



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

con Acreditación
Institucional
de Alta Calidad
por **8** años

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A LOS AFECTADOS POR ACUERDOS DE
CARTEL Y LAS INVESTIGACIONES POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE
COMPETENCIA: CONCURRENCIA DE ACCIONES CIVILES Y ADMINISTRATIVAS

JUAN FERNANDO LÓPEZ CORZO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, AGOSTO 31 DEL 2017

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A LOS AFECTADOS POR ACUERDOS DE
CARTEL Y LAS INVESTIGACIONES POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE
COMPETENCIA: CONCURRENCIA DE ACCIONES CIVILES Y ADMINISTRATIVAS

JUAN FERNANDO LÓPEZ CORZO

DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADO: DR. SANTIAGO DUSSAN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, AGOSTO 31 DEL 2017

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.

Nota de Aceptación



SANTIAGO DUSSAN LAVERDE
Director Trabajo de Grado



JAVIER CORTÁZAR MORA
Evaluador



FRANCESCO ZAPPALÁ SASTOQUE
Evaluador

Santiago de Cali, 31 de agosto de 2017

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A LOS AFECTADOS POR ACUERDOS DE
CARTEL Y LAS INVESTIGACIONES POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE
COMPETENCIA: CONCURRENCIA DE ACCIONES CIVILES Y ADMINISTRATIVAS

ÍNDICE

Abstract	5
Introducción	6
Capítulo 1: Descripción del régimen de competencia en Colombia, acuerdos de cartel.	8
1.1 Generalidades del derecho de la competencia en Colombia.	8
1.2. Marco legal del régimen de competencia en Colombia.	10
1.2.1. Descripción de las conductas denominadas acuerdos de cartel.	15
1.3. Sanciones por violación al régimen de competencia por medio de los acuerdos de cartel	17
Capítulo 2: Análisis de los mecanismos de reparación a los afectados.	20
2.1. Acciones por competencia desleal.	23
2.2. Las acciones civiles.	24
2.2.1. Responsabilidad civil contractual.	25
2.2.2. Responsabilidad civil extracontractual.	26
2.3. Acciones populares y de grupo.	28
Capítulo 3: Posibles escenarios que se presentan en la confluencia de investigaciones.	33
3.1. Escenario 1: necesidad de esperar el fallo de la autoridad residual para la acción civil.	35
3.2. Escenario 2: necesidad de esperar el fallo de la autoridad residual para la acción de grupo.	39
3.3. Escenario 3: Investigación civil condena y administrativa absuelve en segunda instancia.	41
3.3.1. Tutela contra el fallo de la Superindustria.	43
3.3.2. Recurso extraordinario de casación.	44
Conclusiones	47
Bibliografía	52

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A LOS AFECTADOS POR ACUERDOS DE CARTEL Y LAS INVESTIGACIONES POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA: CONCURRENCIA DE ACCIONES CIVILES Y ADMINISTRATIVAS

ABSTRACT

El régimen jurídico de la competencia y en especial, la regulación sobre conductas anticompetitivas afronta la dualidad de penalizar la conducta y el resarcimiento de los afectados. Es claro que el mayor beneficiado de la competencia en el mercado es el consumidor, y el mayor afectado cuando se viola dicho régimen. Las investigaciones para su penalización son realizadas por la SIC como autoridad residual, pero no tiene la capacidad de resarcir a los afectados, la cual debe ser llevada ante la jurisdicción civil. En este trabajo se pretende abarcar el régimen de la competencia en Colombia de los acuerdos de cartel o carteles frente a los mecanismos de reparación que tienen los afectados, y vislumbrar las estrategias de los jurídicos (defensores o demandantes) frente a esta realidad empresarial. Su realización metodológica se planteó bajo un enfoque descriptivo de tipo jurídico social. Los capítulos del trabajo se elaboran desde un enfoque comprensivo, histórico hermenéutico para tratar fundamentos legales; igualmente bajo criterios empírico analíticos, tomando los mecanismos de reparación al consumidor desde la perspectiva empresarial y la del consumidor; y con una propuesta jurídico proyectiva con un conjunto de resultados cuantitativos a partir del esquema procesal del derecho. Para los dos primeros capítulos se usaron técnicas de malla conceptual, y el tercero se realizó por medio de una planificación por escenarios. Como resultados del estudio, y obedeciendo a la metodología proyectiva, el lector se encontrará con una forma novedosa de enfrentar este o cualquier problema jurídico bajo el litigio estratégico, dejándole en su mente la inquietud sobre el litigio estratégico.

INTRODUCCIÓN

El derecho de la competencia es un tema de suma importancia en el derecho empresarial, y es definido como “una rama del derecho económico que regula y ordena el mercado sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia” (Witker, 2000, p. 20). Esta aseveración implica que estas relaciones mercantiles que violen principios como la libre competencia económica (artículo 333 de la C.N.) y que limiten la concurrencia de actores en el mercado deben estar definidas en un marco jurídico.

El marco jurídico referido (y el cual será relatado en el primer capítulo) determina cuales son estas prácticas anticompetitivas, y entre ellas se encuentran los acuerdos de cartel o carteles, objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

Ahora bien, las sanciones de la Superintendencia de Industria y Comercio por cartelizaciones a diferentes empresas y grupos empresariales en Colombia¹ han traído cuestionamientos sobre la forma de abordar su estudio al interior empresarial, el litigio en estos casos y el resarcimiento de los afectados por las conductas anticompetitivas, como es soportado por Pavón-Villamayor (2009, p. 3) al determinar que un sistema eficaz contra la cartelización aborda las sanciones como el fortalecimiento del resarcimiento de los daños a los consumidores. Consecuente a lo anterior, el problema de la presente investigación enfrenta dos categorías, las sanciones empresariales derivadas de las investigaciones administrativas de la S.I.C (Superintendencia de Industria y Comercio) y reparación integral del consumidor afectado por la conducta empresarial por medio de acciones de carácter civil, y se representa en “La indemnización de perjuicios a los afectados por acuerdos de cartel y las investigaciones por violación al régimen de competencia en torno a la concurrencia de acciones civiles y administrativas”, ya que autores como Francisco Marcos (2011, p. 5) plantean el subdesarrollo de las acciones civiles frente al predominio del sistema público.

Es por este motivo que el presente estudio busca responder a la pregunta ¿Cuáles serían los efectos de una concurrencia de procesos civiles de indemnización de perjuicios y el proceso administrativo de investigación de conductas anticompetitivas?

¹ Resoluciones 43218 del 2106 (cartel de los pañales), Resolución 80847 (cartel del azúcar), Resolución 22625 del 2005 (cartel del arroz).

Dada la pregunta de investigación, su respuesta será un capítulo en el cual se escenifiquen los efectos de la concurrencia de procesos civiles y administrativos, basados en el carácter procesal del tema; ya que los efectos sobre el consumidor (la reparación) y sobre la empresa (multas y acciones administrativas) se derivan de la forma en que se desarrolló el litigio. Por lo tanto la metodología usada para la realización del presente estudio puede dividirse en los capítulos planteados. En el primer capítulo se determinó el régimen de competencia vigente en Colombia por medio de una revisión documental de carácter jurídico descriptivo, desde un enfoque comprensivo, histórico hermenéutico para tratar fundamentos legales. En el segundo capítulo se determinaron los mecanismos de reparación al consumidor sin eliminar la perspectiva empresarial por medio de la misma revisión documental bajo criterios empírico analíticos. Y en el tercer capítulo se plantea un enfoque jurídico proyectivo con un conjunto de resultados cuantitativos usando la metodología de planeación por escenarios, partiendo de las posibilidades que permite el derecho procesal.

Es claro que el resultado de esta investigación proyectiva del tercer capítulo se basa solo en las posibilidades que brinda el derecho procesal, sin querer especular sobre el resultado. Al hablar de los efectos de la concurrencia de las investigaciones, se especifica que son los efectos derivados de la manera de afrontar el litigio (sea consumidor o empresa). En este producto proyectivo, el abogado podrá visionar una estrategia legal según los efectos buscados (consumidor o empresa) en cuanto a la reparación, o a la defensa corporativa, tanto como la continuidad del negocio. Es también importante señalar que “El derecho de la competencia puede ser aplicado por las autoridades públicas encargadas de sancionar conductas anticompetitivas y también por los jueces que deciden pretensiones de los particulares basadas en sus normas sustanciales” (Perilla, 2015, p. 179) pero también, aunque no hace parte de este trabajo, denotar que “El arbitraje ha sido el camino a través del cual se ha iniciado la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia” (Ibidem)².

Las conclusiones de la investigación expondrán cómo los efectos propuestos en el último capítulo ponen a prueba la continuidad del negocio (ISO 22301), y cómo abordar el problema de investigación según el papel que tome el abogado (consumidor o empresa) por medio del litigio estratégico.

²Si se desea más información sobre el tema del arbitraje y el Derecho de la Competencia, revisar al Dr. Carlos Andres Perilla Castro.

Capítulo 1

Descripción del régimen de competencia en Colombia: acuerdos de cartel

1.1. Generalidades del régimen de la competencia en Colombia

Se podría empezar a definir de forma general el derecho de la competencia como “una rama del derecho económico que regula y ordena el mercado sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia” (Witker, 2000, p. 20).

En Colombia, cuando se usa la expresión “Derecho de la Competencia”, se refiere a dos utilidades legales de campos diferentes que se entrecruzan en los agentes económicos del mercado e integran el régimen antimonopolios (que se diferencia con el término “prácticas comerciales restrictivas” o “antitrust law” de los norteamericanos) y también a la represión de la competencia desleal³.

El régimen antimonopolios es básicamente derecho público económico y se orienta a que las condiciones básicas que permiten la competencia entre los diferentes agentes económicos existan y funcionen lo menos distorsionadamente posible mediante distintos medios, a saber: 1) reprimiendo una serie de comportamientos que de acuerdo con la experiencia tienden a exterminar injustificadamente la competencia o a explotar abusivamente el mercado, 2) previniendo que algunas situaciones adversas a la competencia derivadas de las grandes integraciones empresariales se materialicen afectando al mercado, 3) tendiendo a crear un medio amigable a la competencia mediante el ejercicio de la abogacía de la competencia, para que la cultura de la competencia penetre en el tejido social y también que la regulación económica no afecte injustificadamente la libre competencia (Díez, 2011, p. 11).

De forma similar, al usar el término competencia desleal se busca explicar que es un acto económico conductual reprochable enmarcado en el derecho comercial, digno de ser reprimido para sujetar unas reglas entre competidores que permitan ganar y mantener clientela de forma sostenible⁴.

Ahora bien, son muchos los elementos que intervienen en un modelo de libre competencia entre los que se encuentran las políticas nacionales, leyes y convenios internacionales. “Uno

³ Los europeos llaman “derecho de la competencia” única y exclusivamente al derecho antimonopolios.

⁴ Parafraseando a Díez (2011).

de estos factores, herramientas o medios de materialización de las políticas de competencia es el derecho antimonopolios [...] conjunto de normas correctivas y preventivas cuyo objeto o fin es proteger y promover la libre competencia en los mercados” (Cortázar, 2011, p. 22).

Por consiguiente, para un país como Colombia, enmarcado en el Estado Social de Derecho, la necesidad de establecer principios que coadyuven al crecimiento económico y competencia empresarial, enmarcando la libre competencia, viene desde los marcos constitucionales:

La constitución de 1991, en su artículo 333, consigna que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero esta libertad está limitada por la ley, de acuerdo con el artículo 334, pues corresponde al Estado la dirección general de la economía; es así como incursiona el desarrollo económico regional, el mejoramiento de la calidad, la distribución equitativa de oportunidades, la preservación del medio ambiente, las organizaciones solidarias y, en general, la productividad y competitividad, y se admite la libre competencia y el desarrollo empresarial, siempre dentro de una distribución equitativa de las oportunidades y beneficios de los asociados. (Vallejo, 2000, p. 12).

Pero estas conductas anticompetitivas “no convencionales” (como las llama Elías Newman) repercuten en el sistema productivo nacional y en los consumidores finales. Manuel López Rey y Arrojo, que fuera Presidente del Comité de Prevención del Delito en la ONU, dijo sobre lo concerniente que “en términos generales puede decirse que la criminalidad no convencional es expresión del abuso de poder político, ideológico, económico, industrial” (Newman, 1994, p. 53).

Y aunque existe la posibilidad que los consumidores acudan a instancias que permitan resarcir sus derechos en la jurisdicción civil, estas son difíciles de acceder por costosas, por el tiempo que requieren para su presentación, por las restricciones técnicas y la falta de conocimientos.

El consumidor es una persona que carece de conocimientos jurídicos, pero, además, en la mayor parte de los casos, estadísticamente, es una persona sin la formación que da una facultad universitaria y que quizás por ello tiene escasa confianza en la ley y en la justicia, conceptos a los que ve muy lejos, y con los cuales los contactos que eventualmente ha tenido acaso no han sido muy agradables [...] Para empezar, como carece –casi siempre– de conocimientos jurídicos necesita un abogado, y el acudir a él plantea incluso un problema de tiempo (Acosta, 1995, p. 117).

En cuanto a la conducta como tal, en Colombia, las facultades para investigar los actos que afecten la libre competencia son otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio o SIC como autoridad residual, y ella es la llamada igualmente a velar por el derecho de los consumidores por medio de unas delegaturas creadas al interior de la misma como la delegatura de protección al consumidor. Existen otras delegaturas como la delegatura de asuntos jurisdiccionales y la delegatura de protección de la competencia, pero hay que explicar al respecto que la delegatura de protección al consumidor no tiene la función de resarcir al consumidor frente a los abusos por actos anticompetitivos. La delegatura de protección a la competencia, quién tiene la función de investigar la violación al régimen de competencia, no tiene la facultad de resarcir a los consumidores afectados por los actos anticompetitivos (las funciones generales de la S.I.C se definen en el decreto 2153 de 1992, modificado por la ley 1340 del 2009; por el decreto 4886 del 2001 que derogó el artículo 1 del decreto 3523 del 2009 salvo los numerales 26, 27, 28 y 29). Ya con este panorama, los afectados deben llevar sus quejas a los jueces o tribunales civiles por los perjuicios generados por los actos anticompetitivos y en el presente estudio, los acuerdos de cartel (lo que se planteará en el próximo capítulo).

