competencia, en vista de que se trata de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que depende de la existencia de un pacto arbitral. No obstante, en casos en los que se cuestiona la legalidad de cláusulas contractuales que hayan generado restricciones anticompetitivas, es común que se someta la validez de estas cláusulas a un tribunal arbitral. Además, es posible que el incumplimiento de un contrato se deba a una conducta anticompetitiva, lo que abre la posibilidad de que un tribunal arbitral tome decisiones relacionadas con los daños derivados de dicho incumplimiento en el contexto del régimen de libre competencia. Esto convierte a los tribunales de arbitramento en una vía importante para resolver disputas privadas relacionadas con la violación de las normas de derecho de la competencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, si una práctica anticompetitiva ocurre en el contexto de una relación contractual, los perjuicios derivados de dicha conducta pueden ser abordados a través de un proceso de arbitraje. No obstante, esto no impide que la SIC, en su calidad de autoridad administrativa, pueda posteriormente iniciar una investigación sobre la violación de las normas de libre competencia. Puesto que la compensación otorgada a un consumidor o cualquier agente del mercado como resultado de una práctica restrictiva no extingue a la acción de la SIC, cuya responsabilidad es velar por las afectaciones generales al buen funcionamiento del mercado.

En el contexto de los procedimientos arbitrales, surge un debate similar acerca de la cuestión de la prejudicialidad de la SIC. ¿Es necesario que un tribunal arbitral aguarde el fallo de la autoridad de competencia para llevar a cabo el análisis sobre la existencia de un hecho dañoso?

En Colombia, ya se han registrado precedentes al respecto. En septiembre de 2000, un tribunal compuesto por Gilberto Peña Castrillón, Jorge Cubides Camacho y Hernán Fabio López Blanco, resolvió un caso entre Cementos Hércules S.A. y Cementos Andino. Este tribunal declaró la nulidad de una cláusula contractual que consideraron contraria a las normas de competencia, incluso sin que la SIC hubiera emitido previamente una decisión al respecto (Miranda, 2016). El tribunal señaló:

“Pero cuando la ley expresamente protege y promueve un bien determinado como lo es la competencia comercial y sanciona con nulidad las conductas, actos, acuerdos o contratos (nuevamente el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992) 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 1992, en concordancia con la Ley 155 de 1959” (*Laudo Arbitral del Proceso de Cementos Hércules vs Cementos Andino*, 2020).

Otro ejemplo relevante de tribunales arbitrales que abordaron perjuicios causados por prácticas restrictivas de la competencia son los laudos Cellpoint vs Comcel (2002)⁹ y Comcelulares vs Comcel (2006)¹⁰. En estos casos, se evaluó si la terminación de los respectivos contratos de agencia comercial tuvo lugar sin una causa justa debido a un presunto abuso de posición de dominio. La parte demandada en ambos casos argumentó que la SIC tenía la exclusividad para determinar la ocurrencia de un abuso de posición dominante (Perilla, 2015).

Sin embargo, en ambas decisiones arbitrales, se desestimaron los argumentos de la parte demandada, y se estableció que la SIC no tiene la exclusividad en la aplicación de las normas de competencia. El tribunal arbitral sostuvo que el papel de la SIC es actuar como una autoridad administrativa, por lo que no tiene competencia para resolver disputas relacionadas con la validez de un contrato y sus consecuencias legales. Por lo tanto, la determinación de cuestiones como los daños y la existencia de un objeto ilícito le corresponde a un juez y, en caso de existir un pacto de arbitraje de un árbitro (Perilla, 2015).

De tal forma, un tribunal arbitral puede aplicar normas de competencia sin necesidad de esperar una decisión de la SIC, lo que lo convierte en una

9 Laudo arbitral del proceso de Cellular Trading de Colombia Ltda. (Cellpoint) contra Comcel S.A., proferido el 18 de marzo de 2002. Árbitros: Miguel Camacho, Beatriz Leyva y Gustavo Cuberos Gómez.

10 Laudo Arbitral del proceso Comcelulares FM Ltda. Vs Comcel S.A. proferido el 14 de diciembre de 2006. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Jorge Eduardo Narváez Bonnet.

vía a considerar al resolver disputas entre particulares relacionadas con infracciones al régimen de protección de la libre competencia.

