La responsabilidad civil extracontractual frente a los daños causados por el abuso de la posición dominante en Colombia

Estudiantes:

Natalia Sepúlveda Troncoso

Samuel Londoño Rozo

Profesor asesor

Felipe Villa García

Trabajo de grado para optar al título de Abogados

Universidad EAFIT

Facultad de Derecho

Medellín

2024

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo determinar si la conducta anticompetitiva de abuso de posición dominante puede, además de conllevar multas y sanciones administrativas, generar responsabilidad civil por los daños causados a los competidores afectados. Para esto se aborda la figura de abuso de la posición dominante, el daño como elemento esencial de la responsabilidad civil, y el daño en el contexto del abuso de la posición dominante. Se desarrollará este trabajo como una investigación cualitativa, y a partir de las diferentes fuentes como jurisprudencia, libros de autores reconocidos en el tema, artículos investigativos y la misma normatividad actual, tratar de encontrar una respuesta idónea.

Tabla de contenido

Introducción **4**

1. Monopolios **6**

1.1. Concepto de monopolio *6*

1.2. Tipos de monopolio *7*

1.3. Regulación normativa de los monopolios en Colombia *10*

2. El abuso de la posición dominante **13**

2.1. Sanciones jurídicas frente al abuso de la posición dominante *14*

3. Impacto social y económico del abuso de la posición dominante **16**

3.1. Consecuencias derivadas del abuso de la posición dominante *16*

3.2. Normatividad extranjera frente al abuso de la posición dominante *17*

4. El Daño dentro de la institución jurídica de la responsabilidad civil extracontractual **20**

4.1. Estructura de la responsabilidad civil *20*

i. El hecho 20

ii. El daño 21

iii. Nexo causal 29

4.2. Función de la responsabilidad civil *31*

4.3. Responsabilidad civil extracontractual *33*

5. Análisis del daño frente al abuso de la posición dominante **38**

5.1. Problemática del daño ante los casos de abuso de posición dominante *38*

i. Dificultad para probar el daño 41

ii. Estimación y cuantificación en la indemnización de perjuicios 44

iii. Pérdida de oportunidad 46

5.2. Recomendaciones *48*

5.3. Conclusiones *50*

Bibliografía **53**

Introducción

Actualmente vivimos en una sociedad donde estamos en constante necesidad de transar bienes y servicios para subsistir y de una u otra manera, tener mejores oportunidades en nuestro día a día. Esta necesidad de sostener constantemente relaciones comerciales ha sido el detonante de un auge en la oferta de diferentes bienes y servicios.

Esto les brinda a los compradores que representan la demanda de los productos un espectro mayor para escoger cual es el prestador de servicios o proveedor de bienes que mejor se acomode con sus necesidades y presupuesto, entre otros; traduciéndose en una gran ventaja para los compradores en general.

Sin embargo, para los vendedores, esto no siempre representa una situación beneficiosa, ya que al tener los compradores más posibilidades de escoger productos o servicios, más se reducirá la probabilidad de que adquieran sus productos o servicios específicos. En pocas palabras, aumenta la competencia entre los vendedores.

La libre competencia es un tema que está regulado en la normativa colombiana en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009; donde además de enlistar las prácticas que van en contra de la sana competencia, enuncia cuáles son las sanciones para quienes incurran en dichas prácticas. Una de las más comunes es el abuso de la posición dominante, donde una empresa o entidad tiene el control exclusivo sobre la oferta de un producto o servicio en un mercado, y aprovechándose de esta posición impide un libre desarrollo de la competencia y limita las opciones para los consumidores.

La existencia de este tipo de prácticas restrictivas de la competencia en Colombia ha aumentado en los últimos años, y a pesar de tener su correspondiente regulación legal, hay ciertos temas que no se han tratado y que son de vital importancia para afrontar los problemas que estas prácticas puedan traer consigo.

Así, se realizará un estudio sobre una de las principales consecuencias en las que se ven inmersas las empresas que son excluidas del mercado por el abuso de la posición dominante, el cual estará enfocado en uno de los elementos indispensables dentro de la institución jurídica de la responsabilidad civil: ***el daño***. En otras palabras, con ayuda de una introducción relativa a los

conceptos de abuso de posición dominante y daño, como instituciones independientes en el ordenamiento jurídico, pueden relacionarse cuando el daño se concrete en situaciones de abuso de posición dominante.

El objetivo de este trabajo es determinar si el abuso de la posición dominante, entendido como una práctica restrictiva a la libre competencia, puede causar un daño que permita acudir a la responsabilidad civil extracontractual, para obtener una indemnización de perjuicios.

Para esto, se desarrollará el proyecto en torno a tres objetivos específicos: 1) distinguir entre los monopolios y 2) el abuso de la posición dominante; 3) identificar las consecuencias del abuso de la posición dominante en el ámbito socio-económico de la sociedad; 4) describir el daño como elemento esencial de la responsabilidad civil, y 5) determinar si la responsabilidad civil extracontractual puede ser una respuesta relevante frente al abuso de la posición dominante.

En cuanto a la metodología y herramientas a utilizar para el desarrollo de esta monografía, se trata de una investigación cualitativa de carácter dogmático y con un diseño documental, donde, a partir de diferentes fuentes como jurisprudencia, libros de autores especialistas en el tema, artículos investigativos y la misma normatividad actual, se buscará llegar a la respuesta más idónea para el problema planteado inicialmente.

1. Monopolios

1.1. Concepto de monopolio

Al tener de precedente la evolución constante de las sociedades, y los diferentes avances en ámbitos esenciales de nuestra vida, como lo es el comercio y los mercados en sí, a pesar de presenciar dichos progresos y mejoras en las relaciones comerciales de los individuos, este crecimiento ha dado paso a ciertas fallas e inconvenientes.

Entre estas fallas, la más común se le denomina monopolio, la cual según el Diccionario de la Real Academia Española (2022), se define como "Situación de mercado en que la oferta de un producto se reduce a un solo vendedor."

Para entender el significado del monopolio desde el derecho y la economía, es relevante hacer referencia a lo expuesto por el autor Mauricio Velandia (2011), donde se refiere al monopolio como "(…) una palabra de origen griego que significa 'una sola empresa'. Esta empresa se encuentra sola en el mercado y enfrenta toda la demanda. Al enfrentar sola toda la demanda decide qué cantidad de bienes producir; así, su voluntad es la que determina el precio". (p. 33)

De esta manera, una primera definición genérica hace referencia al control por parte de una sola entidad de un sector del mercado, al regular su precio y determinar las condiciones en las que se va a comercializar determinado producto, tratándose entonces de un acto que va en contra de la libre competencia. Sin embargo, es necesario desligarse de esta concepción en la que se equipara el monopolio con una práctica desleal en términos de la competencia. Como bien lo expresa Gaviria (1998), cuando afirma:

> Generalmente se piensa que la libre competencia es socialmente benéfica y el monopolio perjudicial. No obstante, la idea correcta que debemos predicar es que ambas situaciones son neutras y que sólo ha de escogerse entre ellas según la cantidad de beneficio social y económico que produzca la una, en comparación de la otra (p. 21).

Por lo tanto, es importante discutir el concepto de monopolio de manera general, abordar las condiciones que indican su presencia en el sistema económico de un país, identificar los diferentes

tipos de monopolio y analizar la regulación normativa en Colombia en relación con los diversos escenarios en los que este fenómeno puede manifestarse.

Habiendo dicho esto, es determinante recalcar que, a lo largo de este estudio, se hará referencia a los casos en los que el monopolio, según las condiciones y circunstancias en las que se dé, representen una práctica restrictiva a la libre competencia. No se hará referencia a la competencia desleal, la cual, a pesar de llegarse a confundir y equiparar con las prácticas restrictivas a la libre competencia, no pueden ser considerados sinónimos.

1.2. Tipos de monopolio

Al tratarse de un concepto tan amplio en el ámbito económico, el monopolio tiene diversas formas de manifestarse dentro del mercado. Por ende, se identificará cuáles son las implicaciones que tiene cada una de estas manifestaciones frente al marco legal y en qué casos se considera una práctica dañina para el sistema económico.

En primer lugar, están los **monopolios naturales**, los cuales como su nombre lo menciona, representan el control por parte de una empresa en cuanto a la manera en cómo se van a prestar los servicios a la comunidad, además de la determinación de los precios, pero de manera natural u orgánica. Como se decía anteriormente, en primera instancia se puede entender como un indicio de tratarse de una práctica restrictiva de la competencia por parte de la empresa prestadora del servicio, sin embargo, este caso específico y según las características del caso, se entiende como un tipo de monopolio que cuenta con el aval estatal.

Como bien lo menciona Velandia (2011):

> Existe un monopolio natural cuando las empresas grandes ya establecidas resultan más rentables, eficientes y productivas que las pequeñas que entran; de esta suerte, no existen condiciones favorables para competir con la ya establecida, lo cual no estimula la entrada o permanencia (p. 33).

Frente a esto, se entiende que es una manifestación de la figura monopolística dentro de un sistema económico que se da de manera orgánica, bien sea por las condiciones previas en la que la empresa controlante se ha desarrollado a lo largo de los años, o las necesidades específicas por parte de los consumidores.

Es importante advertir que este tipo de monopolios que surgen de manera natural se da en situaciones donde se involucra la prestación de servicios públicos. Un ejemplo tangible de esto son las empresas encargadas de la prestación de servicios de electricidad y acueducto en las diferentes ciudades de Colombia. Al ser la encargada de la prestación de dichos servicios en la ciudad de Medellín, de manera única y exclusiva, las Empresas Públicas de Medellín.

Sin embargo, se debe aclarar que los monopolios naturales no se circunscriben al ámbito de prestación de servicios de electricidad y acuerdo, sino que se puede ver reflejado en el área de redes de transporte, telecomunicaciones, entre otros.

Como segundo tipo, se encuentran los **monopolios legales**, que en pocas palabras son los expresamente avalados por la ley. Estos son aprobados por el ente Estatal según consideraciones referidas a sus beneficios en diversos indoles tanto para la economía en general como para las necesidades de la sociedad. Se permite así que sea una sola empresa la que controle determinado sector del mercado, y la que determine la manera en la que realizarán la prestación de los servicios y el precio que tendrán los mismos.

