

Las afectaciones al consumidor derivadas de prácticas restrictivas de la competencia y/o la competencia desleal

Tarazona Ayala Daniela Alexandra

Facultad de Derecho
Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Bucaramanga

2022

Las afectaciones al consumidor derivadas de prácticas restrictivas de la competencia y/o la competencia desleal

En Colombia, el derecho de la competencia tiene su origen en la Constitución Política de 1991 en su artículo 333, donde consagra la libertad de empresa, la libre competencia y, en general, la libertad económica como derechos radicados en cabeza de todas las personas, con las limitaciones que establezca la ley. Así, según definición de la Superintendencia de Industria y Comercio, el derecho de la competencia es aquel que se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados¹.

Con lo anterior, vemos que al artículo *ibidem* se le da una doble connotación. En primer lugar, tiene como fundamento la libertad de empresa, en donde se le otorga unos derechos que le son inherentes para evitar la intervención del Estado y, por otro lado, tiene consigo el concepto de libre competencia, es decir, el derecho a competir sin ser discriminado. Y, en segundo lugar, en aras de garantizar la protección de los intereses del consumidor, constitucionalmente se consagra una serie de restricciones legítimas en donde se restringe el establecimiento de monopolios (artículo 336, Constitución Política de 1991).

Adicionalmente, los intereses de los consumidores también se protegen a través del régimen de la libre competencia, contenido en la Ley 155 de 1959, la Ley 256 de 1996, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2153 de 1992. Estas normativas prohíben todas aquellas prácticas realizadas por parte de los agentes del mercado que impidan la competencia, en donde, por medio de procedimientos tendientes a identificar la existencia de infracción a las normas sobre protección de la competencia, se sancione a quienes limiten el entorno competitivo que se desarrolla en los mercados.

Ahora bien, pese a que he descrito cómo el ordenamiento jurídico colombiano protege normativamente el derecho de la competencia, en el ejercicio práctico se puede analizar la manera en que la protección de este derecho se le ha dado más desarrollo como un asunto de interés público, apartando la esfera privada que trae consigo. Así, la defensa del derecho de la competencia se ha visto orientado a la defensa general del mercado, dejando al consumidor en un sentido abstracto en donde se ve inmerso en impedimentos que obstruyen las vías hacia una reparación integral en aquellos casos en donde se demuestre que hubo una afectación directa en contra de la víctima (consumidor), derivada de prácticas restrictivas de la competencia y/o la competencia desleal.

En Colombia, a través del Decreto 2153 de 1992, se le otorgó a la Superintendencia de Industria y Comercio la labor de policía administrativa para la protección del orden público, consagrándose como la autoridad nacional competente para ello. Entre sus facultades, se encuentran las de investigar y sancionar a aquellos agentes del mercado que incurran en prácticas restrictivas de la competencia. Así, mientras la dimensión pública es custodiada por autoridades estatales, la dimensión privada ha de buscar la reparación de los daños y perjuicios de los cuales fueron víctimas en ocasión a los infractores del derecho de la competencia.

¹ Superintendencia de Industria y Comercio. *Definiciones sobre competencia*. <https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia>

En principio, la anterior mencionada reclamación de daños, que está encaminada a una declaratoria de indemnización de los perjuicios ocasionados, o bien una prevención de perjuicios potenciales, se adecúa a las prácticas restrictivas de la competencia, enfocando así la dimensión privada al régimen de competencia desleal, cuyo sujeto protegido son los competidores. Sin embargo, no se puede hacer caso omiso a que, dentro del régimen de competencia desleal, “se pretenda la protección de una norma sustancial, la cual podría encontrarse dentro del ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia” (Miranda, 2019, p. 5), sin necesidad de descartar que ambas conductas busquen una indemnización de perjuicios.

Para la aplicación de la dimensión privada del derecho de la competencia, el ordenamiento jurídico colombiano otorga una serie de mecanismos en donde se encuentran acciones civiles de responsabilidad civil, las acciones populares, las acciones de grupo y las acciones de competencia desleal. Con esto, se podría decir que en Colombia están dadas las bases para salvaguardar la protección de la dimensión privada del derecho de la competencia, sin embargo, como lo menciona López Corzo (2017), estas acciones resultan problemáticas para lograr la indemnización de estos perjuicios ya que no están pensadas especialmente para resarcir prácticas anticompetitivas, por lo que son poco eficientes y dependen fuertemente de la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio (pp. 48-50).

