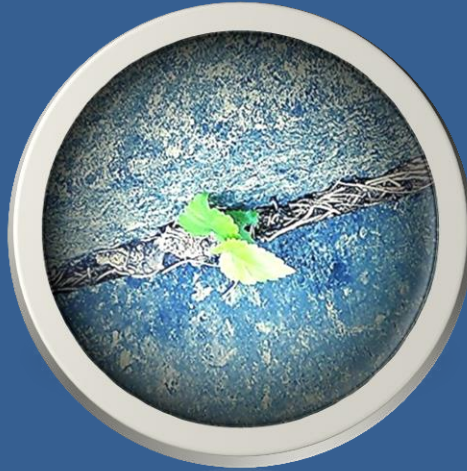


ESCUELA DE  
**POSGRADO**



**PUCP**



Revista de la  
Maestría  
**EN DERECHO PROCESAL**

**Vol. 7, N° 1**  
**Enero-julio 2017**  
**ISSN 2072-7976**

---

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



# Las acciones colectivas como la medida efectiva para la protección de los consumidores en Colombia

*[Collective actions as the effective measure for the protection of consumers in Colombia]*

Camila Cadavid Ayarza / Natalia Holguín Sánchez / Jeisson Gómez Preciado / Martha Robles Ustariz

Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad del Externado de Colombia

Contacto: fhtoscano.lopez@gmail.com

## Resumen

El incremento de conductas restrictivas de la competencia que acarrearán la vulneración de los derechos de los consumidores es un problema que se ha incrementado en los últimos años, afectando no solo a pequeños mercados sino también a aquellos en los que la industria y el comercio se encuentran más desarrollados. En el presente trabajo los autores analizan críticamente las diversas soluciones colombianas, concluyendo que la más eficaz medida para los consumidores es la acción colectiva pues permite la reducción de costos tanto para los consumidores como para el mismo Estado.

**Palabras clave:** prácticas restrictivas de la competencia; derechos de los consumidores; protección colectiva de los consumidores.

## Abstract

The increase in competition restrictive behaviors that involve the violation of the rights of consumers is a problem that has grown in recent years, affecting not only small markets but also those in which the industry and the trade is more developed. In this paper the authors analyzed critically different Colombian solutions, concluding that the most effective measure for consumers is the collective action because it allows reducing costs for both consumers and the State.

**Key words:** restrictive competition practices; rights of consumers; collective protection of consumers.

Recibido: 17 de mayo de 2017 / Aprobado: 1 de agosto de 2017



# Las acciones colectivas como la medida efectiva para la protección de los consumidores en Colombia\*

Camila Cadavid Ayarza / Natalia Holguín Sánchez / Jeisson Gómez Preciado / Martha Robles Ustariz

## 1. Introducción

El presente trabajo versará sobre la protección de los derechos de los consumidores en el ordenamiento jurídico colombiano a través de las acciones colectivas<sup>1</sup>. Específicamente abordará el tema de la dificultad probatoria a la que los consumidores deben enfrentarse cuando, actuando como grupo, pretenden obtener el resarcimiento de perjuicios ocasionados por conductas anticompetitivas que afectan de manera grave y directa sus derechos.

---

\* Texto ganador del “Premio al mejor trabajo de investigación” en el *Segundo Encuentro Internacional de Estudiantes de Pregrado-Derecho Procesal*, llevado a cabo en el marco del *VII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*, realizado en Lima los días 24 a 27 de abril de 2017 en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> En Colombia, la ley regula una dualidad de acciones que cumplen un determinado rol dentro de la protección de los derechos de la comunidad: las acciones populares y las acciones de grupo. Las primeras como una medida preventiva de protección, en cuanto buscan que si se ha causado un daño este cese y si es el caso las cosas vuelvan a su estado anterior; mientras que las segundas sirven para que un número plural o conjunto de personas que se han visto afectadas por una misma situación fáctica, acudan al aparato judicial con el fin de obtener una reparación, “la cual, a pesar de referirse a intereses comunes, no evita que estos se puedan individualizar en relación con el daño cuya indemnización de persigue” (BEJARANO 2016: 258).

Actualmente, con la evolución de la economía, la tecnología y la apertura de los mercados, se ha incrementado el consumo masivo de bienes y servicios, acentuando de manera exponencial las condiciones de desigualdad que, por naturaleza, caracterizan la relación entre consumidores, productores y comercializadores. Así, ante un entorno de producción y comercialización rápida y en masa, los consumidores muchas veces deben enfrentarse a barreras que les impiden conocer realmente los bienes o servicios que adquieren y las condiciones en las que lo hacen, es decir, existe una asimetría de información que se traduce en la vulneración de sus derechos, por lo que se hace necesaria la adopción de medidas que permitan una pronta y real protección de los mismos.

Reconociendo la naturaleza de las relaciones que se desarrollan en el marco comercial, en el art. 78 de la Constitución Política Colombiana<sup>2</sup>, se prevé que los derechos de los consumidores son derechos colectivos, entendiendo por estos “aquellos derechos que se predicán de grupos, o aquellos que de determinados grupos se predicán”<sup>3</sup>.

Los derechos mencionados anteriormente, fueron catalogados como colectivos con el fin de permitir y garantizar la representación colectiva de los consumidores frente a la relación de desigualdad en la que se encuentran frente a productores y co-

---

<sup>2</sup> Constitución Política de Colombia, 1991: Art. 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

<sup>3</sup> ANSUÁTEGUI ROIG (2001: 9).

mercantilizadores, así, se reconoció “la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos”<sup>4</sup>.

En virtud de lo mencionado, y en desarrollo del art. 88 de la Constitución Política Colombiana<sup>5</sup>, se expidió la Ley 472 de 1998 en la que se regula de manera íntegra las acciones colectivas. Dicha ley, en su art. 4 literal n. reitera que los derechos de los consumidores son colectivos, haciéndolos susceptibles de ser protegidos a través de las acciones colectivas.

Con el fin de ampliar la protección garantizada en la Constitución, en el Estatuto del Consumidor- Ley 1480 de 2011-, se optó por desarrollar los derechos de los consumidores de manera amplia y específica, consagrando concretamente doce (12) derechos y dos (2) tipos de garantías (legal y suplementaria). Además, la ley previó las diferentes acciones de las que pueden hacer uso los consumidores, mencionando las acciones colectivas de la Ley 472 de 1998 (art. 56 numeral 1) y quiénes pueden conocer de ellas.

---

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1999).

<sup>5</sup> Constitución Política de Colombia: art. 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

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

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

## **2. La regulación de las acciones colectivas en Colombia**

A diferencia de lo que ocurre en el Código Modelo para Iberoamérica, en el que se catalogan como un género las acciones colectivas y no se diferencian, en Colombia, desde la Ley 472 de 1998, la denominación ‘acciones colectivas’ se entiende como un género que engloba dos tipos de acciones: las populares y las de grupo, otorgándole a cada una un fin específico y diferente.

Partiendo de lo anterior, la ley dispone que las acciones de grupo son aquellas interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas (art. 3, Ley 472/1998); mientras que las acciones populares van enfocadas a 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 (art. 2, Ley 472/1998).

Concretando, con las acciones de grupo lo que se busca es proteger a un grupo no inferior a veinte (20) personas caracterizadas por encontrarse vinculadas por circunstancias comunes, las cuales dan lugar al nacimiento de intereses y derechos semejantes pero individuales.