Al respecto, Velandia añade que:

> Se presenta monopolio legal cuando la regulación interna de un país adjudica un mercado a una empresa en especial, de modo que esta es la única que puede ofrecer productos, y los consumidores se ven obligados a comprarle solo a ella (p. 33).

Un claro ejemplo del monopolio avalado por el Estado en Colombia es el tendiente al manejo de las empresas licoreras. Mediante la Ley 1816 de 2016 “por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones”, es que se ratifica la autorización expresa que le da al Estado a determinada empresa, en este caso licorera, para que ejerza este control, en busca de un bien mayor.

Los Estados al dar estos avales, deben estudiar a fondo las repercusiones que esta decisión tiene para la economía en general y principalmente para las empresas que a futuro tienen la expectativa y posibilidad de entrar al mercado. Del mismo modo, deben analizar cuáles son las bondades que tiene la empresa a la que se le dará el control, e identificar los beneficios que esto traería tanto para la economía del país y para la correcta satisfacción de las necesidades de los consumidores. En el

caso del monopolio de empresas de licores, el Gobierno en el Art. 1 de la Ley 1816 de 2016, informa cuál es el objetivo o la razón por la cual se avala este control, al afirmar que:

> El objeto del monopolio como arbitrio rentístico sobre los licores destilados es el de obtener recursos para los departamentos, con una finalidad social asociada a la financiación preferente de los servicios de educación y salud y al de garantizar la protección de la salud pública.

De esta manera, se puede observar cómo el Estado en busca de un bien mayor, específicamente la financiación de servicios de educación y salud decide darle el control del mercado a determinada empresa de licores destilados para que esta de manera unificada al recoger los fondos fruto de las ventas realizadas, pueda destinarse una parte de este a la financiación de dichos proyectos sociales.

Por otro lado, también se encuentra el tipo de monopolio llamado **monopolio puro**. En este caso no tan común, pero existente, se está frente a una empresa que no tiene rival o competencia, debido a sus características, que son en su mayoría el carácter diferenciador y casi único del producto o servicio que ofrece.

De cierta manera, este tipo de monopolio se puede llegar a asimilar con el monopolio natural. Sin embargo, en aquel, sí hay empresas que pueden manejar y comercializar el mismo producto o servicio, pero no lo hacen por el hecho de que no es beneficioso ni para ellos ni para la sociedad y la economía en general, al tener en cuenta los diferentes factores económicos que conllevaría la comercialización de estos. Por el contrario, en el monopolio puro, se trata de un caso en el que ni siquiera hay otras empresas que presten el mismo producto o servicio, sino que, de manera pura y simple, el control de determinado sector del mercado (que de cierta manera empezó por la misma empresa, dado las características que marcan la diferencia del producto ofrecido frente a las demás), estará en manos de un mismo ente desde el comienzo.

Por último, resulta importante resaltar el concepto de abuso de posición dominante, el cual, a pesar de no tratarse específicamente de un tipo de monopolio, se trata de una práctica contraria a la libre competencia. En cuanto a este concepto y haciendo una conexión con los monopolios, se debe aclarar que hay casos en donde una empresa que esté ejerciendo prácticas monopolísticas, puede incurrir en el error de abusar de esta posición dominante que ostenta frente a sus competidores. En este caso específico si se tratase de un acto contrario a la Ley.

Según expone De La Cruz (2014):

> La monopolización en Colombia no está prohibida. La Constitución propende por castigar el abuso de la posición dominante en el mercado, más no el monopolio. En este sentido, la monopolización no debería sancionarse ni como acto restrictivo de la competencia ni como conducta de competencia desleal (p. 177).

Esto permite entender que el monopolio por sí solo no debe ser considerado una práctica que afecte de manera directa o indirecta la economía, sino que se debe analizar tanto el final que se buscaba a la hora de implementar esta figura y el eventual aval en determinadas situaciones, como las repercusiones que esta puede tener en la economía del país.

Del mismo modo, es importante aclarar frente al concepto de la posición dominante, que a esta por sí sola tampoco se le debe dar una connotación negativa ligada con un acto ilícito, ya que una empresa se puede encontrar en una posición dominante frente a las demás sin siquiera haberlo planeado, sino que debido al desenvolvimiento del sector del mercado al que pertenece, la demanda de los consumidores y la capacidad productiva los puede poner de manera automática en esta posición. Lo que se debe castigar y considerarse como un acto contrario a la libre competencia, es el **abuso** de esta posición.

Así lo afirman Gaviria et. al. (2003) en su obra *Derecho de la Competencia*: "La posición dominante no constituye por sí misma una infracción al régimen de libre competencia. El ilícito se presenta cuando se abusa de la misma; cuando existe una explotación desleal de ella" (p.88).

1.3. Regulación normativa de los monopolios en Colombia

En Colombia, el tema de los monopolios y de los actos que van en contra de la competencia en general han venido desarrollándose a lo largo de los años. A pesar de no existir una regulación extensa y completa, se pueden encontrar postulados tanto constitucionales como legales que ayudan a entender este régimen, su funcionamiento y posibles sanciones en caso de incurrir en las prácticas tipificadas como ilegales.

A nivel constitucional se encuentra el **Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia**, que señala:

> La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.
>
> La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.
>
> La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.
>
> El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
>
> La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

De este, se puede entender la posición del constituyente en donde buscaba propender por una economía de libre mercado, dándoles apoyo a las empresas de que realizaran sus operaciones comerciales de manera libre y tranquila. Sin embargo, tuvo la precaución de no hacer referencia a la libre competencia como un derecho absoluto, sino que se impusieron límites expresos a la misma. Es acá en donde de manera muy genérica nace la prohibición a las prácticas ilegales que se desarrollan y tipifican en los textos legales y que van afectan a la libre competencia.

Ahora bien, en cuanto al marco legal, este tema en específico al estar estrechamente ligado con los mercados y su connotación espaciotemporal, ha tenido algunos cambios a lo largo del tiempo, pudiéndose así adecuar a las situaciones relevantes legalmente en cada momento.

Comenzó esta regulación con la **Ley 155 de 1959**, la cual como afirman Gaviria et al. (2003):

> Se convirtió así en una figura de museo que sólo llamaba la atención por haber sido incapaz de tener éxito en la práctica, y porque no pudo impedir ni sancionar las prácticas restrictivas del comercio que todos realizaban sin ninguna preocupación por su ilegalidad teórica (p. 46).

Esta Ley se consideró casi que un fracaso en cuanto a la aplicabilidad que se le podía dar en el momento según las prácticas comerciales de la época. Además de esto, la manera en la que estaba

redactada la Ley y los requisitos que se debían recoger para poder catalogar a una conducta como contraria a la libre competencia eran demasiado genéricos.

Sin embargo, se considera indispensable recalcar la importancia de esta Ley en la historia y evolución del derecho de la competencia en Colombia, ya que a pesar de haber sido casi un intento fallido en la práctica fue el primer texto legal en donde se abordó esta temática y dio pie a que este tema se considerara como de alta relevancia legal. Además de esto, esta Ley sumándole la evolución de los mercados y de la sociedad, entra a adecuarse a problemáticas actuales y sirve como postulado normativo que castiga las prácticas monopolísticas ilegales.

A esta le siguió el **Decreto 2153 de 1992**, el cual, a diferencia de la Ley mencionada, buscaba hacer referencia a diferentes situaciones que podían tipificarse como ilícitas mediante varios casos expuestos a lo largo del postulado normativo. En este, se hizo mención del monopolio, dándole una visión un poco más realista sobre lo que implicaba y los diferentes casos en los que se podía presenciar.

Al margen de estas, se promulga la **Ley 256 de 1996**, la cual de manera genérica aborda el tema de la competencia desleal. Que, a pesar de no ser el tema por tratar en este estudio, es importante mencionar este postulado normativo, teniendo en cuenta el gran aporte que realizó en términos de competencia en Colombia.

Ahora bien, se debe hacer referencia a la **Ley 1340 de 2009**, "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia", un postulado normativo reciente que tiene la capacidad de regular de forma más clara y concisa las situaciones que se presentan en los mercados de la sociedad actual.

Claramente se quisiera tener una regulación que abarque la totalidad de dichos problemas a los que se enfrenta la economía y el mercado día a día, pero esto además de ser contraproducente, las sociedades son un elemento que enfrenta cambios constantes y sería casi imposible lograr dicha meta. Sin embargo, se considera que esta Ley cumple de manera correcta con darle tratamiento a los sucesos más comunes.

De esta manera, esta Ley sirve como complemento para el Decreto 2153 de 1992, y logra actualizarlo frente a situaciones que se presenten actualmente frente a las relaciones de mercado,

pero sin perder de vista su objetivo principal, la regulación y sanción de conductas que vayan en contra de la libre competencia.

2. El abuso de la posición dominante

Dentro de las actuaciones que van en contra de la libre competencia, una de las prácticas más comunes por parte de las empresas que ostentan calidades preferenciales de mayor control frente a sus competidores, es el abuso a la posición dominante. En palabras de Mauricio Velandia:

> El abuso de la posición dominante se presenta cuando una vez definido que existe un agente económico con posición de dominio este tiene comportamientos que ponen en riesgo el mercado (típico) o cuando el agente obtiene provecho injustificado de la falta de competencia (atípico) (p. 178).

Cuando la empresa que tiene el dominio de determinado sector del mercado toma provecho de este en detrimento de la posición de las demás empresas que tienen participación en el mismo sector; y en el caso de no haberlas, también pueden tomar una posición en la que se afecte la comercialización de los productos que ofrecen de manera preferencial, controlando varios factores como el precio, de manera que llega a afectar el acceso a estos por parte de los consumidores.

En consonancia con lo expuesto, Almonacid y García (1998) afirman que:

> El abuso de la posición dominante en el mercado, desde el punto de vista meramente civilista, perfectamente puede ser explicado como una de las modalidades comprendidas por la teoría general del abuso del derecho, concretamente del derecho a la libre competencia (p. 160).