2.3 Problemas de la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia

La falta de un régimen especializado o una normativa específica para las acciones de daños causados por conductas anticompetitivas plantea varios problemas significativos para la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia. Entre estos problemas se destacan: la dificultad para probar el (i) hecho dañoso; el daño; y (ii) el nexo causal; y la insuficiencia del régimen general de responsabilidad civil.

En primer lugar, existe un gran desafío para demostrar el hecho dañoso cuando no se cuenta con una decisión previa de la SIC que confirme la existencia de la conducta anticompetitiva. Esto se debe a varios factores. En primer lugar, en el ámbito altamente especializado del derecho de la competencia, la SIC es la máxima autoridad. Por lo tanto, un juez civil suele ser reacio a determinar la existencia de una conducta anticompetitiva que posteriormente podría ser desestimada por la autoridad de competencia en una investigación administrativa paralela. Sin una sanción previa de la SIC por una conducta específica, resulta sumamente complicado que un juez civil concluya que existe un hecho dañoso.

Este desafío se agrava por la asimetría en la carga probatoria que recae sobre el consumidor o competidor víctima, quienes generalmente carecen de pruebas ya que no forman parte de la relación comercial con el infractor. Asimismo, existe una escasez de evidencia relacionada con las conductas de los infractores de prácticas anticompetitivas (Polanco, s.f.). Por ello, la SIC ha implementado tecnologías y ha logrado avances notables para recopilar pruebas sólidas con el fin de imponer sanciones. Sin embargo, incluso para la propia autoridad de competencia, determinar la responsabilidad de un agente sigue siendo un desafío. Por tanto, resulta extremadamente difícil para un consumidor o competidor del infractor reunir suficientes pruebas para que un juez civil concluya la existencia de la conducta anticompetitiva sin una decisión previa de la SIC.

Además, incluso si la SIC ya ha recopilado pruebas sobre un caso específico, no se permite el acceso a las pruebas contenidas en el expediente de investigación de la SIC. Estas en su mayoría son confi-

denciales, especialmente cuando la revelación de la conducta se basa en un acuerdo de delación. Como resultado, las partes que buscan indemnizaciones por daños no pueden utilizar el material probatorio de la SIC en sus propios procedimientos.

En segundo lugar, demostrar el daño es una tarea técnica que requiere conocimientos especializados que los consumidores o competidores suelen carecer. Para probar un daño causado por una práctica restrictiva de la competencia, es necesario determinar lo que habría ocurrido en ese mismo mercado si esas prácticas anticompetitivas no hubieran tenido lugar; este escenario se conoce como el “contrafactual”. Una vez que se determina este escenario hipotético, se compara con el escenario real, es decir, lo que realmente sucedió como resultado de la conducta anticompetitiva (Agostini, 2022). Sin embargo, la determinación del escenario contrafactual y la realización de esta comparación involucran conceptos económicos avanzados que un consumidor típico no tiene por qué comprender.

Esto plantea dos desafíos importantes. En primer lugar, el demandante enfrenta dificultades al estimar cuánto debería solicitar como indemnización por los perjuicios sufridos. En segundo lugar, el juez civil, que generalmente carece de conocimientos avanzados en derecho de la competencia, no está en posición de realizar el complejo cálculo necesario para determinar y otorgar una indemnización adecuada que compense los perjuicios causados.

Independientemente de las complicaciones asociadas a los dos elementos mencionados, incluso si se logra demostrar ambos, establecer la existencia de un nexo de causalidad entre ellos no es tarea sencilla. Esto se debe a que el desempeño de una empresa en un mercado específico puede estar sujeto a diversas influencias externas que no necesariamente están relacionadas con la conducta anticompetitiva en cuestión. Por lo tanto, aun en presencia de una infracción del régimen de libre competencia que pueda haber influido en la alegada afectación, demostrar que la conducta anticompetitiva fue la causa directa del daño es un desafío (Polanco, 2017).