En sentencia C-215 de 1999, la Corte Constitucional dejó claro que las acciones de grupo o de clase (art. 88, inciso segundo, C.P.), son aquellas que se originan en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en acción única, para obtener la respectiva reparación y que, a pesar de referirse a intereses comunes, se pueden individualizar en relación con el daño cuya indemnización<sup>6</sup> se persigue. En este caso, se trata de proteger intereses particulares de sectores específicos

---

<sup>6</sup> En palabras de TAMAYO (2001: 326), “indemnización es aquello que se cobra por daños a las cosas o a las personas, o a las actividades económicas o empresariales”.

de la población (por ejemplo, consumidores), de ahí su denominación original de *class action*<sup>7</sup>.

El Consejo de Estado colombiano, por su parte, en Fallo 560 de 2002 concretó que las acciones de grupo proceden cuando por actuaciones de entidades públicas o privadas se cause un perjuicio que deba ser reparado o indemnizado al consumidor, pero que no deberán inmiscuirse en las actividades que la ley permite ejercer a los particulares.

De lo anterior se concluye que las acciones de grupo buscan resarcir o, mejor, reparar perjuicios a intereses individuales que, si bien puede provenir del daño a un derecho colectivo, como es el caso de los derechos de los consumidores, no se limitan únicamente a estos.

### **3. Procedimiento en las acciones colectivas**

De manera general, el Código General del Proceso colombiano prevé la necesidad de la observancia de los principios constitucionales y del proceso civil. Sin embargo, el numeral 7 del art. 20 de la referida norma, signa la competencia para el conocimiento de las acciones de grupo a los jueces del circuito o jueces de lo contencioso administrativo, exige mayor celeridad en esta clase de asuntos, obligando al juez a que atienda estos procesos, de manera prioritaria.

Ahora bien, la Ley 472 de 1998, en su art. 51, establece específicamente que en primera instancia conocerán los jueces administrativos y los jueces civiles del circuito de las acciones de grupo; y en segunda instancia los competentes serán la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil

---

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1999).

del Tribunal del Distrito Judicial al que pertenezca el juez de primera instancia<sup>8</sup>.

#### **4. La acción colectiva (de grupo) para la protección de los derechos de los consumidores en Colombia**

Teniendo claro que la evolución de las relaciones en el comercio ha dado lugar a la creación de acciones que tienden específicamente a proteger a los consumidores y la regulación que el ordenamiento jurídico colombiano ha desarrollado en torno a ello, pasaremos a continuación a delimitar el objeto de nuestro escrito a través de la presentación del problema de investigación.

Antes de poner de manifiesto las dificultades que pueden llegar a presentar los consumidores en orden a proteger sus derechos, es necesario contextualizar al lector sobre aquello que nos hizo llegar a este escenario.

En los últimos años, en Colombia se han hecho noticia la constitución de diversos carteles, definidos por la DRAE como: “Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial”<sup>9</sup>, conformados por grandes productores de bienes consumidos por un número significativo de miembros de la población.

Estos carteles se constituyen con el fin de establecer prácticas anticompetitivas, las cuales se encuentran expresamente prohibidas por diversas normas en nuestro ordenamiento, a sa-

---

<sup>8</sup> Esto atendiendo a quién es el demandando, si se trata de una entidad pública o particular que desempeña una función administrativa, serán competentes las autoridades de lo contencioso administrativo. En tanto que, en los demás casos conocerán las autoridades civiles.

<sup>9</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014).



ber: Ley 155 de 1959<sup>10</sup>, Decreto 2153 de 1992<sup>11</sup>, Ley 1340 de 2009 y, principalmente, en la Constitución Política en la que, como mecanismo para proteger el libre mercado y competencia, se consagró en su art. 333 que:

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

Estas prácticas se encuentran prohibidas pues sitúan a los productores en una posición de ventaja frente a los demás actores en el mercado, es decir, acentúan la relación de desigualdad en la que se encuentran productores, comercializadores y consumidores finales, y amplían, de manera desproporcional, la asimetría de información que existe entre estos últimos y los primeros. Por lo anterior, el consumidor cuenta con las acciones (individual o colectivas) necesarias para, por lo menos teóricamente hablando, obtener una indemnización por los perjuicios generados como consecuencia de las mencionadas prácticas.

### ***5. La acción de grupo como mecanismo más idóneo para la protección de los consumidores***

De manera concreta, en Colombia se presentaron dos casos de carteles: el de los pañales<sup>12</sup> y el de los cuadernos<sup>13</sup> que, debido

---

<sup>10</sup> Se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

<sup>11</sup> A lo largo de sus disposiciones, consagra un catálogo de prácticas que se consideran anticompetitivas.

<sup>12</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (2016), por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones. En esta resolución se sancionó a tres empresas: Tecnoquímicas, Familia y Kimberly por realizar acuerdos que tuvieron por objeto la fijación directa e indirecta de precios. Las empresas mencionadas se dedicaban a la producción, distribución y comercialización de pañales desechables

al impacto económico que ocasionaron en los consumidores por recaer en productos de alto consumo, se presentarán en el presente escrito.

En los casos de referencia, empresas de gran influencia en los respectivos mercados celebraron convenios y pactaron diver-

---

para bebés en Colombia y durante más de una década (2001-2012) de manera concertada, continuada y coordinada acordaron fijar artificialmente del precio de los pañales. Se descubrió que el mencionado cartel afectó preponderantemente a los hogares colombianos con niños menores de dos años, fundamentalmente aquellos pertenecientes a los estratos 0,1 y 2.

La investigación que dio lugar a la sanción tuvo por objeto 5 empresas: Kimberly, Familia, Tecnoquímicas, Tecnosur y Drypers. Sin embargo, Kimberly y Familia se acogieron al Programa de Beneficios por Colaboración para lo cual confesaron su participación en conductas restrictivas de la competencia, reconocieron su responsabilidad, aportaron pruebas relevantes y suscribieron Convenios de Colaboración, por lo que la multa impuesta se redujo. Por otro lado, Tecnosur no fue sancionada pues se comprobó que dicha empresa es fabricante y no participa en la comercialización de los pañales; por último, la investigación a Drypers fue archivada debido a que su participación en el cartel terminó en el año 2006 por lo que la facultad sancionatoria del Estado se encontraba caducada.

<sup>13</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (2015), por la cual se abrió investigación y se formuló un pliego de cargos. En esta resolución se abrió investigación a tres empresas: Carvajal, Kimberly (que posteriormente fue vendida al Grupo papelerero Scribe) y Scribe. Las tres empresas se dedicaban a la producción, distribución y comercialización de cuadernos para escritura en Colombia, y empezaron las prácticas anticompetitivas en el año 2001 por las dos primeras, hasta que, en el año 2011, Kimberly fue vendida a Scribe, manteniendo esta última el ejercicio de las prácticas. Las prácticas entre Carvajal y Scribe continúan hasta el año 2014, cuando dejan de celebrarse reuniones entre las mismas. Las empresas centraron sus prácticas en un producto específico dentro su mercado: los cuadernos Premium, que son aquellos cuadernos que tienen en su portada los muñecos o figuras del momento, que para ser utilizados por las empresas requieren de una licencia por parte de la compañía que tiene los derechos sobre los personajes. Algunas de las prácticas anticompetitivas realizadas por las empresas referidas fueron: Fijación directa e indirecta de precios, determinación de descuentos por clientes, no entrega de obsequios al consumidor final, reducción de promotores y stands, determinación de políticas financieras y crediticias, entre otras.

sas actuaciones que de manera directa contrariaron y afectaron los derechos a la libre competencia, a la libertad económica y a los derechos de los consumidores, por lo que la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>14</sup>, en ambas ocasiones, procedió a iniciar la respectiva investigación imponiendo sanciones a las empresas involucradas. Empero, consideramos que esto no es suficiente pues deja por fuera algunos aspectos, tales como: la no inclusión de los consumidores, lo que genera que no haya una indemnización para ellos; y que las multas impuestas por esta, no cumplen con el fin preventivo que se esperaría, pues en la mayoría de los casos se ha visto que no ascienden ni siquiera al 10% de las ganancias percibidas por dichos acuerdos de precios, debido a que, la ley limita las multas a un monto específico de 2.000 salarios mínimos legales vigentes<sup>15</sup>, lo que genera que las empresas prefieran correr el riesgo de ser multadas, pagar la sanción y obtener lo restante como ingreso.