Por otra parte, frente a los postulados normativos mencionados, el Artículo 5 del Decreto 2153 de 1992, hace referencia a la posición dominante como “La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

Según esto, al momento en que una empresa al tener la potestad de decidir las condiciones en las que se va a desarrollar el mercado en su sector de injerencia, se debe analizar la nocividad hasta

qué punto se está aprovechando esta situación a costa de un beneficio propio, a costa además del desbalance en el esquema del mercado.

Resulta útil hacer referencia al numeral primero del Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, el cual expone una de las características principales de las conductas que constituyen abuso de la posición dominante. Este señala que: "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 estos".

Del mismo modo, es importante tener clara una de las características expuestas por el Artículo 50 del mismo decreto, la cual expresa como condición principal que el abuso sea realizado por parte de una empresa que ostente la característica de dominante. Aunque parezca redundante, es necesario realizar esta aclaración ya que han surgido diferentes confusiones en las que un actor que no cumple con el requisito de tener esta posición de control ejerce dichas conductas.

Además de esto, destacan otras dos características para tener en cuenta a la hora de darle la connotación de abuso a la posición dominante ejercida por una empresa. Estas son las mencionadas por Gaviria et. al. (2003):

> La posición dominante se caracteriza: primero, por los medios de acción de que dispone la empresa, y segundo por su facultad de ejercer una influencia notable en el mercado.
>
> Para determinar el abuso, hay que buscar: los comportamientos que pretendan eliminar la competencia y los que buscan explotar a los proveedores y consumidores (p. 88).

2.1. Sanciones jurídicas frente al abuso de la posición dominante

Para entender el carácter sancionatorio a este tipo de prácticas restrictivas de la competencia, se debe hacer referencia a los dos preceptos normativos mencionadas anteriormente, los cuales por excelencia han sido los encargados de regular este tipo de conductas ilegales en general, y específicamente sus sanciones. Estos son el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

Entre ambos, se puede determinar un cambio sustancial frente a la regulación y especificación de las multas frente a las cuales las empresas que incurran en el ilícito se enfrentarán. De las

principales razones en las que se sustentaron estos cambios, resalta la búsqueda de una mayor cooperación por parte de las empresas y que estas prácticas cesaran de manera sustancial.

Por esto, los cambios determinantes se pueden resumir en las atribuciones que se le da a la Superintendencia de Industria y Comercio como ente de vigilancia sancionador, la caducidad de esta facultad y los topes asignados para la determinación de las multas.

Por parte del Decreto 2153 de 1992, se establecía una limitación para la Superintendencia de Industria y Comercio, dándole facultad de actuación como ente vigilante y sancionador únicamente cuando la Ley no se la otorgase a otros entes como la Superintendencia de Servicios Públicos o Superintendencia Financiera, entendiéndose así como una **competencia residual**. Hecho que cambia con la Ley 1340 de 2009, donde se le da una competencia plena a la Superintendencia de Industria y Comercio de conocer, investigar y sancionar los diferentes hechos que dieran pie a conductas que afectaran la libre competencia.

En cuanto a la caducidad o plazo otorgado en la etapa investigativa, la norma anterior establecía un plazo de tres años como tiempo límite para que fuera realizada; mientras que la normatividad actual le da a la SIC un plazo de cinco años, al entenderse que esta ampliación es determinante para el correcto desarrollo, análisis y sanción de los casos.

Y frente al carácter cuantitativo de las multas, se trata de un cambio bastante significativo. En el Decreto 2153 de 1992, se establecía un tope de 2.000 SMLMV, mientras que la Ley 1340 de 2009, establece un tope de 100.000 SMLMV o en caso de que la ganancia fruto del ilícito fuese mayor a este valor, la multa podrá representar hasta un 150% del valor de estas ganancias.

Frente a estos valores, es importante establecer que, a pesar de los cambios sustanciales en la normatividad sancionatoria, Colombia opta por que se impongan sanciones ***proporcionales*** a la conducta ilícita. Es decir, no tener unos montos fijos de sanción, sino que como se expresa anteriormente, determinar cuáles son los topes para dichas multas. Como bien lo expresan Alarcón, Quintero y Llamas (2018):

> (…) este modelo pretende generar un mayor grado de disuasión en el infractor, en busca de eliminar o minimizar al máximo el grado de colusión entre las empresas, al no ser rentable la fijación de precios por el alto grado de ser sancionado y el alto nivel de las multas (p. 90).

3. Impacto social y económico del abuso de la posición dominante

3.1. Consecuencias derivadas del abuso de la posición dominante

En cuanto a las repercusiones que trae el abuso de la posición dominante en el ordenamiento de un Estado, se pueden encontrar diversidad de efectos negativos de dicha implementación para los diferentes sectores socioeconómicos del lugar en donde se desarrolla. A pesar de los esfuerzos realizados por los países, al implementar una normatividad que busque restringir, prevenir y castigar la implementación de estas prácticas, los índices de reincidencia por parte los empresarios son significativo.

En el ámbito económico, el abuso de la posición dominante es la clara muestra de un desbalance en el desarrollo ideal de prácticas comerciales que busquen promover la libre competencia entre compañías. Causando que, al implementar estas prácticas en un sector específico de la industria, las empresas emergentes que buscan desarrollar su idea de producto se vean desmotivadas a la hora de hacerlo. Por ejemplo, una persona natural que tenga una idea de producto bien estructurada, con altas probabilidades de éxito dentro del mercado, a la hora de encontrarse con una empresa que ya tenga el control casi absoluto del área de mercado a la cual desea ingresar, tiene una alta probabilidad de fracasar o de desistir de lanzarlo.

Por lo tanto, además de afectar el flujo de una economía de mercado balanceada y que vaya en pro de la sana competencia, irá en contra de los postulados que tienen la mayoría de los Estados a la hora de promover el desarrollo de pequeñas empresas y sus emprendedores.

Por otra parte, en cuanto al impacto social que tiene la presencia del abuso de posición dominante por parte de diferentes entidades, los consumidores estarán sujetos a escoger productos o servicios ofrecidos siempre por estas empresas. Un factor bastante peligroso es el manejo de precios que estas empresas infractoras le dan a sus productos al situarse en una situación “privilegiada” frente a su potencial competencia. Esto provoca que las personas no tengan opciones para una escogencia que se adecúe a sus necesidades y más importante a su presupuesto.

Es importante agregar que estas consecuencias mencionadas se analizan a la luz tanto de parte de los consumidores, como del flujo económico general dentro de un Estado, sin dejar de lado las

repercusiones y consecuencias negativas que tiene esta implementación para las empresas que opten de manera errada por abusar de la posición dominante que ostentan.

3.2. Normatividad extranjera frente al abuso de la posición dominante

Después de haber identificado la regulación implementada por el ordenamiento jurídico colombiano frente al abuso de la posición dominante, sus sanciones y diferentes repercusiones, es importante explorar cómo otros organismos o Estados buscan controlar o combatir estas prácticas anticompetitivas, para lo cual se hace referencia a la regulación del derecho comunitario europeo y de los Estados Unidos de América.

En primer lugar, del derecho comunitario europeo, es importante resaltar que como su nombre bien lo dice es un derecho comunitario aplicable a los Estados miembros de la Unión Europea. Frente a esto, en palabras de Almonacid y García (1998), uno de los escenarios principales que busca debatir el derecho comunitario europeo es "(…) definir en qué momento las concentraciones económicas dejan de producir sus efectos positivos y se convierten en un peligro para la libre competencia" (p. 129).

La regulación genérica de las situaciones que impliquen prácticas anticompetitivas se encuentra en el Art. 86 del Tratado de Roma (CEE) el cual define estas prácticas así:

> Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
>
> Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:
>
> a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
>
> b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
>
> c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

> d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Frente a este, se debe aclarar que, a lo largo del tiempo, la interpretación de este artículo se ha realizado de dos maneras distintas, enfocándose en la actualidad a un entendimiento más profundo y que amplía el espectro tanto de clasificación como de posterior punibilidad de estas prácticas contrarias a la Ley. Como bien lo enuncian Almonacid y García (1998), "Según este nuevo enfoque, lo que pretende sancionar el artículo 86 no es solamente la conducta abusiva de la empresa en posición dominante, sino además el resultado perjudicial producido en las estructuras y el funcionamiento institucional del mercado" (p. 125-126).

En vista de esto, es determinante entender que, a pesar de buscar regular las prácticas anticompetitivas en su conjunto, no hay una definición exacta en cuanto a las prácticas anticompetitivas, esto porque "(…) todo concepto sobre esta situación correría el riesgo de limitarlo en su contenido y alcances, por situaciones de abuso que no constituyen una enumeración taxativa de las conductas que pueden ser consideradas como abusivas" (Almonacid y García, 1998, p. 142).

A pesar de esto, dentro del derecho comunitario europeo se ha logrado establecer una serie de aspectos y situaciones típicas de abuso de posición dominante gracias a los diferentes casos que se han dado a lo largo de la historia, y se pudo crear una guía que de la mano del Art. 86 del Tratado de Roma que ayuda a identificar los casos de abuso de posición dominante. Además, importante enunciar el *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común de 1 de diciembre de 1965*, donde se establece que:

> (…) existe explotación abusiva cuando el comportamiento constituye objetivamente un comportamiento que viola los objetivos fijados por el Tratado. Las prácticas abusivas de una empresa dominante pueden manifestarse frente a los competidores actuales, a los competidores potenciales y a los adquirentes. Como no existe definición general de abuso, su existencia debe ser apreciada en cada caso en función de los objetivos de la norma en que figura esa noción.

Se entiende que a pesar de encontrarse frente a una regulación de derecho comunitario y que cada Estado miembro tenga una regulación mucho más específica frente a las prácticas anticompetitivas

en el mercado, siempre se debe tener como referente lo dispuesto en el Tratado de Roma. Estas en su conjunto, deben ir de la mano y no contradecirse. Como bien lo afirman Almonacid y García (1998), "(…) la Comisión ha determinado que la norma supranacional se aplica siempre que la práctica pueda afectar el comercio entre Estados miembros sin consideración a que la práctica se realice dentro o fuera del territorio de la Comunidad Europea" (p. 160).