Finalmente, estas tres dificultades asociadas a los elementos que configuran la responsabilidad civil son un resultado de las limitaciones de las normas civiles en el contexto de la aplicación privada del derecho de la competencia. Al examinar las acciones disponibles para perseguir perjuicios en este ámbito, resulta evidente que estas acciones fueron



diseñadas con objetivos diferentes y sin un enfoque específico en esta área de práctica. Por lo tanto, independientemente del tipo de acción presentada, el demandante carece de las herramientas necesarias para buscar indemnizaciones bajo el régimen ordinario de responsabilidad civil. La insuficiencia del régimen de responsabilidad civil para abordar las reclamaciones por violaciones a las leyes de competencia subraya la importancia de establecer un régimen especializado en este campo. Este régimen debería simplificar la demostración de los elementos que constituyen el daño, para no representar un desafío tan significativo para quienes presenten la reclamación.

3. Avances en América Latina

Con el objetivo de identificar áreas de mejora y posibles avances legislativos para su implementación en Colombia, es relevante examinar los desarrollos legales relacionados con las acciones por daños ocasionados por infracciones al derecho de la competencia en América Latina. A continuación, se proporciona un análisis del marco normativo vigente en Chile, Perú y México en este contexto.

Perú

A pesar de que, en Perú, al igual que en Colombia, se da prioridad a la aplicación pública del derecho de la competencia, se han logrado avances notables en el reconocimiento de daños en el marco del régimen de libre competencia. Históricamente, en cuanto a la indemnización por daños derivados de prácticas anticompetitivas, el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establecía las siguientes reglas: (i) la autoridad competente para conocer las demandas de indemnización es el poder judicial; (ii) solo se puede demandar la indemnización cuando la decisión del INDECOPI ha sido emitida y está firme; (iii) no es necesario que el demandante haya sido parte del proceso administrativo; y (iv) el demandante debe demostrar el nexo causal entre la conducta anticompetitiva y el daño sufrido.

Estas normas no difieren significativamente del régimen colombiano, salvo por el hecho de que en Perú existe un requisito de prejudicialidad. En otras palabras, un juez civil no puede declarar la existencia de una conducta anticompetitiva si la autoridad administrativa de competencia, el INDECOPI, no ha tomado una decisión previa.

No obstante, en 2018, a través de una modificación normativa a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹¹, se añadió un numeral al artículo 52, otorgando a la Comisión y la Secretaría Técnica del INDECOPI la facultad de promover un proceso judicial de resarcimiento de los daños ocasionados por la conducta anticompetitiva en defensa de los intereses de los consumidores afectados (INDECOPI, 2021).

Además, en 2021 se aprobaron los “Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas”, un documento preparado por la Comisión del INDECOPI que contiene reglas para la selección de casos en los que la Comisión promoverá demandas de indemnización en defensa de los intereses del consumidor.

Sin embargo, si bien Perú ha mostrado interés en avanzar en asuntos relacionados con las acciones por daños derivados de prácticas restrictivas de la competencia, hasta la fecha no está claro si esto ha dado lugar a un aumento en el número de demandas presentadas por la autoridad de competencia o por particulares (Garrigues, 2023). Esto podría deberse en parte al requisito de prejudicialidad, que implica que cualquier persona que desee reclamar daños debe esperar un período considerable hasta que la entidad administrativa imponga una sanción.

Chile

Hasta hace unos años, el sistema legal de Chile funcionaba de manera similar a Colombia en cuanto a la presentación de acciones por daños causados por conductas anticompetitivas. Los demandantes debían basarse en las normas generales de responsabilidad civil establecidas en el Código Civil chileno para perseguir indemnizaciones por estos daños. Sin embargo, en 2016, se promulgó la Ley 20.945 que modificó el Decreto Ley 211 y estableció un nuevo régimen de responsabilidad.

Esta modificación otorgó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la potestad exclusiva para conocer las demandas civiles de indemnización por infracciones al régimen de libre competencia. En consecuencia, se eliminó la posibilidad de recurrir a un juez civil para resolver este tipo de disputas. Concretamente, el artículo 30 del De-

11 Modificación a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo 1034) introducida mediante el Decreto Legislativo 1396.

creto Ley 211 establece lo siguiente: “La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal (...)”.