Frente a las investigaciones referidas resulta imprescindible aludir al programa, cada vez más utilizado, de la delación o clemencia<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Que desde la Ley 1340 de 2009, quedó como la única autoridad capacitada en Colombia para decidir sobre temas de competencia.

<sup>15</sup> Art. 61 Ley 1480 de 2011: La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios: i) Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

<sup>16</sup> Figura introducida por la Ley 1340 de 2009 en su art. 14 que establece que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los

La delación o clemencia consiste en la confesión y el aporte de pruebas que realiza uno de los participantes en dichas prácticas, esto con el fin de ser eximido de las multas y sanciones que podrían llegar a imponerse al final de la investigación. Así, bien podría ser absuelto de manera total si su confesión supone prueba fehaciente para llegar a una sentencia favorable y si es el primero en delatar, o bien podría ser absuelto de manera parcial dependiendo de su aporte, atendiendo así a la clásica teoría de los juegos, en donde declarar se convierte en la mejor opción<sup>17</sup>. Por otro lado, el verdadero fin del programa, más que “perdonar los pecados” del confesor, es disuadir para evitar la conformación de nuevos carteles, la desestabilización de estos grupos y por último la reducción de los costos de la investigación<sup>18</sup>.

Ahora bien, una vez que se dieron las investigaciones y la Superintendencia sancionó administrativamente a los sujetos involucrados en los carteles, se presentaron acciones de grupo en defensa de los consumidores afectados por los mismos.

Por otra parte, se encuentran dos posibles soluciones en la vía ordinaria, una individual, que descartamos de plano por los altos costos que supondría para los consumidores su ejercicio, y una colectiva, concretamente la acción de grupo, cuyos beneficios pasaremos a puntualizar.

Teniendo en cuenta que la acción de grupo es ejercida una vez que el daño se ha causado y que (su ejercicio) permite una protección colectiva, consideramos que es el mecanismo más eficaz a la hora de proteger los derechos de los consumidores que se han visto perjudicados por las prácticas restrictivas de la compe-

---

demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. El referido fue regulado por el Decreto 1523 de 2015.

<sup>17</sup> DE QUINTO ARREDONDA (2012).

<sup>18</sup> MIRANDA LONDOÑO (2011).

tencia en la que incurran las empresas en el mercado. Además, se debe resaltar que la acción de grupo no desconoce que la afectación puede no ser equivalente en todos los casos, permitiendo entonces una individualización de la compensación, esto sin desconocer a la colectividad a la que va dirigida la protección que se logra a través de la acción.

Sin embargo y lastimosamente, debido al desistimiento realizado por los promotores, las acciones instauradas con el fin de indemnizar a los consumidores actualmente se encuentran archivadas.

Como consecuencia de lo anterior, ante casos donde hay una afectación masiva a los consumidores, surgen algunos cuestionamientos que, consideramos, deben ser objeto de estudio y regulación por los ordenamientos jurídicos:

- a. ¿Qué tan fácil resulta a los consumidores acudir al aparato judicial a través de la acción de grupo y demostrar su calidad de víctima, para la obtención del resarcimiento?
- b. ¿Existen inconvenientes al trasladar pruebas del proceso administrativo al proceso ordinario atendiendo al proceso de delación?
- c. ¿Pueden los miembros del grupo que han promovido la acción de grupo desistir de ella?

**6. *Demostración de la calidad de víctima para obtener el resarcimiento: prueba indiciaria y estadística***

A decir verdad, una vez interpuesta la acción de grupo, quienes vean consecuente y necesaria la defensa de sus derechos a través de este proceso pueden verse enfrentados a problemas

sustanciales relacionados con los medios probatorios<sup>19</sup>, específicamente respecto a la demostración de su calidad de víctima.

El primero de ellos es la prueba de la legitimación en la causa por activa pues, demostrar quienes fueron realmente los perjudicados en estos carteles, que en América Latina han llegado a durar hasta una década<sup>20</sup>, supone un esfuerzo adicional. En estos casos, los consumidores asocian la demostración de la calidad de víctima con la prueba documental que suele ser una factura de compra y sobre cuya existencia no se tiene certeza. Lo anterior puede llegar a desincentivar la participación de los consumidores en estas acciones, por lo que en el presente escrito presentaremos propuestas que se concretan en una flexibilización de la prueba, mediante indicios y prueba estadística.

Así las cosas, procederemos a realizar unas reflexiones sobre aquellos medios probatorios que, en nuestro sentir, son propicios para acreditar la calidad de víctima en este contexto y que cuyo aporte no representa mayor complejidad para los afectados.

### **6.1. Prueba indiciaria**

De manera precedente hicimos referencia a que uno de los principales desincentivos para los consumidores, que al final lleva a que no acudan o se hagan parte de los procesos iniciados a través de acciones de grupo, se presenta por no contar con los medios de prueba idóneos y suficientes para demostrar la calidad de víctima.

Pretendemos en este acápite proponer soluciones para la acreditación de dicha calidad, que se traduce en una flexibilización de la prueba a través de la prueba indiciaria. Entendiendo indicio

---

<sup>19</sup> Dada la complejidad que puede representar la libertad probatoria consagrada en el art. 62 de la Ley 472 de 1998, por la dificultad de determinar qué medios probatorios resultan eficaces y convenientes.

<sup>20</sup> Como los casos de los carteles ya expuestos.

como “un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos”<sup>21</sup>.

Es necesario mencionar que, si bien los indicios anteriormente no se tenían como medios de pruebas autónomos<sup>22</sup>, actualmente y gracias al Código General del Proceso colombiano son tenidos como tal<sup>23</sup>, esto teniendo en cuenta el art. 165 en el que se lee “son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, [...], los indicios”.

Los indicios que presentaremos a continuación se establecerán según el orden de “gravedad”, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia colombiana ha sostenido que:

[...] la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e informantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Gianturco (citado en DEVIS ECHANDÍA 2015: 557, tomo II).

<sup>22</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1994).

<sup>23</sup> Art. 165. *Medios de prueba*. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

<sup>24</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA (1997).

Junto con lo anterior, se precisa que los hechos “conocidos” de los cuales se quiere derivar un hecho “desconocido” deben estar debidamente probados para que se tenga como indicio<sup>25</sup>, de esta manera, si lo siguiente se comprueba en un proceso de acciones de grupo, según el art. 242 del Código General del Proceso, el juez tendrá que valorarlos en conjunto para darles el valor probatorio correspondiente.

Concretando, en los casos mencionados (cartel de pañales y cartel de cuadernos) y con el fin de ilustrar mejor la aplicación de los indicios, presentamos los que consideramos podrían ayudar a facilitar a los consumidores la demostración de su calidad:

*1) Posición del cartel en el mercado*

Proponemos que si se llega a comprobar que las empresas implicadas en el cartel ostentan la mayor parte del mercado (65% o más) se tenga este hecho como un indicio concluyente respecto a la calidad de consumidor-víctima de las personas que se hagan parte del proceso. Lo anterior debido a que, si se comprueba la posición dominante de las empresas del cartel en el mercado, es poco probable que los consumidores del mercado hubiesen podido comprar bienes de otras marcas u otras empresas no afectadas por el cartel, pues la proporción afectada en el mercado no permitiría tal contingencia. Ahora, a pesar de que será un tema que se analizará más adelante, podemos mencionar que la información respecto a la porción del mercado en el que se desarrolla el cartel puede obtenerse a través de la prueba trasladada del proceso administrativo al proceso ordinario.

