CC BY

ISSN 2806-0326 (En linea) ISSN 1794-5216 (Impresa)

LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ¿EL MECANISMO IDÓNEO PARA RESARCIR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA?

COMPENSATION FOR DAMAGES: THE SUITABLE MECHANISM TO REDRESS HARM RESULTING FROM ANTICOMPETITIVE PRACTICES?

Daniella Marcela López Sanín*

Fecha de recepción. 3 de marzo de 2024
Fecha de aceptación: 22 de abril de 2023
Disponible en línea: 30 de junio de 2024

RESUMEN

En Colombia los daños derivados de prácticas restrictivas de la competencia han sido sancionados con multas a favor de la SIC y la reparación se puede pedir por medio de una acción de grupo, las cuales deben ser interpuestas por un número plural de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó los perjuicios individuales, pero las personas que no cumplan con estas condiciones quedan desprotegidas por el ordenamiento jurídico colombiano para reclamar perjuicios. Por lo cual, en este resultado final de investigación se propondrá una acción de indemnización de perjuicios individual por prácticas restrictivas de la competencia, en donde un consumidor afectado individualmen-

* Estudiante de décimo semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Contacto: daniella.lopezs@javeriana.edu.co

te pueda reclamar los perjuicios de daño emergente, lucro cesante más intereses, y pérdida de oportunidad ante la jurisdicción civil.

Palabras clave: prácticas restrictivas de la competencia, indemnización de perjuicios, responsabilidad civil, multas, acciones de grupo.

ABSTRACT

In Colombia, damages arising from anti-competitive practices have been sanctioned with fines in favor of the SIC, and reparation can be sought through a class action, which must be filed by a plural number of people who have uniform conditions regarding the same cause that produce the individual damages. But people who do not comply with these conditions are not protected by the Colombian legal system from claiming damages.
Therefore, in this final result of the investigation, an action for individual damages compensation derived from restrictive practices of competition will be proposed, where a consumer who is individually affected can claim the damages of incidental damages, lost profits plus interest, and opportunity lost in civil jurisdiction.

Key Words: anti-competitive practices, damages compensation, civil liability, fines, class actions.

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia las multas se han desarrollado como una sanción a los competidores que ejercen prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, como se expondrá este mecanismo no tiene como objetivo indemnizar a los consumidores o resarcir a estos en virtud de los perjuicios sufridos por las prácticas restrictivas de la competencia, por el contrario la finalidad de las multas es disuadir a los competidores de no volver a incurrir en estas prácticas. No obstante, la pregunta de investigación que se intentará desarrollar en este trabajo de investigación es: ¿La indemnización de perjuicios por prácticas restrictivas de la competencia, es la solución para resarcir a los diferentes agentes en el mercado? Cabe aclarar que la indemnización de perjuicios por acción de responsabilidad civil como mecanismo para resarcir al consumidor no ha sido previsto por la jurisprudencia Colombiana, sin embargo si se ha desarrollado en diversos países como se expondrá más adelante, por lo cual es un tema de investigación novedoso e importante para implementar unas medidas resarcitorias y compensatorias en prácticas restrictivas de la competencia.

2. LA FINALIDAD DE LAS MULTAS

En primer lugar, hay que resaltar cuál es el origen de las multas. Estas nacen por la importancia del cumplimiento de la normatividad de protección de la competencia, con el fin de eliminar o mitigar los efectos de su incumplimiento, así como también para fomentar la ética y el respeto de la ley en el ámbito cultural. Entonces para cumplir con este objetivo se han tenido que implementar mecanismos que se puedan materializar en un enfoque preventivo como lo son las multas (SIC, 2022).

Con el fin de cumplir la anterior finalidad en el artículo 5 de la ley 1340 de 2009 se le confiere la competencia a la SIC de conocer las investigaciones administrativas, de imponer multas y de adoptar decisiones administrativas cuando haya infracciones a las disposiciones de libre competencia.

El régimen de multas está contenido en la Ley 1340 de 2009 en el título V sobre el régimen sancionatorio, en primer lugar, en el artículo 25 se consagra el monto de las multas a las personas jurídicas[1], en donde se puede evidenciar que la violación de cualquier disposición que proteja la competencia tiene como consecuencia la imposición de una multa, que será a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por una suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes, o el valor de hasta 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor, de estas dos posibles sanciones se aplicará la que tenga mayor entidad. Posteriormente, en la norma se consagra que aspectos se deben tener en cuenta para graduar la multa y cuáles son las circunstancias de agravación que influyen en la graduación de esta.

En el artículo 26 de la ley 1340 de 2009 se consagran multas a cargo de las personas naturales[2]. En este artículo se evidencia como las multas pueden ser

1 "Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación ya cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma e 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150 % de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor (...)".

2 "Imponen a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio (...).

de hasta de 2.000 SMLMV a las personas naturales que tengan alguna participación, ya sea que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren esas conductas violatorias de las normas de protección a la competencia; por lo tanto, se puede ver que se sancionan tanto las acciones como las omisiones.

Un aspecto muy relevante de ambos artículos es que las multas al ser cuantiosas, afectan el patrimonio de las personas, lo cual puede generar un efecto preventivo frente a la realización de la conducta por una persona jurídica o una persona natural. Sin embargo, las multas son a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Entonces, los consumidores que sufrieron un daño por las prácticas anticompetitivas no se ven recompensados por las multas, sino que su reparación tendrá que ser buscada por otros mecanismos. Un mecanismo idóneo para lograr lo anterior se podría pensar que son las acciones de grupo, pero se va a demostrar que si bien son útiles para ciertas circunstancias, es importante también desarrollar la acción de indemnización de perjuicios individual.

3. LAS ACCIONES DE GRUPO COMO MECANISMO INDEMNIZATORIO

Las acciones de grupo son adelantas por un grupo de personas que ha sido perjudicado por la violación de un interés colectivo. Estas acciones permiten generar beneficios individuales y proteger derechos de los particulares que han sido perjudicados por la vulneración de un interés colectivo. La ventaja de esta acción es que permite reclamar pretensiones que individualmente no son significativas, pero que al agruparse todas ellas serían económicamente relevantes (Estrada y Gil, 2017).

En Colombia las acciones de grupo se encuentran consagradas constitucionalmente en el artículo 88 de la Constitución Política[3]. Asimismo, la definición conceptual de las acciones de grupo se encuentra en el artículo 46 de la ley 472 de 1998: *"Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes*

3 "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos,relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos".

respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas".