En este contexto, el régimen legal chileno también establece la prejudicialidad en esta materia. De hecho, la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sirve como requisito previo para iniciar la acción correspondiente. Por lo tanto, si se busca una indemnización por daños, la presentación de la sentencia condenatoria del Tribunal cumple con el requisito del “hecho dañoso”, y el demandante solo debe probar adicionalmente la existencia de un daño y el nexo de causalidad entre el daño y el hecho dañoso.

México

De acuerdo con el artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica de México, los agentes económicos que participen en prácticas restrictivas de la competencia pueden enfrentar sanciones según lo establecido en la ley, “*sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, pueda surgir*”. Asimismo, el artículo 134 de esta misma ley dispone que aquellos que hayan sufrido daños como resultado de una conducta anticompetitiva pueden presentar demandas ante los tribunales especializados en asuntos de competencia económica, una vez que la sanción impuesta por la autoridad de competencia haya sido confirmada.

Ante estos tribunales especializados, se requiere demostrar los mismos elementos de responsabilidad civil establecidos en diversas jurisdicciones. Específicamente, es necesario referirse al concepto de daño establecido en el artículo 2110 del Código Civil Federal de México y establecer el hecho dañoso y la relación de causalidad entre ambos. Además, al igual que en el caso de Perú, el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles otorga la facultad a la COFECE de emprender acciones colectivas en defensa de los consumidores cuando se detecta una práctica restrictiva de la competencia.

No obstante, a pesar de contar con un marco normativo maduro en lo que respecta a las acciones de daños causados por prácticas anticompetitivas, no se ha observado un aumento significativo en la presentación de demandas ante la COFECE (Garrigues, 2023).

4. Avances en Europa y Estados Unidos

Unión Europea

Tradicionalmente, en la Unión Europea (en adelante, la “UE”), la aplicación privada del derecho de la competencia no ha desempeñado un papel protagónico (Garaldin, 2015). No obstante, en 2014, la UE introdujo la Directiva 2014/104 con el propósito de regular las acciones de indemnización por violaciones del derecho de la competencia, con el objetivo de fomentar esta práctica. Esta normativa se diseñó para permitir que cualquier persona que haya sufrido perjuicios como resultado de una infracción del derecho de la competencia pueda reclamar y obtener una compensación completa que incluya daños reales, pérdida de beneficios e intereses.

Con este propósito, la Directiva implementó una serie de medidas, entre las que se incluyen: (i) procedimientos más flexibles para la presentación de pruebas; (ii) plazos de prescripción no inferiores a cinco años; (iii) la responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas que hayan infringido las normas de competencia; (iv) incentivos para la resolución extrajudicial de disputas; (v) la posibilidad de reclamar los costos adicionales incurridos; y (vi) la cuantificación de daños y una presunción de daños en los cárteles.

Este último punto se aborda en respuesta a la preocupación de la UE sobre las dificultades relacionadas con la cuantificación del daño que a menudo dificultan la presentación de demandas en el ámbito del derecho de la competencia. Al respecto, el artículo 17 de la Directiva establece “Los Estados miembros velarán porque ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios”.

Además, el segundo párrafo del mismo artículo establece una presunción de que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios, aunque esta presunción puede ser refutada por el infractor. En este sentido, la Directiva contribuyó a resolver las complicaciones asociadas con la cuantificación y la demostración del daño, los cuales suelen requerir la aplicación de modelos económicos complejos que están fuera del alcance de los consumidores.

En cuanto a la cuantificación de perjuicios, la Directiva se publicó menos de un año después de la publicación de la Guía Práctica de la Comisión Eu-



ropea para la cuantificación de daños en demandas por incumplimiento de los artículos 101 y/o 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Aunque esta guía es informativa y no vinculante para las partes ni para las reglas legales de los Estados miembros de la UE, proporciona un marco metodológico para abordar la cuantificación de daños, algo que antes no existía.

En este punto, hay una distinción fundamental con respecto a Estados Unidos: en la Unión Europea, no se permite la búsqueda de daños punitivos, es decir, montos que superen la compensación del daño real causado (Garaldin, 2015). La razón es que, desde la perspectiva de la UE, esto conduciría a un enriquecimiento injustificado, en contraste con los “*treble damages*” contemplados en el sistema legal estadounidense, como se detalla más adelante.