Con el fin de ilustrar lo propuesto haremos uso de uno de los casos mencionados anteriormente, concretamente el caso del cartel de los pañales. En el mencionado cartel se comprobó que el

---

<sup>25</sup> Art. 240. Requisitos de los indicios. Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso.



85% del mercado colombiano se encontraba bajo el control de las empresas involucradas en el cartel por lo que, en aplicación de la propuesta, los implicados no podrían defenderse argumentando que un consumidor “x”, que pretende se le reconozca una indemnización por la afectación de sus derechos como consumidor, no se encontraba en el círculo económico afectado, pues las probabilidades de que esto sucediera serían mínimas. Así, consideramos que este podría llegar a constituir el indicio más fuerte en contra de los carteles, debido a que las empresas involucradas deberán desvirtuar la afirmación realizada los consumidores.

### *2) Registro Civil o documento de identificación*

Acreditar la edad de la persona que fue víctima de estos acuerdos es relevante en tanto que la mayoría de los productos están orientados a unas edades específicas o dicho de otra manera, al determinar la edad del consumidor podríamos establecer de manera más contundente sus nichos de mercado.

Por ejemplo, en el caso de los pañales la Superintendencia de Industria y Comercio colombiana encontró que las familias afectadas eran aquellas con hijos menores de 2 años, así con el aporte del registro civil del menor se podrá acreditar que la familia a la que este pertenece hacía parte el nicho de mercado al que afectó el cartel, por lo que, a pesar de que el menor ya no requiera pañales, la familia podrá exigir la indemnización pues en el momento en que se llevó a cabo el acuerdo de precios se encontraba dentro del mercado afectado.

### *3) Condiciones socio económicas del consumidor en los casos concretos*

Debido a que en la sentencia el mismo juez podría hacer subgrupos de consumidores o, entendiéndolo de otra manera, podría establecer varias categorías de víctimas, proponemos este indicio. Pues sin generar una barrera económica, la estadística que se presenta como una aliada fundamental de este proceso nos

demuestra que los consumidores más frecuentes o con grados más altos de consumo son los de estratos altos.

Continuando con los dos grandes casos que ilustran nuestra investigación, podremos ejemplificarlo mejor, pues en el caso de los pañales, según diferentes estudios se tiene que:

En general, diariamente, los bebés usan 4 pañales, pero esta cifra varía entre 3 y 5, según el estrato. El 1, por ejemplo, es el que menos usa con un promedio de 3.52 unidades; le sigue el estrato 2 con 3.78 pañales, el 3 con 3.87 y, obviamente, los mayores consumidores pertenecen a los estratos 4, 5 y 6 con un promedio de 4.36 pañales por día<sup>26</sup>.

En este caso, según el estrato socioeconómico nos ayudaría a establecer el tipo de consumidor para, asimismo, hacer un ponderado de su indemnización.

Por último, en el caso de los cuadernos, lo que sucedió fue que el acuerdo se dio sobre los cuadernos Premium, los cuales a su vez son los más costosos del mercado, por lo que se considera que los consumidores más frecuentes de estos cuadernos son de los estratos 3 en adelante.

4) *Exigir a los actores de las conductas sancionadas que aporten los documentos necesarios para determinar las ventas y demás movimientos realizados en el tiempo y lugar (es) en los que se realizó la conducta*

En este punto aclaramos que, en caso de que la parte demandante no solicite que su contraparte exhiba los documentos pertinentes que tiene en su poder al tema o el juez de oficio no lo requiera, podrá acudir a la prueba trasladada del proceso administrativo que, como mencionamos, trataremos más adelante.

---

<sup>26</sup> ABC DEL BEBÉ (2013).

Sabemos que los indicios deben considerarse según el caso concreto pues, como se mencionó, son medio de prueba, sin embargo, los cuatro indicios mencionados a nuestro entender constituyen, en el ámbito de protección al consumidor, puntos claves que la legislación y el juez deben tener en cuenta al momento de analizar la protección de los derechos de los consumidores.

Continuaremos ahora con la prueba estadística, la cual tiene relación directa con algunos de los indicios planteados.

## **6.2. Prueba estadística**

Se ha entendido que “la probabilidad estadística, indica la frecuencia con la que un cierto hecho se verifica dentro de una clase o serie de fenómenos”<sup>27</sup>.

En el caso concreto, hemos acudido a la prueba estadística como mecanismo razonable para guiar al juez en la determinación de miembros del grupo pues, al momento de presentar la demanda no se hace necesario que todos los miembros concurren, pero surge la obligación de brindar al juez herramientas para que pueda delimitarlo<sup>28</sup>.

Debido a que la afectación, en los casos estudiados, resulta de gran magnitud, el determinar el número de afectados no se hace fácil. En esta medida, revisar los datos emitidos por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE, o, incluso, por las mismas empresas del mercado que se afectó, referente al número de consumidores del producto, sus edades, su ubicación geográfica, entre otros, resulta conveniente para el ejercicio de la acción y su admisibilidad.

Por ejemplo, en la investigación llevada a cabo por la Superintendencia de Industria y Comercio en el caso del cartel de los

---

<sup>27</sup> TARUFFO (2002: 193).

<sup>28</sup> Art. 52 numeral 4 de la Ley 472 de 1998.

cuadernos se estableció que para el período de 2006-2007 (período donde las prácticas se estaban dando) el 53% de los hogares colombianos (11.144.850) incurrieron en gastos relacionados con educación, es decir, 5.946.274. De estos hogares, 3.706.018 efectuaban gastos en la lista de útiles escolares (62% del 53%). Al año 2014 el gasto anual de los hogares que consumían cuadernos para escritura era de 242.780COP lo que equivale al 20% del gasto promedio mensual de un hogar. Con base en los datos recaudados por el DANE, 9.501.243 menores de 24 años que asisten a un establecimiento educativo son consumidores de cuadernos para escritura, y el número de cuadernos consumidos depende del nivel de escolaridad del que se trate (preescolar: 2, primaria: 14, secundaria: 13 y terciaria: 3).

Por otro lado, en la investigación realizada con ocasión del cartel de los pañales se encontró, en un estudio realizado para la empresa Kimberly-Clark, en el que se establece que 35% de los hogares colombianos gastan en promedio entre 300 mil y un millón de pesos en pañales al año, y que las ciudades de mayor consumo son Bogotá, Bucaramanga y el Departamento del Atlántico, y las de menor gasto en pañales son Cali, Ibagué y Medellín, además que un bebé de estratos uno, dos y tres consume en promedio tres pañales al día, gastando 2.400 pesos colombianos<sup>29</sup>.

Como puede observarse, de datos estadísticos como los mencionados anteriormente, se hace fácil derivar el número de afectados y así estimar el aproximado de los miembros del grupo, además, se determina el tipo de consumo de estos afectados, pues como se mencionó anteriormente, dentro del grupo de afectados el juez puede hacer diferentes subgrupos dependiendo de su mayor o menor consumo, para así determinar diferentes tipos de indemnizaciones.

---

<sup>29</sup> CARACOL RADIO (2013).