Ahora bien, frente a la regulación normativa en los Estados Unidos de América, aquí se tiene un postulado normativo el cual regula todo lo relativo a las prácticas anticompetitivas. Siendo, el *Sherman Antitrust Act de 1890*, el cual posteriormente fue perfeccionado y complementado por el *Clayton Antitrust Act de 1914*. Entre ambos postulados se puede encontrar y determinar cuáles son las prácticas anticompetitivas, sanciones y excepciones a estas.

Frente a este compendio normativo, resalta un esquema de indemnización llamado "*Treble Damages*" implementado en el *Clayton Antitrust Act de 1914*, el cual en palabras de Miranda (1992):

> (…) pretende disuadir a los potenciales violadores de la ley, incentivar la iniciación de procesos y la protección de la competencia por parte de los particulares, y proveer los recursos necesarios para indemnizar a los perjudicados (p. 139).

Resulta de gran ayuda aplicar este modelo de indemnización implementado por el ordenamiento jurídico norteamericano a la hora de enfrentar este tipo de situaciones frente a prácticas anticompetitivas. El cual, como lo afirma Torrado (2010), consiste en que la persona natural o jurídica que se haya visto afectada por una práctica anticompetitiva y que logre probar de manera efectiva el nexo causal entre dicha conducta y el daño sufrido, podrá reclamar hasta tres veces el valor del daño sufrido, las costas legales y honorarios en los que haya incurrido.

En suma, se puede entender cómo se proponen diferentes opciones en pro de lograr una satisfactoria indemnización de los perjuicios que sufre una empresa considerada como potencial competidora. En palabras de Torrado (2010),

> En contraste, en Colombia, la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia se asemeja un poco más a la forma europea, ya que en nuestro derecho no se hace uso de la justicia penal para sancionar las conductas anticompetitivas, ni se maneja un sistema de indemnización único, dado que el procedimiento

administrativo ante la SIC tiene el propósito de sancionar o castigar la conducta mediante la imposición de multas, mas no permite una indemnización a los perjudicados (p. 5).

4. El Daño dentro de la institución jurídica de la responsabilidad civil extracontractual

4.1. Estructura de la responsabilidad civil

Antes de desarrollar el tema planteado es necesario recalcar que no existe un régimen especial de responsabilidad en el que el afectado pueda solicitar el resarcimiento del daño con ocasión del despliegue de la práctica restrictiva a la libre competencia[1]. Así las cosas, se entiende que, si el evento anticompetitivo causare un daño a un tercero, la víctima deberá acudir al régimen general de responsabilidad civil extracontractual para reclamar la indemnización debida.

Según Eduardo J. Couture (1954), la responsabilidad civil es "la obligación que pesa sobre una persona de reparar el daño sufrido por otra, como consecuencia de un hecho ilícito o del incumplimiento de una obligación contractual" (p. 57*)*. Por su parte, el Jaime Guasp (1984) lo define como "la obligación de responder por los daños causados a otro sea por un hecho propio o por un hecho ajeno″ (p. 235).

La responsabilidad civil es aquella obligación de reparar el daño causado a otra, que surge como consecuencia de un hecho antijurídico. Así las cosas, dicha institución supone ciertos elementos, todos necesarios para la estructuración de la responsabilidad, los cuales son: 1) El hecho generador e imputable, 2) El daño, y 3) El nexo causal.

i. El hecho

La obligación de indemnizar nace de un hecho que, en principio, no pretende crear efectos jurídicos, pero que igual los puede producir cuando desemboca en la causación de un daño. El siguiente

[1] A diferencia de las prácticas restrictivas a la libre competencia, los actos constitutivos de competencia desleal sí cuenta con norma especial que regula la responsabilidad, cuyo contenido se encuentra consagrada en la Ley 256 de 1996.

ejemplo demuestra lo anterior: si varias empresas regulan los precios de sus productos o servicios en el mercado de forma ilegal para obtener mayores ganancias en sus compañías, se percata que la intención inicial de los empresarios es incrementar su lucro, mas no producir efectos jurídicos adicionales, como es el detrimento del patrimonio de sus consumidores y demás empresas competidoras.

Asimismo, el hecho se puede concretar por una conducta activa u omisiva por parte del agente. La conducta será activa cuando el sujeto despliegue comportamientos, mediante actividades físicas y necesarias para que el cambio en el mundo exterior se vea materializado. Por su parte, la conducta omisiva se ha distinguido entre la omisión en la acción y la omisión pura y simple.

Javier Tamayo Jaramillo explica la distinción entre ambas omisiones, al afirmar que:

> La omisión en la acción, cuando ella es culpable genera la responsabilidad civil del agente. Este tipo de omisión se presenta cuando el agente al realizar una conducta omite otra que es determinante en la producción del daño. Tal sería el caso del conductor de un vehículo que al transitar durante la noche omite encender luces. (...) En cambio habrá omisión pura y simple cuando el agente realiza una conducta completamente ajena, desde el punto de vista físico, a la acusación del daño y, al mismo tiempo, omite realizar una conducta que habría evitado la producción del perjuicio, Tal sería el caso de quien prefiere quedarse jugando a las cartas en lugar de socorrer a alguien que está en peligro. (Tamayo, 2018, p. 194-195).

En este orden de ideas, la concreción del hecho generador de responsabilidad civil puede ocurrir incluso cuando el agente no despliegue conducta alguna para evitar el daño.

ii. El daño

Desde una perspectiva objetiva, el daño versa en la afectación que sufre una persona, derivado de un evento determinado, el cual puede verse materializado en bienes, ya sea de su propiedad o su patrimonio. Empero, Zannoni (2005) aclara que el daño no solo podría implicar la afectación de los bienes privativos de una persona, sino que también puede estar inmerso respecto de intereses que una colectividad o grupo de personas lo comparten (p. 1). Por su parte, Tamayo (2007), comprende la noción del daño civil indemnizable como "(...) el menoscabo a las facultades jurídicas

que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima*"* (p. 326).

Al entender que el daño resulta ser un detrimento de un derecho, interés o incluso un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, el artículo 1494 del Código Civil cobra relevancia en el asunto, toda vez que este regula las fuentes de las obligaciones y pone de presente que:

> Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un **hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos**; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia (Negrilla y subrayado propio).

En este sentido, según la Sentencia No. 1100131030382001-01054-01, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2009), manifiesta que, en virtud del artículo previamente expuesto, el daño es fuente de obligación para el agente que lo cause, y expone que: "(...) la obligación de repararlo, parte de su existencia real u objetiva -presente o futura-, sin la cual, por elementales razones lógicas, el mencionado deber de prestación no surge". El daño como elemento de responsabilidad civil, versa en aquella lesión o erogación de un bien, ya sea patrimonial o extrapatrimonial que se le genere a la víctima y surge la obligación de indemnizar lo causado, es decir el perjuicio.

El término "daño" hace necesaria referencia a un cambio de condiciones; es un estudio comparativo de las situaciones anteriores y posteriores al hecho dañoso, que implica necesariamente una transición entre el momento X y el momento Y. Todas las afectaciones que pueda presentar una persona, que existieran con anterioridad a un momento determinado, no pueden considerarse estrictamente un "daño".

En términos del estudio en cuestión, si la empresa competidora X que se encontraba al borde de la quiebra por ausencia de clientela, enfrenta un nuevo desafío relativo a la existencia de abuso de posición dominante por parte de las compañías Z y Q que acuerdada un precio estándar en el producto o servicio para aumentar la venta de estos, ello no deriva la existencia del daño. En otras palabras, no siempre que ocurran hechos antijuridicos como el abuso de la posición dominante, implica la presencia del daño. Lo anterior, se justifica en que la sociedad X sí sufrió un menoscabo

en su patrimonio; sin embargo, el abuso de la posición dominante no incidió en que dicha situación cambiara, puesto que la empresa competidora iba a continuar sin clientela pese a al ejercicio de la práctica restrictiva a la libre competencia.

Es obligación del agente transformar el entorno de la víctima al estado previo a la ocurrencia de los daños (Tamayo, 2007, p. 331). No obstante, ello no implica que en ciertos eventos se pueda presenciar la excepción a la regla, y esto ocurre en los eventos de un hecho justificativo o causa extraña.

Ahora bien, cuando se habla del daño, es determinante tener en cuenta los diferentes requisitos que se deben cumplir para afirmar que se está frene a este elemento esencial de la responsabilidad civil. Esto es, que el daño debe ser i) cierto, ii) personal, y iii) el beneficio afectado debe ser lícito.

En primer lugar, al hacer referencia a la certeza, se entiende que para que el daño sea reparable debe ser **cierto**, lo que implica que debe ser real y efectivo, mas no meramente hipotético o conjetural, pues si ello es así, no habrá lugar a la condena del agente de la acción lesiva. La prueba de esto varía de acuerdo con las circunstancias de cada escenario, pues no siempre es fácil encontrar medios que permitan acreditarlo.

Por su lado, la certeza del daño futuro implica grandes retos, pues en sí, el hecho futuro es algo incierto, toda vez que nadie puede predecir lo que sucederá en el tiempo, pero no por ello se dejará de indemnizar el daño. La certeza en este evento podrá ser más laxa, es decir, no se exigirá con tanta rigidez como lo es en el supuesto del daño pasado y presente.

En la sentencia del 2 de junio del 2017, proferida por el Consejo de Estado, con ponencia de Roberto Augusto Serrato Valdés, se recalcó la necesidad de la certeza en el daño:

> (...) Ahora bien, aunque por excelencia el daño cierto es aquel que se ha consolidado - que ha expresado toda la potencialidad de la lesión del derecho- al momento del amparo judicial, no se puede, como bien lo señala el jurista Juan Carlos Henao Pérez, excluir de esta categoría el daño que consiste en una amenaza de destrucción definitiva del derecho, pues esta situación también se expresa en el carácter cierto del mismo, en tanto que se constituye en la alteración del goce pacífico del derecho. No obstante que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva.

Basta con que el Juez encuentra acreditada la certeza del daño para que, con posterioridad y en conjunto con las pruebas aportadas, se pueda definir la cuantía del perjuicio a ser indemnizado.