En relación con la cuestión de la prejudicialidad, que es una característica presente en la mayoría de los países de América Latina, es importante destacar que, a pesar de que la Directiva se enmarca en el ámbito comunitario, establece que la solicitud de indemnización por daños debe presentarse ante un tribunal nacional. En este contexto, la Directiva no condiciona las decisiones de los jueces a una previa autorización por parte de la autoridad de competencia. Los jueces nacionales tienen la autonomía necesaria para evaluar la existencia de prácticas que restrinjan la competencia en función de sus propias apreciaciones y criterios.

Esta normativa ha tenido un impacto significativo en diversas jurisdicciones. Por ejemplo, en España, se pronunciaron más de 2.800 sentencias en casos relacionados con daños derivados del régimen de competencia de 2018 a 2022 (Centro de Competencia, 2022). De esta manera, se demuestra que un marco legislativo especializado en esta área resulta efectivo para fomentar la aplicación privada del derecho de la competencia y, lo que es aún más importante, el respeto al derecho a la libre competencia económica.

A pesar de los avances generados por la Directiva 2014/104, en la Unión Europea se ha reconocido la aplicación privada del derecho de la competencia desde hace varias décadas. Específicamente, en el caso *Couragel* (C-453/1999) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1999, se otorgó

a los individuos el derecho a reclamar indemnización por daños derivados de prácticas anticompetitivas a través de acciones privadas en los tribunales nacionales de cada estado. Este fallo redujo el control exclusivo de la UE como autoridad de competencia. De tal forma, el fortalecimiento de las acciones de daños en este ámbito es una idea que ha venido madurando desde hace varios años (De la Calle, 2021).

En este contexto, aunque en la UE los avances en materia de compensación por prácticas anticompetitivas no están tan arraigados en la cultura como en los Estados Unidos, es evidente que, desde hace años y más recientemente con la Directiva 2014/104, se reconoce que el régimen ordinario de responsabilidad civil no es suficiente. Esto se suma a la tendencia observada en la región latinoamericana de desarrollar regímenes especializados en este ámbito o normativas complementarias para fomentar las acciones en esta materia. Los avances en la UE no deben ser considerados de manera aislada, sino como una señal de que este tema no se ajusta completamente a la tradicional regulación de la responsabilidad civil.

Estados Unidos

En comparación con otros países estudiados, Estados Unidos destaca como la única jurisdicción con una tradición establecida en lo que respecta a las acciones de daños causados por prácticas que restrinjan la competencia (De la Calle, 2021). Esto se debe a que el Clayton Act, promulgado en 1914, ya consideraba la posibilidad de la aplicación privada del derecho de la competencia. Con esta ley, se facultó a las víctimas de conductas anticompetitivas a recurrir a los tribunales estadounidenses para buscar la compensación de los daños sufridos.

Además, el Clayton Act permite a las víctimas recuperar “*treble damages*”, es decir, una indemnización que equivale a tres veces la cantidad de los daños ocasionados¹². Esto ha resultado en una cultura sólida en materia de acciones de grupo por prácticas restrictivas de la competencia. Puesto que, los consumidores tienen un incentivo grande para perseguir la indemnización (recibir tres veces el monto por el que fueron perjudicados). A su vez, como resultado, esto ha despertado un gran interés en la comunidad legal, ya que las acciones de grupo por daños en el ámbito del derecho de la competencia suelen implicar sumas considerablemente elevadas.

En este sentido, al igual que en el régimen de la UE, en Estados Unidos no se requiere la prejudi-

12 15 U.S. Code § 15.

cialidad para la aplicación privada del derecho de la competencia. Esto significa que no es necesario que la Comisión Federal de Comercio (“FTC” por sus siglas en inglés) emita una decisión previa para que un tribunal civil reconozca los perjuicios derivados de la conducta anticompetitiva.

La principal diferencia entre el régimen de daños en Estados Unidos y la UE radica en la cuantía y el propósito de las sanciones impuestas al agente infractor. Las normas estadounidenses utilizan las sanciones de manera punitiva con el fin de disuadir la comisión de prácticas anticompetitivas mediante la magnitud de las sanciones (Garaldin, 2015). Esto se debe a que el agente infractor está sujeto a sanciones económicas impuestas por la FTC, que es la autoridad de competencia, además de las condenas por los daños ocasionados a las víctimas de la conducta anticompetitiva (De la Calle, 2021). La cual, en el contexto de una acción colectiva, puede resultar en “*treble damages*” para las víctimas, lo que representa una suma significativa para cualquier empresa.