1.2. Marco legal del régimen de competencia en Colombia

Las prácticas restrictivas de la competencia en Colombia, de forma general, según la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, conductas que son las “tengan por objeto o por efecto la alteración de la libre competencia en el mercado” (consulta Radicado 17-49443-3 del 17 de febrero del 2017). Estas prácticas restrictivas de la competencia están reguladas principalmente en la ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992, el decreto 3523 del 2009, la ley 1340 del 2009 y el decreto 1689 del 2010. Cabe resaltar que “en la elaboración del decreto 3523 del 2009 no se tuvo en cuenta que la ley 1340 del 2009 ya estaba en vigencia, razón por la cual el decreto presenta importantes discrepancias y contradicciones con la recién aprobada ley 1340 del 2009, que resultaron en parte corregidos con la expedición del decreto 1687 del 2010” (Miranda, 2011, p. 136), se aclara que la parte que dice “recién aprobada” es textual a la cita.

Ley 155 de 1959: esta ley nace de la facultad que se le da al Estado para intervenir en la Economía. El artículo 2 de la Constitución de 1886 fue reformado por el acto legislativo 01 de 1945, que le otorga al Estado la intervención de la economía por mandato de la ley. Bajo este supuesto nace la citada ley, que busca la internacionalización del país⁵.

Esta ley actúa bajo una prohibición general expuesta en el artículo 01 y se aplicaría basado en la “regla de la razón” (Miranda, 2006, p. 295). Determina que cada caso se debería estudiar teniendo en cuenta su naturaleza, el propósito de la actuación, el efecto de la restricción a la libre competencia y el poder dominante en el mercado del investigado. Esta regla de la razón es la utilizada originalmente en derecho Antitrust estadounidense como lo retrata el Doctor Miranda en “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica” (1996, p. 12).

Ampliamente, el artículo 01 prohíbe los acuerdos, convenios, prácticas o sistemas que directa o indirectamente limiten la libre competencia o determinen precios inequitativos, como los acuerdos de cartel. Los artículos del 07 al 09 buscan impedir las prácticas restrictivas verticales en los sistemas de distribución, pero “cabe señalar que coexisten en la normatividad excepciones o restricciones al régimen de acuerdos de cartel, como el párrafo del artículo primero de la Ley 155 de 1959” (Bardey, 2012, p. 37), con permiso previo del Gobierno⁶.

El artículo 12 establece las autoridades encargadas de su investigación por violaciones a la ley, delegando, como cabeza de la acción, al Ministerio de Fomento, que luego se transformó en el Ministerio de Desarrollo Económico, con el Decreto 2974 del 03 de diciembre de 1968, que creó la SIC.

Aunque hace parte del próximo capítulo el estudio de la aplicación del derecho privado y el Derecho de la Competencia, el artículo 19 dispone que las prohibiciones de esta “Ley son absolutamente nulos por objeto ilícito. Esta es la aplicación privada, consistente en las pretensiones de los particulares para obtener la indemnización de daños causados por conductas anticompetitivas o la declaración de nulidad de cláusulas contractuales que restrinjan la competencia” (Perilla, 2015, p. 182).

⁵ Aunque se encuentran antecedentes normativos afines al derecho de la competencia, como la ley 27 de 1888, la ley 16 de 1936 y la ley 5 de 1947.

⁶ Estos mecanismos también han sido preservados durante los dinamismos legislativos. Están presentes en el artículo 49 del decreto 2153 de 1992 y en los mecanismos estatales de intervención de la ley 1340 del 2009.

Esta es una ley vigente y activa como lo expreso el Doctor Miranda, “En resumen: se puede decir que la mayor parte de las normas sustanciales de la Ley 155 de 1959 perduran hasta nuestros días y forman parte fundamental del sistema actual del derecho de la competencia” (2011, p. 117). Una de las razones de su vigencia es que define catálogos de acuerdos de cartel, prácticas restrictivas de la competencia, abuso de posición dominante, integraciones empresariales y excepciones.

Cabe resaltar que la sentencia C-035 del 2017 estudia una demanda de inconstitucionalidad en la cual se esgrimía que la expresión “*y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*” ya que son “expresiones indeterminadas o ambiguas, que acarrear la violación de los principios de legalidad y tipicidad como componentes del derecho fundamental al debido proceso administrativo”. El fallo de la Corte Constitucional soporta su vigencia e importancia en el derecho actual, y entre otras razones lo soporta al decir que la expresión debe ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece teniendo en cuenta que no se estaba frente a un enunciado indeterminado y ambiguo, sino frente a una prohibición general⁷.

Decreto 2153 de 1992: este decreto nació bajo una nueva Constitución Nacional, que elevó a rango constitucional el derecho a la libre empresa y el derecho de la competencia en el artículo 333, antes comentado.

Este decreto evidenció problemas como “la abogacía de la competencia, la necesidad de responsabilizar a las empresas por los comportamientos que falsean la libre competencia, la diversidad de autoridades de libre competencia y su funcionamiento poco uniforme” (Uribe, 2010, p. 59), que sirvieron de base para una posterior reforma. En cuanto a su disposición, en el artículo 46 se encuentra la prohibición general estructural del decreto, elemento general de estas legislaciones. Aunque existe esta prohibición general, se puede afirmar que con este decreto se aplicaría la regla “per se”, que considera que si la conducta resulta tan abiertamente anticompetitiva y está taxativa en la ley no se necesita un elaborado estudio para determinar su ilegalidad.

⁷ Esta Sentencia C-035 del 2017. M.P. Alberto Rojas Rios será citada y usada como referencia por su importancia frente al tema del trabajo de grado.

Otro elemento importante para resaltar es la sanción máxima por comportamientos anticompetitivos, que ascendía como máximo a 2000 SMMLV. Además, se instituyó la figura de las garantías (art. 52 del presente decreto). El otorgamiento de garantías se usa para terminar de forma anticipada la investigación adelantada por la entidad de competencia, pero se notaba una ausencia de regulación y criterios para evitar su uso indiscriminado⁸.

En cuanto a los actos anticompetitivos, como lo precisa Carlos Andrés Uribe el artículo 48 configura tres tipos de violaciones, de los que se pueden concurrir en dos imprecisiones: i) que las normas de infracciones a la publicidad son del ámbito del derecho del consumidor y ii) que la posibilidad de influenciar en los precios debería provenir de una empresa con poder en el mercado (Uribe, 2010, p. 81).

A este mismo inconveniente de imprecisiones se les suma la ausencia de diferenciación entre las relaciones verticales y horizontales de los artículos 47 y 48 del decreto citado, que genera obstáculos empresariales, ya que ciertas condiciones específicas en cierto tipo de relaciones pueden tener efectos pro-competitivos.

En resumen (y obviando otro tipo de críticas hechas por otros autores a estas regulaciones), ya vimos cómo estos dos antecedentes normativos contenían el grueso del derecho de la competencia en Colombia bajo la competencia institucional de la Superintendencia de Industria y Comercio –capítulo II del decreto-, “sin embargo, con carácter especializado la persecución de prácticas anticompetitivas fue otorgada a otras autoridades de regulación, control y vigilancia con regímenes propios, como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Comisión Nacional de Televisión, La aeronáutica Civil, etc.” (Uribe, 2010, p. 37).

Ley 1340 del 2009: esta ley mantiene la misma estructura del decreto 2153 de 1992 con la prohibición general como norma que debe aplicarse cuando se investiga una actividad o conducta que no está prohibida expresamente, pero esta aplicación no se deja a una liberalidad subjetiva, sino acompañada de una lista de conductas anticompetitivas taxativas que den luces al investigador sobre el análisis que debe aplicar (Miranda, 2011, p. 81).

⁸ Para mayor información, se puede consultar a Cortázar (2003) y a Uribe (2010).

Subsiguiente al desarrollo legal, usando el planteamiento de Bardey y otros, en el informe presentado a Fedesarrollo sobre el *Análisis Económico de Libre Competencia en Colombia* (2012, pp. 82 - 90), los cambios significativos introducidos por la ley 1340/09 empiezan con la ampliación del ámbito de aplicación del régimen de competencia a todos los sectores económicos (art. 02) y encuentran limitación en las excepciones que se hallan taxativas en este régimen.

Se define a la Superintendencia de Industria y Comercio como la autoridad en materia de competencia a nivel nacional, de nuevo, con las excepciones de ley; incluye la figura de la abogacía de la competencia, para expandir esta conducta a nivel nacional; se faculta a la SIC para pedir conceptos técnicos obligatorios a entidades de regulación, control y vigilancia, según el sector de la empresa vinculada a la investigación; establece un nuevo procedimiento para integraciones empresariales con una duración específica y determina umbrales económicos, ya establecidos anteriormente, y de participación de mercado; se establece un principio de colaboración con la autoridad (regulado por el decreto 2896 del 2010), que repercute en beneficios; se exige un paso adicional para declarar un documento como reservado; se delimita el tiempo durante el cual se pueden presentar las garantías, o *settlements*, durante la investigación; se permite la intervención de terceros en estos procesos de protección de la competencia; se agiliza el trámite de las investigaciones, restringiendo el término en que los investigados pueden alegar nulidad por vicios e irregularidades (artículo 21); se determina una contribución anual de seguimiento que debe ser pagada por los investigados cuando se les aprobó una operación de integración sujeta a condiciones o cuando les hayan sido aceptadas las garantías ofrecidas; se extendió la caducidad de la acción sancionatoria hasta 5 años y se restringe la aplicación del régimen de competencia a los mecanismos de intervención del Estado en la economía (p.e., los fondos de estabilización de precios).

Tras esta breve descripción legislativa, en la que se enumeran los aspectos más relevantes de cada legislación, que refleja los periodos legales y económicos vividos en Colombia, se debe mostrar el tipo de conductas anticompetitivas más visibles para los empresarios y consumidores, los comúnmente denominados carteles o acuerdos de cartel, y explicar un poco sus efectos sobre la economía nacional.

1.2.1. Descripción de las conductas denominadas acuerdos de cartel.

Para definir los acuerdos de cartel tenemos que basarnos en la definición encontrada en el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, que, en su numeral uno (01), define un acuerdo como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas y, en el artículo 47, establece, entre otros (lo que se considera como una lista no exclusiva), todos aquellos acuerdos contrarios a la libre competencia (carteles), que generalmente culminan en el alza de precios al consumidor y afectan al mercado, pues los recursos que se asignan a la compra de estos bienes, que pueden ser básicos o no (o tal vez materias primas), con precios aumentados por efecto cartelización disminuyen los recursos que pueden ser canalizados a la compra de productos de otros sectores.

El artículo 47 (decreto 2153/92) castiga la conducta del autor y el efecto de ella al decir que se catalogan como anticompetitivos todos aquellos acuerdos que “tengan como objeto o por efecto”, lo que ha llevado “a que, en algunos casos, los efectos anticompetitivos (aún sin que se pruebe la intencionalidad) pueden llegar a ser sancionados, lo que constituye un criterio mucho más estricto que en otros países” (Bardey, 2012, p. 33).

Esta particularidad es un aspecto a favor del derecho de la competencia en Colombia en contra de los acuerdos anticompetitivos denominados carteles. Ahora bien, si sumamos que la SIC puede solicitar conceptos a las entidades regulatorias de los sectores investigados y, más aún, agregar la exigencia adicional para declarar documentos como reservados, se obtiene como resultado una limitante mayor para que las empresas tengan formas legales de acceder a una cartelización, pues, como lo señalan Carlton y Picker (2007, p. 15) sobre las industrias sin regulaciones y solo sometidas a leyes antimonopolio que suelen ser laxas, “Antitrust Immunities: An unregulated industry subject only to the antitrust laws might seek an exemption from those laws for one of two reasons. The industry might want to avoid inefficiencies that the antitrust laws create. Alternatively, the industry might want to avoid the constraints of the antitrust laws and want to engage in anticompetitive behavior such as cartelization. Policing that line—separating good antitrust immunities from the bad—can be tricky”.

En cuanto a algunos de los efectos de los carteles (acuerdos de precios, repartición de mercados, límites a la producción, colusión, boicots⁹) sobre las economías, los empresarios y los consumidores se representan de la misma forma de manera general y sin distinción territorial (salvo excepciones que favorecen al mercado): aumento de precios y disminución de oferta: “The behavioral predictions of cartel theory are limited to Price and output; Price should rise and output should fall when collusion is successful. For the cartel, success is measured by the extent to which Price is driven toward the monopoly level (Kinghorn, 2004, p. 131).

“The main implication or standard cartel theory is that price will rise above the competitive level” (Kinghorn, 2004, p. 135).

Ahora bien, como describe De Quinto (2012, pp. 11 - 13), en cuanto a la industria, el aumento de las materias primas será palpable, pues se consumen materias genéricas muy susceptibles de cartelizar, lo que repercute en el aumento de precio del producto ofrecido y este efecto recoge el hecho de que al subir el precio del producto ofrecido por la industria, su demanda disminuye y, de cara a los consumidores, estos estarán pagando un precio más alto por el bien ofrecido por la industria frente al que existiría antes del cartel.

Y subsecuente a esta cadena de hechos, e hilando grueso, podemos sumar el cierre de industrias, quiebra de empresas y empresarios y fusiones y adquisiciones forzadas por el alza de precios y la imposibilidad de competir bajo estas condiciones.

Claramente estos efectos o posibles acuerdos en busca de una cartelización empresarial investigada por la SIC conlleva ciertas medidas especiales, para garantizar su idoneidad y, si llega el caso, esta autoridad determina la violación al régimen de competencia se procede a la aplicación de sanciones por la violación del régimen. Estas sanciones son aplicables a los infractores, sean personas jurídicas o naturales. Por ello, deben explicarse y ejemplarizarse, para una mejor comprensión de sus particularidades.

⁹ Este caso de boicot se presentó en Colombia cuando varias asociaciones médicas se negaron a prestar servicios médicos a ciertas EPS si no pagaban las tarifas que tenían establecidas (resoluciones de la SIC: 799/96, 2018/96, 2161/96, 369/97 y 2349/96, entre otras).

1.3. Sanciones por violación al régimen de competencia por medio de los acuerdos de cartel.

Corresponde en este acápite hacer ciertas precisiones sobre el procedimiento de la autoridad en materia de competencia y determinar qué medidas toma para asegurar la investigación y qué tipo de sanciones profiere para castigar a los responsables y corregir al mercado.