Dicha investigación es de carácter administrativo, por lo tanto, la Superintendencia de Industria y Comercio inicia su actuación de oficio basada en información o conocimiento que llegue a poseer, o a través de la solicitud de un tercero por medio de una queja o cuando reciba un traslado o una referencia de otra autoridad. A saber, el procedimiento se resume en tres pasos: una actuación previa en donde se estudiará la admisibilidad de la investigación, seguida de una fase de instrucción en donde se desarrollará una investigación formal para, por último, concluir con una fase resolutoria con una decisión final (Velilla, 2019, pp. 40-41). Aunque la Superintendencia de Industria y Comercio lleve a cabo dicha investigación, esta se encuentra enfocada en demostrar una infracción del derecho de la competencia, cuyo resultado será una multa a favor del Estado, tal como lo estipulan los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Lo anterior conlleva a que no exista una retribución a favor de los consumidores, pues el procedimiento administrativo está limitado a declarar la violación a las normas de libre competencia, a prohibir la continuación de las conductas, a impartir instrucciones para preservar la libre competencia y a imponer una multa a los infractores (Hernández, 2020, p. 17). Así, para Miranda (2019), lo anterior es debido a que, en primer lugar, el grupo de afectados por las acciones de los infractores no se constituyen en ningún momento como parte durante el proceso sancionatorio y, en segundo lugar, la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene la facultad para ordenar que quienes contravienen las normas de competencia indemnicen los perjuicios que, con las prácticas restrictivas en que han incurrido, lleguen a generar a los diferentes agentes del mercado, en virtud de la naturaleza propia del proceso sancionador.

Consecuencia de no encontrar una verdadera solución, las víctimas tienen que incurrir en el esfuerzo de acudir ante las instancias judiciales para resarcir los daños ocasionados por las infracciones al derecho de la competencia. En este orden de ideas, y trayendo a colación uno de los mecanismos anteriormente mencionados, los consumidores afectados pueden acudir a la *acción de responsabilidad civil*. Este tipo de acción se desarrolla bajo la premisa de que todo aquel que genera un daño o perjuicio, debe indemnizarlo. De esta manera, “al gobierno le compete el fallo administrativo cuidando el mercado, en tanto que a la jurisdicción ordinaria le corresponde

declarar el daño privado por los daños sufridos por un comportamiento generador de perjuicio” (Velandia, 2011, p. 70).

Teniendo en cuenta que quien acude ante este tipo de acción tiene la intención de pretender una declaratoria de responsabilidad en cabeza del agente infractor para así lograr su cometido de ser indemnizado, resulta asimismo viable solicitarle al juez la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos que se encuentren en contravía de las normas de competencia. Por lo tanto, según Hernández (2020), la responsabilidad civil es el escenario para la reparación e indemnización de perjuicios derivados de infracciones a la libre competencia, por ser el campo del derecho encaminado a determinar cómo debe reaccionar el ordenamiento ante el daño causado por un sujeto de derecho privado. De este modo, en esta acción se demostrará la existencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil (daño, hecho generador, nexo causal) para que se pueda afirmar que se incurrió en este tipo especial de responsabilidad.

Pese a lo anterior, si bien el consumidor (victima) tiene un mecanismo para defenderse, al estudiarlo a fondo podemos extraer que recae en obstáculos procesales, probatorios y sustanciales. La labor investigativa de la Superintendencia de Industria y Comercio supone un alto grado de complejidad que se evidencia en los extensos periodos de tiempo que lleva evacuar el primer paso del procedimiento administrativo, la etapa de la investigación preliminar. En tanto que la autoridad administrativa cuenta con los expertos necesarios para cumplir a cabalidad su propósito de amparar el derecho de la competencia, los consumidores tendrían que realizar un esfuerzo excesivo para realizar la misma labor, esfuerzos que pueden no verse compensados con la posible indemnización que pudieran recibir por el acto antijurídico

Para mitigar la carga de ejecutar una investigación, Miranda Londoño (2011) propone dos posibles escenarios: en el primero, es posible que el particular que pretende la indemnización de perjuicios siga un curso de simultaneo en el cual presente una denuncia ante la Superintendencia de Industria y Comercio y, una vez la entidad haya expedido su acto administrativo sancionatorio, el cual se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, el perjudicado adelante la acción civil de indemnización con base en esa declaración de la autoridad, contenida en un acto administrativo que tiene presunción de legalidad, o, en un segundo escenario, el particular espere que la Superintendencia de Industria y Comercio sancione la infracción y ponga fin al procedimiento administrativo para adelantar la acción jurisdiccional con base en dicha sanción.

Si bien aquellas propuestas podrían verse como una solución ante la dificultad que se presenta para realizar una investigación por parte del particular, a la larga supone una problemática. En el primero, aquel escenario en que se instaura simultáneamente la acción judicial con la investigación realizada por la entidad, se genera un cruce de competencias en donde, aunque los dos procesos deban pronunciarse sobre la presunta infracción del derecho de la competencia, pueden llegar a decisiones opuestas frente a un mismo presupuesto fáctico. Y, en el segundo, se producen dos desventajas para el consumidor: la prejudicialidad con respecto de las investigaciones y sanciones que impone la Superintendencia de Industria y Comercio y el riesgo de la prescripción de la acción civil. De esta manera, para poder valerse de la resolución de la entidad, el particular inicia la acción hasta que la decisión administrativa haya sido proferida, lo que conlleva a que los términos para la prescripción de las acciones sean un impedimento para instaurarlas.

Las infracciones al derecho de la competencia pueden generar una disminución en el bienestar de los consumidores. Piénsese, por ejemplo, en el aumento de precios a raíz de alguna

práctica restrictiva de la competencia y/o la competencia desleal; en este escenario, los consumidores se verían en una posición desigual en donde algunos podrían comprar menos productos y, aquellos que se encuentren en una posición económica vulnerable, tendrían que prescindir de este, afectando su canasta familiar y nivel de vida. Aunque, de manera general, los competidores y los consumidores se vean afectados, el sujeto débil son los consumidores toda vez que su capacidad adquisitiva varía de un sujeto a otro.

Con todo esto, se evidencia la necesidad que existe en el ordenamiento jurídico de establecer un mecanismo de protección judicial que garantice los derechos de las víctimas que resultan afectadas a partir de aquellas infracciones a las prácticas restrictivas de la competencia y/o la competencia desleal. Así, y compartiendo lo dicho por Hernández (2020) y Bernet (2018), las acciones existentes no permiten lograr la reparación integral a las víctimas, pero tampoco lo hace la responsabilidad civil como ha sido configurada en Colombia. Además, la Ley 256 de 1996 en su artículo 21, no reglamenta de manera específica su ámbito subjetivo de aplicación, lo que ocasiona que, ante la ausencia normativa, exista una vacilación que conlleva a entender su aplicación entorno a los competidores únicamente, excluyendo a todo aquel que participe en el mercado y vea afectados sus intereses por un acto de competencia desleal.

Un mecanismo adecuado e idóneo para la protección de las víctimas requiere resolver aquellos obstáculos procesales, probatorios y sustanciales anteriormente mencionados. Así, se propone en el presente ensayo la creación de un *régimen especial de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos*, en el cual se realice una serie de modificaciones como: 1) utilizar como elementos de prueba aquellos que están o estuvieron inmersos en una investigación administrativa, estableciendo como acervo probatorio la declaración de la infracción a la libre competencia en el proceso judicial, y 2) evitar que los términos de prescripción sigan causándose hasta que no esté en firme la decisión administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Estos cambios tendrían como pilar la protección de los consumidores que se han visto afectados en su dimensión privada por aquellos agentes del mercado que incurren en ilícitos anticompetitivos.

Con este nuevo mecanismo también se buscará que la decisión emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio al finalizar el procedimiento administrativo sea un requisito de procedibilidad para instaurar la acción civil, logrando una armonía entre ambos procesos y, asimismo, evitando escenarios de inseguridad jurídica en donde el particular afectado se encuentre en mayor desventaja de la que ya presupone estas situaciones que resultan contrarias al derecho de la competencia. Además, en consideración con el análisis de Puentes (2018), en el desarrollo histórico de disciplinas del Derecho mercantil como la libre competencia, “termina por conformarse una especie de triada integrada, de un lado, por el interés de los competidores; del otro, por el interés público del Estado y, en la zona medular, por el interés colectivo de los consumidores” (p. 15).

De los sujetos que conforman la anterior triada, ninguno es tan relevante como los consumidores. Así, resulta trascendental su protección a través de normas y pronunciamientos administrativos y judiciales, pues cuando se presentan conductas anti concurrenciales, se pone en riesgo a los consumidores, que al fin y al cabo tienen una protección constitucional, toda vez que la Carta Política de 1991 tiene como norte la dignidad humana. De esta manera, aunque los agentes de mercado puedan recaer en infracciones al derecho de la competencia que afecten a los competidores y los lleve a verse en una desventaja competitiva, al realizar un ejercicio de ponderación, quien más se vería afectado es el consumidor.

Con base en los argumentos expuestos, cabe también estudiar las implicaciones jurídicas que un nuevo *régimen especial de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos* podría traer al ordenamiento jurídico colombiano. Al traer una nueva acción, se considera factores como la congestión judicial que vive la Rama Judicial en Colombia, esto toda vez que se evidencia la necesidad de ampliar el personal que labora en los juzgados y mejorar la infraestructura económica para aumentar la logística. Sin embargo, esto no representa un obstáculo para instaurarla, pues, aunque la Superintendencia de Industria y Comercio cumpla con su labor de prevenir y sancionar, resulta idóneo que los consumidores adquieran una nueva vía de protección jurídica para salvaguardar los derechos que se vean vulnerados por ilícitos anticompetitivos.

Para concluir, con esta nueva protección jurídica no se pretende excluir de sus obligaciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, pues la entidad también podría compartir competencia, de manera preferente, en el asunto. Así pues, lo que se persigue con la creación de un *régimen especial de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos* es analizar, proteger y reparar el ámbito privado de las víctimas (consumidores) que puedan ver menoscabados sus derechos, así como ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de competencia desleal, abandonando la nublada interpretación de que únicamente los competidores tienen una legitimación activa para instaurar este mecanismo; como se mencionó anteriormente, aunque el derecho de la competencia busque proteger el interés público del Estado, los competidores y los consumidores, en la práctica observamos que estos últimos no cuentan con verdaderos mecanismos con los cuales protegerse, lo que llevaría a una vulneración constitucional ya que se ve afectada su integridad y dignidad como persona.

Referencias.

- Bernet, M. (2018). El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de competencia desleal. *Revista Ius et Praxis*, 24(2), 431-468.
- Hernández, A. (2020). ¿Cómo proteger a las víctimas? Estudio y propuesta sobre la reparación a las víctimas de infracciones a la libre competencia en Colombia. [Trabajo de grado, Universidad de los Andes]. Repositorio institucional de la Universidad de los Andes <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/49320/u833233.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- López, J. (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 [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Javeriana Cali]. Repositorio institucional de la Pontificia Universidad Javeriana Cali http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8712/Indemnizacion_perjuicios_afectados.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Miranda, A. (2011). La Indemnización de los Perjuicios Causados por las Prácticas Restrictivas de la Competencia. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia.
- Miranda, A. (2019). Reclamaciones de Daños derivadas de Prácticas Restrictivas de la Competencia en Colombia. [Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio institucional de la Pontificia Universidad Javeriana <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/45382/Reclamaciones%20de%20Da%C3%B1os%20Derivadas%20de%20Pr%C3%A1cticas%20Restrictivas%20de%20la%20Competencia%20en%20Colombia.pdf?sequence=1>
- Puentes, F. (2018). El consumidor y su importancia en otras disciplinas del Derecho mercantil. *Revista de Derecho y Economía*, 49, 209-225.
- Velandia, M. (2011). Derecho de la competencia y del consumo. Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor. Universidad Externado de Colombia.
- Velilla, M. (2019). El Derecho de la Competencia. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.