Este enfoque ha resultado en un éxito contundente para la aplicación privada del derecho de la competencia. Puntualmente, como detalla Alfonso Miranda en su texto “La Indemnización de los Perjuicios Causados por las Prácticas Restrictivas de la Competencia”, desde 1960 hasta, al menos el 2010 y probablemente hasta la fecha actual, más del 90% de los casos de competencia en Estados Unidos son el resultado de una demanda particular (Miranda, 2011).

5. Recomendaciones

Basándonos en las carencias del marco normativo colombiano y los avances identificados en otras jurisdicciones, es evidente que hay un amplio margen de mejora. A continuación, se destacan los avances más relevantes que podrían servir como modelo para Colombia y otros países de la región.

Entre las medidas urgentes, destacamos aquellas relacionadas con la necesidad de flexibilizar el proceso probatorio. En primer lugar, en la legislación colombiana, la infracción normativa se presume como resultado de la culpa del agente infractor. Por lo tanto, una vez probada la existencia de la conducta anticompetitiva, es decir, del hecho dañoso, se debe reconocer la presunción de culpa, invirtiendo así la carga de la prueba. En otras palabras, cuando una autoridad de competencia sanciona a un agente del mercado, carece de sentido que el consumidor o el competidor

tenga que demostrar la existencia de un daño a través de pruebas. En cambio, debería ser responsabilidad del agente infractor refutar la existencia del daño.

Es importante aclarar que esta recomendación no implica la necesidad de la prejudicialidad en los procesos relacionados con la aplicación privada del derecho de la competencia. Más bien, simplemente reconoce que, en el caso de que ya exista una decisión sancionatoria por parte de la autoridad administrativa, no tiene sentido que el demandante deba probar la existencia del hecho dañoso y del daño resultante. Por el contrario, la decisión administrativa debe acreditar la existencia del hecho dañoso, invirtiendo la carga de la prueba y haciendo responsable del agente infractor demostrar la inexistencia de daño derivado del acto perjudicial.

En cualquier caso, se debería permitir que los consumidores y competidores acudan a un tribunal civil para buscar la reparación de los perjuicios, independientemente de si la autoridad de competencia, en su capacidad administrativa, ha tomado una decisión al respecto. La importancia de este enfoque se evidencia en la forma en que se ha desarrollado en Estados Unidos, donde los tribunales civiles han aplicado adecuadamente las normas del derecho de la competencia, empoderando a los individuos con las herramientas necesarias para hacer valer el derecho a la libre competencia.

En segundo lugar, se debería exigir a la autoridad de competencia colaborar con el proceso civil iniciado por los particulares. Es apenas lógico que, si un particular inicia un proceso debido a un daño causado por una práctica restrictiva de la competencia, la autoridad de competencia, en cumplimiento de su mandato constitucional como la entidad a cargo de proteger el derecho a la libre competencia económica, debería colaborar en el proceso para proteger el derecho colectivo mencionado.

De esta recomendación se desprende la necesidad de promover un protocolo que garantice el acceso seguro a la información confidencial recopilada durante el proceso sancionatorio llevado a cabo por la SIC. Esto ayudaría a equilibrar la asimetría probatoria que a menudo se presenta en los casos de daños ocasionados por infracciones al régimen de libre competencia. Considerando que, uno de los problemas más comunes en estos procesos es la dificultad que enfrenta un consumidor e incluso un competidor del agente infractor para demostrar la existencia del hecho dañoso.



Por otro lado, resulta esencial establecer una guía con sanciones predeterminadas o que facilite la cuantificación de los daños alegados. Como hemos reiterado, esta es una de las barreras más significativas al presentar una acción por daños derivados de infracciones al régimen de libre competencia. Las complejidades económicas involucradas superan el entendimiento del consumidor promedio y, en ocasiones, incluso están más allá del conocimiento especializado de los jueces civiles. En esta perspectiva, sería prudente seguir el ejemplo de la Unión Europea y publicar una guía que simplifique el proceso de presentación de este tipo de acciones.