Procedimiento interno: el procedimiento que lleva la SIC es un procedimiento especial determinado por la ley 1340 del 2009, decreto 2153 de 1992, decreto 4886 del 2011 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en cuanto a sus condiciones generales y no reguladas en procedimientos especiales. Este proceso consiste en cuatro etapas que inician con un estudio de admisibilidad de la investigación, una averiguación preliminar, se sigue con una investigación formal y se termina con una decisión final.

La SIC puede empezar sus investigaciones por violaciones al régimen de competencia de forma oficiosa o por solicitud de un tercero, que puede pedir la reserva de su identidad (art. 15 par. 2, ley 1340/09). Luego es asignada al grupo para la protección de la competencia o al grupo interdisciplinario de colusiones.

“Cuando media denuncia, la SIC empieza una averiguación preliminar para lo cual no existe un término establecido [...] Si el resultado de la investigación preliminar es la decisión de abrir una investigación formal, la entidad expide un acto administrativo” (Cortázar, 2011, p. 127), que debe ser notificado de forma personal a todos los investigados, sean personas naturales o jurídicas, en el cual que se les da un término para solicitar pruebas (decreto 2153/92, art. 52 y siguientes). Es el momento en que inicia la investigación formal. Si en la averiguación preliminar se determina que no hay pruebas suficientes para iniciar la investigación, se hace una resolución de archivo.

Siguiendo este hilo procesal y parafraseando a Cortazar (2011, p. 127), después que haya vencido el término de solicitud de pruebas por parte de los investigados, en los casos que medie una denuncia, se fija la fecha para una audiencia de conciliación que busca satisfacer los intereses de las partes (art. 33 ley 640 del 2001). Cabe resaltar que en esta audiencia, al darse la diferencia conciliada, no acaba con la investigación administrativa (la cual puede

terminar en sanciones). Surtida esta etapa, el Superintendente delegado realiza un informe motivado con el que le sugiere (criterio no vinculante) al Superintendente de Industria y Comercio imponer sanción o archivar la investigación, corriendo traslado a los investigados, para que presenten observaciones al mismo.

En este momento procesal se hace la imputación de las conductas, como formulación de pliego de cargos, se decretan y practican las pruebas solicitadas y las que el Superintendente delegado para la protección de la competencia requiera, aunque puede decretar pruebas en cualquier tiempo. Contra el acto que niegue la práctica de pruebas no procederán recursos (art. 40 del C.P.A. y de lo C.A., sentencia C 610 del 2012 y C 034 del 2014). Una vez practicadas las pruebas hay una audiencia verbal que no es de asistencia obligatoria.

Ya finalizado el proceso anterior, viene entonces la decisión final. Primero, al haber sido recibido el informe motivado y habiéndosele asignado a un asesor del Superintendente, se le hace un análisis jurídico-económico y se le pide una opinión a un consejo asesor (solo en los casos donde se vea la posibilidad de imponer sanciones, pero su concepto no es vinculante) sobre las consideraciones del informe. Después de este proceso, se adopta la decisión final, que puede ser de sanción a los investigados, o solo a algunos, o la de archivar la investigación, que solo tiene recurso de reposición ante la SIC o demandada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por vía de acciones como la de nulidad y, excepcionalmente, por tutela.

Terminación anticipada por ofrecimiento de garantías: “Dentro de término otorgado a los investigados para que soliciten las pruebas que quieran hacer valer en la investigación, estos también pueden solicitar la terminación anticipada de la investigación mediante el ofrecimiento de garantías” (Cortázar, 2011, p. 128).

Beneficios por colaboración: proceden cuando se realizan denuncias por empresas o individuos que denuncien la existencia de las prácticas o carteles y aporten pruebas. Dependiendo de la oportunidad y de la utilidad de la información, se determinarán los beneficios (artículo 14 de la ley 1340/09, reglamentada por el decreto 2896/10, y recogido por el decreto 1074/15, modificado por el decreto 1523/15). En este caso, el candidato al

beneficio no puede ser el instigador o el promotor de la conducta¹⁰. El beneficio consiste en la exoneración de la multa, para el primero; rebaja del 50% al 30%, para el segundo delator, y hasta el 25%, para el resto de delatores.

Medidas cautelares: son medidas que buscan evitar poner en riesgo una eventual decisión sancionatoria (artículo 18, ley 1340/09) y son tomadas directamente por el Superintendente de Industria y Comercio, después de escuchar al Consejo Asesor (decreto 3523/09, artículo 17).

Multas: se encuentran en la ley 1340/09, artículos 25 y 26. Para conductas locales ejercidas por empresas, las multas pueden ser hasta del 150% del beneficio obtenido o 200.000 SMMLV, lo que resulte mayor, y para el personal involucrado, como gerentes y administradores, hasta 2000 SMMLV, que no pueden ser pagados por la empresa.

Ahora, conociendo estos factores y teniendo en cuenta que el consumidor final y los empresarios de Pymes son los que sufren las consecuencias de las prácticas comerciales restrictivas, las acciones de las autoridades deberían ir más allá que las sanciones impuestas, como multas que buscan corregir el daño al mercado y la no comparecencia en estas acciones, pues “la imposición de grandes multas a los miembros de los cárteles no beneficia directamente a los pobres o a las Pymes. Las multas cobradas no se distribuyen entre quienes sufrieron los efectos del cartel, sino que van a parar, por lo general, al presupuesto del Estado. Por lo tanto, la lucha contra los carteles no redundará en ningún beneficio real para los consumidores hasta que no bajan los precios” (UNCTAD, 2013, p. 14).

Como corolario, la víctima (sea empresario o consumidor) no es resarcida directamente por la autoridad de competencia y debe buscar otras alternativas que hacen engorrosa su indemnización, que, en la gran mayoría de los casos, no se ejecuta.

Después de exponer el régimen que cobija los acuerdos de cartel, definir las atribuciones de la SIC para actuar contra estos actos, y dejar claro que esta actuación administrativa no resarcir los daños a los consumidores, a continuación se expondrán los mecanismos que en el momento del actual estudio (2017) son los idóneos para indemnizar a los afectados. La necesidad de exponer este primer capítulo soporta el primer concepto epistemológico planteado en el trabajo (las acciones administrativas).

¹⁰ Esta definición se encuentra en el artículo 2 del decreto. El promotor es la persona que coacciona o activamente induce a otra u otras personas para que participen en un acuerdo restrictivo de la libre competencia.

Capítulo 2

Análisis de los mecanismos de reparación a los afectados

En los países desarrollados y con mayor experiencia en el tema se basa el derecho de la competencia en el bienestar del consumidor con una eficiencia empresarial clave, tal como lo señala Hovenkamp (2005, p. 368), cuando dice: “Pocas personas discuten que la misión del derecho antitrust es proteger el derecho de los consumidores a menores precios, innovación y mayor producción que la competencia compromete. La forma de articular estas consideraciones es otro asunto”. De esta forma se deja abierta la discusión sobre cómo conseguirlo.

La Escuela de Chicago determina como objetivo del derecho de la competencia la mejor asignación de los recursos a través de los precios. Esto último es lo más valorado por los consumidores (Hovenkamp, 2005, p. 368). Ahora, en este llamado a la eficiencia debe articularse una política de competencia que en su generalidad propenda por estos dos aspectos, entre los que el bienestar del consumidor y la sanción por perturbar el mercado con actuaciones que violen el régimen de competencia sean una sola y se proyecten hacia la protección del consumidor afectado¹¹, que es donde se hace visible la reparación integral al consumidor por medio de restitución directa de sus afectaciones (individualización) o, como en otros casos, puede utilizarse como elemento integral participante del mercado (totalización).

Dejando a un lado aquellas metas del derecho de la competencia que, a la larga, pueden generar un efecto contrario a lo establecido en el artículo 333 de la Constitución Política, se encuentra el interés del consumidor, tal como lo dice Uribe (2010, p. 44). Este interés del consumidor se basa en el interés público, la protección de empresas locales no eficientes, la protección de monopolios estatales y el compromiso con “la persecución de conductas, acuerdos y transacciones que pretenden una transferencia de recursos de los consumidores a las empresas mediante la restricción de ofertas y el incremento de precios” (Uribe, p. 44). Al apoyarse en el interés del consumidor se explica la tesis adoptada por varios ordenamientos

¹¹ Discutido por Eleanor Fox al cambiar el sentido de la paradoja de la competencia, *antitrust paradox*, por la paradoja de la eficiencia, *efficiency paradox* (Uribe, 2010, p. 41).

nacionales, entre ellos Colombia, que predicen bajo la utilización del Test de proporcionalidad o, como lo llaman otros autores, el test de desproporcionalidad, en el que todo comportamiento que genere un beneficio al consumidor está permitido.

Pero cuando las conductas generan un daño, un perjuicio, un gasto mayor para el consumidor establecido en la ley 1480 del 2011 o en un comprador, así no sea su consumidor final, es cuando el principio de *alterum non laedere* debe prevalecer y, por tanto, además de las acciones administrativas de pena o castigo, se debe procurar la reparación del daño. Sería ideal procurar una actuación que juzgue la responsabilidad del que causa el daño y el resarcimiento al afectado.

La obligación de no dañar es el fundamento de la convivencia y representa este fenómeno universal al que aludimos, con un contenido particular para cada lugar y tiempo, y se manifiesta en la protección de la integridad del ser humano en toda su plenitud (como esencia del ser) y en la preservación de sus bienes y servicios como signo vital de su existencia. Ello, como hemos podido ver, con una formación concreta en nuestro derecho positivo (Gherzi, 1992, p. 185).

Con la integridad anteriormente planteada, la reparación al sujeto que se encuentra en el centro de la violación al derecho de la competencia por prácticas restrictivas es el nudo de la historia:

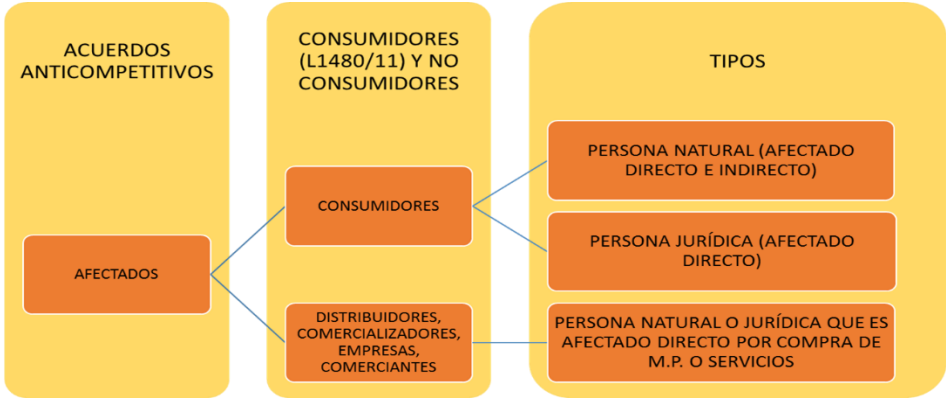
Aunque la Ley 640 del 2001 dispone la práctica de una audiencia de conciliación en las investigaciones iniciadas por denuncia de un particular (y no de oficio como también lo puede hacer la SIC) y la Ley 1340 del 2009 amplía de manera importante las posibilidades de intervención de los terceros en las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal administrativa, lo cierto es que la decisión que pone fin al procedimiento es un acto administrativo que en ningún caso se pronuncia sobre los perjuicios que personas particulares puedan haber sufrido como consecuencia de las prácticas anticompetitivas (Miranda, 2011, p. 4).

Como abstracción del capítulo anterior, e inicio de este, se recalca que la SIC no tiene competencias jurisdiccionales en este caso en particular (prácticas restrictivas de la competencia – acuerdos contrarios a la libre competencia) para determinar indemnizaciones a los afectados ni determinar la existencia de estos perjuicios (contrario al régimen de competencia desleal). Bien dice Perilla (2011, p. 184) “Al lado de la aplicación pública existe la aplicación privada del derecho de la competencia, la cual busca satisfacer dos pretensiones: la indemnización de los daños causados por las prácticas anticompetitivas, y la declaración de nulidad (total o parcial) de contratos que contengan cláusulas anticompetitivas”.

Entonces, siendo así las cosas, es menester identificar de dónde proviene el afectado antes de decidir cómo pedir que se reparen los perjuicios. Los afectados pueden provenir de varias fuentes: el consumidor puede ser un afectado directo, si compra el producto o servicio de la empresa cartelizadora. Puede ser un afectado, si compra un producto o servicio que depende de la materia prima o servicio cartelizado y, en este caso, la empresa, empresario, comerciante o persona natural que presta el servicio o dispone el producto para comercio sería el afectado directo.

Resulta importante hacer una distinción entre el derecho Antitrust norteamericano y el derecho de la competencia colombiano. En el norteamericano, aquella empresa que pase el sobre costo de la cartelización al consumidor, no puede solicitar la reclamación de los daños pues en realidad el único que soporta el sobre costo es el consumidor. Esta defensa para las empresas demandadas, *passing on defense*, no ha sido codificada en Colombia por lo cual cabría la posibilidad que los dos lo solicitaran¹².

Cuadro 1. Afectados de los acuerdos de cartel (realización propia)



Siendo así, hay personas naturales y personas jurídicas afectadas directamente por comprar el producto de la empresa cartelizadora (Fugate. 2006, p. 148), o indirectamente al comprar un producto hecho con materia prima vendida por una empresa cartelizada; queriendo aclarar que

¹² Kloub, 2011, p. 83. Este es el caso de Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Mach. Corp, y se puede encontrar un resumen del mismo en la página de la Suprema Corte de Estados Unidos <http://supreme-courtcases.findthebest.com/l/2831/Hanover-Shoe-Inc-v-United-Shoe-Machinery-Corp> (información encontrada en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130092/Indemnizaci%C3%B3n-a-consumidores-por-il%C3%ADcitos-anticompetitivos.pdf?sequence=1>).

que siendo afectado directo o indirecto “la consecuencia jurídica inmediata de que exista un daño resarcible, siempre que el mismo haya sido debidamente probado por la víctima, es la reparación correspondiente” (Pantoja, 2015, p. 290). Así que, al probarse por cualquier jurisdicción, hay derecho. “En otros términos, la reparación es el fenómeno que se produce como reacción del derecho al hecho de que una persona le cause daño a otra” (Pantoja, 2015, p. 290). Establezcamos entonces como se puede solicitar que se reparen los perjuicios.

2.1. Acciones por competencia desleal

Imitación, confusión, engaño, aprovechamiento injusto de la reputación ajena, violación de normas, discriminación, he aquí algunas manifestaciones de la competencia desleal en el mercado. La competencia desleal, en una definición simplificada, se entiende como el acto contrario a la buena fe en el ejercicio del comercio en un territorio dado (Vázquez, 2013, p. 15).

Bajo esta definición de Dánice Vázquez se puntualizan los mayores eventos que cobija la competencia desleal, pero ninguno describe las prácticas restrictivas de la competencia y menos los acuerdos de cartel.

Conociendo lo anterior, la ley 256 de 1996 consagra las disposiciones sobre competencia desleal. El artículo 18 señala: “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”. Lo que indica que una cartelización (norma jurídica violada) al otorgar una ventaja competitiva significativa frente a los competidores (aumentar los precios de materias primas y subirles los precios a los competidores) puede considerarse competencia desleal. Correspondiente con lo anterior, el Consejo de Estado¹³ soportó jurisprudencialmente lo anterior al manifestar que “todo acto de competencia desleal implica o representa una práctica comercial restrictiva”; pero esta afirmación implica, tal como lo soporta Mirada (2011, p. 15) que “unos mismos hechos o conductas infrinjan de manera simultánea los ordenamientos jurídicos de prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal y que se adelanten respecto de ellos, de manera simultánea, investigaciones”.

Es cierto que esta opción es viable para aquellas empresas que sufrieron por acuerdos anticompetitivos y actos de competencia desleal y podrían adelantar una demanda judicial, por

¹³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 24 de mayo de 1989. M.P.: Jaime Paredes Tamayo

competencia desleal, y la acción administrativa, por los actos anticompetitivos, pero si se hila delgado, con base en el artículo 18 de la ley 256 del 96, se pediría reparación por los efectos de esta conducta de cartelización, sin necesidad de la acumulación de las dos conductas, alegando que aprovecharse de una ventaja competitiva adquirida con falta a la norma es una conducta de competencia desleal (recalcando el artículo 18)¹⁴.

2.2. Las acciones civiles

La fortaleza que ha adquirido la autoridad residual o SIC con las facultades otorgadas por el Gobierno, sumada al auge del derecho penal económico, ha generado que se pierda de vista la importancia de las acciones civiles para resarcir los perjuicios derivados de la competencia desleal:

Hay acusaciones particulares que lo hacen muy mal, fiscales que lo hacen peor y jueces penales que parecen decir a las claras que en el proceso penal lo único importante es el castigo, mientras que la pieza de responsabilidad civil es solo una propina que merece pocos esfuerzos discursivos (Yzquierdo, 2011, p. 453).

De aquí que se considere que la pena impuesta sea lo ideal para las conductas dañosas, pero no toda conducta dañosa tiene carácter penal. Por consiguiente, la jurisdicción civil debe empoderarse de su posición privilegiada de acoger a aquellos afectados y repararlos.

Debe puntualizarse que un juez civil puede iniciar un proceso de parte para indemnización de perjuicios pues la autoridad residual de la SIC está enmarcada en la penalización administrativa y la imposición de multas (Ley 1340 del 2009, Art. 6), pero, como se explicó en el primer capítulo, no se inmiscuye en los efectos de estas conductas sobre los afectados.

Los hermanos Mazeaud (1960, p. 9) muestran la importancia de la acción civil en este caso: “La responsabilidad civil no supone ya un perjuicio social, sino un daño privado. Por eso, ya no es cuestión de penar, sino solamente de reparar. La responsabilidad civil es una reparación”. Y esta reparación puede abarcar la responsabilidad civil contractual y extracontractual, reguladas de forma diferente en el Código Civil. La diferencia entre la acción a usar radica en el origen de la obligación a reparar, así que la violación derivada de un contrato sería la primera y la violación al principio general de no causar daño, la segunda.

¹⁴ Esta es tesis de Alfonso Miranda Londoño (2011).

Respecto de la responsabilidad civil no existe referencia legal ni en la Ley 155 de 1959 ni en el Decreto 2153 de 1992; sin embargo, con base en las disposiciones del C.C. y en concreto de lo dispuesto por el art. 2341, se puede afirmar el derecho a reclamar los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de un ilícito antitrust, pues, como quedo dicho en la introducción de este artículo, la violación de las normas de libre competencia además de afectar el interés público puede lesionar los intereses y derechos de uno o varios particulares, causando daños tanto de naturaleza patrimonial como extrapatrimonial que deben ser objeto de resarcimiento (Baquero, 2008, p. 36).

Es claro que existen disposiciones comunes en el Código Civil para las dos acciones, como los artículos 1613, 1614, 1616, 2341, 2344 y 2357, pero tienen diferencias que deben aclararse.

En todo caso, la aplicación del derecho civil debe ser reforzada por los abogados litigantes en búsqueda de la reparación de perjuicios. Esta dicotomía de derecho público y privado ha sido aventajada por el derecho privado en los Estados Unidos:

“Frente a la primacía que ha tenido la aplicación pública del Derecho de la competencia en Europa, los Estados Unidos han sido calificados como “el paradigma de la aplicación privada y de la judicialización” (Salvador Roldán, 2003) y la normativa procesal estadounidense ha incentivado las demandas privadas hasta ser considerada la responsabilidad civil por ilícitos antitrust el punto central del desarrollo y del progreso del derecho antitrust estadounidense (Peña López, 2002) y representar estas demandas el noventa por ciento de los casos en los que se aplica el Derecho de la competencia en este país” (Perez-Fernandez, 2011, p. 10).

2.2.1. Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es quien lo viole sufra las consecuencias de su acción o repare el daño que así cause (Alessandrini, 1897, p. 42).

Los acuerdos de cartel nacen de una concertación para cartelizarse, obtener una ventaja y generalmente subir los precios de forma concertada. Aquellos que efectúan la cartelización tienen posiciones preferentes en el mercado o, por la misma acción, las consiguen y, a su vez,

tienen contratos con otras personas naturales y/o jurídicas. Estos contratos pueden ser de compraventa, suministro de forma periódica, remisiones y todo aquello que tenga como objeto material la entrega del bien o servicio cartelizado y la contraprestación onerosa.

Se podría suponer que una sentencia por responsabilidad civil contractual tomaría el daño emergente o la devolución de los dineros pagados de más como efecto de la cartelización, y el lucro cesante, si el efecto de este gasto generó una pérdida en la ganancia o provecho del afectado.

Pero, más allá de la distinción que se pretende realizar, ella no puede limitar el resarcimiento de la víctima. Bajo este supuesto, nos podríamos acoger, antes de relatar el tema extracontractual, a los cuestionamientos que se hacen los hermanos Mazeaud y Francois Chabas (1978), cuando se cuestionan (como se cita a continuación) que por medio de la responsabilidad contractual solo se indemnicen los daños previsibles, cargando la prueba hacia el afectado en cuanto a demostrar que con el mismo dolo de la empresa cartelizada se cumple la previsibilidad que será resarcida en la demanda:

La violación del contrato causa un daño que las partes no podían prever. ¿De quién es la culpa si el daño se realiza? Entre aquel que ha violado el contrato, así no fuese sino por negligencia, y aquel que ha sido víctima de esta violación, ¿Cómo tomar partido por el primero? ¿Cómo darle un derecho a no reparar más de lo que podía prever, dejando el exceso a cargo de la víctima? ¿Y cómo justificar la diferencia entre la indemnización en materia contractual y la indemnización en materia extracontractual? (1978, p. 2375),

Así las cosas, ¿es más beneficioso buscar una responsabilidad civil contractual o una extracontractual? Eso depende del tipo de afectado que busque su resarcimiento, como se verá a continuación.

2.2.2. Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad extracontractual (delitos y cuasidelitos civiles) que se encuentra regulada por los artículos 2341 a 2360, del Código Civil, resume la posibilidad de que aquellos afectados por los acuerdos de cartel que no se encontraban en una relación contractual pidan que se los indemnice. Los elementos básicos de la misma devienen del art. 2341 de Código

Civil (culpa, daño y relación de causa y efecto entre la culpa y el daño). Esta sería la opción más cercana al resarcimiento de los daños por acuerdos de cartel por la objetividad del daño. Con que la autoridad residual condene en fallo un acuerdo anticompetitivo, las pruebas obtenidas por ella podrían ser usadas por las empresas investigadas, los comerciantes y las personas naturales que vieron su pérdida patrimonial como consecuencia de la cartelización de los precios abrirían su puerta a la indemnización (esto lo explica Manuel Antonio Borja Niño en su libro “La prueba en el derecho colombiano” mediante el principio de la publicidad de la prueba, página 51; el principio de la opción y oportunidad de la prueba, página 62; el principio de la contradicción, página 63; y el principio de la comunidad de la prueba, página 65). Una característica importante de esta responsabilidad es la solidaridad, ya que permitiría no distinguir quién directamente causó el daño, sino que cualquier persona, natural o jurídica, que haya hecho el acuerdo anticompetitivo o cartel, siempre que sea demandada, estará en la obligación de resarcir los daños.

No obstante, en el ámbito comercial esta responsabilidad también se puede ver apoyada en la teoría del abuso del derecho. Esta teoría se explica a continuación:

Dispone el artículo 830 del Código de Comercio: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. Sin embargo, el sistema colombiano no cuenta con una definición legal del “abuso”; por tanto, debe apreciarse fundamentalmente por la finalidad que busca. La conducta acarrea por sí misma una sanción; por ello, la jurisprudencia se ha encargado de darle el carácter de fuente general de obligaciones, y en consecuencia quien abuse del ejercicio de un derecho queda obligado a indemnizar por los perjuicios ocasionados por su conducta (Vergara, 2015, p. 37).

Al plantear esta opción, Vergara proyecta que una responsabilidad extracontractual podría buscarse usando la teoría del abuso del derecho, puesto que el afectante estaba realizando el ejercicio del derecho legítimo del comercio y que la finalidad de este derecho se desvió al cartelizarse y que con este acto se causó un daño, y provocó un perjuicio. La teoría del desvío de la función social es expresada por León Duguit, citado por Enrique Cuentas Ormachea en su artículo “Abuso del derecho” página 472.

Existe otra posibilidad, que es posible en otras legislaciones, pero no en la nuestra. Corresponde a la acumulación de responsabilidad contractual y extracontractual cuando ocurre un incumplimiento de un deber contractual y daños provocados por un ilícito no

convencional (como es el caso de aquellos que sufren por la responsabilidad contractual de los sujetos participantes en acuerdos de cartel). Esta opción debe ser nombrada puesto que, al no ser una posibilidad para acumular regímenes de responsabilidad, toma fuerza la búsqueda de un fallo por abuso del derecho (Pantoja, 2015, p. 130).

2.3. Acciones populares y de grupo

Es posible causar daño a colectivos. Entre los más significativos están los daños económicos y los daños ambientales.

Quando el grupo de personas que se encuentran de forma común y simultánea en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos disfrutan conjunta y solidariamente y respecto del que experimentan una común necesidad, sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros, puede hablarse de interés colectivo (Gutiérrez de Caviedes, 2003, p. 2734).

El interés colectivo, el interés de una competencia libre de abusos, de encontrarse un mercado que se regule mediante la oferta y la demanda es quebrantado por los acuerdos de cartel que elevan los precios, por encima del precio del mercado, y generan daños económicos en los consumidores de los servicios o mercancías.

Bajo esta precisión, la protección de los consumidores frente a este tipo de acuerdos se enmarca en las acciones de tipo colectivo. Las acciones de tipo colectivo se encuentran consagradas en el artículo 88 de la Constitución Nacional de 1991: “Mientras que el inciso primero del artículo 88 se refiere a unas acciones cuyo fin es la protección de determinados derechos e intereses colectivos, el segundo dice relación a unas cuyo objetivo es la reparación de daños sufridos por un número plural de personas” (Esguerra, 2010, p. 196). Es claro que el primer inciso trata de las acciones populares y el segundo, de las acciones de grupo.

Por lo anterior, las acciones de grupo son las llamadas a la protección a los consumidores de las violaciones por los efectos de los carteles (a pie de página se detallan las sentencias de acciones de grupo en defensa de intereses colectivos)¹⁵.

¹⁵Sentencias Consejo de Estado:

Las acciones de grupo facilitan el acceso a la justicia de forma grupal disminuyendo costos de acceso a la justicia, evita acudir de forma individual a pedir la reparación del daño sufrido o el perjuicio tenido, y debido a la existencia de grupos que promueven su uso como el caso de “Defendemos”, la liga de consumidores de Bogota, la cual adelantó frente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, el 16 de enero del 2015 una acción de grupo contra los miembros del presunto “Cartel del Papel Higiénico”.

Como un aspecto importante a considerar, la ley determinó que se debería interponer por un grupo de personas no menor a 20, pero el inciso 3 del art. 46 fue declarado inexecutable por la sentencia C116/08, del H.M. Rodrigo Escobar Gil, en la que explica que para la “legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de 20 personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre establezca en la demanda los criterios que permiten establecer la identificación del grupo”. Por tanto, “se reduce a determinar cuál sería el conjunto de personas que se ve afectado y los rasgos constitutivos necesarios para identificar o individualizar a sus miembros, como víctimas que son de una agresión común” (Pantoja, 2015, p. 184).

En nuestro ordenamiento se distinguen, desde 1998, varios tipos de acciones de grupo, tomadas de las *existentes* en el derecho estadounidense (Class Actions).

En primer lugar, la acción jurisdiccional de protección al consumidor, contenida en el art. 56 de la ley 1480 del 2011 “por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, que anteriormente estaban reguladas por los art. 36 y 37 del Decreto Ley 3466 de 1982, o sea el “Estatuto del consumidor”.

En segundo lugar, la acción indemnizatoria por los daños ocasionados por prácticas de competencia desleal en la intermediación financiera y la actividad de los seguros, de conformidad con el Art. 76 de la Ley 45 de 1990.

En tercer lugar, la acción indemnizatoria por los daños ocasionados por actos de competencia desleal en el mercado en general, según la Ley 256 de 1996, “por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”.

-
- Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001). Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA. Expediente: AP-00124.
 - Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007), Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Expediente: AP-00549.
 - Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009), Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO.

Y, en cuarto lugar, la acción indemnizatoria por la ejecución de prácticas basadas en competencia desleal y en información privilegiada en el mercado de valores (Camargo, 2012, p. 244).

Como se observa, la acción de grupo amparada por la Ley 472 de 1998 es declarativa y de condena en donde el afectado busca que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos, remover sus efectos e indemnizar los perjuicios. Aunque la descripción de los cuatro tipos resulta explicativa, no hay distinción en su aplicación procesal.

En cuanto a que una empresa presente una acción de grupo, Camargo dice (2012, p. 295) “Pueden presentar acciones de grupo personas naturales o jurídicas conforme a los requisitos de procedencia que figuran en el art. 46 de la ley...”. La inconveniencia de tramitarlas de esta forma radica en la ubicación y determinación de los bienes muebles e inmuebles del demandado, ya que serían destinados a cumplir con las obligaciones pecuniarias de los demandantes a prorrata y podría conducir a que no se pudiera resarcir todo el daño esperado (son sujetos de medidas cautelares en los términos del artículo 78 de la Ley 472 del 98, y el art. 590 del Código General del proceso que establece las medidas cautelares en los procesos declarativos).

Por último, los efectos de un fallo de una acción de grupo cobijan a todos los que han sufrido el daño por la acción demandada y que se hicieron parte del proceso antes de la apertura de pruebas o que se acojan al fallo en los 20 días siguientes, siempre y cuando su acción no haya caducado o prescrito. En cuanto a la exclusión del grupo demandante, como lo dice Camargo, se excluye a quienes hayan pedido ser excluidos y a quienes no participaron en el proceso y no fueron debidamente representados, quienes en todo caso, podrán intentar la acción individual por indemnización de perjuicios (2012, p. 304).

Como se ha visto en el presente capítulo, hay ciertos aspectos que deben tenerse en cuenta para buscar el resarcimiento de los daños en el caso de acuerdos contrarios a la libre competencia, ligados intrínsecamente a los actos de competencia desleal, como son, entre otros: determinar el régimen al que se piensa acudir para ser resarcido, derivado de la condición de afectado (responsabilidad civil contractual, extracontractual, por una acción de grupo o por una acción de competencia desleal).

Establecer de la forma más precisa la cuantificación de los daños sufridos, pues, como dice la tratadista Matilde Zavala (2010), “la cuantificación representa la vertiente central en el Derecho de Daños, y así como ahora no se soslaya en detrimentos espirituales, menos procede ignorarlas en los económicos, como cuando se fijan sumas que no derivan de pautas precisas, o sin coherencia con datos del litigio”.

Cuantificar, en el caso de las acciones de grupo, el número cercano de afectados o la consecución de al menos 20 para iniciar la acción resarcitoria.

Pero quedan aún mayores cuestionamientos de aspecto procesal, como la viabilidad de la prejudicialidad entre la autoridad residual y la justicia civil. Esto se explica puesto que hoy en día no hay una norma procesal que permita que un juez civil espere el fallo de la SIC por medio de la vía de la prejudicialidad para basar su fallo y aprovechar la fortaleza investigativa de esa entidad.

Cuando una norma procesal, como la que se puede encontrar en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 121 del Código General del proceso, permite que se decrete la suspensión de un proceso mientras se espera el fallo de otro proceso del cual dependa directamente la decisión; existe una herramienta para acceder a pruebas trasladadas. Su valor probatorio, como dice El Consejo de Estado debe obedecer al respeto de ciertos principios procesales (lo citado aplica para el art. 174 del Código General del Proceso en cuanto a las pruebas trasladadas) :

“de conformidad con el artículo 168 del C.C.A. (...) Así mismo, de acuerdo con el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil (...) Adicionalmente, el artículo 185 del C.P.C. establece que el traslado de la prueba practicada en el proceso original, solo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, subsección C. C.P: Jaime Orlando Santofimio. Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08938-01(19195).

Cuando existe una jurisdicción que aduce congestión y falta de herramientas para llegar a una prueba conducente, esta herramienta procesal de la suspensión del proceso y la prueba trasladada (art. 121 entre otros y 174 del C.G.P), le permitiría apreciar al funcionario judicial de una forma técnica precisa y profunda, aquellas pruebas que necesitan una interpretación sumamente especializada. En cuanto al acceso a documentos privados y la importancia de su

acceso por parte de la SIC y por consiguiente como una prueba trasladada, en la Sentencia T – 181 del 26 de marzo del 2014 (M.P. Mauricio Gonzales Cuervo) se declara la capacidad de una Superintendencia de acuerdo a la potestad de vigilancia otorgada por el Estado, para su acceso:

“Cuando se trate de documentos de carácter privado, contrario a lo dispuesto para el acceso a los documentos públicos, la regla general es la reserva, en tanto la ley no disponga excepcionalmente su exhibición o la expedición de copias. En ese sentido, el artículo 15 de la Carta Política, en el inciso 4° establece que “Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”

Igualmente, el mismo Consejo de Estado ha ratificado la capacidad de la Superintendencia de Industria y Comercio para acceder a documentos privados y el derecho de esta a que se le suministre la información que ella considere (radicado 2080605 25000-23-24-000-2008-00129-01 del 27 de abril del 2016. M.P: Roberto Augusto cerrato).

Retomando, el artículo 163 del Código General del Proceso permite la suspensión del proceso por prejudicialidad, pero por un fallo de una Superintendencia si no de una autoridad judicial. Teniendo en cuenta que esto no sería posible sin una reforma procesal que permita la prejudicialidad más allá del tema penal al civil, la técnica jurídico litigiosa toma importancia, pues de ella depende la capacidad de aportar dichas pruebas.

Este segundo capítulo plantea el segundo criterio epistemológico del trabajo (las acciones de reparación). Conociendo el planteamiento del problema citado al inicio del documento y planteado el enfrentamiento epistemológico y sabiendo que los efectos de una concurrencia de investigaciones en el campo Administrativo y en el Civil son diferentes, en el próximo capítulo se proyectarán tres diferentes situaciones viables procesalmente en el derecho colombiano. A partir de estas tres situaciones se responderá el problema planteado: es muy importante que el lector sepa que la metodología usada busca tratar pocos escenarios posibles, ya que entre más escenarios haya, más complicado es la proyección de sus efectos.

Los efectos de los tres escenarios solo serán genéricos, ya que hay comportamientos que no pueden ser proyectados por ser inherentes al espíritu humano, y no al derecho procesal.

En todo caso, queda planteada una ruta, una estrategia para el abogado que se enfrente a estos temas desde cualquier extremo de la litis.

Capítulo 3

Posibles escenarios de la confluencia de investigaciones

Analicemos la presente frase de Eugenio Brieux: “La justicia es gratuita, lo que cuesta son los medios de llegar a ella”. Desde finales del siglo XIX, este dramaturgo francés señala la importancia que tienen los medios para buscar justicia y deja, entre líneas, una idea, un revoloteo en la cabeza de aquellos que se dedican al derecho, el sinsabor de pensar que la injusticia o la insatisfacción de la búsqueda infructuosa del resarcimiento de unos daños generados por un hecho solo son el resultado de unos medios ineficaces, mal trabajados o hasta inexistentes.

Por esta razón, los abogados deben manejar un pensamiento estratégico; el cual, para Miguel Ángel Ciuro, es escaso entre los litigantes: “Entre las graves limitaciones que produjo en el pensamiento jurídico la escuela de la exégesis, con su deductivismo silogístico, se encuentra el empobrecimiento de las perspectivas estratégicas en los abogados litigantes” (2011, p. 90). Bajo este orden de ideas, los litigios piden estrategias que permitan avizorar posibles resultados y determinar las vías que puedan ser más benéficas para llegar a la justicia tan anhelada.

De antemano, conociendo la importancia del derecho de la competencia en el derecho moderno, la lucha contra los carteles empresariales y la reparación del daño causado por los mismos, el litigio estratégico es de suma importancia:

“...el litigio estratégico tiene un lugar clave en los sistemas modernos de justicia, de modo que los objetivos alcanzados van más allá de los cambios logrados a través de las disputas entre particulares, pues crea una nueva visibilidad para los grupos humanos menos favorecidos así como estimula la búsqueda de la realización del derecho” (Coral-Díaz y otros. 2010, p. 52).

Esta estrategia debe ir encaminada a buscar la eficiencia, según el lado que se represente. En caso del defensor de la empresa, la eficiencia se traduce en proyectar los costos de los procesos en cuanto a tiempo invertido, gastos de defensa, costo reputacional del proceso frente a los consumidores, las posibles multas y las posibles sentencias de reparación por perjuicios. En cuanto a los demandantes, la eficiencia se traduce en el camino más expedito

para llevar sus peticiones, la jurisdicción más rápida, los daños que se quieran probar y el material probatorio con el que se cuente para fallar.

Acercándonos al caso del presente estudio, hay diversas formas de llegar a la reparación de los perjuicios generados por las conductas de los acuerdos contrarios a la libre competencia (carteles). Vale la pena determinar una estrategia determinada, según las particularidades del caso. Una de estas formas es la Planeación por Escenarios o Planificación Estratégica por Escenarios: “Dentro de la gran variedad de herramientas que pueden ser utilizadas en la planeación estratégica, la planeación por escenarios se ha convertido hoy en día en una aproximación metodológica para predecir y/o construir un futuro” (Vergara, 2010, p. 21).

Para definir el escenario podemos citar de nuevo a Vergara: “Una definición simplificada considera al escenario como la descripción de un futuro potencial o posible, incluyendo el detalle de cómo llegar a ella, que explora el efecto conjunto de varios eventos ” (Vergara, 2010, p. 23) y se usa para explorar la incertidumbre sobre las consecuencias de una decisión. De esta manera surgen las incertidumbres, que ya se expusieron, y las que se pretenden explicar.

Pueden surgir muchos escenarios, pero citando a Peter Schwartz en su artículo de “*Planificación estratégica por escenarios*”:

“El proceso debería simplemente tener por objeto construir unos escenarios cuyas disimilitudes sean sigifiativas para los decisores. Los planificadores que usan escenarios saben por experiencia que un número demasiado grande de posibilidades ofrecidas, tiene por único efecto crear la confusión” (1995, p. 203).

...así que utilizando la metodología propuesta, el devenir del presente estudio se centrará en tres factores importantes para un litigio estratégico y que se soportaron mediante la metodología de revisión documental anterior: la necesidad de esperar el fallo de la autoridad residual para la acción civil, la necesidad de este fallo para acudir a un resarcimiento por medio de la acción de grupo y, quizás, una opción que es posible en nuestro ordenamiento jurídico, el choque de fallos de una investigación administrativa y una investigación civil: cuando la jurisdicción civil condena y la administrativa absuelve en segunda instancia.

Subsecuente a ello, el primer interrogante se presentará con el cuestionamiento de si es necesario esperar el fallo de la Superindustria para iniciar una investigación de carácter civil;

el segundo escenario se deriva al preguntarse si es necesario esperar el fallo de la SIC para iniciar una acción de grupo y el tercer escenario responde a la pregunta de, si existe un fallo absolutorio del Consejo de Estado y este riñe con una decisión previa de un juez diferente, ¿qué acciones podrían tomarse para respetar el derecho constitucional del debido proceso y el derecho a la defensa?

3.1. Escenario 1: necesidad de esperar el fallo de la autoridad residual en la jurisdicción civil

El *Diccionario Jurídico*, de Cabanellas, define prejudicial como “que requiere decisión previa a la cuestión o sentencia principal. De examen y decisión preliminar, referido a ciertas acciones y excepciones” (1993, p. 252). Esta definición se trae a colación, pues la prejudicialidad que opera en el campo penal y su aplicación en la jurisdicción civil no es una obligación en el presente caso, pero, a solicitud de parte, el juez puede estudiar la solicitud.

Para cualquier tipo de acción que se pretenda impetrar en la jurisdicción civil o en la administrativa por medio de la acción de grupo, los jueces de conocimiento presentan las mismas limitaciones derivadas de la organización del aparato jurisdiccional colombiano. Una de ellas es la congestión judicial, que imposibilita que un juez dedique su labor exclusivamente al estudio de un caso de gran impacto, como resarcir los perjuicios derivados de un cartel, lo que erosiona la confianza del ciudadano en sus instituciones, pues demora excesivamente el acceso a la justicia:

In Colombia, judicial performance indicators are extremely narrow in scope. The focus is on the traditional, quantifiable measures of congestion, budget, and human resources. These measures reflect a preoccupation with congestion in the courts-an escalating problema that is eroding public confidence and barring the judiciary from dispensing justice (Dakolias, 2014, p. 13).

El estudio *Cuánto le cuesta al Estado un proceso judicial*, de 1997, muestra que un proceso civil puede demorarse en promedio 1448 días calendario (Prada, 1997, p. 121). La corporación Excelencia en la Justicia, en la página www.cel.org.co publico los indicadores resultantes de un Estudio realizado por AAIC para el Consejo Superior de la Judicatura en 2011 (Informe al Congreso de la República sobre el estado de la justicia) indicando que un

proceso civil de única instancia dura en promedio 562 días, en primera instancia un promedio de 613 días, y en segunda instancia 1712 días con un resultante de promedio general de 625 días (no explican la forma de determinarlo); un proceso contencioso administrativo con un promedio general de 1143 días.

Ahora bien, el Consejo Superior de la Judicatura y la Corporación Excelencia en la Justicia, en *Resultados del estudio de tiempos procesales*, del 2016, determinan que los procesos civiles pueden demorarse, cuando son tramitados por un juez municipal, un promedio de 543 días corrientes; por uno de circuito, 1604 días, y por uno promiscuo, 310 días (p. 41). En el mismo estudio revelan que los casos administrativos se llevan en promedio un total de 716 días en primera instancia (p. 205), sin determinar los tiempos en las acciones de grupo.

En cambio, para un proceso en la Superintendencia de Industria y Comercio, relativo a faltas al régimen de competencia, determinan que fallan, en primera instancia, un 70% de los procesos, en un tiempo menor a un año, lo que se ve reflejado en los indicadores de procesos disponibles para el público, en la página web institucional, como medio de transparencia, por política nacional. Aunque las investigaciones preliminares, que no producen ningún efecto adverso en la empresa, de carácter administrativo o legal, pudieron empezar con mucha anticipación.

Como segundo aspecto importante a recalcar es la posibilidad de llevar al juez las pruebas, para que llegue a su decisión. En la justicia administrativa y civil, los demandantes deben allegar los soportes probatorios, para que el juez tome su decisión bajo el principio de la inmediación, ya que si la “percepción es el proceso de llegar a conocer determinado objeto, es decir, que la percepción está regida por la atención, la inmediación supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio” (Parra, 2004, p. 72). Es claro, pues, que la prueba debe ser, en lo posible, conducente, pertinente y útil, para que el juez tome su decisión con mayor grado de sensatez. Esto supone un problema, en el caso de las cartelizaciones, pues ellas son llevadas a cabo por empresas que restringen al mayor grado su información y se hace casi imposible el acceso de los afectados a los medios probatorios.

Contrastando esta realidad, los estudios que hace la SIC son estudios interdisciplinarios, completos y complejos, ya que tiene a su disposición abogados, economistas, expertos, en fin,

medios especializados para interpretar las pruebas que obtiene por medio de la averiguación preliminar, llevada a cabo por la División de Promoción de la Competencia.

La División de Promoción de la Competencia practica una serie de procedimientos para determinar si existen méritos suficientes para abrir formalmente una investigación. Dentro de estos procedimientos se incluye la facultad de la autoridad de realizar las denominadas “visitas administrativas sin previo aviso” a los locales de las empresas presuntamente infractoras para recopilar información y documentación, las cuales pueden realizarse sin autorización judicial (OCDE, 2009, p. 43).

Después de esta investigación preliminar y las visitas administrativas sin previo aviso, si el Superintendente Delegado decide proceder a la apertura formal de una investigación, notificará a los presuntos infractores y podrá decretar pruebas de oficio, teniendo en sus manos el derecho de libertad probatoria.

Así, un fallo de la entidad residual es un fallo completo, con acervo probatorio conseguido en una investigación preliminar y una fase probatoria, que se acerca totalmente a la situación investigada e incluye factores socioeconómicos y legales, diferentes de la apreciación que un solo juez de la república podría realizar.

En el escenario europeo se ha planteado con anterioridad el acceso a la información por parte de los jueces civiles y de los afectados; y necesariamente enfrenta el *public enforcement* y el *private enforcement*. Marcos lo presenta en el 2011, al mirar en proyectiva la ruta del derecho de la competencia, cuando plantea el acceso de la justicia privada a la información recolectada por la entidad gubernamental pues el goce de esta información de forma confidencial permite que las empresas accedan a programas de clemencia, puesto que su divulgación empoderaría a los afectados en la búsqueda de la reparación de los daños (p. 4).

Retomando el tema colombiano, con lo anterior se vislumbra el camino que empieza la estrategia del litigio: esperar que la SIC inicie su investigación para interponer la demanda civil y pedirle al juez que, bajo su arbitrio y las normas procesales pertinentes, suspenda la investigación citando el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil o el artículo 161 del Código General del Proceso (antes del decreto de pruebas) y solicitar el traslado de estas pruebas ya practicadas en la investigación Administrativa. En teoría es posible, pues ya se observó con el documento “*Resultados del estudio de tiempos procesales*” que los tiempos

promedios de los fallos en cada jurisdicción, un fallo de la SIC resultará más rápido que uno de carácter civil.

Si fuera posible, apoyarse en el artículo 161 del Código General del Proceso, que determina la “suspensión del proceso” señalando que el juez, bajo solicitud de una de las partes del litigio, antes de la sentencia, decreta la suspensión del proceso, sería una gran opción. Para María del Socorro Rueda, citando a Carnelutti, la prejudicialidad se presenta cuando:

La decisión que se deba tomar en el proceso civil dependa del resultado de otra decisión. Para que pueda hablarse de prejudicialidad se requiere que la incidencia de un proceso en el otro sea directa y definitiva, de tal forma que el sentido del fallo que deba proferirse lo condicione total o parcialmente (2008, p. 223)

Pero sabiendo de antemano que la prejudicialidad procede con sentencias judiciales y que decisiones de la SIC son decisiones administrativas, solo queda esperar a que la SIC falle antes que el juez civil y, de esta forma, solicitar que se tome en cuenta el fallo de la autoridad residual como prueba, indicándolo en la petición de la demanda o en su contestación.

Igualmente, si se quiere solicitar una prueba trasladada (art. 174 del C.G.P.) en el momento que se hayan practicado las pruebas por la SIC, antes de que se haya producido el fallo de ambas jurisdicciones, se requiere que el proceso sea iniciado por la misma parte en los dos procesos, para lo cual el afectado debe hacerse parte del proceso de la Superintendencia como denunciante al inicio del proceso, lo que supone otro escollo, pues no siempre se tiene esta condición. Y si no coincide el denunciante, pues la autoridad civil apreciará el testimonio bajo las reglas de la sana crítica (Parra, 2004, p. 191).

De esta forma, sí se hace necesario, mas no obligatorio, esperar a que se inicie la investigación de la Superintendencia para interponer una demanda civil, tomando los tiempos estrictamente, para evitar la prescripción de la acción. Es entonces, aunque reiterativo, aprovechar el poder investigativo de la autoridad residual administrativa para asegurar una mayor cantidad de acervo probatorio en aras de la facilidad que se le dará al juez civil para su análisis. Es casi seguro, por tiempos procesales y la dificultad de levantamiento de pruebas que si no se ha efectuado un fallo de la SIC antes de que el juez civil dicte sentencia no se tendrá acervo probatorio para el fallo de indemnización de perjuicios y será un esfuerzo fallido de los litigantes y de aquellos que piden la reparación.

3.2. Escenario 2: necesidad de esperar el fallo de la autoridad residual para la acción de grupo

Este es un escenario diferente al anterior por la particularidad de la acción de grupo. Esta es una acción de la jurisdicción administrativa (como se comentó anteriormente) que se rige bajo los principios de la economía procesal, la celeridad, y la seguridad jurídica por la proscripción de sentencias contradictorias (Bermúdez, 2007, pp. 112 - 113).

La acción de grupo presupone un aspecto relevante para la presente discusión, declarado por como lo señala Javier Tamayo Jaramillo:

Las acciones de grupo, establecidas con el fin exclusivo de obtener indemnización de perjuicios, suponen que haya una responsabilidad civil del demandado, pues no siendo así, la indemnización no es procedente. Así las cosas, el juez debe previamente declarar responsable al demandado, bien sea por responsabilidad extracontractual, cuando ella es aplicable, bien sea por incumplimiento del contrato, cuando eso es lo que ha ocurrido (2011, p. 324).

Y aunque bajo esta circunstancia la necesidad de esperar el fallo de la Superintendencia se hace muy importante, no es una condición legal para que la acción sea aceptada, ya que solo se necesita procedimentalmente los requerimientos de la ley 472 del 98 (como se relató en el capítulo anterior). Para ampliar la discusión al respecto, vale la pena mostrar la opinión de doctrinantes que están en contra del uso de esta acción para cuestiones contractuales:

Del texto de la ley 472 de 1998 no se deduce que la acción de grupo hubiese sido concebida o regulada para lograr la reparación de perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato. Por el contrario, de dicha ley se infiere que esta acción fue prevista para lograr la reparación de perjuicios extracontractuales (Bermúdez, 2005, p. 39).

Independientemente de esta visión, la legislación aún no hace la distinción a que se refiere Bermúdez, por lo cual es una hipótesis que da posibilidades de discusión, pero no se hace práctica para el estudio presente.

La caducidad para interponer la acción de grupo es de 2 años (art. 47 de la ley 472 de 1998), a partir del momento en que se produce el daño (hay que tener en cuenta que este es un daño continuado), por lo que el litigante que pretenda hacer valer los derechos de los consumidores

debe estar atento con los tiempos procesales, ya que al observar que se inició una investigación de la SIC, por acuerdos de cartel o restrictivos de la competencia, es importante conseguir los afectados antes de la caducidad.

En el presente escenario, la importancia del fallo de la SIC es vital, pues cumple con el presupuesto de la culpabilidad del accionado y, al ser un procedimiento abreviado, el juez obtendrá un acervo probatorio propicio para su fallo. Aun si existe la imperiosa necesidad de interponer la acción antes que falle la SIC, se le puede pedir al juez que tenga en cuenta como prueba un fallo cercano de la SIC, incluyéndolo en la demanda (se estaría operando bajo el supuesto de que los tiempos de investigación de la SIC serán más rápidos que los del juez de conocimiento de la acción de grupo). Una razón para pedirle al juez que integre el fallo de la autoridad residual es que se podrían generar actuaciones que “no respeten la garantía constitucional del debido proceso, ya sea porque quebranten el derecho de defensa o el derecho, que asiste a los administrados, a obtener pronunciamientos definitivos, dentro de plazos razonables, en los asuntos judiciales que, directa e indirectamente, los involucran”¹⁶.

Igualmente, existe la posibilidad que, con la presentación de la demanda o acción de grupo, el demandado cartelista proponga excepciones previas oponiéndose a la continuación del proceso alegando que no se han satisfecho los presupuestos procesales. Aunque existen taxativas en la ley (art. 100 del Código General del Proceso), las que más aplicarían en el presente escenario podría ser la de no comprender todos los litisconsortes necesarios (todos los cartelizadores), una transacción anterior en el proceso de la SIC en cuanto a la conciliación ante la Superintendencia o que haya sido hecha durante el trámite de la demanda, y caducidad de la acción contenida en el artículo 47 de la ley 472 de 1998 (02 años).

Después del traslado de la reforma, el demandado podrá también proponer nuevas excepciones previas que versen sobre este contenido y sobre el anterior, que no hayan sido subsanadas.

En la actualidad y para efecto informativo en este estudio ya se han presentado acciones de grupo con el fin de solicitar la reparación de los perjuicios generados por las cartelizaciones empresariales como los interpuestos por la Liga de Consumidores de Bogotá “Defendemos” buscando resarcimiento por el “cartel de los pañales”, esta acción fue presentada el 12 de

¹⁶ Sentencia C-816 del 2001. Sobre la prejudicialidad. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

mayo del 2015 ante el juzgado 13 civil del circuito de Bogotá con radicado 11001310301320140065700 en la cual actualmente se ha decretado terminación del proceso por desistimiento tácito (23 de junio del 2017) al cual se le interpuso un recurso de reposición que fue negado y se fijó en lista (11 de agosto del 2017)¹⁷; e interpusieron acción de grupo por el “cartel de los cuadernos” el 5 de marzo del 2015 en el juzgado 1 civil del circuito con radicado 11001310300120150025100 el cual fue archivado definitivamente el 23 de febrero del 2017 por desistimiento.

Para finalizar el presente aparte de discusión, el litigio al no manejarse de forma estratégica podría permitir que, aunque las empresas hayan realizado esta actividad anticompetitiva, objetaran que el juez dispusiera de las pruebas y del mismo fallo de la SIC imposibilitando el resarcimiento de los afectados. La estrategia juega un papel importante a la hora de decidir cuándo y cómo se debe interponer este tipo de acciones pues estos casos son de alto impacto: “El litigio estratégico no deja nada al azar, mucho menos al azar judicial. Es así como identificados los elementos anteriores es necesario tomar en cuenta el abanico de posibilidades jurídicas, que se presentan al alcance del equipo de la estrategia de litigio de alto impacto, para lograr las pretensiones comunitarias, evaluar su procedencia y su posible eficacia” (Correa. 2007, p. 55).

3.3. Escenario 3: Investigación civil condena y administrativa absuelve en segunda instancia.

Para llegar al presente escenario, se hace necesario explicar el camino que desemboca en el mismo: el supuesto del presente escenario se enmarca en una investigación de la SIC a unas empresas por acuerdos contrarios a la libre competencia que desemboca acto administrativo que las encuentra culpables de acuerdos de carteles, o resolución.

Después de la resolución, los afectados instauran una demanda civil, para que sus perjuicios sean resarcidos, o una acción de grupo, para que sean resarcidos grupalmente.

Tras la resolución de índole condenatoria de la SIC, y concomitante a la demanda civil y a la acción de grupo, los investigados por la SIC instauran una acción de nulidad y

¹⁷ Es el estado actual del proceso en cuanto a la presentación de este trabajo de grado.

restablecimiento del derecho sobre la resolución (artículo 137 C.P.A.C.A), la cual será decidida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Después de la presentación de la demanda civil, y la acción de grupo, hay un fallo condenando a perjuicios a los investigados, pero el Tribunal Administrativo encargado de estudiar la acción de nulidad falla revocando la decisión de la autoridad residual (esto hace parte del escenario planteado¹⁸).

Este escenario, como los dos anteriores, puede ser real, ya que, como vimos anteriormente, se pueden adelantar acciones de grupo en contra de las empresas y las personas naturales que han sido encontradas culpables de la realización de acuerdos restrictivos de la competencia, o cartelizadores, y, en algún momento, el criterio del Tribunal Administrativo puede ser diferente al de la Superintendencia¹⁹.

Es importante recalcar que por no haber prejudicialidad en este caso específico, y que el juez civil o el constitucional fallaron teniendo en cuenta la resolución de la SIC (tomándolo como indicio, o como pruebas trasladadas), hay un choque de jurisdicciones entre la Civil y la Administrativa, (la Civil condena perjuicios de una actuación que la jurisdicción Administrativa considera que no ocurrió).

Como consecuencia, los investigados podrían, en teoría, interponer una tutela contra el fallo de la Superindustria y se revisaría si cabe una acción extraordinaria de casación. Veamos, pues, los dos casos.

¹⁸ Como ejemplo claro está la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por los Ingenios sancionados por la S.I.C acusándolos del Cartel del Azúcar. Ingenio Carmelita radicado 25000232400020110010401 de febrero del 2011, Cauca radicado 25000232400020110011801 de febrero del 2011, La cabaña radicado 25000232400020110015101 de marzo del 2011, Pichichí radicado 25000232400020110015801 de marzo del 2011, y Risaralda radicado 25000232400020110016801 de marzo del 2011.

¹⁹ Es posible que el Consejo de Estado se aparte de la decisión de la SIC o decida apoyarla, p.ej.:

- Ratificación Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de enero de 2010, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso a fallo de la S.I.C. condenatorio a ANDEVIP, después que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolviera apelación favorable a investigados.
- Ratificación del C. de Estado sobre la sanción al “cartel del arroz” con radicado 2089506 25000-23-24-000-2007-00102-02 del 16 de febrero del 2017. M.P: Carlos Enrique Morneo.
- Ratificación del C. de Estado sobre sanción a Seguros Comerciales Bolivar S.A. con radicado 2073549 25000-23-24-000-2007 00111-01 del 16 de octubre del 2014 por prácticas comerciales restrictivas.

3.3.1. Tutela contra el fallo condenatorio de la Superindustria: al tratar de explicar la procedencia de dicha actuación, es importante decir que se asemeja a la tutela en contra de sentencia judicial. Para ver su relación se explica “que la vía de hecho consiste básicamente en una actuación realizada por un funcionario judicial y materializada en una providencia que, además de vulnerar uno o más derechos fundamentales, impone la necesidad de ser descalificada como acto jurídico mediante el amparo de tutela” (Quinche, 2007, p. 26). A sabiendas de que la Superindustria no se compone de funcionarios judiciales, sí proceden tutelas en contra de sus actos administrativos.

Si los investigados consideran que no se les respetó el derecho al debido proceso, el acceso a la justicia, a la igualdad, el derecho de defensa, etcétera, basándose en que el fallo que los condenó al pago de perjuicios llevó un proceso que desconoció los argumentos del Consejo de Estado, se podría realizar un estudio de procedibilidad, usando aquellos requisitos de tutela en contra de sentencia judicial, de acuerdo a la doctrina constitucional, revisando los siguientes tópicos indicados por Náder:

1) Defecto procedimental absoluto:

La Corte Constitucional ha establecido que para que se configure la vía de hecho por defecto procesal es necesario que la violación del procedimiento sea grave y evidente; que el desconocimiento del procedimiento tenga un efecto importante sobre los derechos procesales o sustantivos de la persona afectada y que la irregularidad no se deba a una acción u omisión del afectado.

2) Defecto orgánico o falta de competencia: ...

3) Defecto fáctico: ...

Surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión...

4) Error inducido o por consecuencia: ...

En criterio de la Corte para que se configure una vía de hecho por consecuencia es necesario que “la decisión judicial se base en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales, y que tenga como consecuencia un perjuicio iusfundamental”...

5) Defecto material o sustantivo: ...

6) Violación directa de la constitución: ...

Esta causal se origina porque el juez desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes o realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta (2013, p. 41-42).

Claramente hay que diferenciar que estos requisitos de procedibilidad son para la tutela en contra de sentencia judicial, pero igual se usan en la violación de derechos fundamentales. La

característica en la que se puede interponer en cualquier tiempo, siempre que la vulneración a los derechos se mantenga, la hace un medio de defensa adecuado contra violaciones a derechos fundamentales del empresario.

Se podría decir que bajo el principio de la residualidad existen otros mecanismos para interponer diferentes a la acción de tutela, pero, para discutirlo, se cita el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, del 24 de febrero del 2011, con M.P. Ariel Salazar Ramírez, que dice:

La acción de tutela resulta excepcionalmente procedente contra autoridades administrativas en todos aquellos casos en los que su actuación u omisión carezca de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de la persona, incurriendo de esa manera en lo que se ha denominado “vía de hecho”.

Igual, lo defiende el Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz al decir que “La acción de tutela puede entablarse contra cualquier servidor público que con ocasión del ejercicio de sus funciones o apartándose de las mismas, viole o amenace derechos fundamentales” (1997. p. 167) . Aquí lo que se busca es la protección inmediata de los derechos fundamentales de los investigados, ya que, en el ámbito comercial, un fallo de esta característica causaría un impacto en la reputación de la empresa y esto causaría un perjuicio irremediable. La misma sentencia lo determina cuando dice que “la Corte ha entendido que la acción de tutela procede, en general, contra las actuaciones administrativas, siempre que no exista otro mecanismo de defensa o **que la acción se interponga para evitar un perjuicio irremediable**” (negrilla fuera de texto).

3.3.2. Recurso extraordinario de casación:

Según el Dr. Manuel Isidro Ardila:

La casación es el instrumento que asegura la unificación, afianza el anhelado propósito de la igualdad –bien indiscutible e inalienable de toda sociedad–, cualquiera que sea su organización; por supuesto, que sin el concurso de la casación difícil es la aplicación uniforme de la norma jurídica, expresión última de la voluntad popular. Se debe asegurar, pues, a toda costa, que la norma jurídica sea lo que genuinamente se expresa en ella y no que sea interpretada de tan diversa manera como jueces haya (2006, p. 10).

Hasta este momento, se puede considerar que cabe el recurso de casación contra una acción civil con pretensiones mayores a 1000 SMMLV (art. 338 del C.G.P.), pero deben revisarse, además de lo anterior, ciertas causales, como:

- i) La violación directa de una norma jurídica sustancial (violación de derechos constitucionales).
- ii) La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba (no se tuvo en cuenta el fallo del alto tribunal que determinó su inocencia y era la prueba reina del caso).
- iii) No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, reconocer de oficio (en caso de usar una excepción, como no comprender todos los litisconsortes necesarios).
- iv) Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único (no aplicaría).
- v) Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados (estudio de cada caso en particular).
- vi) O con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido al haberse cerciorado de estar incurso en cualquier de estas causales, se debe revisar la procedencia contenida en el art. 334 de la ley 1564 del 2012. El recurso extraordinario de casación procede contra las siguientes sentencias, cuando son proferidas por los tribunales superiores en segunda instancia (haber pasado por el fallo del juez y el tribunal):
 1. Las dictadas en toda clase de procesos declarativos.
 2. Las dictadas en las acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria.
 3. Las dictadas para liquidar una condena en concreto.

El problema se presenta al requerir el fallo de un juez y de un tribunal, lo cual aplicaría en el presente caso siempre que un juez civil del circuito conozca de la demanda civil; y que el tribunal, en segunda instancia, falle a favor de los demandantes, para que la empresa o las empresas condenadas puedan presentar la casación (que es el escenario que en un principio se propuso). Este sería un proceso sumamente largo, ya que pasaría por varios estrados judiciales y una investigación de la SIC. A este punto solo se debería llegar si se tiene total certeza de la inocencia del actuar empresarial, pues el tiempo de la investigación y la publicidad del caso condena el good will de la empresa. Este proceso también genera un desgaste emocional y el gasto en honorarios jurídicos y en los asesores, por lo tanto, el estudio de la posición

empresarial debe tomar en cuenta estos factores y decidir si es mejor la colaboración con la autoridad, o la defensa sin cuartel de la empresa investigada.

Ahora bien, la empresa investigada por la SIC no puede interponer una casación frente un fallo de una acción de grupo, por la suspensión provisional de los efectos de varios artículos del Decreto 1736 del 2012, entre ellos el artículo 338 del Código General del Proceso²⁰.

A nivel informativo, la opción de casación se vio en Chile cuando se negó la admisión de la acción de grupo interpuesta por el SERNAC (Servicio Nacional del Consumidor) por la Cartelización de las farmacias²¹. La casación permitió la legitimidad del SERNAC para interponer la acción de grupo pues el a quo refería que la acción de grupo no podía usarse para buscar e resarcimiento por cartelización

²⁰ Consejo de Estado. Sección Primera. Auto: 110010324000 2012 0036900, del 19 de diciembre del 2016. Acción interpuesta por el director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, Ramiro Bejarano Guzmán, que condujo a que se suprima el recurso extraordinario de casación para las sentencias de acciones de grupo.

²¹ 210° Juzgado Civil Chile, 10.5.2013. Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde S.A. Rol n° 1940-2013; <http://www.sernac.cl/proteccion-al-consumidor/juicios-colectivos/iniciados-por-sernac-2/#farmacias>

Conclusiones

Aclaro que cada capítulo por sí solo permite elaborar conclusiones, que aportarán al tema de discusión y que reforzarán las conclusiones generales.

En primer lugar, el régimen de competencia colombiano tiene una estructura adecuada, que viene desde la ley 155 de 1959 y los decretos reglamentarios, como lo sustenta el Doctor Alfonso Miranda (1997, p. 13):

“Esta normatividad resulta importante, por cuanto contiene los criterios y conceptos generales que ha utilizado el legislador colombiano en esta materia, los cuales deben servir de guía en la interpretación de las demás normas sobre competencia, que de manera tangencial se han incluido en diversas leyes y decretos que regulan diversas actividades y sectores de la economía”.

La prohibición general establecida en el artículo 01 de la ley 155 de 1959 permite una amplitud tal que evita que el legislador tenga que crear nuevas leyes por cada conducta que se efectúe; pero, resulta ser intolerante con acuerdos provechosos al consumidor:

“Sin embargo, la lista de acuerdos es demasiado extensa y lleva a dar un tratamiento excesivamente intolerante y rígido a acuerdos cuyos efectos netos podrían no ser anticompetitivos, ya que varios de los acuerdos enumerados, particularmente si son acuerdos verticales, pueden conllevar eficiencias que más que compensan las restricciones a la competencia” (OCDE. 2009, p. 61).

Efectivamente, la sentencia C-032 del 2017 al determinar que la expresión “y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia” contenida en el artículo citado es exequible, no es violatoria del principio de tipicidad, en tanto que no es indeterminada y ambigua y que no se estaba frente a un enunciado indeterminado y ambiguo, sino frente a una prohibición general que no viola “los principios de legalidad y tipicidad como componentes del derecho fundamental al debido proceso administrativo establecido en el artículo 29 de la Constitución”...

Bajo este importante fallo de la Corte Constitucional se recalca que “Adicionalmente y en lo relacionado con el cumplimiento del debido proceso administrativo, en el escenario del derecho administrativo sancionatorio, también ha reiterado la Corte, que la consideración de los principios de legalidad y tipicidad cuenta con una mayor flexibilidad respecto de la que acontece en el derecho penal, hasta el punto que la conducta prohibida “esté determinada en el

mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas”.

Ahora, hablando de la autoridad residual, el desarrollo institucional de la SIC fortaleció el régimen de competencia colombiano con su capacidad técnica, su capacidad de investigación, la independencia frente al Gobierno Nacional y los grupos de presión y de poder, y la especialización de sus integrantes, la convierten en el ente más capaz para tomar en sus manos el derecho de la competencia.

Pero no todo es destacable. “La facultad de la SIC de abstenerse de procesar denuncias no significativas puede limitar posibles excesos en esta materia” (Ibidem, OCDE. p. 62). Igualmente, la falta de poder jurisdiccional de la SIC para resarcir los perjuicios generados a los consumidores es una tarea pendiente que no es promocionado con las herramientas con que cuenta actualmente como el programa de clemencia, “el éxito del programa se podría ver comprometido por el hecho de que mientras la ley permite eximir al denunciante de sanciones conforme a la ley de competencia, esto no afecta a su responsabilidad en cuanto a daños y perjuicios en un procedimiento civil” (Ibidem OCDE, p. 62).

Se debe generar un cambio en el régimen de competencia para que se le otorguen a la SIC las capacidades jurisdiccionales que le permitan resarcir al consumidor, “Podría ser posible, por ejemplo, que un acuerdo de terminación anticipada requiera no sólo la terminación de la conducta ofensiva, sino que, cuando sea oportuno, también sea necesario que la parte infractora emprenda acciones firmes para rectificar el daño causado por la conducta” (Ibidem, OCDE. p, 67). En muchos casos, la sola reparación de los afectados resultaría mayor a las multas que la SIC puede aplicar, como lo explica el Doctor Cortázar, “Lo que ocurre es que en muchas ocasiones las conductas anticompetitivas son un excelente negocio; pueden arrojar pingües beneficios acosta, claro está, de la economía” (2006, p. 145).

En cuanto a los fallos condenatorios o absolutorios por el acuerdo de cartel, debería ser fruto de un órgano colegiado donde tenga lugar el Superintendente, para que el fallo no sea sujeto a la apreciación de una sola persona.

En segundo término, existen diferentes modos de solicitar el resarcimiento de los perjuicios generados por los acuerdos de cartel. Estos métodos varían según el tipo de afectado:

consumidor directo, empresario como afectado directo por la compra de los productos sujetos a la cartelización y como grupos de consumidores afectados. Aquel que se encargará de pedir la reparación de los perjuicios deberá evaluar la ruta más accesible para el fallo condenatorio. Su estrategia deberá evaluar la acción que va a tomar, según la calidad de su cliente: como consumidor, como afectado pero no consumidor, como empresario afectado o como un grupo de consumidores afectados.

En tercer lugar, la utilización del modo para solicitar la reparación del daño o perjuicio permite observar la estrategia a usar frente al régimen procesal. Esta estrategia obedecerá al resultado del estudio económico que se vaya a usar.

Los consumidores serán, en todo caso, dependientes de la investigación que haga la Superintendencia de Industria y Comercio, pues su fallo es el primer insumo probatorio e indiciario de la ocurrencia de la cartelización, ya que el juez tendrá elementos para su fallo usando el proceso completo o las pruebas trasladadas. Un desarrollo interesante se puede ver con la Unión Europea ya que plantearon la dificultad que tienen los consumidores de ver resarcido el daño sufrido por estas prácticas, y por consenso se creó la “Directiva de daños 2014/104/UE” con normas de contenido resarcitorias que facilitan la prueba de la existencia de la infracción como del daño, y que resarcen a la víctima, pero ayudando a la búsqueda de otras indemnizaciones que se buscan en estrados civiles. (Robles. 2014, p.18)

En cuarto lugar, el abogado que va a defender a la empresa acusada de acuerdos de cartel, debe tener en cuenta el tiempo promedio de un proceso en Colombia (ya se citaron estadísticas en el capítulo II), evaluar las consecuencias pecuniarias de una posible multa al interior de la empresa y el valor cercano de una reclamación en una acción de grupo. Esta aseveración se soporta en palabras de Guido Calabresi (1984, p. 82) cuando expone que “Cualquier sistema de reducción del costo primario de los accidentes es un sistema destinado a determinar el nivel de costos deseado –esto es hasta qué punto estamos dispuestos a restringir o limitar actividades convenientes por sí mismas, a causa de los accidentes que ocasionan”; ya que “Este postulado se aplica para los daños que se ocasionan a nivel individual, pero más aún a los daños colectivos que se generan, ya que el monto de las indemnizaciones se acrecienta considerablemente y podría llegar a afectar la economía de una empresa...” (Velasco. 2006, p 6).

Cuando se habla de la eficiencia, se hace referencia a la capacidad que tiene el empresario para sobrellevar una investigación en su contra por un acuerdo de cartel haciendo el mejor uso de sus recursos y, para ello, es importante tener en cuenta la estrategia que se va a seguir, para aprovechar los recursos y evitar mayores costos. La norma técnica colombiana 5254 del 2004 describe los costos como las “actividades tanto directas como indirectas, que involucran cualquier impacto negativo, incluyendo pérdidas de dinero, tiempo, mano de obra, interrupción del trabajo, buen nombre, pérdidas políticas e intangibles” o, traducido a este estudio, el tiempo que se gasta en el proceso, los gastos de defensa o de interponer y llevar la demanda, el costo reputacional para los investigados, el valor en dinero, en caso de quedar una sentencia en firme, frente a lo que pudo haber sido con un acuerdo procesal o extraprocesal para indemnizar perjuicios.

Como conclusión general derivada de la visión y del litigio estratégico, usando una herramienta como la planeación por escenarios, se encuentran las siguientes variables que deben ser tenidas en aras de la efectividad empresarial:

- i) Actuar como delator o colaborador frente a la SIC.
- ii) Interponer una acción Contencioso Administrativa (nulidad y restablecimiento del derecho) contra la resolución de la SIC, en caso de ser encontrado culpable de la conducta anticompetitiva, teniendo en cuenta si esta disminuirá su valor.

Se deberá tomar en cuenta que esta acción va al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y es difícil, aunque no imposible, como en el caso de ANDEVIP y los reseñados del “Cartel del Azúcar” que se le dé la razón al recurrente, ya que como dice Cortazar al describir el comportamiento de las cortes colombianas frente a la autoridad administrativa y su especialidad de conocimientos, “Judges usually are people dedicated to law and not to economics. Not surprisingly then the OECD also has pointed out that courts ‘have been slow to warn the importance of competition issues’ “ (2006, p. 109).

- iii) Según estos dos últimos factores, acceder a una audiencia de conciliación extrajudicial con los afectados, para lograr un acuerdo conveniente con ellos.

Citando a Cortazar, y dándole la importancia a esta medida que no ha sido atendida de forma adecuada por su manejo ligero, “siempre he considerado que esta válvula de escape es

necesaria, pero que queda más convenientemente ubicada si se relaciona con los factores de atenuación de las sanciones, pudiendo llegar incluso hasta la totalidad de la misma si se cumplen ciertos requisitos” (2006, p. 146).

- iv) Interponer acciones excepcionales, como la tutela contra providencia judicial, en caso de cumplir con ciertos criterios procesales, o de la casación, siempre y cuando un juez civil del circuito conozca de la acción impetrada en primera instancia y no sea una acción de grupo.

Por último, el área legal de la empresa debe situarse en la realidad empresarial y buscar la continuidad del negocio (Norma ISO 22301), por medio de la minimización del impacto de aquellos incidentes que provocarían una interrupción de la actividad económica, reducir la probabilidad de que se produzcan y garantizar la recuperación de la empresa. La gestión del riesgo legal es una herramienta de importante implementación a través de un *compliance officer*, o un oficial de cumplimiento legal. Pero, ya presentado el problema jurídico, el abogado debe tener una visión completa, holística, del problema y del negocio de la empresa, para actuar estratégicamente y darle la confianza al empresario de que obtendrá la continuidad de su actividad económica.

Bibliografía

1. AAIC; Consejo Superior de La Judicatura. Informe al Congreso de la República sobre el estado actual de la Justicia. Bogotá, Colombia. 2011. www.ramajudicial.gov.co
2. Acosta, José. “*Tutela procesal de los consumidores*”. Editorial José M. Bosch. Barcelona. 1995.
3. Alessandrini Rodríguez, Arturo. “*De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*”. Tomo I. Imprenta Universal. Santiago de Chile, 1987.
4. Ardila Velásquez, Manuel Isidro. “Justificación de la Casación”, en: *Revista Corte Suprema*. Año 9. N° 22. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá, 2006.
5. Baquero, Ingrid. “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”, en: revista *E-Mercatoria*, Vol. VII, N° 1. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008.
6. Bardey, David; Becerra, Alejandro, y Cabrera, Pilar. “*Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia: informe final*”. Fedesarrollo, Bogotá, 2012.
7. Bermúdez Muñoz, Martín. “La interacción del grupo en las acciones de grupo”, en: *Memorias del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre. Bogotá, 2005.
8. Bermúdez Muñoz, Martín. “*La acción de grupo, normativa y aplicación en Colombia*”. Colección Textos de Jurisprudencia. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2007.
9. Borja Niño, Manuel Antonio. “*La prueba en el derecho colombiano*”. Colección Letra Cátedra. Editorial UNAB. Bucaramanga, 2003.
10. Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1993.
11. Camargo, Pedro Pablo. “*Las acciones populares y de grupo*”. Editorial Leyer. Bogotá, 2012.
12. Carlton, Dennis, y Picker, Randal. “*Antitrust and Regulation*”. Working Paper 12902. National Bureau of Economic Research. Cambridge, MA. 2007.
13. Cifuentes Muñoz, Eduardo.” *La acción de Tutela en Colombia*”, en Revista *Ius et Praxis*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 1997.
14. Ciuro Caldani, Miguel Ángel. “*Estrategia jurídica*”. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, Argentina, 2011.

15. Consejo Superior de la Judicatura, Corporación Excelencia en Justicia. “*Resultados del estudio de tiempos procesales*”. Bogotá, 2016.
16. Coral-Díaz, Ana Milena; Londoño-Toro, Beatriz; Muñoz-Ávila, Lina Marcela. “*El concepto de litigio estratégico en américa latina: 1990-2010*”, en Revista Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 121: 49-76, julio-diciembre de 2010.
17. Correa Montoya, Lucas. “*Estrategias de litigio de alto impacto: elementos básicos para su diseño e implementación*”, en revista Jurid. Manizales (Colombia), 4(2): 47 - 69, Julio-Diciembre, 2007.
18. Cortazar mora, Javier. “*Colombian constitutional jurisprudence in competition: a dance with an unmatching couple*”. Revista Derecho de la Competencia, vol 2 N° 2: 77-121. Bogotá (Colombia) 2006.
19. Cortázar Mora, Javier. “*Curso de Derecho de la Competencia (antimonopolios)*”. Editorial Temis. Bogotá, 2011.
20. Cortázar Mora, Javier. “*Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia, análisis crítico y prospectivo*”, Ediciones Doctrina y Ley, 2003.
21. Cortázar Mora, Javier. “*Decisión 608 de la comunidad andina: un paso adelante para el sistema antimonopolios de la región*”. Revista Derecho de la Competencia, vol 2 no 2 123- 152. Bogotá (Colombia), 2006.
22. Dakolias, María. “Court Performance around the World: A Comparative Perspective”, en: *Yale Human Rights and Development*. Vol. 2: Iss. 1, Article 2. Yale Law School. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol2/iss1/2>
23. De Quinto Arredonda, Miguel.” *Indemnizaciones por daños económicos a víctimas directas e indirectas de carteles: Marco legal y cuantificación*”. Documentos de trabajo. N° 6, SIC, 2012.
24. Díez, Javier. “*Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*”. Editorial McGraw Hill. Madrid, 2001.
25. El Tiempo, redacción. 13 de abril de 1997. “¿Cuánto demora un proceso judicial?”. Noticias digitales El Tiempo. Bogotá. En <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-539893>
26. Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. “*La protección constitucional del ciudadano*”. Editorial Legis. Bogotá, 2010.
27. Fugate, Wilbur. “*Foreign Commerce and the Atitrust Laws*”. Wolters Kluwer, Laws & Business; Aspen Publishers. Austin, United States. 2006.
28. Gherzi, Carlos Alberto. “*Reparación de daños*”. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1992.

29. Gutierrez de Caviedes, Pablo. "Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos", en: *Derecho Procesal Constitucional*. Coordinado por Eduardo Ferrer Mc-Gregor. Editorial Porrúa, México, 2003.
30. Hovenkamp, Herbert. "*The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*". Cambridge, Harvard University Press. 2005.
31. Kinghorn, Janice, y Nielsen, Randall. "A practice without defenders: the Price effects of cartelization", en: *How Cartels Endure and how they fail: Studies of Industrial Collusion*. Edited by Peter Z. Grossmann, Butler University, USA. Northampton, MA, USA, 2004.
32. Kloub, Jindrich. "*Standing and pass-on defense in antitrust damage suits: guided by corrective justice or efficiency?*": en BASEDOW, Jürgen et al, *Private Enforcement on Competition Law*. Baden-Baden. Nomos, 2011.
33. Marcos, Francisco. "*¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? una mirada a la experiencia Española*". III Convegno di Studio, I Remedi Civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private Enforcement of Antitrust, organizado por la Facoltà di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Trento (Italia) el 15 y el 16 de abril de 2011.
34. Mazeaud, Henri; Mazeaud, Leon; Mazeaud, Jean. "*Lecciones de derecho civil. La responsabilidad civil, los cuasicontratos*". Parte segunda. Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960.
35. Mazeaud, Henry; Mazeaud León; Chabas, Francois. "*Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*". Vol. III. Editorial Ejea. Buenos Aires, 1978.
36. Miranda Londoño, Alfonso. "*Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*". Ponencia presentada dentro del Seminario Titulado "Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia". Septiembre de 1992. Bogotá, 1992.
37. Miranda Londoño, Alfonso. "*Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados*", modulo II: Practicas restrictivas de la competencia y competencia desleal. Ponencia para el II Congreso Iberoamericano de derecho Empresarial. Bogotá, 1997.
38. Miranda Londoño, Alfonso. "*La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas restrictivas de la competencia*", en: *I Congreso Internacional de Derecho de la Competencia, Derecho de la Competencia y Desarrollo*. Universidad de los Andes. 2011.
39. Miranda Londoño, Alfonso. "*Origen y evolución del Derecho de la Competencia en Colombia: la ley 155 de 1959 y su legado*", en: revista *Derecho de la Competencia*. CEDEC. Vol. 6, N° 6. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2011.

40. Miranda Londoño, Alfonso, y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. “*Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia*”, en: revista *Derecho de la Competencia*. CEDEC. Vol. 2, N° 2: 269-400. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2006.
41. Náder Orfale y Linida Elena. “*Vulneración de principios fundamentales mediante la interposición de la acción de tutela contra providencia judicial*”, en: revista *Justicia Juris*. Vol. 9. N° 2. Barranquilla, 2013.
42. Newman, Elías. “*Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*”. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1992.
43. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, OCDE, y Banco Interamericano de Desarrollo, BID. “*Derecho y política de la competencia en Colombia. Examen inter pares*”, 2009.
44. Ormachea Cuentas, Enrique. “*El abuso del derecho*”, en Revista de La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 51. Lima, 1997.
45. Pavón-Villamayor, Víctor. “*Sanciones Económicas y Compensación de Daños en el Régimen de Competencia Mexicano*”. CIDAC Centro de Investigación para el Desarrollo C.A., Propuestas de Cambio. México. D.F. 2009.
46. Pantoja Bravo, Jorge. “*Derecho de daños*”. Tomo I. Editorial Leyer. Bogotá, 2015.
47. Parra Quijano, Jairo. “*Manual de Derecho Probatorio*”. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, 2004.
48. Perilla Castro, Carlos Andrés. “*Laudos Arbitrales en el Derecho de la Competencia*”, en: revista *Derecho de la Competencia*. CEDEC. Vol.11, N° 11. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, 2015.
49. Prada Bernal, Luis. “*Cuánto le cuesta al Estado un proceso judicial*”, en: *Innovar*, Revista de Ciencias Administrativas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. N° 10, diciembre de 1997. Bogotá, Colombia.
50. Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “*Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*”. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2007.
51. Robles Martín-Laborda, Antonio. “*La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia. incidencia de la directiva 2014/104/UE en nuestro derecho interno*”. En proyecto de investigación "La nueva CNMC: análisis jurídico del cambio de modelo institucional y de su repercusión práctica en el ámbito nacional e internacional". Plan Nacional de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad. DER2013-48401-P. Madrid, 2014.

52. Rueda Fonseca, María del Socorro. “*Fundamentos de Derecho Procesal Colombiano*”. Señal Editora. Universidad de los Andes. Ediciones Uniandes. Bogotá, 2008.
53. Schwartz, Peter. “*La planificación estratégica por escenarios*”, en Cuadernos de Administración N 21. Universidad del Valle. Cali, 1995.
54. Tamayo Jaramillo, Javier. “*Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*”. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín, 2011.
55. UNCTAD. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. “*Efectos de los carteles en los pobres*”. ONU. Ginebra, 2012.
56. Uribe Piedrahíta, Carlos Andrés. “*Reforma al régimen de libre competencia en Colombia (perspectivas y retos)*”. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Grupo Editorial Ibáñez, DePalma. Bogotá, 2010.
57. Vallejo Arteaga, María Cristina, y Gutiérrez de los Ríos, Paola. “*Fraude al consumidor: ¿Delito o contravención? Desde una perspectiva victimológica*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.
58. Vázquez de Alvaré, Dánice. “*La competencia desleal en el mercado cubano*”. Editorial Unijuris. La Habana, Cuba. 2013.
59. Velasco Gregory, Juliana. “*Algunas reflexiones sobre la proyección preventiva de las acciones de grupo como resultado de los efectos económicos de las sentencias condenatorias*”. Ponencia en el XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena (Colombia) 2006.
60. Vergara Schmalbach, Juan Carlos; Fontalvo Herrera, Tomás José, y Maza Ávila, Francisco. “*La planeación por escenarios: Revisión de conceptos y propuestas metodológicas*”, en: revista *Prospectiva*. Volumen 8. N° 2. Universidad Autónoma del Caribe. Barranquilla, 2010.
61. Vergara Medina, Jairo. “*Responsabilidad comercial de las sociedades y sus vinculados*”. Editorial Temis. Bogotá, 2015.
62. Witker, Jorge. “*Derecho de la Competencia en América (Canadá, Chile, Estados Unidos y México)*”. Fondo de Cultura Económica. Santiago, Chile, 2000.
63. Yzquierdo Tolsada, Mariano. “*Querellas chantajistas y derecho civil light, sobre las disfunciones de la acción civil en el proceso penal*”, en: *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho*. Estudios en Medellín, Colombia. Tomo I, 2011.
64. Zavala de González, Matilde. “*Perjuicios económicos por muerte*”. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2010.