A pesar de lo mencionado, vale mencionar que en ocasiones no recae sobre este tipo de prueba la mayor credibilidad pues sus datos no suponen una precisión total. Sin embargo, no hay que perder de vista que acceder a ellos resulta sencillo y en el caso concreto, más que conveniente.

### **7. *Traslado de pruebas del proceso administrativo al proceso ordinario atendiendo al proceso de delación***

Como ya lo mencionamos, nuestra investigación tuvo origen en la existencia de carteles en Colombia que generaron una afectación al consumidor final; igualmente, se hizo referencia, a cómo, ante el conocimiento de la existencia de estos, la Superintendencia de Industria y Comercio tenía el deber de realizar una investigación y, en caso de hallar responsables a los investigados, debía proceder a sancionar.

Con base en lo anterior, podemos aducir que la oportunidad que resulta más idónea para ejercer la acción de grupo por parte de los consumidores surge en el momento en que ya se ha iniciado una investigación por parte de la autoridad administrativa y más específicamente, cuando ya se ha reconocido la responsabilidad de las empresas involucradas e impuesto la sanción, pues se facilita el ejercicio de la acción y hay una reducción en la carga de la prueba por parte de los accionantes.

Entonces, ¿es posible trasladar al proceso civil aquellas pruebas que fueron practicadas durante el proceso llevado por la autoridad administrativa? Por ejemplo, si se trasladara la prueba del confesor en un proceso de clemencia, el delator en esta vía ordinaria tendría una prueba en contra que sería fundamental para acreditar la existencia del daño, ¿podría entonces tomarse en este proceso como una confesión?, ¿tendría un beneficio también en este proceso el delator?

Antes de dar respuesta a los interrogantes, vale la pena decir qué se entiende por prueba trasladada. Así, “es aquella que se

practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite”<sup>30</sup>. El Código General del Proceso consagra este medio probatorio en su art. 174, en el que hace referencia a los requisitos que deben cumplirse para que esta pueda tenerse en cuenta en el proceso, a saber:

1. La prueba tuvo que practicarse de manera válida.
2. Para su apreciación no se requieren formalidades, pero debieron practicarse en el proceso de origen a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de esta.
3. Si lo anterior no ocurre, debe cumplirse con la debida contradicción.
4. El juez del nuevo proceso debe realizar la valoración de la prueba.

Ahora, resulta pertinente realizar hacer algunas precisiones frente a los medios de prueba que se entiende son practicados en virtud del proceso administrativo, como lo son la confesión, los testimonios y los documentos.

- Traslado de la confesión: ha sido afirmado que la confesión “no necesita ratificación en ningún caso, puesto que proviene de la parte contra quien se aduce”<sup>31</sup>. Se debe tener en cuenta que, si se sigue de manera literal el art. 174 del Código General del Proceso, la viabilidad de esta prueba no presentaría ningún inconveniente debido a que, tal como se mencionó anteriormente, dentro de los requisitos se encuentra que el traslado es viable si contra la parte que se aduce en el segundo

---

<sup>30</sup> DEVIS ECHANDÍA (2015: 349, tomo I).

<sup>31</sup> DEVIS ECHANDÍA (2015: 351, tomo I).

proceso es la que la allegó en el primer proceso<sup>32</sup>. Sin embargo, en este caso no se podría utilizar como analogía pues esta confesión se realizó motivada por los beneficios obtenidos (indulto o reducción de multa) en virtud del programa de delación. Así, consideramos que el problema que podría llegar a presentarse en caso del traslado de plano de las pruebas al proceso ordinario se centran en la vulneración a la prohibición de autoincriminación y al derecho de defensa que tendría la parte en el nuevo proceso, además conllevaría a desincentivar el programa de delación debido a que los empresarios no abandonarían su estado de confort en el mercado para cumplir una sentencia indemnizatoria como lo supondría, y más después de haber “colaborado” con la identificación y destrucción del cartel al que pertenecía. En este punto estimamos que no es válido el pronunciamiento de la doctrina colombiana sobre prueba trasladada porque, si bien son expertos en la materia, su campo de investigación se restringe al traslado de pruebas de un proceso penal a uno ordinario y no cobijan dentro de sus supuestos de hechos, el traslado dado desde el proceso administrativo ante la Superintendencia que, vale decir, es bastante peculiar.

- Traslado de los testimonios: en este punto se hace alusión a la figura de la ratificación, que conlleva a que el testigo ratifique lo dicho o manifieste que esto es cierto.

---

<sup>32</sup> Art. 174. Prueba trasladada y prueba extraprocesal. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales. La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.

El Código General del Proceso regula la figura en su art. 222 y establece que deberá repetirse el interrogatorio con el fin de que la ratificación se dé. Sin embargo, resulta pertinente mencionar que esta ratificación se hará siempre que la parte contra la cual se aduce lo solicite por su no intervención en el proceso desde el cual se trasladan.

- Traslado de documentos: en palabras de Devis Echandía:

[...] no necesitan ratificación los documentos auténticos, ni los documentos privados no reconocidos, aunque estos conservan esa condición si provienen del oponente que no fue parte en el otro proceso a pesar de que allí no hayan sido objetos ni tachados de falsos<sup>33</sup>.

Resolviendo los cuestionamientos que de manera previa nos habíamos planteado, consideramos que nada obsta para que no pueda trasladarse la prueba del proceso administrativo al proceso adelantado en virtud de la acción de grupo, en el entendido de que no existe prohibición legal alguna, de hecho, lo único que se precisa y se hace menester es el cumplimiento de los requisitos ya mencionados. Asimismo, se ha entendido en nuestro ordenamiento que se hace factible el traslado de pruebas de un proceso que ya ha terminado, teniendo siempre en cuenta que no deben desconocerse las formalidades legalmente exigidas. Debido a que, como se mencionó, el grueso de las pruebas obtenidas en los procesos administrativos se allega en virtud de la delación, proponemos que debe regularse el traslado de tal manera que el delator mantenga prerrogativas, que se establecerán según los casos concretos y el daño real causado a los consumidores.

En todo caso, el Código General del Proceso ha dispuesto que “la valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y

---

<sup>33</sup> DEVIS ECHANDÍA (2015: 350, tomo I).



la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzca”, de lo cual puede deducirse, que ante este medio probatorio no se tendrá en cuenta la valoración hecha por el juez del proceso del cual se traen, garantizando así una interpretación adecuada de las pruebas conforme al caso concreto.

Ahora bien, el poder trasladar los medios de prueba de un proceso a otro en el caso concreto facilita la defensa de los consumidores afectados, en la medida que ya se encuentra demostrada la responsabilidad de los sujetos involucrados<sup>34</sup> e incluso las condiciones y margen de mercado, geográfico y temporal en el que se realizaron las conductas, aspectos que reducen la carga probatoria de los consumidores y que, de no ser posible tornaría mucho más compleja el acudir a las acciones colectivas.

### ***8. Desistimiento de los miembros del grupo que han promovido la acción de grupo***

Frente a la presentación de la acción de grupo pueden concurrir un sinnúmero de intereses<sup>35</sup>, que llevan a que finalmente esta se desista. La Ley 472 de 1998 no restringe esta posibilidad en el caso de las acciones de grupo, pero se hace imperioso para nosotros aclarar que esta no es una potestad ilimitada.

Generalmente, al momento de presentar la acción de grupo (principalmente cuando se trata de grandes grupos) “no es necesario que la demanda venga interpuesta por un número plural, pues basta que quien la haya incoado haga mención de que lo hace en virtud de que hay varios afectados”<sup>36</sup>. Como consecuencia de

---

<sup>34</sup> Incluso, puede traerse como prueba al proceso civil la resolución emitida por la autoridad administrativa, en la cual aparecerán las multas establecidas, el razonamiento de la sanción, las ventajas obtenidas por las empresas en virtud de las actuaciones, entre otras.