También, se puede considerar la incorporación de un enfoque similar al de los daños preestablecidos en materia de propiedad intelectual y derechos de autor, con el fin de abordar la complejidad de determinar los daños en el ámbito del derecho de la competencia en Colombia. Las indemnizaciones preestablecidas liberan al demandante de la carga de probar la cuantía del daño alegado.

Tras la firma del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, se adoptaron compromisos regulatorios, entre ellos, la implementación de un procedimiento de indemnizaciones preestablecidas en áreas relacionadas con propiedad intelectual y derechos de autor. Inicialmente, este tema fue regulado por la Ley 1648 de 2013, con reglamentación a través del Decreto 2264 de 2014.

Estas normas establecieron que no corresponde al demandante probar la cuantía de los daños, ya que dicha determinación recae en el juez. Con tal fin, se delimitó un rango indemnizatorio mínimo y máximo, con criterios agravantes que podrían influir en la determinación de un monto indemnizatorio mayor al previsto. Estas normas se centran específicamente en la violación de los derechos de propiedad marcaria. En relación con los derechos de autor, en 2018 se promulgó la Ley 1915 de 2018, la cual en su artículo 32 establece la opción de recurrir al régimen de indemnizaciones preestablecidas en caso de incumplimiento de las normativas correspondientes. No obstante, todavía se aguarda la emisión del decreto que regule esta disposición.

Estos daños preestablecidos ofrecen al juez un rango estimado de indemnización, con elementos para graduar la sanción con atenuantes y agravantes, sin que el demandante deba probar todos los daños ocasionados (Cabrera, 2019).

La implementación de un mecanismo similar en el ámbito del derecho de la competencia podría im-

pulsar las acciones de daños en esta área. Considerando que, la cuantificación del daño es un desafío importante para el demandante. En este sentido, a pesar de que el régimen de derechos de autor y propiedad intelectual es distinto al derecho de la competencia, sus avances podrían ser considerados para enfrentar esta problemática.

Si el Estado, a través de la SIC como autoridad de competencia, logra proporcionar herramientas que aborden estos desafíos, el siguiente paso lógico es fortalecer la cultura de las acciones colectivas. Como mencionamos, este es el medio más adecuado para que un consumidor busque reparación por los perjuicios sufridos, ya que las prácticas restrictivas de la competencia afectan a todos los consumidores del mercado relevante que fue objeto de la conducta.

En este sentido, una recomendación de carácter más estructural sería ampliar las competencias de la SIC para permitirle conocer de las acciones de grupo relacionadas con prácticas restrictivas de la libre competencia. A pesar de que la SIC está diseñada como una autoridad especializada y competente en asuntos de protección de la libre competencia, el marco normativo actual no le permite asumir las acciones colectivas relacionadas con estas áreas. Esta situación va en contra del propósito original de la SIC y perjudica a los consumidores.

Debido a su diseño legislativo y experiencia sobresaliente en esta área, resulta coherente y lógico permitir que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC conozca a priori las acciones de grupo con el fin de fortalecer la adjudicación de perjuicios ocasionados por violaciones a la libre competencia económica.

Estas son solo algunas ideas cuya implementación contribuiría al fortalecimiento del régimen de daños derivados de infracciones al derecho de la competencia en Colombia. Aunque en su mayoría sean sugerencias que abren espacio para el debate, esta es precisamente la invitación. El marco legislativo colombiano no puede quedarse estático frente a una tendencia global que resulta esencial para proteger de manera integral la libre competencia económica.

6. Conclusión

Después de examinar el panorama general de la libre competencia en Colombia y las acciones disponibles en nuestro sistema legal para abordar daños derivados de violaciones al derecho de la compe-

tencia, es claro que el régimen actual de protección de la libre competencia no es integral. A pesar de los esfuerzos por salvaguardar la integridad del mercado, se ha descuidado la aplicación privada de este derecho.

Específicamente, el régimen colombiano se basa en la responsabilidad civil ordinaria que comprende acciones, como su nombre lo indica, de naturaleza civil. No obstante, es claro que estas acciones fueron concebidas para propósitos distintos a la indemnización de daños por infracciones al régimen de libre competencia. Por tanto, sin perjuicio de que estas vías pueden emplearse en situaciones relacionadas con el derecho de la competencia, la carencia de especialización en esta área conlleva a la insuficiencia de estas herramientas para reclamos privados de daños en dicho ámbito.