En cuanto el segundo requisito, que el daño sea **personal**, hace referencia a quienes están habilitados para demandar su reparación, entendiéndose a estos como la víctima del daño o sus herederos. Sin embargo, es importante realizar una salvedad en el ordenamiento jurídico colombiano, donde se mencionan los "daños contingentes". En palabras de Tamayo (2007):

> (…) el derecho nacional, al precisar la legitimación para reclamar por perjuicios, debe distinguirse entre legitimación para demandar en caso de amenaza de daño o daño contingente y la legitimación para demandar la reparación del daño cierto. (p. 421)

Frente legitimación para demandar en caso de amenaza de daño o daño contingente es importante clarificar que, según el Artículo 2359 del Código Civil, estos pueden tanto buscando que se reparen intereses colectivos, pudiéndolo realizar cualquier ciudadano que se haya visto afectado y pertenezca al determinado colectivo; como en búsqueda que se reparen intereses de personas determinadas, donde el único habilitado será la víctima.

Por ello, se puede comprender la diferenciación que se hace a la hora de mencionar el requisito del carácter personal del daño. Al tener en el ordenamiento jurídico colombiano, la posibilidad de demandar un daño contingente en donde potencialmente se ven vulnerados los intereses de una colectividad.

Ahora, en cuanto al requisito de que el **beneficio afectado por el daño debe ser lícito**, han surgido diferentes debates doctrinarios frente a la concepción de licitud y que tratamiento se le debe dar a este concepto para que se considere como necesario para la configuración del daño.

Sin embargo, luego de numerosos avances jurisprudenciales, el ordenamiento jurídico colombiano ha aceptado de manera mayoritaria que el demandante no requiere un interés jurídicamente protegido, sino el postulado de que es suficiente con que un interés legítimo se haya visto lesionado para poder demandar la reparación de este. Esto, en concordancia con el fallo del 30 de octubre de 1964 de la Corte Suprema de Justicia, afirmando que:

> La protección de la ley no ha de circunscribirse, sin faltar a la equidad, a los casos de lesión de derechos que las instituciones aseguran con acciones judiciales

> (jurídicamente protegidos), sino que debe comprender también aquellos en que hay menoscabo de un interés legítimo.

Henao (2017) recalca que el daño inicia desde el momento en donde el derecho se ve amenazado con su lesión definitiva, y esto provoca una disminución sobre el interés. En otras palabras, tendrá más valor un derecho en paz, que uno al que se encuentra amenazado, el cual, a su vez, supone la herramienta de la acción judicial.

Habiendo entendido el daño como elemento esencial de la responsabilidad civil, es determinante realizar una clarificación teórica de este concepto frente al "perjuicio". A lo largo de los años la academia se ha visto enfrentada a uno de los grandes debates relacionados con la responsabilidad civil, en el cual se discute si el daño y el perjuicio conforman un mismo concepto o, al contrario, son nociones diferentes.

Cierta parte de la doctrina establece la distinción entre el daño y el perjuicio, al advertir que el primero versa en la simple destrucción o deterioro de un objeto, mientras que el segundo se refiere a la erogación o disminución patrimonial que sufre la víctima, derivado de dicho daño. Bajo esta idea, la dualidad entre estos dos conceptos resulta indispensable, toda vez que si nos enfrentamos ante un proceso en donde se prueba la existencia de un hecho dañoso, un daño y un nexo de causalidad entre ambos, pero no un perjuicio o padecimiento, el juez podrá declarar la responsabilidad del agente, pero no lo condenará al pago de la indemnización.

En vista de la postura planteada, se entiende que, cuando se cause un daño en la esfera material del individuo, se podrá tener como consecuencia un perjuicio que deberá repararse, sin embargo, ello no ocurre en todos los escenarios. Si por ejemplo el juez condena el daño al buen nombre e impone una condena económica al demandado, los defensores de esta postura asegurarían que dicha consecuencia no es de naturaleza indemnizatoria que contempla la institución de la responsabilidad civil, por el contrario, esta obligación sería fruto de una imposición sancionatoria.

En el texto de *Nuevas reflexiones sobre el daño* (Tamayo et. al., 2017), se cita la postura planteada por Sergio Rojas Quiñones, en el cual manifiesta lo siguiente:

> Nuestra responsabilidad civil tradicionalmente se ha estructurado sobre dos pilares fundamentales: su función predominante indemnizatoria y su orientación hacia la reparación de las repercusiones desfavorables que genera la lesión a un interés

> jurídico tutelado (v. gr. el daño emergente o el daño moral). Por lo pronto, no se ha aceptado un carácter marcadamente sancionatorio; tampoco se han aceptado, por regla general, indemnizaciones derivadas de la mera infracción, cuando la misma no ha generado ninguna repercusión.
>
> (...) Como lo reconoce la propia sentencia, el nuevo rubro se configura con la sola trasgresión del bien personalísimo, independientemente de si ha existido o no una repercusión derivada de dicha trasgresión. Así, el solo proceder antijurídico habilita la 'indemnización', incluso si el mismo no genera una consecuencia desfavorable que sea aprehensible. Por supuesto que, con esta postura, no solo colapsan varios de los elementos dogmáticos de la responsabilidad (el daño se confunde con el actuar antijurídico), sino que, además, se procede en contra de su carácter indemnizatorio, al condenarse el pago de una suma de dinero por la sola infracción del interés tutelado (p. 29-30).

En consonancia con lo anterior, en la Sentencia SC10297 del 5 de agosto de 2014 con Magistrado Ponente Ariel Salazar, se advirtió la diferencia entre estos dos conceptos, afirmando que:

> (…) no es la fuente de la que emana la responsabilidad (contractual o extracontractual) el criterio que permite otorgar el pago de la indemnización integral del perjuicio, **dado que no existe una necesaria correlación entre la patrimonialidad de la prestación y la naturaleza del daño.**
>
> Por el contrario, es la comprobación de un daño a la persona lo que da lugar al resarcimiento no patrimonial, con independencia de si tuvo o no su origen en un convenio que en principio pudo perseguir un beneficio netamente económico (negrilla y subrayado propio).

Desde el punto de vista de Nicolás Polanía, la dicotomía entre estos dos conceptos resulta evidente a partir de los postulados de los artículos 2072 y 2342 del Código Civil ya que:

> El artículo 2072 indica, con una redacción impecable, que el transportador responde cuando se produce un daño o perjuicio a una persona por la mala calidad del medio de transporte. Se trata, como se ve, de un supuesto clarísimo de responsabilidad objetiva, en la medida en que no es necesario para quien padeció el daño o perjuicio

> demostrar negligencia o malicia en el agente del daño, sino el daño o perjuicio que le sobrevino por la mala calidad del vehículo.
>
> La 'o' de 'daño o perjuicio', consideramos, no es de equivalencia, sino que la norma se refiere de forma clara a las dos esferas de 'la persona' que pueden resultar agredidas, a saber, el material y la inmaterial.
>
> Si el daño tiene consecuencias en la esfera material del sujeto, dicha consecuencia es el perjuicio y es lo que se repara, es aquello por lo que responde el agente. Si el daño recae en la esfera inmaterial del sujeto, es decir, aquella en la que se agrupan bienes jurídicos sin contenido económico, imposibles de amonedar, lo que se repara es el daño en sí mismo. En esta esfera es imposible hablar de perjuicio, y por eso la jurisprudencia ha desarrollado las categorías de daño moral y daño a la vida de relación, en la Corte Suprema de Justicia, y daño moral, daño a la salud y daño a bienes constitucionalmente protegidos, en el consejo de Estado (p. 37).

Además, advierte que el artículo 2342 de dicha normatividad reafirma esta teoría, puesto que si alguno de los derechos allí descritos, tal y como usufructo, uso o habitación, sufre un verdadero menoscabo material, se trata de un perjuicio.

> La redacción de la norma, estructurada de forma condicional, hace depender su eficacia de que el daño haya irrogado un perjuicio al derecho de usufructo, uso o habitación, de manera que si no hay perjuicio, así haya daño, no hay lugar a la aplicación de la norma, es decir, el titular del derecho no puede perseguir reparación alguna.
>
> Como se ve, a partir de la interpretación propuesta de estas normas es lícito concluir que daño y perjuicio son cosas distintas; que el perjuicio es la consecuencia material del daño; que por tanto es posible que haya daño sin perjuicio, pero no perjuicio sin daño; y que es impropio hablar de perjuicio en la esfera inmaterial del patrimonio de la persona, en la que lo que se repara es el daño en sí (p. 38).

Así las cosas, la diferenciación entre el daño y el perjuicio radica en la esfera por medio del cual la victima sufre el daño, pues si es inmaterial, es decir que se agrupan bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial, no se podrá hablar de perjuicio, y lo que se busca reparar es el daño en sí mismo.

En la conferencia organizada por el Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado (IARCE) de 2017, Juan Carlos Henao advirtió su postura sobre el daño y perjuicio al manifestar que, a su parecer, la distinción no es un acto necesario, por lo que trata estos dos conceptos como sinónimos. Empero, para Henao, el único fin de analizar la diferencia entre el daño y el perjuicio versa en las utilidades que le genera a la responsabilidad civil. La primera función o utilidad está relacionada con la acogida de los derechos tanto pecuniarios como no pecuniarios en la noción del daño. Anteriormente era rechazada la idea de que dentro del concepto del daño pudiese estar inmersa la amenaza ante bienes de carácter extrapatrimonial.

El segundo elemento por el que le parece útil distinguir entre daño y perjuicio radica en la reflexión sobre el daño colectivo. El Código Napoleónico era caracterizado por procurar la protección del patrimonio del individuo como singular. Para ese entonces, la idea de acudir una herramienta jurídica, como la acción popular, que permitiese exigir la indemnización de daños colectivos, era impensable.

En este sentido, Henao define el daño como la lesión a los intereses lícitos a una situación jurídicamente desprotegida, pero que incluye derechos pecuniarios y no pecuniarios, individuales o colectivos "(...) que surgen por la lesión definitiva, por la alteración o amenaza en el goce pacífico del derecho y que, gracias a la acción judicial (como última instancia) es objeto de reparación siempre y cuando los otros elementos de la responsabilidad se encuentran reunidos".

La reparación[2] es la forma con la cual se cumple la obligación de indemnizar para volver al estatus quo anterior del daño. Las formas de reparación del daño tradicionalmente aceptadas por la doctrina es la pecuniaria y la reparación in natura. La pecuniaria es la más implementada en Colombia y otorga a la víctima una suma de dinero como resultado de convertir el daño en unidades monetarias. Por su lado, el esquema de la reparación in natura contempla la compensación del perjuicio diferente al dinero. En este orden de ideas, el perjuicio radicaría en la disminución del patrimonio de la víctima como consecuencia del daño, del cual se deriva la obligación reparatoria.

Ahora bien, uno de los doctrinantes que lidera la teoría monista en la que no existe alguna distinción entre el daño y el perjuicio, está encabezada por Javier Tamayo Jaramillo (2007). Tal y como se mencionó en acápites anteriores, para Tamayo el daño civil indemnizable versa en el menoscabo

[2] Juan Carlos Henao equipara los conceptos de reparación, indemnización, restablecimiento, compensación, etc., puesto que todos buscan el mismo fin.

de un bien patrimonial o extrapatrimonial que sufre la victima como consecuencia de la afectación a las facultades jurídicas que este tiene para gozar de un beneficio económico o no económico. Este daño será indemnizable cuando es provocado por un agente diferente a la víctima.

No obstante, él propone dos conceptos que justifican la razón de ser de esta teoría monista y radican en la noción del "daño", puesto que solo será civilmente indemnizable el daño jurídico (concepto número 1), mas no el daño físico (concepto número 2). Este último lo define como toda lesión o deterioro material que sufre una cosa o una situación, mientras que, el daño en sentido jurídico civil contempla un factor adicional en la ecuación, el cual versa en la necesidad de que el ordenamiento jurídico proteja esa cosa o situación, es decir, que sean bienes jurídicos. En otras palabras, el deterioro material de un bien o de una supuesto puede constituir daño en sentido físico, pero no siempre implica que sea jurídico.

Vale la pena recalcar que, cuando se advierte que el daño jurídico implica que la situación o cosa esté protegido por el ordenamiento jurídico, significa que, bajo la soberanía del Estado se faculta a los sujetos para que lo disfruten. El facultado será titular de bienes patrimoniales o extrapatrimoniales que deberán ser respetados, por lo que, si este se vulnera, tendrá derecho a que sea resarcido.

Los daños jurídicos en sentido estricto existen o no existen. Desde que se produzca una lesión al bien jurídico patrimonial o extrapatrimonial, habrá un daño o perjuicio reparable. Si como consecuencia de dicha afectación se lesionan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, habrá tantos nuevos daños como afectados exista.

De conformidad con lo expuesto y con fines meramente aclarativos, se recalca que el análisis a desarrollar en el presente texto se basará sobre la teoría dualista, en donde son distintas las nociones del daño y del perjuicio, tanto así que se puede ocurrir el evento de presenciar uno sin que exista el otro.

iii. Nexo causal

La institución jurídica de responsabilidad civil implica que el daño causado a la víctima sea consecuencia del hecho generador e imputable. Debe estar presente una conexión entre la causa y el efecto o resultado, concretamente entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima.

De conformidad con lo expuesto por Velásquez (2013), la causalidad jurídica difiere de la física, puesto que:

> (...) La causa de la muerte de una persona, desde el punto de vista físico, puede ser un paro respiratorio, pero la causa jurídica puede consistir en que un tercero omitió el cuidado necesario: por ejemplo, el médico o enfermera no cuidó debidamente del paciente, o aplicó equivocadamente un medicamento que generó el desenlace, o fue una acción positiva de asfixia mecánica (eutanasia). En todos los casos, la causalidad física de la muerte es el paro respiratorio; la jurídica es una atribución intelectual (algunos prefieren por esto hablar de imputación) que el derecho le hace a una persona determinada por su acción o por su omisión, de la cual se desprende el reproche, penal o civil, y derivan las consecuencias correspondientes (p. 624).

El concepto ha sido fruto de numerosas interpretaciones, a veces disímiles por algunos doctrinantes, empero, en el presente texto no se analizarán tales cuestionamientos a profundidad, toda vez que no son determinantes para el entendimiento conjunto de la institución del daño frente al abuso de la posición dominante.

Es preciso sacar a colación una de las grandes problemáticas con las que se enfrenta el elemento de la causalidad, la cual versa en la respectiva práctica probatoria. Lo anterior se supedita a que, en la mayoría de los supuestos no se logra obtener una guía específica que arroje resultados totalmente certeros. Es decir, comprobar que el detrimento patrimonial de un consumidor es el resultado exclusivo del alza injustificado de los precios de un producto por el ejercicio de prácticas monopolísticas ilegales de la empresa vendedora, es lo mismo que definir la etapa probatoria como una odisea sin fin.

Por ello, la labor de los jueces es determinante, haciendo necesaria la implementación de diversas herramientas como los indicios, testigos, peritos, entre otros, para que den luces ante la presencia de este nexo de causalidad en los diversos casos.

En palabras de Tamayo (2007), "(...) llamar la atención en relación con la forma como el juez debe apreciar los dictámenes periciales que se producen dentro de los procesos para determinar científicamente la existencia o inexistencia del nexo causal" (p. 253). Del mismo modo, Tamayo advierte que, aunque se trata de una práctica en la que en casos específicos se dificulta llegar a una

respuesta, la víctima debe lograr probar el nexo entre el daño que sufrió y el hecho perpetrado por el agente que está siendo acusado.

Ahora bien, una vez entendida la importancia de la relación causal entre el hecho y el daño, se debe percatar que no todo supuesto en el que concurran dichos elementos configura la obligación de indemnizar que justifica la responsabilidad civil. Como se mencionó antes, la institución en estudio tiene excepciones que exoneran de responsabilidad al agente: causa extraña o hecho justificativo.

La causa extraña, entendida como un eximente de responsabilidad, supone que el daño que en principio se imputa a determinado sujeto, sea causado por un fenómeno exterior a la actividad de aquel. A partir de lo anterior, se entiende que para estar ante la presencia de causa extraña es necesario que el fenómeno al que se le atribuye la causación del daño sea irresistible y jurídicamente ajeno al demandado. La causa extraña encuentra su aplicación en los eventos de: fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero y hecho exclusivo de la víctima.

4.2. Función de la responsabilidad civil

En la etapa histórica, específicamente dentro del tránsito de la sociedad agrícola a la industrial, la responsabilidad civil tenía como objetivo la protección y control de la propiedad dentro de la comunidad, pues los problemas que empezaron a trazarse dentro de los integrantes de la comunidad hicieron que fuera necesaria la creación de una herramienta que controlara los eventos en donde se presenciaban daños en los bienes y/o patrimonio. En este sentido, se buscaba que la propiedad fuese respetada ante agresiones externas y, asimismo, procuraba la atenuación de la carga agresiva frente a los demás. Con el paso del tiempo, la responsabilidad civil pasó de ser una regla de "(...) protección de propiedad a tener el carácter de un instrumento de gestión de las compatibilidades entre dichos interese" (Rodotà, 2005).

Esta connotación inicial de responsabilidad tuvo un aumento en la industria, pues la obligación de reparar el daño ocasionado ya no surgía solo por la afectación de tipo patrimonial. La idea del daño creció cada vez más, hasta que, tiempo después surgió un nuevo tipo de afectación, la cual versa en carácter extrapatrimonial.

A partir del desarrollo y evolución histórico tanto de la legislación colombiana, como numerosos avances doctrinarios, se acogerá la tesis de la existencia de cuatro grupos de funciones que cumple

la responsabilidad civil en la sociedad. Siendo, función reparatoria, preventiva, sancionatoria y distributiva.

En cuanto a la función **reparatoria**, se entiende que la institución jurídica de responsabilidad civil procura la indemnización de un daño cuando este haya sido derivado de un hecho imputable y antijurídico. Sin alguno de los elementos mencionados, no se estaría ante la responsabilidad civil, sino que, por el contrario, podríamos estar ante otro escenario jurídico. De conformidad con lo mencionado, se entiende que la naturaleza de la responsabilidad civil es resarcir el daño o, en otras palabras, volver al estado natural de las cosas con anterioridad a la ocurrencia del hecho, y se promulgó la idea ficticia de que el daño nunca ocurrió, o al menos que la víctima pudo ser compensada por en menoscabo en el bien jurídico.

En segundo lugar, se entiende por función **preventiva**, que la responsabilidad civil no solo procura resarcir el daño, puesto que también pretende desincentivar la conducta dañina. Si los integrantes de la sociedad conocen la prestación de carácter sancionatoria, originada por cometer actos que le puedan causar daños a otros, podrá acarrear a que los ciudadanos sean más cuidadosas, responsables y respetuosas.

Como bien afirma Rojas (2012), "Mediante el reconocimiento explícito de una función preventiva de la responsabilidad civil, pueden ampliarse medidas ya existentes —y crear otras nuevas— a través de las cuales los ciudadanos puedan incluso acudir al juez antes de que se produzca un daño" (p. 361-363). Dicha función busca prevenir los daños que económicamente sea razonable evitar.

Frente a la función **sancionatoria** de la responsabilidad civil, se entiende que además de buscar un resarcimiento de los daños causados a la víctima, se debe castigar o sancionar al agente que haya causado el actuar dañoso. Esta función ha tenido numerosas posturas doctrinales, hay autores que sugieren que la responsabilidad civil no es la institución encargada de castigar, ya que existen normas civiles que tratan este asunto.

De este debate doctrinario, cabe destacar la postura de Rojas (2012) quien, ha propuesto incorporar explícitamente una indemnización punitiva en Colombia, sujeta a ciertas reglas. Para lograr así un compendio normativo que además de buscar el resarcimiento y prevención de daños, pueda encontrar un carácter sancionatorio taxativo.

Por último, la función **distributiva** va más allá de un simple resarcimiento social, sino que pretende la búsqueda de una redistribución de los recursos. Es decir, que no se resarza al estado inicial, sino que, si es el caso, se busque mejorar la situación en la que se encontraba el agente afectado. Ello ha sido claro objeto de cuestionamientos, ya que la doctrina mayoritaria afirma que la institución jurídica de la responsabilidad civil no se debe encargar de reorganizar o redistribuir los recursos en la sociedad, únicamente debe concentrarse en reintegrar y devolver a la situación inicial en la que se encontraba el sujeto afectado.

Esto en palabras de Mir Puigpelat (2012):

> A mayor daño mayor, mayor indemnización, con independencia de la necesidad. De hecho, puede decirse que la cuantía de la indemnización que ofrece la responsabilidad es, en realidad, inversamente proporcional a la situación de necesidad de la víctima: cuanto más rica sea la víctima y, por tanto, menor su necesidad, mayor es la indemnización que percibirá. Tras la entrada en funcionamiento de la responsabilidad civil, por tanto, el rico sigue siendo igualmente rico y el pobre igualmente pobre (p. 213).

4.3. Responsabilidad civil extracontractual

La obligación de indemnizar puede provenir tanto de un hecho antijurídico, o de un incumplimiento obligacional. El primer supuesto se refiere a la responsabilidad extracontractual, en donde el daño es generado por un hecho ilícito que no tiene relación alguna con el incumplimiento de una obligación pactada en un contrato debidamente celebrado, sino que, por el contrario, el agente despliega un acto proveniente ya sea de un delito o de un ilícito de carácter civil que da lugar a la concurrencia del daño. Por su lado, la responsabilidad contractual versa en la obligación que tiene el agente por reparar el daño derivado del incumplimiento de una obligación contractual. En otras palabras, se podría decir que toda responsabilidad cuya naturaleza no sea contractual, se enmarcará en la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

La responsabilidad aquiliana se basa en el principio de reparación integral de los perjuicios causados, los cuales no tienen carácter sancionatorio, pero sí indemnizatorio. Es por este motivo que, la reparación de los daños generados en virtud del hecho antijurídico e imputable, se pueden

exigir una vez sea probado el monto de lo afectado, de lo contrario, su reclamación sería imposible. Asimismo, la responsabilidad contractual –que surge por el incumplimiento de un acuerdo entre privados– contempla el principio de la reparación integral de la víctima, o, en palabras de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1008 del 2010 con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo: "(...)la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado".

No obstante, por la naturaleza contractual, dicho principio podrá estar limitado, ya sea por las cláusulas legislativas razonables o por el acuerdo entre particulares bajo la figura de la autonomía de la voluntad privada[3]. Lo anterior implicaría la posibilidad de que los sujetos contractuales pacten el reconocimiento de una cantidad superior o inferior al monto real del daño, o incluso, podrían acordar figuras, tal y como la eximente de responsabilidad pecuniaria, etc. En otras palabras, el principio de reparación integral en materia contractual se encuentra limitado, pues en ciertas ocasiones no se tiene que ceñir a lo probado, sino que puede extenderse o limitarse de conformidad con lo acordado en la celebración del contrato.

El presente trabajo se enmarca en la responsabilidad civil extracontractual, ya que en los escenarios cuyo daño es producto del abuso de posición dominante, por regla general, las victimas no cuentan con un vínculo contractual con la empresa que realizó dicha práctica restrictiva de la competencia. La libre competencia se enfoca en un interés colectivo y difuso, en donde participan una cantidad indeterminada de personas. Lo anterior genera la conclusión de que es limitada la posibilidad de que exista una celebración previa de vínculos jurídicos e individualizados entre el damnificado y el victimario, por lo que en la mayoría de los escenarios nos enfrentamos ante la responsabilidad civil extracontractual.

El título XXXIV del Código Civil establece los preceptos normativos relacionados con la responsabilidad común por los delitos y las culpas, es decir, una responsabilidad extracontractual. En este sentido, el artículo 2341 de dicha normatividad define el concepto de responsabilidad

[3] Corte Constitucional, sentencia C-1008 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo: "(...) Este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que "Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas".

aquiliana, al afirmar que “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”

De conformidad con lo mencionado con la Corte Suprema de Justicia (1999), la responsabilidad extracontractual implica la concurrencia del hecho generador e imputable, el daño y el respectivo nexo causal entre el uno y el otro, empero, incluye una carga adicional para la victima reclamante:

> (…) como desde antaño lo viene predicando la Corporación con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y este”. Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a este a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció.

Según lo expuesto, para que el daño pueda ser indemnizable bajo el régimen de responsabilidad extracontractual no solo requiere la coexistencia de un hecho imputable, daño y el nexo causal, sino que la víctima o reclamante deberá probar dichos elementos. De lo contrario, no se estará en presencia de un supuesto acobijado por la responsabilidad civil aquiliana.

Aunque la responsabilidad pueda ser contractual o extracontractual, como bien se mencionó, estas corrientes también pueden tener una subdivisión relacionada al elemento de la culpa o del dolo, por lo que, para este punto es preciso plantear la distinción entre la responsabilidad subjetiva o con culpa y la responsabilidad objetiva.

La responsabilidad subjetiva se caracteriza por ser el criterio de imputación relativa a la culpa o el dolo que el autor del hecho antijuridico debió haber contenido en su actuar. En otras palabras “(...) es aquella en la que el débito indemnizatorio surge a raíz de una actuación dolosa o culposa del agente, de tal manera que la constatación de la corrección del comportamiento juega un papel estructural en la imputación de la responsabilidad” (Martínez y Rojas, 2018, p.12).

En este orden de ideas, no basta con probar el hecho ilícito, el daño y el nexo causal, pues también deberá acreditar la culpa o el dolo por parte del agente. No obstante, el demandado podrá eximirse de responsabilidad no solo con las causales generales que ofrece la institución –causa extraña o hecho justificativo– sino que también podrá demostrar la diligencia y cuidado que tuvo a la hora de actuar. Es decir, la responsabilidad subjetiva parte del ideal en el que sin culpa o dolo por parte del sujeto al que le es imputable el daño, no habrá cabida para exigir la obligación de indemnizar.

Por su lado, la responsabilidad objetiva versa en todo lo contrario, pues no requiere que medie la culpa o el dolo en por parte del agente, lo que implica comprometer la responsabilidad del sujeto simplemente con la prueba del hecho antijurídico, el daño y su respectivo nexo causal. En palabras de Javier Tamayo Jaramillo (2007) "(...) el elemento subjetivo de la culpa carece de incidencia en la responsabilidad y que debería bastar el daño y la imputabilidad causal del agente para que este comprometiese su responsabilidad".

Mientras el foco principal de la responsabilidad subjetiva radica en la culpa, en la responsabilidad objetiva se centra en los factores de atribución objetivos, dejando a un lado la culpa, la diligencia y/o el cuidado en el actuar del demandado. De esta manera, el agente solo logrará eximirse de responsabilidad probando causa extraña o hecho justificativo, mas no podrá agotar la vía de la prudencia, diligencia o cuidado en su actuar, pues para este régimen ello es indiferente.

Ahora bien, a diferencia de la competencia desleal, las prácticas restrictivas del mercado se encuentran dentro del régimen subjetivo previamente planteado, lo que implica que el generador de la conducta anticompetitiva solo podrá ser declarado responsable cuando no haya actuado con la diligencia y cuidado requerida. Al respecto, Velandia (2011) menciona lo siguiente:

> Otra cosa ocurre cuando se trata de una pretensión basada en la afectación a la competitividad, es decir que el comportamiento anticoncurrencial cause daño. En ese sentido, **<u>será necesario adelantar una imputación con ocasión del desmedro patrimonial de una empresa. Para ello cobra vigor el elemento culposo o doloso.</u>** En ese sentido, los objetivos probatorios serán distintos de los mencionados para el caso de aprovechamiento indebido a la competitividad, pues existe un daño y un comportamiento doloso o culposo, independientemente de si el agente infractor tuvo o no un incremento patrimonial con su comportamiento (p.362) (Negrilla y subrayado propio).

De esta manera, la víctima tendrá que demostrarlos elementos propios de la responsabilidad junto con el factor subjetivo de imputación, por cuanto el régimen general de responsabilidad civil consagrado en nuestro sistema contempla el carácter subjetivo[4] con culpa probada.

Así las cosas, el hecho generador de responsabilidad implica que el agente haya desplegado una conducta antijurídica[5] y que, objetivamente, se le pueda atribuir la razón de su obrar culpable, es decir la culpabilidad. Por esto, la expresión de la teoría clásica francesa cobra sentido, toda vez que "no hay responsabilidad sin culpa (faute)". En otras palabras, el hecho como elemento de atribución de la responsabilidad civil debe ser *antijurídico*, e imputable al sujeto que desarrolló la conducta.

Según lo observado, el factor de la antijuridicidad cobra un papel primordial en el derecho de la competencia, toda vez que, si durante el ejercicio de la oferta y demanda ocurre la afectación de un bien jurídicamente tutelado sin la realización de una práctica anticompetitiva, este no podrá ser reprochado.

> (...) si las ventas de una empresa se reducen en forma considerable debido a las estrategias lícitas y leales de sus competidores, o por la entrada de nuevos operadores al mercado, los daños patrimoniales del empresario titular de la empresa tales como la reducción de ventas, la pérdida de cuota de mercado, la pérdida de clientela etc., no son daños injustos, o lo que es lo mismo, respecto de ellos no es posible realizar un juicio de antijuridicidad (Ortiz, 2008, p. 23).

Es claro que no toda afectación al patrimonio del sujeto producto del ejercicio de prácticas de competencia dentro del libre mercado, equivale a un hecho generador de responsabilidad. Por el contrario, solo podrán ser demandadas aquellas que sean contrarias a la ley y, en el contexto de este trabajo, aquellas que estén calificadas como prácticas restrictivas de la libre competencia.

---

[4] El artículo 2341 del Código Civil, el cual regula la responsabilidad extracontractual, establece la necesidad de probar la culpa o el dolo en el actuar del demandante, para exigir la respectiva indemnización por el daño ocasionado. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia del 15 de junio de 1944 advirtió que "Entre nosotros, como en Francia, la culpa es el fundamento de toda responsabilidad; la responsabilidad objetiva es de excepción y sólo tiene realidad cuando la ley la autoriza".

[5] Es decir que se lesione un interés tutelado jurídicamente (que para el caso que nos compete es el patrimonio del particular) mediante la ejecución contraria a derecho (práctica restrictiva de la competencia).