<sup>35</sup> Entre otras, por la manipulación del demandado, por influencias políticas, encaminadas a evitar una condena.

<sup>36</sup> BEJARANO (2016: 302).

esto, la Ley 472 en su art. 52 numeral 4, ha establecido que deben expresarse los criterios para la identificación de los miembros del grupo y su definición.

Como corolario, se ha entendido que el demandante solo podría disponer en su nombre o en nombre de aquellos que le hayan dado poder, mas no de los miembros del grupo que no se han vinculado al proceso ni excluido. En este sentido, no podría entenderse el desistimiento por parte del demandante como un desistimiento aceptado o que cubra a todos los miembros del grupo.

El Código General del Proceso en su art. 315 dispone que “si ese desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si solo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él”. Compartimos entonces lo dicho por Javier Tamayo: “en la acción de grupo, el demandante tampoco puede desistir comprometiendo los derechos de quienes no le dieron poder especial para ello”<sup>37</sup>.

Sin embargo, a pesar de lo que teóricamente se establece, la realidad es totalmente distinta y desconoce por completo la regulación que pretende reconocer la existencia de un grupo afectado y sus derechos. Por ejemplo, en el caso colombiano, todas las acciones de grupo que se iniciaron en contra de los carteles de precios fueron desistidas y archivadas.

Por lo anterior, es necesario que los ordenamientos jurídicos tengan en cuenta el presente problema y le otorguen el adecuado tratamiento. Por ejemplo, proponemos la apertura de investigaciones disciplinarias a los jueces que opten archivar un proceso colectivo motivado en el desistimiento de uno sólo de los accionantes en el proceso o al juez que no haga el emplazamiento

---

<sup>37</sup> TAMAYO (2001: 326).

respectivo a los demás miembros del grupo, esto con el fin de proteger el mercado, los derechos de los consumidores y el debido proceso de los demás accionantes (incluyendo aquí a los futuros consumidores que podrían haber llegado al proceso), además de la interposición de multas para estas ligas de consumidores que no representan de manera adecuada al grupo afectado.

**9. *Mecanismo existentes en los demás ordenamientos, similares a la acción de grupo, que logran proteger a los consumidores de manera efectiva***

Vista la regulación en Colombia y las deficiencias probatorias que se presentan en las acciones de grupo como mecanismo para la protección de los consumidores, consideramos pertinente hacer mención de los casos cercanos a nuestro ordenamiento que también conocen y regulan las acciones colectivas, específicamente, los casos de Perú, Chile y la Unión Europea, para conocer cómo regulan en sus ordenamientos dicho tema.

En Perú, como en América Latina, se ha presentado el incremento de conductas que atentan contra el consumidor, por lo que iniciaremos con la mención de tres casos investigados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, concretamente referidos a la concertación de precios (carteles):

1. INDECOPI vs FARMACIAS<sup>38</sup>: en este caso las farmacias Arcángel, Fasa, Inkafarma, Mifarma y Nortfarma fueron sancionadas en primera instancia por el INDECOPI<sup>39</sup> por la concertación de precios de medicamentos y complementos nutricionales. La condena se basó en la violación del art. 11.2 de la ley de represión de conduc-

---

<sup>38</sup> SEMANA ECONÓMICA (2016).

<sup>39</sup> INDECOPI (2016).

tas anticompetitivas<sup>40</sup>. INDECOPI tomó no solo la determinación de sancionarlos económicamente por US\$ 2'641.992,95 sino además fueron sancionados con la obligación de desarrollar medidas correctivas que no permitieran la reincidencia en prácticas anticompetitivas, y por un margen de 3 años dar capacitación a sus empleados, además de enviar reportes periódicos al INDECOPI explicando los riesgos del incumplimiento. La conducta se realizó entre enero 2008 y marzo 2009, con consecuencias negativas en el mercado 88% (acaparamiento de estas farmacias del mercado)

2. INDECOPI vs PAPEL<sup>41</sup>: este es un caso especial para el procedimiento peruano pues fue el primero que se logró por medio del mecanismo de clemencia, lo que permitió al INDECOPI iniciar investigación por la presunta concertación de precios desde 2005 hasta 2014. Cabe resaltar que las empresas en cuestión constituían el 88% del mercado.
3. INDECOPI vs GLP<sup>42</sup>: Esta concertación de precios se presentó en las ciudades de Chimbote y Chiclayo, y en cada una participaron una multiplicidad de empresas:

---

<sup>40</sup> Según el art. 11.2 del Decreto Legislativo No. 1034: “Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto: a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.”.

<sup>41</sup> INDECOPI (2015).

<sup>42</sup> INDECOPI (2014).

- a) Chimbote: Chimbote Corp S.A.C.; Servicentro Casuarinas S.A.C.; JEL Servicentro S.R.L.; Servicentro UNR S.A.; Grifos Espinoza S.A.; Corporación Dino S.A.C.; Energigas S.A.C.; Estación y Servicios Grefaan S.A.C. y Compañía General de Combustibles S.A.C
- b) Chiclayo: Coesti S.A.; Compañía General de Combustibles S.A.C.; Corporación Lumar S.A.C.; GLP Granel S.A.C.; Grupo de Gestión C S.A.; Novo Gas S.A.C.; Repsol Comercial S.A.C.; Energigas S.A.C.; Estación de Servicios Romar S.A.C.; Grifo San Antonio E.I.R.L.; Gaspetroleo S.A.C. y Llama Gas S.A. Las mencionadas empresas representan en conjunto el consumo del 13,73% a nivel nacional.

Como vemos Perú también ha tenido que enfrentarse a carteles de precios que atentan contra los derechos de los consumidores, por lo que surge la pregunta ¿cómo regula el ordenamiento peruano tal situación? A diferencia de lo que ocurre en el caso colombiano, el Código de Consumo peruano, en su art. 130, otorga únicamente legitimidad activa al INDECOPI y a asociaciones autorizadas por éste que tengan como objeto la protección de los derechos de los consumidores<sup>43</sup>. Así, la actuación de los consumidores se limita a presentar la inquietud ante la autoridad mencionada para que esta investigue y únicamente se verán involucrados en el proceso cuando sean requeridos, siempre que acrediten la calidad de consumidor afectado. Es importante resaltar que en Perú no hay indemnización colectiva, sino que cada consumidor deberá iniciar una acción individual para ello.

Por otro lado, en Chile, a diferencia de lo que ocurre en Colombia no se diferencia entre acciones de grupo y acciones populares pues se consagra en la Ley N<sup>o</sup> 19.955 de 2004 una única acción tendiente a la protección exclusiva de los derechos de los

---

<sup>43</sup> GLAVE MAVILA (2012: 343-355).

consumidores<sup>44</sup>. Así, a través de un único proceso se busca sancionar a los sujetos que realizan las conductas y la indemnización del daño sufrido por un grupo de consumidores<sup>45</sup>.

Sin embargo, a pesar del avance que se dio con la introducción de la demanda colectiva, en Chile también se han tenido que enfrentar a problemas como la lentitud y la manera de financiar los juicios<sup>46</sup> por lo que, desde el 2004 hasta el 2014, sólo cinco asociaciones habían presentado demandas colectivas a favor de los Consumidores, teniendo en cuenta que son un total de 75 organizaciones con las que cuenta el consumidor chileno para la defensa de sus derechos<sup>47</sup>.