Por esta razón, instamos a los legisladores y a la sociedad civil en Colombia a entablar un diálogo sobre las acciones por daños en el ámbito de la libre competencia, aprovechando los avances y las experiencias de diversas jurisdicciones. Esto con el propósito de fortalecer un derecho que, según la constitución, pertenece a todos.

Referencias bibliográficas

- Agostini, C. (2022). *Cálculo de daños por conductas anticompetitivas: Consumidores*. Centro de Competencia.
- Ángel P. y Estrada L. (2011). La protección del derecho a la libre competencia mediante la acción de grupo: una lección aún por aprender. *Revista de Derecho Privado*, N° 45.
- Cabrera, K. y Montenegro, Y. (2019). La incorporación de los daños preestablecidos como criterio de determinación del daño en infracciones al derecho de autor en Colombia. *Revista de Derecho Privado*.
- Castro M. (2016). *Derecho de las obligaciones, con propuestas de modernización*. Tomo II. Universidad de los Andes.
- Centro de Competencia (07 de septiembre de 2022). *Las claves del boom de las acciones de daños en España*. <https://centrocompetencia.com/forocompetencia-las-claves-del-boom-de-las-acciones-de-danos-en-espana/>
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 16 de abril de 2015, con Rad. 2223. C.P: William Zambrano Cetina.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. 1 de julio de 2015, Rad. 30385
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 1998.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 2013. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil
- Colombia. Corte Constitucional, Auto 1036 de 2022.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-993 de 2021. M.P: Jaime Araujo Rentería.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 6 de abril de 2001, Rad. 5502.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5630 de 2018.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 43218 de 2016.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 103652 de 2015.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución. Resolución 7897 de 2015.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia No. 025 del 29 de abril de 2011.
- De la Calle, J. (2021). *Tratado General de Libre Competencia*. Tirant lo Blanch.
- Garaldin, D. (2015). Collective Redress for Antitrust Damages in the European Union: Is this a Reality Now?. *George Mason University Law Review*.
- Garrigues. (26 de julio de 2023). *Acciones de daños por "antitrust" en Latinoamérica: ¿en la senda del modelo Europeo?* https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/acciones-danos-antitrust-latinoamerica-senda-modelo-europeo
- Holguín, C. (2013). Algunos apuntes sobre la cul-



- pa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia. *Revista digital de derecho administrativo*, N°10.
- INDECOPI (2021). *Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas*
- Laudo Arbitral del Proceso de Cementos Hércules vs Cementos Andino. Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, Jorge Cubides Camacho y Hernán Fabio López Blanco. 20 de septiembre de 2020.
- Laudo arbitral del proceso de Cellular Trading de Colombia Ltda. (Cellpoint) contra Comcel S.A., proferido el 18 de marzo de 2002. Árbitros: Miguel Camacho, Beatriz Leyva y Gustavo Cuberos Gómez.
- Laudo Arbitral del proceso Comcelulares FM Ltda. Vs Comcel S.A. proferido el 14 de diciembre de 2006. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Jorge Eduardo Narváez Bonnet.
- López, H. (1997). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo 1. Editorial ABC.
- Miranda A. (2013). *La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas restrictivas de la competencia*. Universidad Javeriana, CEDEC.
- Miranda, A. (2011). *El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas*. Universidad de los Andes, Congreso Internacional sobre Competencia.
- Miranda, A. (2011). Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia *Rev. Derecho Competencia*.
- Modificación a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo 1034) introducida mediante el Decreto Legislativo 1396.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2018). *Aplicación Privada Individual y Colectiva del Derecho de Competencia: Reflexiones para México*.
- Ortiz, I. (2011). *La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*.
- Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. *Revista de Derecho Privado*, No. 14.
- Perilla C. (2015). Laudos arbitrales en derecho de la competencia. *Revista Derecho Competencia*, Vol. 11 No. 11, 177-219.
- Polanco, C. (2017) Las acciones de responsabilidad civil por prácticas restrictivas de la competencia y su incidencia en la decisión de restringir la misma en Colombia. Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia.