

PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO ANTE VIOLACIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN COLOMBIA

JOSÉ IGNACIO GARCÍA ARBOLEDA¹

RESUMEN

En muchas ocasiones, es posible llegar a confundir las pretensiones que es viable tramitar a través de las dos acciones que implantó en el país la Ley 472 de 1998: las acciones populares y de grupo. Si bien ambas tienen, en últimas, un fin común, cual es el de proteger a una colectividad de individuos, el fin específico de cada una —la búsqueda de la manera en que quiere que se le resarza el perjuicio y a quién se le resarcirá— es el que debe mover al actor para ejercer, bien la acción popular o bien la acción de grupo, o acumular las pretensiones que ejercería en la acción popular, bajo el amparo de la acción de grupo. A la luz de estas consideraciones, aptas las mencionadas acciones para proteger el derecho de la competencia, es que debe moverse quien, en Colombia, crea haber sido perjudicado por una conducta anticompetitiva de uno o varios actores del mercado y que, a su sentir, lo haya perjudicado no sólo a él, sino a una colectividad de competidores.

Palabras clave: derecho procesal, derecho administrativo, derecho de la competencia, derechos colectivos, indemnización de perjuicios, responsabilidad civil.

Fecha de recepción: 26 de marzo de 2007
Fecha de aceptación: 30 de agosto de 2007

¹ El autor es estudiante de derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, en donde cursa noveno semestre para la fecha de entrega de este artículo. Adicionalmente, se desempeña como asistente en la división de litigios del área de impuestos en la firma Deloitte Asesores y Consultores Ltda.

VIABILITY OF CLASS ACTIONS VIS-À-VIS THE COMPETITION LAW REGIME IN COLOMBIA

ABSTRACT

Law 472 of 1998 introduced in Colombia, both class actions and class actions for damages; on this ground, sometimes, it is possible to confuse the pleadings that are viable to exercise in either of the actions. Both of them tend to be, apparently, as one, but they are not. Indeed, class actions for damages and class actions have a common purpose, which is to protect a collectivity of individuals, but the purpose of each action may vary depending on the way the plaintiff class wants to be repaired and of who will be the creditors of the liability for damages, being those reasons the motives for suing just a class action, a class action for damages or to exercise this one including the pleadings of the simple class action. All of these considerations must be taken into account, being both actions suitable to protect antitrust law, by the competitor who believes that an antitrust conduct from another competitor or competitors has caused damage to him, and that in his belief, that damage has been extended not only to him but to a collectivity of competitors as well.

Key words: Procedure Law, Administrative Law, Antitrust Law, collective rights, liability, civil responsibility.

INTRODUCCIÓN

Las acciones populares y de grupo, que son reguladas en Colombia mediante la Ley 472 de 1998, son tema suficiente para escribir al menos un par de libros. Sin embargo, es posible efectuar acercamientos sobre temas o situaciones específicas, en donde los mencionados mecanismos procesales son plenamente procedentes.

En consecuencia, lo que se pretende aquí no es explorar a fondo las dos interesantes acciones, previstas por el artículo 88 de la Constitución Nacional. Sólo, con base en las diferencias presentes entre la acción popular y de grupo, se efectuará una breve explicación acerca de la procedencia de las mismas ante casos de violación al régimen de competencia en Colombia.

De esta forma, en este escrito se busca establecer unos lineamientos muy básicos de ambas acciones, a la luz del régimen de competencia, con el fin de guiar la decisión que puede tomar un actor del mercado (diferente del consumidor, por la relevancia de este escrito), cuando considere que él y otros tantos competidores, han sufrido un daño común como consecuencia de la realización de una conducta anticompetitiva de otro actor o actores. Ocurrido ello, se pregunta entonces, ¿por dónde proceder? ¿Acción de grupo o popular? No habrá una respuesta unívoca: será la intención de la clase demandante y la forma en que quiere como le sean resarcidos los perjuicios, las razones determinantes para escoger uno u otro camino procesal.

Para el efecto, útil será hacer una breve descripción procedimental de cada una de estas dos acciones, teniendo como norte el hecho de haberse cometido una conducta contraria a la libre competencia.

Por tanto, tales consideraciones tienen un interés relevante en el medio jurídico colombiano, en vista de lo atractivo —y aún novedoso— de la utilización de estos dos mecanismos procesales, de amplio uso y conocimiento en los Estados Unidos en temas como la protección al consumidor y el mismo derecho de la competencia. Es pues, un tema en el cual se pretende llegar a conclusiones prácticas y seguramente inéditas, que ilustran el uso que —entre muchos otros— puede llegar a dársele a las acciones populares y de grupo en el ejercicio de la práctica jurídica en Colombia, según se acaba de introducir.

LAS CONSECUENCIAS DE INCURRIR EN UNA CONDUCTA CONTRARIA A LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA

Sabido es por los conocedores del derecho de la competencia, que en virtud de las facultades de policía administrativa que ostenta la Superintendencia de Industria y Comercio, ésta es competente para fijar multas o sanciones de contenido pecuniario, así como también para ordenar la terminación o modificación de la conducta contraria a la libre competencia. Concretamente, el numeral 2° del artículo 1° del decreto 2153 de 1992 establece que la Superintendencia, dentro del ejercicio de sus funciones, podrá

“[i]mponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta (...)”.

En idéntica forma, el numeral 13 del artículo 4° del mencionado decreto, establece que dentro de las funciones del superintendente de Industria y Comercio, se encuentra la de,

“[o]rdenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto”.

De acuerdo con lo anterior, tomando en cuenta más el aspecto sancionatorio que el correctivo, el artículo 52 del decreto 2153 ya mencionado, es el encargado de fijar las pautas que deberá seguir el procedimiento administrativo en virtud del cual la Superintendencia de Industria y Comercio imponga una multa o sanción al competidor que haya vulnerado las normas de protección a la libre competencia, con base en las conductas tipificadas en los artículos 1°, 5° y 6° de la Ley 155 de 1959 y 47, 48 y 50 del decreto 2153 de 1992 entre otros.

En caso de demostrarse la responsabilidad del investigado en la comisión de la conducta contraria a la libre competencia, éste será multado por la Superintendencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4° numeral 15 del decreto 2153. Esta multa, en razón de su naturaleza misma, es una suma de dinero que deberá pagar el condenado en favor del tesoro público y que bajo ninguna circunstancia constituye una indemnización que pretenda reparar los perjuicios de quienes hayan sido agraviados como consecuencia directa de la conducta.

Lo anterior surge de la naturaleza, mirada en conjunto, del procedimiento administrativo, que como actuación administrativa y de acuerdo con lo señalado en el artículo 2° del Código Contencioso Administrativo,

“(…) tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales (…) y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley”

entre otros. En consecuencia, el procedimiento administrativo jamás entrará a resolver las pretensiones que formulen los particulares a la administración en virtud de intereses meramente individuales, que en nada interesan a la función administrativa, como lo es la indemnización de perjuicios causados por otro particular.

A manera de paréntesis, es conveniente recordar que de acuerdo con la estructura de este procedimiento, y siguiendo las disposiciones especiales del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, las partes en el mismo son el investigado, por un lado, y por el otro, la Superintendencia de Industria y Comercio. Sólo por excepción, podrán hacerse parte terceros directamente interesados en la investigación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo.

Visto lo anterior, resulta claro entonces que por las vías del procedimiento administrativo que lleva a cabo la Superintendencia de Industria y Comercio, no es jurídicamente viable pretender la indemnización de perjuicios causados como consecuencia de esa misma conducta que ha sido objeto de sanción administrativa. De esta manera, si los eventuales perjudicados buscan que su daño sea reparado, deberán acudir ante la jurisdicción para que ésta, que sí es competente, condene a quien fue investigado en el procedimiento administrativo, al pago de la indemnización correspondiente, si ello resulta demostrado en el proceso.

Ya dentro de la jurisdicción, el perjudicado tiene múltiples posibilidades para encausar su pretensión indemnizatoria. La primera de ellas y la más común, es la de iniciar un proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual ante los jueces civiles², que se regirá por las reglas previstas en el título XXI del Código de Procedimiento Civil³. Si los perjudicados son más de 2 y menos de 20 —por lo que a continuación se explicará— podrán conformar un litisconsorcio facultativo por activa, en los términos de lo establecido en el artículo 50 del estatuto procesal civil, y fungir como demandantes en el proceso ordinario ya mencionado.

LOS NUEVOS MECANISMOS PROCESALES: LA ACCIÓN DE GRUPO Y LA ACCIÓN POPULAR

Pero además del proceso civil ordinario de responsabilidad civil extracontractual, el ordenamiento consagra otra manera de encausar esa pretensión indemnizatoria, prevista en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991 y establecida por la Ley 472 de 1998: la acción de grupo. Aquí sí será necesario ahondar en el tema para descubrir de qué manera, mediante el ejercicio de esta acción constitucional, le es posible a perjudicados por conductas contrarias a la libre competencia, pretender el resarcimiento de los perjuicios.

Claro que, antes de proceder con el anterior cometido, hay que mencionar que el artículo 88 constitucional, así como la Ley 472 de 1998, también prevén y desarrollan, respectivamente, el ejercicio de las acciones populares, que, como se verá, distan en su concepción de las acciones de grupo, no obstante buscar ambas proteger a una colectividad de personas y tener un origen común, localizado en el derecho anglosajón y poder ser incoadas para proteger la libre competencia.

2 O el competente dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, si el demandado no es un particular.

3 En el caso de que el proceso se adelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se seguirán las reglas propias del proceso administrativo, libro IV, título XV y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, su mayor expresión se ha dado en los Estados Unidos, donde las acciones populares y de grupo, denominadas *class actions*, según la regla 23 de las *Reglas federales de procedimiento civil*, pueden ser instauradas por cualquier interesado para proteger sectores específicos de la población, y en este caso, la sentencia que en su virtud se profiera, produce efectos respecto de todos los miembros de la clase, siempre que exista un amplio número de ellos con puntos de hecho y de derecho en común, y se cuente con un adecuado representante de sus intereses. Han sido muy beneficiosas estas acciones en los países del *Common Law* principalmente porque aseguran a las personas que han sufrido un perjuicio, sin importar su cuantía, la posibilidad de acudir ante la justicia para obtener su reparación. Esto debido a que en las *class actions* existe una forma menos gravosa de acceder a la justicia, en la medida en que los costos del litigio se distribuyen también entre los miembros del grupo, permitiendo que estos mismos confíen sus debates jurídicos a la realización de un solo proceso, olvidándose de las acciones individuales donde por cada demandante existe uno de aquéllos⁴.

Como se puede ver, las *class actions* del derecho norteamericano encierran el contenido de lo que en Colombia son las acciones de grupo y las acciones populares, distinguiéndose en el citado ordenamiento, entre la simple acción de clase o *class action* y la acción de clase para daños o *class action for damages*⁵, asemejándose esta última a la acción de grupo colombiana.

Han sido, también en el país del norte, un abanderado instrumento de protección al consumidor y de la competencia (*antitrust*)⁶, en virtud del cual la jurisdicción ha proferido fallos multimillonarios, muchas veces con condenas que suponen lo que en los países de orientación romanogermánica se conoce como indemnización *in natura*⁷. Vale la pena entonces señalar unos cuantos de éstos, para ilustrar la utilidad de las acciones de clase, bien porque se haya llegado a una decisión judicial o porque dentro del proceso se haya efectuado una transacción:

- Un consumidor del conocido cereal Cheerios, compuesto de avena, alegó que en los granos utilizados por el productor, se utilizaban pesticidas aprobados para otros granos, pero no para la avena. No hubo evidencia sobre algún consumidor

4 BLOOMER, TRICIA J., "Class Action Reform: An assessment of recent judicial decisions and legislative initiatives". *Harvard Law Review*, vol. 113, n° 7., Cambridge, MA, 2000.

5 También se le conoce como *torts class action*.

6 Al respecto, consultar: KLONOFF, ROBERT H., "Antitrust Class Actions: Chaos in the Courts", *Stanford Journal of Law, Business & Finance*. Stanford, 2005.

7 Al respecto, consultar: SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO, "La reparación *in natura* del daño", *Vniversitas Jurídica*, n° 109, Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas – JAVEGRAF, Bogotá, 2005, pág. 210.

que hubiese sufrido perjuicios, pero de todas formas, el productor de Cheerios, tras una conciliación, accedió a dar gratis una caja de este cereal a cada miembro de la clase, previa presentación del recibo de compra⁸.

- En similar forma, la compañía Ralph Lauren, al haber sido acusada de inflar los precios de su línea de ropa Polo en las tiendas *outlet*, concilió en otorgar a los miembros de la clase demandante —compradores entre el 15 de julio de 1991 y el 10 de enero de 2000— cupones por un 10% de rebaja en sus compras en esas tiendas⁹.
- En el fallo Taxis Amarillos de Los Ángeles, que habían realizado un alza ilegal en las tarifas, el juez ordenó la reducción equivalente del precio del alza ilegal durante un mismo período de tiempo. Esta solución se sustentó en el precio exorbitante que hubiere costado la identidad de todas las personas que habían [tomado] un taxi durante dicho tiempo y en la imposibilidad para la mayoría de probar el monto del pago ilícito realizado, así como sobre la idea de que al ser permanente la mayoría de los clientes, serían ellos quienes se beneficiarían de la indemnización¹⁰.

De esta manera, es posible observar algunas de las formas que se ejercen, en los Estados Unidos, para reparar a la clase damnificada. Para el caso del derecho patrio, las soluciones vistas serían viables como consecuencia de la prosperidad de una acción popular, toda vez que en los casos mencionados (salvo el de Cheerios), el demandado termina obligado a *hacer* una acción determinada. Son éstas pues, un modelo de decisiones que, como se verá, podrán ser aplicables a los fallos que produzca la jurisdicción, como consecuencia del ejercicio de acciones populares o de grupo para la protección de la competencia.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE GRUPO EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN COLOMBIA

Ilustrado muy brevemente el tema en el derecho estadounidense, resulta ahora procedente esbozar algunos rasgos básicos y característicos de las acciones de grupo en Colombia, que, además, permitirán establecer las diferencias con las

8 HANTLER, STEVEN B & NORTON, ROBERT E., “Coupon Settlements: The Emperor’s Clothes of Class Actions”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Washington, D.C., 2005.

9 Ibidem.

10 Citado por: Corte Constitucional, sentencia C-569 de 2004, MP RODRIGO UPRIMNY YEPES.

acciones populares, para así otorgar al lector dos posibilidades diferentes ante una generación de perjuicios como consecuencia de la violación al régimen de la competencia, fundadas las primeras en la protección de derechos individuales y las segundas, en los derechos colectivos.

De esta manera, el artículo 3° de la Ley 472 de 1998, en concordancia con el 46 de la misma ley, define a las acciones de grupo como:

“aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”.

Este número plural de personas, de acuerdo con el mencionado artículo 46 de la Ley 472, deberá ser de al menos 20, que se constituirán como el grupo, sujeto activo de la relación jurídico – procesal.

Según lo establecido por el artículo 47 de la mencionada ley, quien incoe la acción representará, por ese solo hecho y sin que se le haya otorgado poder, al grupo que con detalles haya él mismo determinado o definido en la demanda en los términos del artículo 52. Con respecto a este requisito de definir o cerrar el grupo, ha sostenido el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en su sala Civil que:

“Es del todo claro que en acciones de esta clase es imprescindible definir el grupo afectado, ello en virtud de que teniendo como objeto el resarcimiento de un perjuicio fundado en una causa común se hace necesario establecer a quienes (*sic*) corresponde ese derecho en particular, razón que llevó al legislador a contemplar que, de un lado (*sic*), se requiere un mínimo de veinte personas como presupuesto de la pretensión, y de otro (*sic*), su identificación como requisito de la demanda, el primero como condición de fondo y el segundo como condición de forma”¹¹.

Para ponerlo en términos tangibles, la interpretación del tribunal sobre lo establecido en el artículo 52 como requisito de la demanda, es que el grupo debe ser definido y para ello existen dos vías. En primer lugar, puede el actor identificar a todas y cada una de esas mínimo 20 personas perjudicadas o, si esto no es posible, debe expresar los criterios y elementos que le permitan al juez saber cuál es el grupo y en consecuencia, poder identificar a los individuos en algún momento, por más que éstos jamás estén presentes personalmente en el proceso.

11 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. Sala Civil, auto del 18 de junio de 2002, MP JOSÉ ELIO FONSECA MELO.

Además de este requisito, existe otro fundamental dentro de la definición ya citada con anterioridad. En la acción de grupo se proponen pretensiones que tengan como fin exclusivo la indemnización de perjuicios individuales, haciendo énfasis en este último elemento. De esta manera, según la Corte Constitucional,

“[l]a determinación de la responsabilidad es entonces tramitada colectivamente pero las reparaciones concretas son en principio individualizadas, puesto que se ampara el daño subjetivo de cada miembro del grupo”¹²

y en el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, afirma que,

“a través de las acciones de grupo —o de clase—, en el derecho patrio, únicamente pueden ventilarse pretensiones indemnizatorias fundadas en la materialización de daños estrictamente individuales, aun cuando masivos —no menos de 20 afectados—, sin importar (...) el derecho lesionado”¹³.

En consecuencia, en la acción de grupo deben ser comunes a los miembros perjudicados unos hechos, un daño, un factor de imputación y un nexo causal entre uno y otro que, en consecuencia, hayan producido la “*aminoración de una situación favorable*”¹⁴ en cabeza de cada una de las personas, individualmente consideradas. Todos los postulados vigentes en materia de responsabilidad civil tienen entonces plena vigencia dentro del proceso de la acción de grupo, al ser ésta una acción reparatoria.

Con estos requisitos trascendentales, ya es posible entonces plantear situaciones en las que sería procedente el ejercicio de una acción de grupo por violaciones al régimen de la competencia por las conductas tipificadas tanto en la Ley 155 de 1959 como en el decreto 2153 de 1992. Así, supóngase que la Superintendencia de Industria y Comercio investiga y encuentra responsable a un comerciante que efectivamente ha abusado de su posición dominante, dentro de la conducta prevista en el numeral 1° del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 (precios predatorios), que consiste en lo siguiente:

12 Corte Constitucional, sentencia C-569 de 2004, MP RODRIGO UPRIMNY YEPES. Confrontar, adicionalmente, las sentencias C-1062 de 2000, MP ÁLVARO TAFUR GÁLVIS) y C-215 de 1999, MP MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de acción de tutela del 11 de mayo de 2001, MP CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

14 DE CUPIS, ADRIANO, “Definición de perjuicio”, citado por: HENAO, JUAN CARLOS, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 84.

“La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos¹⁵.”

De esta amplitud, supóngase también que lo que se generó con la comisión de la conducta, fue la eliminación de varios competidores que, aunque pequeños, constituían otra opción alternativa al producto de quien abusando de su posición de dominio, fue sancionado en vía administrativa. Aunque alguien podría pensar que esta situación en Colombia no traería consigo a un grupo de perjudicados mayor o igual a 20 —requisito numérico de procedibilidad de la acción de grupo— el autor se atreve a afirmar lo contrario. Un ejemplo de ello podría ser, visto a nivel nacional, el que ocurriría en el mercado de las gaseosas o bebidas carbonatadas (genéricamente considerado así el mercado relevante) en el cual, a pesar de existir un jugador con posición de dominio como Coca-Cola, existe una gran pluralidad de pequeños productores ubicados en las regiones a lo largo de la geografía nacional.

En el evento en que fuera Coca-Cola el sancionado del ejemplo planteado, y que, a su vez, los competidores que como consecuencia de la conducta de precios predatorios hubiesen salido del mercado fueren al menos 20, se estará dentro de las hipótesis fácticas de procedencia de la acción de grupo para perseguir la indemnización de los perjuicios individuales.

De esta manera, podrá incoar la acción de grupo en contra de Coca-Cola cualquiera de esos al menos 20 perjudicados que, como consecuencia directa de la acción de la misma, debieron salir del mercado, representando por ese solo hecho, a todos los demás pequeños competidores que se encuentren en una circunstancia análoga. Si bien el actor puede no conocer a todos y cada uno de los productores, puede determinar —como se vio— en la demanda los criterios para definir el grupo de perjudicados. Así, puede por ejemplo, solicitar al juez del conocimiento que se oficie a la misma Superintendencia de Industria y Comercio para que informe cuáles fueron los demás pequeños competidores que salieron del mercado como consecuencia de la conducta y así poder cerrar el grupo y, en consecuencia, poderse admitir la demanda en los términos del artículo 52 de la Ley 472.

En el acápite de pretensiones de la demanda, deberá el actor calcular cuál ha sido el estimativo de los perjuicios individuales que, sumados, ha sufrido el grupo demandante de acuerdo con lo que enseña la responsabilidad civil. Evidentemente, si el actor depende de los criterios para definir el grupo —para este caso de la respuesta de la Superintendencia— una vez proferido el auto admisorio de la

15 Al respecto, consultar: ARCHILA, MARÍA VIRGINIA, “El ejercicio abusivo de la posición de dominio a través de precios predatorios”, *Revista de derecho de la competencia CEDEC V*, colección Seminarios, n° 17, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2004.

demanda, el representante del grupo de perjudicados podrá reformar el libelo —en sus pretensiones— en los términos del artículo 89 del Código de Procedimiento Civil.

A continuación, se procederá a notificarle la providencia admisoría al demandado y a comunicarle —por los medios que el juez designe— de la existencia del proceso a los demás miembros del grupo para que se hagan presentes¹⁶ y puedan, inclusive, solicitar la práctica de pruebas, o para que se excluyan¹⁷ expresamente del grupo y no resultar, con ello, cobijados por los efectos de cosa juzgada de la sentencia de acción de grupo¹⁸.

Practicadas las pruebas y habiéndose alegado de conclusión, el juez procederá a dictar sentencia según lo establecido en el artículo 65 de la Ley 472. Si se acogen las pretensiones del grupo demandante, el demandado resultará condenado al pago de la suma ponderada de las indemnizaciones individuales de cada miembro —presente o no pero no excluido— del grupo, con cargo a la cual se pagará porcentualmente la indemnización que a cada quien corresponda (de los presentes en el proceso) y reservándose otro porcentaje para aquellos que no obstante pertenecer al grupo, podrán comparecer ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos de la Defensoría del Pueblo (ante quien, en todo caso, deberá el demandado depositar la suma de dinero a la que fue condenado) a reclamar su indemnización, dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia.

De esta manera, podrán ser indemnizados —por una vía más expedita que el proceso civil ordinario— los competidores que como consecuencia directa del abuso de la posición dominante y de la conducta de fijación de precios predatorios de un comerciante, hayan sufrido perjuicios individuales de carácter económico, como puede ser el cierre de sus plantas y todo lo que ello acarrea.

Hay que resaltar que mediante el uso de la acción de grupo, teniendo en cuenta que puede llegar a ser un medio expedito y efectivo, es posible que se genere el efecto que las *class actions* —con o sin daño punitivo— han terminado por generar en los Estados Unidos: desincentivar a posibles infractores de realizar conductas que terminen por generar perjuicios de cualquier tipo a los individuos. Concretamente, para el tema en estudio, el uso de la acción de grupo para casos como el

16 Ley 472 de 1998, artículos 53 y 55.

17 Ley 472 de 1998, artículo 56.

18 Ley 472 de 1998, artículo 66.

hipotéticamente planteado, se constituye como un medio adicional de protección a la libre competencia, siendo un mecanismo idóneo para desincentivar la generación de perjuicios a través de prácticas restrictivas de la competencia, ante la eficaz forma de resarcir los que se causen.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN COLOMBIA

También puede decirse lo mismo de las acciones populares que, como se indicó al inicio de este corto ensayo, en similar forma derivan directamente de las *class actions* de Estados Unidos y se encuentran reguladas, al igual que las acciones de grupo, por la Ley 472 de 1998. Son estas acciones, tanto aquí como en el país del norte, un poderosísimo instrumento de protección al consumidor —entre otros— que busca ante todo ubicar a la colectividad perjudicada en el estado en que la misma se encontraba antes de una acción u omisión de alguna persona natural o jurídica que produjo un agravio, sin tener en cuenta las condiciones de cada individuo, sino las de la colectividad.

De esta manera, el inciso 2° del artículo 2° de la Ley 472 afirma que,

“[l]as acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

Como puede verse, saltan a la vista algunas diferencias que al respecto existen con las acciones de grupo, no obstante proteger ambas a un número plural de personas y servir las dos para proteger la libre competencia.

Y con base en esto último, es conveniente resaltar las diferencias de los dos instrumentos procesales. Como se estudió anteriormente, las acciones de grupo tienen como fin indemnizar perjuicios individuales causados a un número plural de personas, mayor o igual a 20. En oposición, las acciones populares tienen como fin reparar (o impedir, entre otros) la causación de un perjuicio colectivo, generado como consecuencia de la vulneración de un derecho o interés de tal clase, sin interesar el número de afectados ni valorar la “*aminoración de una situación favorable*”¹⁹ que cada quien haya tenido.

19 DE CUPIS, ADRIANO, *Definición de perjuicio*, citado por: HENAO, JUAN CARLOS, *ob. cit.*

ACCIÓN POPULAR VS. ACCIÓN DE GRUPO EN CASOS DE VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN COLOMBIA

Resulta entonces claro que el objetivo de protección de las acciones populares son los derechos colectivos, que, como su nombre lo indica, pertenecen por igual a una colectividad abierta de personas muy difícil de individualizar, y dentro de los cuales el ordenamiento jurídico colombiano consagra el de la libre competencia económica²⁰. De allí que la condena que se profiera en la acción popular no sea el pago de una suma de dinero, salvo que ésta sea destinada a favor de la entidad pública no culpable que tenga a cargo el cuidado del derecho o interés colectivo²¹. Contrario a lo que ocurre en las acciones de grupo, en las cuales en la mayoría de los casos se resarce el perjuicio —en todo el sentido de la palabra— en las acciones populares se produce siempre una indemnización *in natura* del daño, mediante una orden de hacer que impartirá el juez en su sentencia, tendiente a volver las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad a la acción u omisión del demandado condenado.

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar de nuevo que en los casos de violaciones al régimen de competencia en Colombia en los cuales se haya culminado con una investigación administrativa desfavorable al investigado, serán procedentes tanto la acción de grupo, como la acción popular, de acuerdo con la intención que tengan los damnificados y para fines diferentes a aquellos que la SIC, en ejercicio de sus facultades, puede ejercer. Para entender esta posición, conveniente resultará retomar el ejemplo hipotético planteado con anterioridad, que permitirá identificar los elementos que precisamente diferencian a las dos acciones de la Ley 472.

En la situación planteada en párrafos precedentes se generan, claramente, unos perjuicios de carácter individual para todos y cada uno de los productores de bebidas carbonatadas que, como consecuencia de la conducta de precios predatorios de Coca-Cola, se vieron forzados a salir del mercado. Hay pues un hecho (la conducta violatoria del régimen de competencia por parte de una persona jurídica), un daño (medido individualmente sobre cada productor y generalmente patrimonial) que puede ser perfectamente el cierre de su planta de producción y las consecuencias que esto implica, y un nexo causal entre hecho y daño. Esto último, demostrando que si Coca-Cola no hubiera puesto en práctica la conducta de precios predatorios, la situación nefasta no se habría producido necesariamente para los demás productores, mientras en el mercado continuara existiendo competencia.

20 Ley 472 de 1998, artículo 4 literal i).

21 Ley 472 de 1998, artículo 34.

Claramente, se han generado unos perjuicios que muy difícilmente podrán ser reparados en su totalidad *in natura* y que, además, deberán ser considerados frente a cada uno de los productores afectados. De esta forma, si lo que se quiere es evitar la ruina definitiva de los productores de gaseosas mencionados mediante el resarcimiento de los perjuicios efectivamente causados por Coca-Cola, será necesario pretender en la demanda de acción de grupo (y sólo aquí) el pago en dinero por aquellos daños generados como consecuencia de la acción del demandado.

Claro que, no obstante lo anterior, también sería viable en ciertos casos una indemnización *in natura* pero mediante órdenes de dar y no de hacer, por lo que no podría proceder esto mediante la acción popular sino únicamente mediante la acción de grupo, midiendo los perjuicios individuales de cada afectado, pero no reparados con dinero sino en especie. Tal vez esto no sea lo más recomendable para la conducta de abuso de la posición dominante que aquí ha sido tratada (dada la naturaleza del perjuicio), pero sí para otros casos como puede ser perfectamente el contenido en el numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 sobre el acuerdo de fijación de precios entre competidores.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, una persona (representando una clase estimada entre 100.000 y 150.000 individuos) inició una *antitrust class action* en contra de Mercedes-Benz EE.UU. y los distribuidores locales de sus vehículos en los estados de New York, Connecticut y New Jersey por haber celebrado, entre todos, un acuerdo de fijación de precios para los vehículos en venta y en *leasing*, por un período de siete años, prohibido por la Ley Sherman. La Corte que llevaba el caso estableció como posibilidad de indemnización de perjuicios individuales generados por el acuerdo anticompetitivo, el establecer una variable según la cual los demandados podrían otorgar a la clase demandante paquetes especiales de equipo accesorio para los vehículos e incentivos en la financiación de los carros²².

Asimismo, en la situación planteada anteriormente, sería perfectamente viable pretender también *in natura* la restitución del mercado efectivamente ganado por Coca-Cola como consecuencia de la aplicación de sus precios predatorios, a través de órdenes de hacer al demandado, como perfectamente podría ser la limitación de su oferta de productos para permitir de nuevo el ingreso de los perjudicados al mercado. Sería viable, mediante tal tipo de medidas, restituir justo aquella porción del mercado que como consecuencia de la generación de unos perjuicios individuales a los productores, ganó específicamente el demandado²³.

22 KLONOFF, ROBERT H., "Antitrust Class Actions: Chaos in the Courts". *Stanford Journal of Law, Business & Finance*. Stanford, 2005.

23 Recuérdese que en materia de responsabilidad civil, es aceptada la reparación en especie del daño, lo que, sin lugar a dudas, implica una indemnización de perjuicios para el damnificado, fin máximo de la

Aunque esta última pretensión pareciera no responder tan exactamente a la naturaleza de la acción de grupo —en parte parecería ser más de una acción popular— no hay norma alguna que impida que también pueda formularse y acumularse en la demanda de acción de grupo junto con la pretensión resarcitoria, toda vez que de todas formas busca indemnizar unos perjuicios individuales plurales (los de los productores damnificados) por oposición a perjuicios colectivos causados como consecuencia de la vulneración de un derecho de esta clase.

De todas formas, evaluados los intereses de los perjudicados, es posible también pretender lo anterior mediante una acción popular, invocando el derecho colectivo a la *libre competencia económica* consagrado en el literal i) del artículo 4° de la Ley 472, caso en el cual no se tendrán en cuenta los perjuicios individuales y, en consecuencia, será improcedente la pretensión resarcitoria. Pero, por otro lado, tendrá a cambio el actor una resolución todavía más pronta de sus pretensiones, en comparación con lo que ocurriría en la acción de grupo.

Igualmente, la viabilidad o no de tal pretensión, desde un punto de vista distinto del procesal, debe estar sujeta a unos análisis microeconómicos que demuestren la favorabilidad o no de una intervención mediante órdenes de hacer de un juez en el mercado, como aquél al que se ha hecho referencia en el ejemplo planteado.

De cualquier manera, queda abierta la puerta para que en aquellos casos en los cuales un competidor realice cualquiera de las conductas descritas en los artículos 47, 48 y 50 del decreto 2153 de 1992, así como aquéllas que encajen dentro de la prohibición general del artículo 1° y las restricciones de los artículos 5° y 6° de la Ley 155 de 1959, sea posible incoar una acción de grupo como mecanismo para indemnizar los perjuicios que por tal razón, se hayan generado a un grupo mayor o igual a 20 personas, naturales o jurídicas, o una acción popular invocando el derecho colectivo a la libre competencia económica que termine con órdenes de hacer al demandado para reestablecer el derecho colectivo, o evitar su vulneración.

acción de grupo. Esta indemnización *in natura*, puede comprender órdenes de hacer. De esta manera, verificados *perjuicios individuales* sufridos por un número igual o superior a 20 competidores como consecuencia de una conducta anticompetitiva, bien pueden pretender que se les repare *in natura* mediante órdenes de hacer, con el fin de que queden indemnes, si es que esto es fácticamente viable. Por ello, si esto es posible, sería permitido tramitar una pretensión que parecería propia de la acción popular, por la vía de la acción de grupo, pero siempre y cuando se trate de perjuicios individuales, según se señaló. Con respecto a la indemnización de perjuicios *in natura*, *cfr.*: SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO, ob. cit.

En cuanto a la acción de grupo, lo usual sería que la presentación de la misma, se produzca una vez se haya culminado la investigación que, de acuerdo con el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, haya iniciado la Superintendencia de Industria y Comercio, a la que se le pondrá fin con un acto administrativo que para este caso, deberá ser adverso al investigado. Sin embargo, esto no es requisito alguno para la procedencia de la acción de grupo y nada impide que los resultados que eventualmente encuentre la Superintendencia en su investigación, puedan ser demostrados de igual manera dentro del proceso jurisdiccional. Tal vez con esto —será materia de discusión en otra oportunidad— se pueda evitar la posibilidad de que la acción de grupo se vea truncada en la práctica por prejudicialidad, en aquél evento en el cual el sancionado por la Superintendencia demande ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el acto administrativo que lo declara responsable de haber incurrido en la conducta anticompetitiva²⁴.

Para finalizar, hay que aclarar que tanto la acción de grupo, como la acción popular, serán procedentes como mecanismos de protección a la libre competencia, pero con marcadas diferencias. Será entonces la voluntad e intención del damnificado —así como las condiciones del caso en concreto— las que determinen por cuál camino proceder.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, LEE, “Adequacy of representation when dropping claims In Class Actions”, *University of Missouri at Kansas City Law Review*, Kansas City, 2005.
- ARCHILA, MARÍA VIRGINIA, “El ejercicio abusivo de la posición de dominio a través de precios predatorios”, *Revista de derecho de la competencia CEDEC V*, colección Seminarios, n° 17, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2004.
- BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO, “Divagaciones sobre las acciones de grupo”, *Memorias del XXVI congreso colombiano de derecho procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2005.

24 Al respecto, en el evento en que el acto administrativo sea demandado, sería aplicable la causal segunda de suspensión del proceso, consagrada por el artículo 170 del C.P.C: “*El juez decretará la suspensión del proceso: (...) 2°. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquier otra ley. (...)*”. De esta manera, alegados en la nulidad del acto administrativo proferido por la SIC, aspectos de fondo de la ocurrencia o no de la conducta anticompetitiva, indudablemente ello podría influir en la decisión que se tome en el curso de un proceso en el que se ejerció la acción popular o de grupo, por los mismos hechos que fundamentaron la expedición del acto administrativo demandado.

- BLOOMER, TRICIA J., "Class Action Reform: An assessment of recent judicial decisions and legislative initiatives", *Harvard Law Review*, vol. 113, n° 7, Cambridge, MA, 2000.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, CP ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, radicación 25000-23-27-000-2001-0395-01(AP-182)
- Corte Constitucional, sentencia C-569 de 2004, MP RODRIGO UPRIMNY YEPES.
- Corte Constitucional, sentencia C-1062 de 2000, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2000, MP FABIO MORÓN DÍAZ.
- Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999, MP MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de acción de tutela del 11 de mayo de 2001, MP CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.
- HANTLER, STEVEN B & NORTON, ROBERT E., "Coupon Settlements: The Emperor's Clothes of Class Actions", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Washington, DC, 2005.
- HENAO, JUAN CARLOS, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, ALIER EDUARDO, "Regulación de las acciones de grupo formuladas en contra de las entidades públicas", *Memorias del XXVI congreso colombiano de derecho procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2005.
- KLONOFF, ROBERT H., "Antitrust Class Actions: Chaos in the Courts", *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, Stanford, 2005.
- LAUCHHEIMER, AARON B., "A Classless Act: The Ninth Circuit's Erroneous Class Certification in *Dukes V. Wal-Mart, Inc.*", *Brooklyn Law Review*, Brooklyn Law School, Nueva York, octubre de 2005.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO, "La reparación *in natura* del daño", *Vniversitas Jurídica*, n° 109, Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas – JAVEGRAF. Bogotá, 2005.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Baker & McKenzie, Bogotá, 2001.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, auto del 10 de junio de 2003, MP JOSÉ ELIO FONSECA MELO.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, auto del 12 de diciembre de 2002. MP JOSÉ ELIO FONSECA MELO.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, auto del 18 de junio de 2002. MP JOSÉ ELIO FONSECA MELO.