Respecto al tema probatorio, el art. 51 de la mencionada ley consagra que “sin perjuicio de los requisitos generales de la demanda, en lo que respecta a las peticiones relativas a perjuicios, bastará señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación” y que “iniciado el juicio señalado, cualquier legitimado activo o consumidor que se considere afectado podrá hacerse parte en el juicio”. De esta manera, al igual que en el caso colombiano, no se ha regulado de manera concreta el tema probatorio relacionado con la demostración de la calidad de víctima y el daño sufrido por el consumidor. Por lo que, al final, basta que en la sentencia el juez establezca los datos, características y requisitos generales

---

<sup>44</sup> La mencionada ley modificó la Ley No. 19.496 en la que se regulan los derechos de los consumidores, introduciendo la noción de ‘demanda colectiva’ con el fin de proteger los derechos e intereses de los consumidores.

<sup>45</sup> CARABANTES RÍOS y CÁRCAMO CARRASCO (2014).

<sup>46</sup> Un ejemplo de ellos se presentó en el caso del Banco Estado, en el que el proceso se extendió por más de 8 años: CARABANTES RÍOS y CÁRCAMO CARRASCO (2014).

<sup>47</sup> CARABANTES RÍOS y CÁRCAMO CARRASCO (2014).

para que el consumidor pueda acercarse al proceso y exigir una indemnización<sup>48</sup>. En principio se torna sencillo para casos de grupos concretos como en el de Conadecus contra el Banco del Estado, en el que el grupo y el espacio de tiempo se pudieron determinar pues la conducta del banco inició en el 2004 y terminó en el 2006 (con la reparación de los consumidores), afectando específicamente a personas que poseían cuentas de ahorro<sup>49</sup>, sin embargo, tal como lo hemos planteado en el desarrollo del presente escrito ¿cómo puede un consumidor demostrar que es víctima de un cartel de bienes, como, por ejemplo, pañales o cuadernos, es decir bienes de consumo básico, y más cuando estos pueden durar años?

Debido a lo anterior, asociaciones como la Asociación de Consumidores- Conadecus, concretamente proponen al legislador chileno “restringir la legitimación activa” pues consideran que los legitimados para hacerse parte debieran ser solamente aquellas organizaciones o grupos de personas que tienen por objeto la protección del interés colectivo o difuso, como son las Organizaciones de Consumidores o el SERNAC, y agregan que ejercer acciones individuales carece de sentido en un juicio que igualmente pretende una resolución universal, la que irá en beneficio de todos los consumidores afectados y simplemente termina retrasándola más de la cuenta<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN (2010: 99-124).

<sup>49</sup> “Específicamente, el Banco del Estado inició el cobro de \$400 trimestrales de manutención a todos los poseedores de cuentas de ahorro, los cuales en sus diferentes modalidades sumaron alrededor de 11.000.000 once millones de pesos. Dicho cobro para enero del 2005 experimentó un aumento de 0,15 UF (\$ 3.300 aprox.) trimestrales, lo que se tradujo en \$13.200 millones anuales. Después de un dilatado juicio de seis años, con fecha 28 de septiembre de 2010, el 14 Juzgado Civil de Santiago falla en primera instancia a favor de un millón de consumidores en la demanda colectiva contra la entidad Bancaria”: CONADECUS (2011).

<sup>50</sup> CONADECUS (2011).

Finalmente, en la Unión Europea también se han presentado casos emblemáticos de conductas que atentan contra los consumidores. Así desde el año 2014 se vio la necesidad de instaurar acciones colectivas para contrarrestar los daños causados. Por ejemplo, el proceso iniciado por la empresa belga Cartel Damage Claims SA (CDC) contra HeidelbergCement AG ante el Tribunal Regional de Mannheim con el fin de buscar la indemnización de más de 138 millones de euros de daños derivados de su participación en el cartel del cemento sancionado por diversas autoridades de competencia europeas.

Por medio de esta acción, CDC reclama los daños causados a 23 compañías, en su mayoría de tamaño medio, que adquirieron cemento del área de distribución de HeidelbergCement durante el período que duró el cártel. De acuerdo con CDC, los acuerdos del cártel ocasionaron un incremento artificial del precio que ascendió a un 30,67% en la región oriental y un 25,48% en la región meridional<sup>51</sup>.

Un caso interesante se dio con la instauración de una demanda colectiva por la Universidad de Lisboa, denominado Observatorio Portugués de la Competencia (OPC), contra Sport TV, el canal de televisión de contenido deportivo más importante de Portugal, debido a que, según la OPC, Sport TV causó daños a sus usuarios y a todos sus clientes de pago en Portugal al subir artificialmente el precio en el mercado de distribución de la televisión de pago, limitando el desarrollo y la inversión en el mercado de referencia, e impidiendo a los consumidores disfrutar de los canales de Sport TV. A través de dicha acción la OPC representa “a todos los consumidores de televisión de pago que han resultado afectados por la práctica en cuestión” y demanda a Sport TV por un supuesto abuso de su posición de dominio.

---

<sup>51</sup> Estudio del Centro de Investigación Económica Europea, en Mannheim: ANGULO GARZARO (2015b).



En este caso, se hizo uso de lo que párrafos atrás se mencionó respecto al beneficio de esperar una condena en concreto en contra del sujeto infractor, pues primero se condenó a Sport TV por abuso de poder en el mercado<sup>52</sup> y días después fue interpuesta la acción colectiva.

Ahora, de acuerdo con la normativa portuguesa, la acción colectiva se plantea según el sistema *opt out* por lo que abarca a todos los afectados y perjudicados por la conducta a no ser que se desentiendan individualmente de la acción. Es decir, como en nuestro caso, si uno de los consumidores considera que su derecho no se encuentra reparado o no se representó adecuadamente, este puede optar por la acción individual. Sin embargo, consideramos que ello desconoce el fin de las acciones de grupo como mecanismo idóneo para reparar los derechos de los consumidores.

### **10. Conclusiones**

El incremento de conductas restrictivas de la competencia que acarrearán la vulneración de los derechos de los consumidores es un problema que se ha incrementado en los últimos años, afectando no solo a pequeños mercados sino también a aquellos en los que la industria y el comercio se encuentra más desarrollados. Así, muchos países se han visto en la necesidad de crear leyes, acciones, entidades y demás mecanismos tendientes a la protección efectiva del mercado y los derechos de los consumidores afectados por las mencionadas prácticas.

---

<sup>52</sup> La acción colectiva fue interpuesta el día después de que el Tribunal de Apelación de Lisboa confirmara la decisión de 2013 de la Autoridad Portuguesa de Competencia que establecía que Sport TV había abusado de su poder en el mercado en detrimento de los operadores y de los consumidores. Sport TV ha agotado así las instancias para recurrir la resolución en cuanto al fondo, aunque todavía podría acudir al Tribunal Supremo Portugués sobre la base de una infracción constitucional: ANGULO GARZARO (2015a).

Latinoamérica no ha sido ajena a esta situación y, por el contrario, con el fin de frenar el avance de la misma, cada Estado ha optado por crear o desarrollar instrumentos que le permitan cumplir con el mencionado fin; algunos ordenamientos tendientes a sancionar de plano aquellas empresas que incurran en las prácticas, otros buscando sancionar y reparar a los consumidores. Tal es el caso de Colombia.

En el presente escrito se expuso como el ordenamiento colombiano permite la protección a sus consumidores por medios individuales y colectivos sin llegar a ser excluyentes, siendo el último el trabajo de la investigación realizada y siendo así la herramienta más eficaz para los consumidores, pues en contraposición con las acciones individuales, supone una reducción de costos tanto para los consumidores como para el mismo Estado que llevaría varias acciones a través de una, promoviendo así el principio de economía, celeridad y eficacia.