Por lo anterior se puede vislumbrar que la protección de los derechos particulares se materializa a través de la indemnización de perjuicios por los daños ocasionados por la violación de normas de protección a la libre competencia, en donde un grupo de personas que ha sido afectado por una misma causa o por un mismo hecho dañoso impulsan una acción de grupo. En este sentido, la pretensión de ese grupo de personas será que se le reconozca y se le pague la indemnización a título singular por los perjuicios que se derivan del hecho dañoso, en este caso el hecho dañoso tiene que ser una práctica restrictiva de la competencia (Garavito, 2019).

4. ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL

Los actos de competencia desleal están prohibidas por el artículo 7 de la ley 256 de 1996, en donde se consagra una prohibición general: *"Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial".* Sin embargo, se debe precisar qué se entiende por acto de competencia desleal, lo cual se encuentra desarrollado en el artículo 7 de la Ley 265 de 1996 y se complementa con el Convenio de París aprobado mediante Ley 178 de 1994:*"Todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencias del mercado".*

En el caso que se presenten actos de competencia desleal la persona que esté amenazada o afectada por estos, el Procurador General, las Asociaciones o Corporaciones profesionales de consumidores podrán interponer dos clases de acciones judiciales. La primera acción busca que: *"se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante"* (art.20 de la ley 256 de 1996). La segunda acción consta en:*"solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno"* (art.20 de la ley 256 de 1996).

Las acciones de competencia desleal tienen una naturaleza diferente a las sanciones por prácticas restrictivas de la competencia ya que las primeras tie-

nen una naturaleza preventiva porque frente a la amenaza de un daño, buscan evitar que se produzca este.

También tienen una naturaleza resarcitoria e indemnizatoria, ya el legitimado en la causa podrá acudir a los órganos judiciales o administrativos con el fin de que se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. Mientras que las segundas buscan detener la práctica mediante multas, es decir tienen una naturaleza preventiva o disuasiva frente a la realización de la conducta. (Uribe, 2014).

Adicionalmente, para iniciar una acción de competencia desleal no se requiere de un grupo de personas afectadas por una misma causa o por un mismo hecho dañoso, sino que se puede realizar de manera individual. Por lo tanto, este avance de poder acudir a la Jurisdicción Civil o Administrativa para reclamar perjuicios debería hacerse extensiva cuando se presente un caso de prácticas anticompetitivas. Sin embargo, en Colombia esta posibilidad no está consagrada en la legislación ni en la jurisprudencia. Por lo tanto, ni los jueces civiles o administrativos son competentes para conocer de acciones indemnizatorias derivadas de prácticas restrictivas de la competencia.

5. MECANISMOS PARA INDEMNIZAR PERJUICIOS EN EL DERECHO COMPARADO

Uno de los primeros casos de acciones de grupo por asuntos de protección a la libre competencia, tiene lugar en Estados Unidos. El caso trata sobre una fijación de precios en la venta de equipos electrónicos en los años 60. La consecuencia de esta conducta anticompetitiva de fijación de precios fue la declaración de responsabilidad de las empresas involucradas, en donde se impusieron sanciones por $1.9 millones de dólares y otras consecuencias penales para los individuos que participaron en estas conductas. Luego de las investigaciones y de las condenas a particulares y municipalidades que habían vendido productos electrónicos, los afectados o las víctimas de estas conductas comenzaron a interponer acciones de grupo para obtener una indemnización de perjuicios (Estrada y Gil, 2017).

En Estados Unidos además de las acciones de grupo existe el *private enforcement*, que se puede encontrar consagrado en el *Sherman act* y en el *Clayton Act*, en donde hay un incentivo para interponer acciones privadas. En Estados Unidos se ha demostrado que entre el 85% al 90% son acciones *antitrust* ya que hay un incentivo para interponer demandas por prácticas restrictivas de la competencia, porque en Estados Unidos existe el sistema de daño por triplicado,

en donde la víctima puede obtener una indemnización por el triple del valor del daño sufrido por la infracción de la regulación *antitrust* (Miranda, 2017).

La regulación de perjuicios en Estados Unidos, como se enunció anteriormente, se puede encontrar en la Sección 7 del *Sherman Act* y en la Sección 4 del *Clayton Act*, que en resumidas cuentas consagra lo siguiente:

> *"Cualquier persona que resulte perjudicada en su negocio o propiedad a causa de cualquier infracción prohibida en las leyes antimonopolio puede demandar por ello en cualquier tribunal de distrito de los Estados Unidos en el distrito en el que el el demandado resida o sea encontrado o tenga un agente, independientemente de la cantidad en controversia, y deberá recuperar el triple de los daños sufridos por él, y el costo de la demanda, incluidos los honorarios razonables de un abogado (...)"* (Authenticated U.S. Government information, 2020).

Como se puede evidenciar la indemnización de perjuicios está consagrada legalmente en Estados Unidos, y los competentes para decidir sobre la indemnización de perjuicios son los jueces. En adición, no es relevante la cuantía del daño sufrido, ya que independientemente del valor el afectado será indemnizado por el triple del valor del daño, en donde se incluyen las expensas dentro del proceso.

En Europa la indemnización de perjuicios en materia de competencia también ha sido desarrollada, tanto así que se estipuló que todo ciudadano o empresa que sufra daños como consecuencia de un incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, puede exigir la reparación de la parte que causó el daño. En consecuencia, a partir de esta protección, se establecieron formas de acciones colectivas para reclamar la indemnización derivada de la violación de las normas de protección de la competencia en la Unión Europea (Estrada y Gil, 2017).

En Europa se propuso una combinación de dos recursos colectivos para poder dar aplicación a las normas de protección a la competencia en acciones civiles. Uno de los mecanismos fue llamando demandas en representación, las cuales eran presentadas por unas entidades como lo son: asociaciones de consumidores, organismos estatales o asociaciones comerciales; y estas están habilitadas para entablar demandas por un incumplimiento específico de la normatividad de competencia en nombre de la totalidad o parte de sus miembros. El otro mecanismo son las demandas colectivas, en donde las víctimas deciden acumular en una sola demanda colectiva sus demandas individuales por los daños sufridos (Estrada y Gil, 2017).

El derecho a la indemnización de perjuicios está consagrada en la Directiva Europea 104 del 2014, en la cual se encuentran las siguientes normas que son relevantes para establecer cómo será la indemnización de perjuicios:

> *"Artículo 3: Derecho al pleno resarcimiento. 1. Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio. 2. El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses. 3. El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo".*

En adición en el numeral 12 de las consideraciones de la Directiva ibídem se definen los daños y perjuicios que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en caso de infracciones a la competencia, en donde cualquier persona que sufra un daño ocasionado de una infracción por prácticas en contra del derecho a la competencia puede solicitar el resarcimiento por el daño emergente, lucro cesante, más intereses.

Además, se reconoce otro perjuicio en el numeral 13 de las consideraciones de la Directiva ibídem, que es la indemnización por la pérdida de oportunidad. Pero también aclara que no debe haber un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo. En adición, el derecho a indemnización de perjuicios se materializa a través del numeral 13 de las consideraciones de la Directiva ibídem, en donde se resalta quien tiene la legitimidad para presentar esta acción: *"El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia".*

Analizando la regulación de perjuicios que consagra la Directiva ibídem, permite ilustrar que tanto personas naturales como jurídicas están legitimadas para reclamar los perjuicios derivados del daño sufrido por las prácticas anticompetitivas, en donde no se limita a los consumidores, sino que pueden estar legitimadas empresas y administraciones públicas que sean competidoras y que se vean afectadas por estas prácticas.

Además, la indemnización se puede pedir en un escenario de responsabilidad extracontractual, y no solamente contractual, ya que no debe existir una relación contractual directa con la empresa infractora, y no se debe haber constatado previamente la infracción por parte de una autoridad de competencia; por lo que, la indemnización de perjuicios no es accesoria ni está ligada a que se declare una infracción a la libre competencia.

El resarcimiento debe devolver a la persona a la situación en la que habría estado de no vulnerar la norma de libre competencia, para esto en la Directiva Europea se reconocen los perjuicios de daño emergente, lucro cesante, más intereses y pérdida de oportunidad.

La visión de indemnización de perjuicios Europea se diferencia con el sistema Norteamericano, ya que en el Sistema Europeo no se busca una sobrecompensación o un excesivo resarcimiento, por lo que a diferencia de Estados Unidos no se reconocen daños punitivos ni la figura de daño triplicado.

Adentrándonos en la Jurisprudencia Europea, un caso relevante fue Courage Ltd v. Crehan Bernard, caso en el que se pretendía la indemnización de daños y perjuicios sufridos por un acuerdo anticompetitivo. En este caso se reclamaron perjuicios porque Courage vendía cervezas a clientes que no estaban sujetos a la cláusula de exclusividad por precios inferiores a los señalados en la lista de precios del contrato de arrendamiento (Estrada y Gil, 2017).

La Corte de Apelaciones del Reino Unido al revisar el caso se encontró con una norma que no permitía que una de las partes en un acuerdo anticompetitivo pidiera la indemnización por los perjuicios sufridos, pero esta Corte hizo referencia al Caso de Perma Life Mufflers Inc. V. International Parts Corp donde la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos determinó que si una de las partes en un acuerdo vulneraba la normatividad de protección de la competencia se puede presentar una demanda de indemnización de perjuicios, cuando la parte que reclama se halle en una situación de inferioridad económica (Estrada y Gil, 2017). En este sentido el Tribunal de Justicia Europeo y la Corte señalaron lo siguiente:

> *"El Derecho Comunitario no se opone a una norma de Derecho Nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia"* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso C-453/99 Courange Ltd v Crehan).

La conclusión de la Corte de Apelaciones del Reino Unido fue reconocer la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios en estos casos (Estrada y Gil, 2017).

Otro caso en Europa es el caso Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni, el cual versaba sobre unas demandas presentadas en contra de unas compañías aseguradoras, las cuales habían hecho un acuerdo ilegal para intercambiar información y con esta información fijaban los valores de las primas e imponían el aumento de los precios. En este caso se determinó la devolución de las primas del seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos pagadas en exceso. Además, en este caso se consideró como sujeto legitimado para iniciar una acción de indemnización de perjuicios por conductas restrictivas de la competencia a cualquier tercero (Estrada y Gil, 2017).

Por último, el Caso del Cártel de los Camiones inicia en el 2016 con una investigación por parte de la Comisión Europea por la presunta existencia de un cártel formado por los principales fabricantes de camiones. Las conductas anticompetitivas que se discutían en el caso se pueden resumir en: (i) Prácticas concertadas para la fijación de precios y aumento de precios brutos con el fin de alinearse. (ii)Acuerdos concertados sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones de dióxido de carbono exigida por la Unión Europea. (iii) Acuerdos concertados para fijar el costo de introducción de las tecnologías. Frente a estas prácticas los afectados por el cártel interpusieron varias acciones de indemnización de perjuicios en contra de las sociedades infractoras, en donde se evidenciaba: el perjuicio de daño emergente ya que los consumidores tenían que pagar un sobreprecio por el producto, y su cantidad y calidad era menor; y el perjuicio de lucro cesante ya que el aumento de costos de producción causado por el sobreprecio derivaba en la disminución de las cantidades demandadas y vendidas en el mercado (Rodríguez, 2022).

Teniendo en cuenta los anteriores perjuicios, los afectados tienen dos tipos de acciones de responsabilidad civil: *stand-alone* y *follow-on*. Las primeras son acciones de resarcimiento que se puede ejercer sin que exista una resolución que declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia. Las segundas se ejercen una vez la autoridad haya expedido una resolución declarando la infracción de las normas de competencia; esta acción se evidencia en este caso ya que las acciones indemnizatorias se ejercen cuando ya existía una decisión previa por parte de la Comisión Europea que declaraba una práctica anticompetitiva; lo cual facilita el reclamo indemnizatorio porque ya se encuentran identificados los hechos, los responsables y la comisión de una conducta (Rodríguez, 2022).

Finalmente, se dictaron varios fallos relacionados con la indemnización de perjuicios, en la mayoría de estos se decidió que el Cártel de los Camiones sí causó daños, como el sobreprecio en la adquisición de los camiones y se reconoció el derecho a una compensación por el daño causado por las prácticas anticompetitivas (Garrigues, 2023).

Pero hubo otros fallos, en donde no se aceptaron las reclamaciones por cuestiones como:(i) prescripción, (ii) falta de legitimación por pasiva y por activa, y (iii) falta de prueba del daño por los demandantes (Rodríguez, 2022). No obstante, unos Tribunales consideraron que si se causó un daño a los reclamantes, pero según los informes periciales no había prueba suficiente de cuál era el importe del sobreprecio. En estos casos decidieron no desestimar la demanda sino acudir a la facultad de estimación judicial del daño. (Garrigues, 2023).

6. MECANISMOS DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN COLOMBIA

En Colombia no se ha desarrollado jurisprudencialmente la indemnización de perjuicios por prácticas restrictivas de la competencia, pero primero es importante contextualizar el porqué este tema no ha tenido desarrollo jurisprudencial en Colombia.

En primer lugar, como se demostró anteriormente las sanciones que impone la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) consisten en la prohibición de realizar conductas anticompetitivas, y estas multas son a favor del tesoro nacional. Asimismo, dentro de las funciones de la SIC no está el reconocimiento de la existencia de perjuicios, ni el resarcimiento por medio de la indemnización (Miranda, 1998).

No obstante, en la ley colombiana no se señaló que la SIC en materia de control de prácticas restrictivas de la competencia tuviera una facultad exclusiva y excluyente, por lo tanto, las autoridades judiciales podrían determinar la existencia de perjuicios y ponderar el pago de daños y perjuicios por infracciones a la libre competencia (Estrada y Gil, 2017).

Como se puede evidenciar en el artículo 4 y 16 de la ley 472 de 1994, los jueces están facultados para proteger los intereses de la colectividad por medio de la tramitación de acciones de grupo sobre normas que limitan la libre competencia. Otra norma que consagra la obligación de indemnizar, sin determinar la materia exclusiva sobre la que debe versar el daño, es el artículo 2341 del Código Civil, el cual contempla que quien cause un daño está obligado a repararlo.

Por otra parte, hay que considerar que si bien frente a prácticas restrictivas de la competencia la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene funciones jurisdiccionales ni tampoco puede conocer sobre acciones de grupo derivas de conductas anticompetitivas, y por lo tanto no puede reconocer la existencia de perjuicios ni su indemnización. En asuntos de competencia desleal, protección al consumidor y propiedad industrial la SIC si tiene funciones jurisdiccionales y puede reconocer perjuicios. (Estrada y Gil, 2017).

Por consiguiente, frente a esta falta de competencia de la SIC puede haber dos opciones: la primera, es extender la competencia y el conocimiento de acciones grupo y de indemnización de perjuicios a la SIC en donde pueda llevar a cabo el proceso sancionatorio administrativo y luego adelantar bajo funciones jurisdiccionales la indemnización de perjuicios, la cual es la tesis que plantea Elina María Gil y Daniel Estrada. Pero otra opción, la cual la autora comparte, es implementar la indemnización de perjuicios por prácticas restrictivas de la competencia siguiendo el régimen de responsabilidad civil ya establecido en Colombia, en donde el juez sea el competente para reconocer los perjuicios, lo cual sería parecido al modelo europeo que se expuso anteriormente y al régimen de acciones de competencia desleal implementado en la Ley 256 de 1996.

Retomando las consideraciones expuestas anteriormente sobre las acciones de grupo, si bien se podría considerar que las acciones de grupo serían la solución para indemnizar los perjuicios de los consumidores, esta consideración puede tener varias aristas que en distintos casos puede que no sea el mecanismo idóneo y se necesite la implementación de acciones individuales para reclamar perjuicios.

En primer lugar, hay que analizar la viabilidad económica de llevar a cabo la acción de grupo, porque puede haber un conjunto de consumidores y actores del mercado que pueden ser perjudicados por prácticas restrictivas de la competencia, pero si se analiza el costo de oportunidad entre los costos del proceso y la indemnización que se va a recibir como consecuencia de los daños, y la primera es superior a la segunda, es más eficiente iniciar acciones civiles individuales (Garavito, 2019).

En segundo lugar, las víctimas de las prácticas restrictivas de la competencia pueden ser: las empresas concurrentes o consumidores y usuarios que se consideran terceros en la relación con las empresas infractoras. Dentro de esta categoría se puede encontrar: el comprador directo, el comprador indirecto, los sujetos que compraron menos productos por el incremento de precios, los vendedores que proveen a las empresas, los competidores externos, y los ven-

dedores de bienes y servicios complementarios al producto o servicio que se ve afectado por la práctica restrictiva (Estrada y Gil, 2017).

Por lo tanto, se puede evidenciar cómo las personas naturales o jurídicas que tienen la legitimidad para reclamar perjuicios no se limita a consumidores directos o indirectos, sino también se incluyen competidores o vendedores que se encuentren en la cadena productiva del infractor. Y excepcionalmente el defensor del pueblo y los personeros pueden interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de amparo e indefensión (Congreso de la República, 1998).

Sin embargo, las prácticas restrictivas de la competencia al ser pluriofensivas pueden generar dificultades a la hora de su reclamación por medio de una acción de grupo, ya que estas como lo consagra el artículo 46 de la ley 472 de 1998 deben ser interpuestas por un número plural o conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para esas personas. Aunque la conducta sea pluriofensiva no se evidencia mucha dificultad en cumplir con el segundo requisito de las acciones de grupo que es tener la misma causa que originó los perjuicios, la cual sería la práctica restrictiva de la competencia.

La dificultad se enfoca cuando exige que se deben reunir condiciones uniformes, ya que los legitimados pueden ser consumidores directos o indirectos, vendedores que se encuentren en la misma cadena productiva o competidores; los cuales pueden sufrir perjuicios de diversa índole. Además, hay que considerar que no todos los sujetos van a sufrir el daño en la misma proporción y en la misma forma, por ejemplo, unos pueden sufrir solo daño emergente o lucro cesante o pérdida de oportunidad, o los tres perjuicios, o tan sólo dos de ellos; porque las condiciones de cada sujeto legitimado son distintas. Además, unos pueden estar vinculados por medio de responsabilidad contractual y en otros casos, puede que sin vínculo previo y con la producción de un daño surja la responsabilidad extracontractual. La indemnización que se deriva de la responsabilidad contractual (Libro IV, título 12 del Código Civil), surge del incumplimiento de un deber singular y concreto, que emerge de una situación jurídica determinada; mientras que la responsabilidad civil extracontractual (artículo 2341 del Código Civil) no nace de una relación jurídica precedente, sino que surge de la obligación general de no causar un daño y quien lo cause estará en obligación de repararlo.

Por lo tanto, puede que no se reúnan condiciones uniformes entre los legitimados y en este sentido no se podría iniciar una acción de grupo; caso en el cual sería más eficaz iniciar una acción de perjuicios individual en donde cada sujeto legitimado pueda reclamar sus perjuicios.

6.1. Regulación anticorrupción y su relación con las prácticas restrictivas de la competencia

El Proyecto de Ley en la Gaceta No. 1249 de 2020 resalta que debe haber disposiciones normativas frente al daño y su reparación cuando a causa de corrupción se afecten derechos colectivos como lo es la libre competencia económica. En donde se debe buscar una reparación integral, el restablecimiento del derecho y se deben tasar los perjuicios sufridos a favor de la nación. Además, en este proyecto se propone incorporar la figura del daño punitivo, siempre que se pruebe que la conducta de corrupción fue realizada con dolo o culpa grave (Miranda & Morales, 2022).

La Ley 2195 de 2022 pretende que las nuevas sanciones previstas para los actos de corrupción puedan ser aplicadas a prácticas restrictivas de la competencia, o incluso las prácticas anticompetitivas también pueden ser actos de corrupción, como cuando se presenta una colusión en licitaciones (Miranda & Morales, 2022).

Lo anterior se encuentra motivado en que el *public enforcement* prevalece en Colombia, por lo cual existe el objetivo de lograr la indemnización de perjuicios de las víctimas por prácticas restrictivas de la competencia. Según los autores Alfonso Miranda y Luis Daniel Morales la indemnización de perjuicios no puede ser reconocida y adjudicada por la autoridad de competencia, que desarrolla el procedimiento administrativo de investigación y sanción, ya que la función indemnizatoria es de competencia judicial (Miranda & Morales, 2022).

7. ACCIÓN INDIVIDUAL DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

La responsabilidad por daños causados por prácticas restrictivas de la competencia no está desarrollada por normas de protección a la competencia, como sí sucede en Europa y en Estados Unidos, como se expuso anteriormente. Sin embargo, si está desarrollado en principios y normas generales de la responsabilidad civil, por lo tanto, a continuación se expondrá cómo se podría aplicar esta normatividad en materia de competencia.

Para que se pueda configurar un caso de responsabilidad civil se deben cumplir los siguientes elementos: en primer lugar debe haber un hecho ilícito, el cual se refiere al hecho que es contrario a la ley, a la moral y las buenas costumbres, el cual debe tener efectos o consecuencias dañosas en el mundo jurídico (Santos, 2012).

En segundo lugar debe existir un daño que se refiere al menoscabo y alteración de una situación favorable, en donde se afecten bienes o intereses lícitos de la víctima, los cuales pueden estar vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad o con su esfera afectiva. Este daño tiene que ser antijurídico, es decir que lesione intereses protegidos por el ordenamiento jurídico. Además, debe ser cierto, personal, lesionar intereses legítimos y no debe haber sido reparado (Solarte, 2011).

En tercer lugar debe haber un factor de imputación, el cual puede ser un factor de imputación subjetivo u objetivo. En el factor de imputación subjetivo se aprecia la conducta del agente, en donde el juez revisa cómo actuó el agente dañador y compara la conducta del agente con el de un buen hombre de negocios. Por otro lado, existe el factor de imputación objetivo en donde no se analiza si la conducta fue reprochable, porque es indiferente si el agente dañador fue negligente o no, sino que basta con que se presenten los elementos de la responsabilidad, es decir que haya un hecho ilícito, un daño y un nexo causal (Santos, 2012).

El cuarto elemento que debe existir es el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, en donde la jurisprudencia desde la Sentencia de 30 de marzo de 1993 ha expuesto que la teoría a seguir para determinar el nexo causal es la teoría de la causalidad adecuada, en donde si bien pueden existir varias circunstancias que anteceden la producción del daño, se va a analizar dentro de una cadena causal, cuál de los sucesos se puede reputar como la causa del daño. En este sentido, para que el juez pueda determinar el nexo de causalidad debe hacer un análisis que se llama prognosis póstuma, en donde observa si un evento en condiciones normales, existiendo previsibilidad y probabilidad, es susceptible de generar el efecto dañino que efectivamente produjo (Santos, 2012).

8. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADO DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

8.1. El hecho ilícito en prácticas restrictivas de la competencia

El derecho a la libre competencia está consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual dicta que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. Se ha entendido que este artículo no sólo consagra el poder de participar en el mercado, sino que también expone unos deberes como lo son: (i) no afectar a otros competidores con prácticas restrictivas de la competencia y (ii) no trasgredir el interés general (iii) no per-

judicar a los consumidores y (iv) buscar la eficiencia del mercado (Estrada y Gil, 2017).

También existen diversas normas que regulan las prácticas restrictivas de la competencia y consagran cuáles son los acuerdos, convenios y actos que están prohibidos por considerarse anticompetitivos, estas normas son: el artículo 1 de la ley 155 de 1959, artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 , artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

En este sentido, la responsabilidad civil sería una reacción reparadora frente a las conductas que infrinjan el deber general de competir con responsabilidad y frente a la vulneración de normas que consagran prohibiciones de llevar a cabo prácticas restrictivas de la competencia. Además, aplicaría las normas generales de responsabilidad civil, en donde se encuentra el principio de *neminem laedere* que está consagrado en el artículo 58 y 63 de la Constitución Política, y en el artículo 2341 del Código Civil. Por lo tanto, si se infringe alguna de estas normas se configuraría un hecho ilícito de responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el origen del hecho ilícito no sólo de deriva de una infracción a la ley, sino también puede derivarse de un contrato, entonces podría haber un vínculo preexistente entre el agente dañador y un consumidor o un miembro de la cadena productiva o un competidor; entonces las obligaciones que surgen entre estos sujetos son en virtud de una relación de consumo o comercial. Por lo tanto, si se incumple alguna de las obligaciones estipuladas en esa relación podría ser un supuesto de responsabilidad civil contractual.

8.2. Factor de imputación en prácticas restrictivas de la competencia

El factor de imputación que debería aplicar en la responsabilidad por prácticas restrictivas de la competencia es la imputación de carácter subjetivo, en donde se tenga que apreciar la conducta del agente dañador. Para apreciar esta conducta se han expuesto dos teorías. La primera es que la apreciación de la conducta del agente debe ser en concreto, en donde el juez debe tener en cuenta las circunstancias en las que se encontraba ese competidor (Santos, 2012). Además, deberá analizar las características, hechos peculiares de cada tipo de industria o negocio y las razones por las cuales se aplicó esa práctica restrictiva (Miranda, 2011).

La segunda teoría es la apreciación en abstracto de la conducta del agente, en donde se tiene que analizar la conducta de quién causó el daño con base en un estándar ideal de comportamiento de un competidor en el mercado y si el agente dañador cumplió con ese estándar, o si por el contrario cometió un error

de conducta que una persona prudente y diligente no hubiese cometido de haberse encontrado en las mismas circunstancias en que se encontraba ese competidor cuando causó el daño. Hay que aclarar, que dentro del factor de imputación no se reprocha sólo la conducta del agente dañador cuando actuó con culpa sino también con dolo, el cual es la intención positiva de causar daño a una persona o a la propiedad de otro (Santos, 2012).

8.3. Daños por prácticas restrictivas de la competencia

El daño debe ser un menoscabo o alteración que afecte los intereses, lo anterior se puede ver reflejado en la afectación a los bienes e intereses lícitos del consumidor directo, consumidor indirecto, los sujetos que compraron menos productos por el incremento de precios, los vendedores que proveen a las empresas, los competidores externos, los vendedores de bienes y servicios complementarios al producto o servicio; que se vean afectado por la práctica restrictiva.

Sin embargo, el daño debe ser cierto, directo, personal e injusto; lo cual podría traer dificultades a la hora de probar el daño en las practicas restrictivas de la competencia.

Según Jaime Tobar se dificulta la prueba de los perjuicios cuando se está frente a la responsabilidad extracontractual, porque en materia contractual se puede probar el daño a partir del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato (Tobar, 2017).

Un ejemplo que trae a colación Jaime Tobar es el Caso de los Pañales (Resolución 43218 de 2016), en donde se determinó la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 debido al acuerdo anticompetitivo que tuvo por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios de los pañales ejecutado por Kimberly, Familia, Tecnoquímicas, Tecnosur y Dryers (SIC, 2016). Si bien los sujetos de la cadena productiva y los consumidores pueden sufrir un daño como consecuencia del acuerdo anticompetitivo, será difícil probar el daño porque el sujeto que reclame perjuicios debe probar: ¿cuándo él compró el producto?, ¿en dónde lo compró? y ¿por cuánto lo compró? (Tobar, 2017).

La anterior dificultad ha intentado ser solucionada por la Directiva Europea 104 del 2014, en esta Directiva se menciona que la prueba es un elemento importante para el ejercicio de las acciones por daños cuando hay una infracción al Derecho de la Competencia. Sin embargo, se reconoce que hay asimetría de la información, por eso se le debe garantizar a las partes demandantes el derecho a que las pruebas relevantes sean exhibidas para fundamentar sus pretensiones, sin que sea necesario especificar qué piezas concretas de pruebas se necesitan.

Además, los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder ordenar la exhibición de pruebas por parte de terceros, incluidas las autoridades públicas (Directiva Europea, 2014). Por lo tanto, en Colombia se podría reconocer el derecho a los demandantes que presenten acciones civiles individuales por prácticas restrictivas de la competencia, el derecho a pedir ante un juez que el demandado exhiba las pruebas relevantes para que el demandante pueda fundamentar sus pretensiones y así pueda probar cuál fue el daño que sufrió a partir de la práctica restrictiva de la competencia.

Otra solución que se puede acoger de la Directiva ibídem es que en esta se establece que la carga de la prueba del daño no puede ser imposible para la víctima. Por consiguiente, en caso de ser difícil y costoso para la víctima probar el daño, el juez podría tener la facultad de estimar los perjuicios. Adicionalmente, la Directiva ibídem consagra una presunción de existencia del daño para las víctimas de un cártel, ya que se establece que nueve de diez cárteles ocasionan un costo excesivo ilícito; por lo tanto, el daño en este caso se presume y se disminuye significativamente la carga probatoria para la víctima. Lo expuesto anteriormente en Colombia sería de gran utilidad para lograr probar o acreditar el daño, y de esta manera, poder acceder a una indemnización de perjuicios.

8.4. Nexo causal entre hecho ilícito y el daño

El último elemento consiste en que debe existir un nexo de causalidad entre el hecho ilícito, es decir la práctica restrictiva de la competencia, y el daño que ha sufrido el consumidor directo, consumidor indirecto, los sujetos que compran menos productos por el incremento de precios, los vendedores que proveen a las empresas, los competidores externos y los vendedores de bienes y servicios complementarios al producto o servicio. Entonces si bien pueden existir varias circunstancias que anteceden la producción del daño, se va a analizar dentro de la cadena causal que efectivamente sea la práctica restrictiva de la competencia la que cause el daño. Para lo anterior, un juez mediante el análisis de la *prognosis póstuma* observará si en condiciones normales, existiendo previsibilidad y probabilidad esa práctica de la competencia habría generado un efecto dañino (Santos, 2012).

9. ¿CUÁLES PERJUICIOS SE PODRÍAN RECONOCER? Y ¿QUIÉN LOS PODRÍA RECONOCER?

Los perjuicios que se podrían reconocer para resarcir al afectado por practicas restrictivas de la competencia, son los que se han consagrado en el derecho comparado, especialmente los reconocidos por el derecho europeo. En Europa en el

artículo 3 de la Directiva 104 de 2014 se estipula que:*"El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarca el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses".*

Además, en el numeral 13 de las consideraciones de la Directiva ibídem se reconoce que: *"Sin perjuicio de la indemnización por la pérdida de oportunidades, un resarcimiento pleno en virtud de la presente Directiva no debe conducir a un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo".*

Por lo tanto, los perjuicios que se reconocen por practicas restrictivas de la competencia en Europa son: el daño emergente, el cual es un perjuicio patrimonial que alude a las erogaciones en que incurrió o razonablemente se incurrirá con ocasión del hecho dañoso. Segundo, el lucro cesante que se entiende como el menoscabo en los activos, réditos o rendimiento que la víctima deja de recibir con ocasión del hecho dañoso. Tercero, la pérdida de oportunidad que consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o la expectativa de conseguir un bien, material o inmaterial. En este elemento es importante que se tenga certeza respecto de la oportunidad que se pierde, la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, y por último, la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado (Santos, 2012).

Los anteriores perjuicios que se desarrollan en Europa podrían ser reconocidos en Colombia por prácticas restrictivas de la competencia. Adicionalmente el sistema de perjuicios Norteamericano no se considera acorde con el sistema de responsabilidad civil colombiano, ya que en Colombia no se ha desarrollado el daño punitivo ni tampoco el daño triplicado porque se ha considerado que excede los límites de reparación integral. El daño punitivo es una figura propia del *Common Law*, la cual crea una confusión entre la función del derecho penal y derecho civil, ya que la función de los daños punitivos no sólo es compensar, sino también sancionar. En Colombia no es compatible la figura de daños punitivos con la indemnización de perjuicios porque esta última no es una fuente de enriquecimiento sino un resarcimiento para que la víctima pueda volver a la situación en que se encontraba antes del daño (Santos, 2012).

Sin embargo en la Sentencia C-916 de 2002 y Sentencia C-1008 de 2010 sí se menciona la posibilidad de que en un futuro en Colombia pueda reconocerse daños punitivos en la indemnización. En estas sentencias se dice que:

> *"El legislador, al definir el alcance de la reparación integral puede determinar cuáles daños deben ser tenido en cuentas, y en esa medida incluir*

> *como parte de la reparación integral los daños materiales directos, lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales (...) o también los llamados daños punitivos dentro de los límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez" (Corte Suprema de Justicia, 2002).*

Por otra parte, cabe resaltar que el competente para reconocer perjuicios por prácticas restrictivas de la competencia sería la jurisdicción civil ya que la SIC no tiene competencia, sino sólo funciones administrativas frente a las prácticas restrictivas de la competencia.

Además, según Gabriel Ibarra no es necesario para iniciar una acción de perjuicios que haya una decisión administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio porque el juez también tiene la competencia para revisar si existe o no una práctica restrictiva de la competencia, y es más, permite que aún existiendo una decisión de la SIC no sea obligatoria para el juez (Ibarra, 2017).

Lo anterior Gabriel Ibarra lo plantea como problemático porque podría haber decisiones contradictorias entre la SIC y el juez civil. Entonces cabe preguntarse, si no es obligatoria la decisión de la SIC, ¿qué utilidad tiene esta decisión? La resolución de la SIC es un principio de prueba, en donde es conveniente que el Juez basará su fallo en las decisiones de la SIC, pero igualmente sigue teniendo la facultad de hacer una valoración diferente. Además, el juez puede pedir pruebas que se hayan practicado en vía administrativa para ayudar a motivar su fallo (Ibarra, 2017).

No obstante, hay que considerar que en la Directiva Europea 104 de 2014 en sus consideraciones en el numeral 48 establece mecanismos de solución extrajudiciales, los cuales se implementan para reducir la incertidumbre de los infractores y de las partes perjudicadas, en estos mecanismos se anima a que el infractor y las partes perjudicadas se pongan de acuerdos sobre la indemnización de perjuicios ocasionada por la infracción; a través de mecanismos de solución extrajudiciales de controversias, como lo son los acuerdos o convenios extrajudiciales, algunos ejemplos son: arbitraje, mediación, conciliación y acuerdos que un juez puede declararlos como vinculantes.

10. CONCLUSIONES

Por último es relevante volver a considerar la pregunta de investigación: ¿La indemnización de perjuicios por prácticas restrictivas de la competencia, es la solución para resarcir a los diferentes agentes en el mercado? Durante la inves-

tigación se evidenció que las multas no son un mecanismos para indemnizar perjuicios ya que son un mecanismo sancionatorio y preventivo para que las personas naturales o jurídicas se abstengan de realizar la conducta anticompetitiva, ya que su patrimonio podría verse afectado. Además, las multas no son a favor de los perjudicados por las practicas restrictivas de la competencia, sino que la multas son a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Por esa razón, es necesario pensar en otros mecanismos que sean idóneos y que tengan como finalidad resarcir perjuicios.

Un mecanismo que podría ser idóneo para ciertos casos es la acción de grupo ya que esta permite que un grupo de personas que ha sido perjudicado por la violación de un interés colectivo, pueda obtener un beneficio individual y proteger sus derechos particulares, la ventaja de esta figura es que permite hacer reclamos de pretensiones que individualmente no son significativas, pero que al agruparse todas ellas serían económicamente relevantes.

Sin embargo, no siempre es el mecanismo idóneo ya que las prácticas restrictivas de la competencia al poder afectar a diferentes agentes en el mercado, como lo son: el comprador director, comprador indirecto, los sujetos que compraron menos productos por el incremento de precios, los vendedores que proveen a las empresas, los competidores externos, y los vendedores de bienes y servicios complementarios al producto o servicio; que se ven afectados por la práctica anticompetitiva. Por lo tanto, interponer una acción de grupo podría generar dificultades a la hora de su reclamación, debido a que, como lo consagra el artículo 46 de la ley 472 de 1998 deben ser interpuestas por un número plural o conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales. Aunque la conducta sea pluriofensiva el problema no se centra en cumplir el segundo requisito de las acciones de grupo que es tener la misma causa que originó los perjuicios, la cual sería la práctica restrictiva de la competencia.

La dificultad se enfoca cuando exige que se deben reunir condiciones uniformes, ya que los legitimados pueden ser consumidores directos o indirectos, vendedores que se encuentren en la misma cadena productiva o competidores; los cuales pueden sufrir perjuicios de diversa índole. Además, hay que considerar que no todos los sujetos van a sufrir el daño en la misma proporción y en la misma forma, por ejemplo, unos pueden sufrir solo daño emergente o lucro cesante o pérdida de oportunidad, o los tres perjuicios, o tan sólo dos de ellos; porque las condiciones de cada sujeto legitimado son distintas. Además, unos pueden estar vinculados por medio de responsabilidad contractual y en otros casos, puede que sin vínculo previo y con la producción de un daño surja la responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto, puede que no se reúnan condiciones uniformes y en este sentido no se pueda iniciar una acción de grupo por parte de los afectados. En este caso sería más eficaz iniciar una acción de perjuicios individual en donde cada sujeto legitimado pueda reclamar sus perjuicios.

Como se evidenció durante la investigación la responsabilidad por daños derivados de las prácticas restrictivas de la competencia no está desarrollada por normas de protección a la competencia, como sí sucede en Europa y en Estados Unidos, entonces para plantear el funcionamiento de este sistema se deben utilizar principios y normas generales de responsabilidad civil y hacer un trasplante jurídico de las normas del derecho comparado que se consideren idóneas y compatibles con el sistema de responsabilidad colombiano.

Dentro del escrito de investigación se propuso que para poder interponer una acción de indemnización de perjuicios individual por prácticas restrictivas de la competencia debe haber: un hecho ilícito, un factor de imputación subjetivo, un daño derivado de la práctica restrictiva de la competencia y un nexo causal entre el hecho ilícito y el daño.

En materia de perjuicios se propuso un transplante jurídico de la Directiva 104 de 2014 Europea en la cual se consagran que para una indemnización plena se deben reconocer los siguientes perjuicios por prácticas restrictivas de la competencia: el daño emergente, lucro cesante más intereses y la pérdida de oportunidad. En la Directiva ibídem también se considera que dentro de la indemnización no debe haber un exceso de resarcimiento como sucede con los daños punitivos, los cuales sí tienen lugar en Estados Unidos. El sistema europeo es el más compatible con el sistema de responsabilidad civil colombiano porque en Colombia no se ha desarrollado el daño punitivo ni tampoco el daño triplicado porque se ha considerado que excede los límites de la reparación integral y que podría derivar en un enriquecimiento ilícito.

Como se evidenció la indemnización de perjuicios en la acción individual de responsabilidad civil por prácticas restrictivas de la competencia podría ser la solución para resarcir a los diferentes agentes en el mercado, pero ¿cómo se podría materializar esa acción? esta acción se podría materializar a través de la jurisdicción civil, la cual puede reconocer los perjuicios y fijar las indemnizaciones correspondientes. La resolución de la SIC en el ámbito administrativo no sería obligatoria para el juez, ya que este tiene la libertad de valorar el caso concreto, pero las resoluciones de la SIC sí se consideran útiles como principio de prueba, en donde el juez puede utilizarlas para motivar su fallo.

Siguiendo con la posición del transplante jurídico europeo la indemnización de perjuicios se podría materializar a través de mecanismos de solución extra-

judiciales, en donde el infractor y las partes perjudicadas se podrían poner de acuerdo sobre la indemnización de perjuicios derivada de las prácticas restrictivas de la competencia.

Algunos mecanismos que se podrían implementar son: un acuerdo que el juez lo declare como vinculante, arbitraje, mediación y conciliación.

Por último, en Colombia es importante generar avances en la indemnización de perjuicios para resarcir a las personas que resulten afectadas por las practicas restrictivas de la competencia, porque en Colombia si bien está regulado de manera completa las multas a las personas jurídicas y naturales; la compensación y el resarcimiento a las víctimas debería ser central dentro del sistema de responsabilidad civil y de la libre competencia. Por lo tanto, con esta investigación se espera que los lectores entiendan la importancia del desarrollo de las acciones de grupo y de acciones individuales de responsabilidad civil por prácticas restrictivas de la competencia, y que entendiendo esta necesidad se logre fomentar una regulación legal y un desarrollo jurisprudencial en el sistema colombiano.

REFERENCIAS

- Asamblea Constituyente de 1991. (1991). Constitución Política de la República de Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ constitucion_politica_1991.html
- Authenticated U.S. Government Information. (2020). Clayton Act. https:// www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-3049/pdf/COMPS-3049.pdf
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de septiembre del año 2011. MP. Arturo Solarte Rodríguez.
- Corte Constitucional (C-916 de 2002). Sentencia del 29 de octubre de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional (C-1008 de 2010). Sentencia 9 de diciembre de 2010. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.
- Congreso de Colombia. (2014). *Código Civil* . Código Civil (ley 57 de 1887) .
- El congreso de Colombia. (1998). LEY 472 DE 1998 “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.. http:// www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html
- El congreso de Colombia. (2009). *LEY 1340 DE 2009*. LEY 1340 DE 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”. https:// www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Leyes/2009/ Ley_1340_2009.pdf

- El congreso de Colombia (1996). Ley 256 de 1996 “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/ norma.php?i=38871#:~:text=ARTÍCULO%207º.&text=Quedan%20prohibidos%20los%20acto s%20de,establecido%20por%20el%20numeral%202o

- Fabregat, Magallares & Vicente (2023) El Tribunal Supremo resuelve los primeros recursos sobre las acciones ‘follow-on’ derivadas del cártel de camiones. https:// www.garrigues.com/es_ES/noticia/tribunal-supremo-resuelve-primeros-recursos- acciones-follow-derivadas-cartel-camiones

- Garavito , D. (2019). RECLAMACIONES DE DAÑOS DERIVADAS DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA. https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/45382/Reclamaciones%20de%20Daños%20Derivadas%20de%20Prácticas%20Restrictiva s%20de%20la%20Competencia%20en%20Colombia.pdf?sequence=1

- Gaviria, C. (1992). DECRETO 2153 DE 1992 “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”. https:// www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=38168

- Gil , E., & Estrada , D. (2017). ACCIONES DE GRUPO: ANÁLISIS ECONÓMICO Y JURÍDICO DE SUS FUNDAMENTOS Y ALCANCES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/34341/GilLineroElianaMaria2017.pdf?sequence=2

- Ibarra, G. (2023). Inexequibles las normas de competencia de la ley 2195 de 2022. https:// www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/inexequibles-las-normas-de-competencia-de-la-ley-2195-de-2022-3583109

- Miranda , A. (1998). EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL REGIMEN GENERAL DE PROMOCION DE LA COMPETENCIA Y PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS.

- Miranda, A. (2011). *ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA La Ley 155 de 1959 y su legado.*

- Miranda, A & Morales, L. (2022). Análisis de la Ley 2195 de 2022 por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. https://co.ijeditores.com/pop.php? option=articulo &Hash=01b610fa64b712e7fdfc181c9a4322a2#indice_2

- Rodríguez,Y. (2022). DESAFÍOS DE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA CÁRTEL DE CAMIONES.

- Santos, J. (2012). *Responsabilidad Civil Tomo I*. Editorial Temis.

- Superintedencia de Industria y Comercio. (2017). PANEL 1 INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS. https://www.youtube.com/ watch?-v=yKgkOV0lHl8&t=525s

- Superintendencia de Industria y Comercio. (2016). *Resolución 43218 de 2016: Caso pañales*. Resolución 43218: Caso pañales. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/ files/RESOLUCION%20No%2043218%20-%20PUBLICA.pdf

- Superintendencia de Industria y Comercio. (2022). *Guía de orientación para implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia*. Guía de orientación para implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final-12-07-2022v0-5.pdf
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso C-453/99 Courange Ltd v Crehan.
- Unión Europea . (2014). Directiva 104 de 2014 de la Unión Europea . https://www.boe.es/ buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-83627#:~:text=La%20presente%20Directiva%20establece%20normas,ante%20los%20órganos%20jurisdiccionales%20nacionales
- Uribe, A (2014). Análisis del Régimen General de las Acciones por Competencia Desleal.https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2287/ Monografia%20Andres%20Uribe%20aprobada%2025.09.14.pdf?sequence=1