Como también se mencionó, en el ordenamiento jurídico colombiano hay dos tipos de acciones que conglomeran las acciones colectivas del Código Modelo para Iberoamérica, estas son las populares y las de grupo. Si bien es cierto que las dos acciones van encaminadas a la protección de derechos de un grupo afectado, concretamente en lo relacionado a los derechos de los consumidores consideramos que, debido a que lo que se busca es resarcir o indemnizar los daños, la acción colectiva que más se adecua al fin perseguido es la acción de grupo, pues permitirá indemnizar a los consumidores afectados

Es ante la especificidad de las acciones en Colombia que planteamos el núcleo de esta investigación, centrándonos en los problemas que afrontan los consumidores cuando impulsan este tipo de acciones, concretamente lo relacionado con:

- i. Los problemas probatorios, concluyendo que es necesaria una flexibilización de la prueba, específicamente el uso de indicios que lleven al juez a otorgar la calidad

de víctima a un consumidor que se presente en el proceso. Igualmente se propuso el traslado de las pruebas obtenidas en el proceso administrativo al proceso colectivo, esto respetando los derechos al debido proceso del accionado y creando o manteniendo prerrogativas, con el fin de no desincentivar la delación que se presenta en el proceso administrativo.

- ii. El desistimiento y los efectos disuasorios de la acción, concluyendo que, a pesar de que el desistimiento es un derecho que los accionantes tienen, este no se extiende a los demás integrantes del grupo. Darle dicho efecto conllevaría a la desprotección de los derechos de los consumidores y a la eliminación del efecto disuasorio del uso de la acción de grupo.

A pesar de todo, es comprensible que la regulación de medidas como las acciones de grupo y demás, encaminadas a buscar el bienestar del consumidor hoy en día no sean suficientes y que como consecuencia son temas que aún se siguen construyendo, y que afrontan problemáticas como la prolongación de las investigaciones, la integración de la parte activa, la reparación proporcional al daño y, en lo que se refiere al objeto de este escrito, el ámbito probatorio, que según consideramos en la actualidad ninguno de los ordenamientos jurídicos estudiados presenta una solución práctica para los consumidores que carecen de los medios idóneos para defenderse, y más cuando son consumidores de bienes de amplio y rápido consumo.

### **Referencias**

ABC DEL BEBÉ

2013 “¿Cuántos pañales usa el bebé y cuánto valen a diario?”. *ABC del bebé*. 13 de marzo.

<http://www.abcdelbebe.com/etapa/bebe/0-a-6-meses/desarrollo/cuantos-panales-usa-el-bebe-y-cuanto-valen-diario>

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite

2010 “La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la Ley chilena de Protección del Consumidor”. *Ius et Praxis*. Año 16. N° 1, 2010, pp. 99-124.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100005>

ANGULO GARZARO, Amaya

2015a “Portugal: primera acción colectiva en materia de competencia contra Sport TV”. *Osservatorio permanente sull’applicazione delle regole di concorrenza*. 18 de marzo.

<http://www.osservatorioantitrust.eu/es/portugal-primera-accion-colectiva-en-materia-de-competencia-contra-sport-tv/>

2015b “Alemania: nueva acción de daños contra Heidelbergcement AG”. *Osservatorio permanente sull’applicazione delle regole di concorrenza*. 29 de octubre.

<http://www.osservatorioantitrust.eu/es/alemania-nueva-accion-de-danos-contra-heidelberg-cement-ag/>

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier

2001 *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson.

BEJARANO, Ramiro

2016 *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Bogotá: Temis.

CARABANTES Ríos Emilio y Karina Cárcamo Carrasco

2014 “Las Demandas Colectivas en Chile”. En CONADECUS-Asociación de Consumidores. Fondo Concursable para asociaciones de consumidores.

<http://www.conadecus.cl/conadecus/wp-content/uploads/2014/12/Documento-base-final-Demandas-Colectivas-corto.pdf>

CARACOL RADIO

2013 “Los colombianos gastan 60 mil pesos mensuales en pañales para un bebé”. *Caracol Radio*. 14 de marzo.

[http://caracol.com.co/radio/2013/03/14/economia/1363223400\\_858770.html](http://caracol.com.co/radio/2013/03/14/economia/1363223400_858770.html)

CORPORACION NACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (CONADECUS)

- 2011 “Consumidores vs Banco Estado”. 14 de septiembre.  
<http://www.conadecus.cl/conadecus/?p=909>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- 1999 C-215. Sentencia. Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.  
1994 T-097/94. Sentencia. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA

- 1997 Exp. N° 9858. Sala de Casación Penal. Sentencia: 8 de mayo.

DE QUINTO ARREDONDA, Miguel

- 2012 “Indemnizaciones por daños económicos a víctimas directas e indirectas de carteles: marco legal y cuantificación”. *Estudios Económicos Superintendencia de Industria*. Cuaderno de Trabajo N° 6, 3 de diciembre.  
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2221511>

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

- 2015 *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis.

GLAVE MAVILA, Carlos

- 2011 “El proceso colectivo según el Código de Consumo”. *Revista de derecho administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*. N° 11, pp. 343-355.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13565/14190>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL-INDECOPI

- 2014 “Indecopi inicia procedimiento sancionador a 19 empresas comercializadoras de GLP vehicular”. *Indecopi*. Lima, 6 de julio.  
<https://www.indecopi.gob.pe/-/el-indecopi-inicia-procedimiento-sancionador-a-19-empresas-comercializadoras-de-glp-vehicular>  
2015 “Indecopi abre procedimiento sancionado por presunta concertación de precios de papel higiénico”. *Indecopi*. Lima, 12 de diciembre.

<https://www.indecopi.gob.pe/-/el-indecopi-abre-procedimiento-sancionador-por-presunta-concertacion-de-precios-de-papel-higienico>  
2016 “Indecopi multa a 5 cadenas de farmacias, en primera instancia, por concertar precios de medicamentos y les ordena cumplir un programa de prevención”. *Indecopi*. Lima, 25 de octubre.  
[https://www.indecopi.gob.pe/inicio/-/asset\\_publisher/ZxXrtRdgbv1r/content/el-indecopi-multa-a-5-cadenas-de-farmacias-en-primera-instancia-por-concertar-precios-de-medicamentos-y-les-ordena-cumplir-un-programa-de-prevencion?inheritRedirect=false](https://www.indecopi.gob.pe/inicio/-/asset_publisher/ZxXrtRdgbv1r/content/el-indecopi-multa-a-5-cadenas-de-farmacias-en-primera-instancia-por-concertar-precios-de-medicamentos-y-les-ordena-cumplir-un-programa-de-prevencion?inheritRedirect=false)

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso

2011 “La Delación: hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia” [diapositivas]. *Ciclo de Conferencias del CEDEC*. Bogotá, 11 de marzo.  
<https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/delacic3b3n.pptx>

SEMANA ECONÓMICA

2016 “Indecopi sanciona a cinco cadenas de farmacias por concertación de precios”. *Semana económica*. Lima, 25 octubre.  
<http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/salud/203647-indecopi-sanciona-a-cinco-cadenas-de-farmacias-por-concertacion-de-precios/>

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA

2015 Resolución 7897. 27 de febrero.

2016 Resolución 86817. 16 de diciembre.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

2014 *Diccionario de la Lengua Española*. Edición del Tricentenario. Madrid: Espasa.

TAMAYO, Javier

2001 *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Bogotá: Raisbeck, Lara Rodríguez & Rueda.

TARUFFO, Michele

2002 *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

# **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**

**ISSN 2072-7976**

---

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:  
revista.derechoprocesal@pucp.pe**