5. Análisis del daño frente al abuso de la posición dominante

5.1. Problemática del daño ante los casos de abuso de posición dominante

De acuerdo con lo mencionado a lo largo del escrito, jurídicamente, el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial, por lo que, en principio, todos los actores que se vean afectados como consecuencia de un hecho imputable y antijuridico tendrán oportunidad para exigir su respectiva indemnización.

No obstante, al estudiar *el daño* en el ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia, como lo es el abuso de posición dominante, se debe considerar que el ordenamiento jurídico tutelará en primer lugar y de manera prevalente, **el interés colectivo o del consumidor** y, en segundo lugar, será tutelable el **interés del competidor** cuyo bien jurídico se vio lesionado como resultado del acto anticompetitivo. Por ejemplo, si una empresa con posición dominante en el mercado baja el precio de sus productos o servicios a un punto insostenible para el resto de los competidores, y causa la quiebra de estos, será evidente el daño ocasionado. En otras palabras, si por la falta de competencia legal, el bien tutelable del competidor se ve afectado, la concurrencia del daño estará presente.

La práctica restrictiva de la libre competencia trae consigo dos tipos de daños: el directo e indirecto. El primero versa en aquella afectación que se sufre como consecuencia inmediata del hecho generador de responsabilidad (práctica restrictiva del mercado), cuyas víctimas de dicho daño versan en los competidores y clientes directos. Por su parte, los segundos son los que se derivan de las lesiones que sufren otros sujetos de una manera cercana, tal y como es el caso de los clientes indirectos y consumidores. De acuerdo con Ortiz Baquero (2008), es claro que los afectados por los daños directos pueden acudir al régimen de responsabilidad civil, sin embargo, da a conocer una postura diferente frente a los daños indirectos:

> En cuanto a la legitimación de los damnificados indirectos, es decir, aquellos en quienes la victima inicial del comportamiento restrictivo ha repercutido los daños, existen dos posiciones o dos opiniones encontradas. De una parte, con base en las consideraciones de la sentencia "Courage" se sostiene que tanto los damnificados directos como los indirectos pueden demandar la responsabilidad que deriva de los

> comportamientos anticoncurrenciales, esta es una tesis de legitimación amplia o generalizada. No obstante, dado que la legitimación extendida puede generar grandes dificultades que terminen por hacer inoperantes o excesivamente complejos los procedimientos de reclamación de daños, se plantea la necesidad de limitar el número de legitimados a las víctimas directas, en orden a garantizar una aplicación adecuada de las normas de responsabilidad, esta postura corresponde a una visión restrictiva de la legitimación. La alternativa que tendrían las damnificados indirectos, tal y como lo afirma el documento anexo al LV, vendría dada por la regulación de las acciones colectiva.

Según lo establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, la tesis "amplia" o "generalizada" es la predominante, toda vez que aquella persona cuyo bien jurídico tutelable se vea menoscabado como consecuencia de un hecho antijurídico e imputable al infractor, podrá exigir la reparación del mismo. No obstante, una vez entendido el propósito que plantea la tesis restrictiva, es claro que en nuestro sistema jurídico pueden operar otras figuras para aligerar el proceso de reclamación (indemnizatorio), como por ejemplo las acciones de grupo.

Ahora bien, es importante recordar la diferenciación que se plantea mayoritariamente frente al daño, existiendo dos grupos, los **daños patrimoniales o materiales**, y los **daños extrapatrimoniales o morales**. Esta clasificación permite brindar un mejor entendimiento a la hora de determinar el perjuicio fruto de la conducta dañosa.

En los casos de abuso de posición dominante, resalta en principio el daño ocasionado por la empresa que decide manipular un sector del mercado a su favor, en detrimento de los intereses de sus competidores, y de manera ventajosa abusar de su posición dominante causándole a las víctimas una lesión en sus intereses a la hora de comercializar productos de su injerencia.

De esta manera, se podría entender que la lesión a los intereses de la víctima considerada meramente como un daño patrimonial, sin embargo, se enunciará que los entes a los que se les afectaron sus intereses pueden estar tanto frente a un daño patrimonial o material, como eventualmente frente a un daño extrapatrimonial o moral.

En primer lugar, analizando los daños patrimoniales, se encuentra que los perjuicios que se pueden desprender de estos son el lucro cesante y el daño emergente. Es preciso aplicar los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, en los que se ordena la reparación de estos perjuicios causados como

fruto de una conducta dañosa. En otras palabras, si al competidor o consumidor se le lesiona un bien jurídico como consecuencia del ejercicio anticompetitivo ilegal, este podrá solicitar la indemnización de los perjuicios, específicamente el daño emergente y/o el lucro cesante, siempre y cuando logre probarlo.

La ausencia de utilidad que el comerciante competidor percibía como ingreso en el común de los días, es un claro ejemplo de la consolidación de un **daño material** como consecuencia del abuso de la posición dominante, puesto que, el patrimonio de la víctima se observa gravemente menoscabado por la frustración de nuevas utilidades que presumiblemente se habrían obtenido en el diario vivir. Corroborándose así que, fruto del daño material causado por la empresa que está abusando de su posición dominante, se generó un perjuicio, que es el lucro cesante en este caso específico.

Por su lado, los **daños extrapatrimoniales** no se quedan atrás, en tanto que, si estos se ven afectados, el agente tendrá la obligación de indemnizarlos. Si bien dentro del escenario un abuso de posición dominante no es cotidiano el menoscabo de un bien no económico cuya titularidad recaiga en el competidor o consumidor, al presentarse esta situación el demandante estará totalmente facultado para solicitar su debida reparación. En esta misma vía, Ingrid Soraya Ortiz Baquero (2008) menciona lo siguiente:

> Tratándose de daños no materiales, el tema es un poco más complejo. Alguna parte de la doctrina considera que esta clase de daños no son resarcibles tratándose de personas jurídicas, como quiera que respecto de ellas no es posible alegar la lesión a derechos personalísimos e íntimos. En relación con las personas naturales podría eventualmente resarcirse el daño moral siempre que se acreditase que la víctima del comportamiento anticoncurrencial hubiese padecido una aflicción, congoja o tristeza como consecuencia de la afectación de su actividad comercial, lo cual en principio parece no ser tan frecuente o común en este campo, aunque no por ello de imposible existencia (p. 24 y 25).

La práctica restrictiva de la competencia estudiada acarrea consecuencias en la economía de libre mercado y trae consigo múltiples escenarios en donde se lesiona gravemente el bien patrimonial y/o extrapatrimonial del consumidor y del competidor damnificado. Allí es cuando cobra relevancia la idea jurídica de que quien causa daño con culpa es responsable.

A partir de esta afirmación, se empieza a observar grandes obstáculos para la aplicación efectiva de la acción reparatoria amparada por el ordenamiento jurídico. Se plantearán tres supuestos alarmantes: 1) Dificultad para probar el daño; 2) Estimación y cuantificación en la indemnización de perjuicios; y 3) Pérdida de oportunidad.

i. Dificultad para probar el daño

El doctrinante Henao (1998), señala como regla básica para el reconocimiento e indemnización de éste, entre otras, la siguiente: "(...) El daño debe ser probado por quién lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización" (p. 39).

El artículo 167 del Código General del Proceso, el cual menciona: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", delimita la acción de responsabilidad, pues esta no prosperará cuando se incumpla con la carga probatoria. Así las cosas, el demandante tendrá que acreditar la certeza del daño, pues no basta con acudir a la acción reparadora a partir de la mera afirmación, hipótesis o una eventual exigencia del daño, incluso cuando pareciese evidente o notorio, ya que, si no logra comprobarlo, el juez no declarará la responsabilidad civil del agente.

Cabe recalcar que en casos excepcionales se ha permitido la posibilidad de aligerar la carga de la prueba **respecto al daño que padezca la víctima**, tal y como en la **prueba del lucro cesante** ante la muerte o lesión de una persona, colaboración económica entre familiares por concepto de obligación alimentaria, etc. En concordancia con lo expuesto, mediante la sentencia SC20950-2017 proferida por la Sala de Casación Civil, se advierte que, en otros momentos jurisprudenciales, la misma Corte ha manifestado lo siguiente:

> (...) Tratándose de la indemnización de perjuicios patrimoniales, si en el proceso respectivo aparece demostrado que el afectado se desempeñaba de manera permanente como trabajador vinculado mediante contrato de trabajo, o que, con idéntica dedicación, desarrollaba una actividad económica independiente que suponía para él la obtención de un lucro, pero no figura la prueba del valor del ingreso que recibía a cambio, es dable presumir, en desarrollo de 'los principios de reparación integral y equidad' mencionados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998,

> que percibía como tal el salario mínimo legal o la cantidad de dinero que por dicha actividad o por una semejante otros reciben.

Para casos excepcionales, la jurisprudencia ha decantado su postura en moderar la carga de la prueba. Empero, ello no ocurre en todos los eventos y sobre todos en los que se ve involucrados actos anticompetitivos en materia de responsabilidad civil.

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) es la entidad competente para investigar la presencia de prácticas anticompetitivas en el mercado colombiano, y en caso de hallarlas, tendrá la facultad para imponer sanciones pecuniarias a las empresas que se vieron inmersas en este evento. Empero, la SIC no tiene la obligación o carga de demostrar la afectación económica en el comercio, por lo que, la exigencia que incumbe artículo 167 del Código General del Proceso, continua en firme.

En sí, probar la existencia del abuso de posición dominante es un ejercicio de gran dificultad, ahora demostrar que a partir de dicha práctica se generaron diversos daños en materia de responsabilidad civil es mucho más complicado. David Ahton y David Henry (2013), en su libro *Competition damages actions in the EU: Law and Practice,* indican que, por regla general, el incumplimiento de las prácticas comerciales restrictivas trae consigo tres consecuencias: aumento en los precios, menor cantidad de bienes o servicios, y variedad de productos reducida.

Estas tres repercusiones son los medios principales para obtener la finalidad propuesta en los casos donde se evidencia un abuso de posición dominante, pues así las compañías anticompetitivas lograrán sacar el mayor provecho económico en la venta de sus productos y/o servicios, que, correlativamente será el punto generador del daño. Sin embargo, estos hechos deben ser probados, pues de lo contrario atentan contra del elemento certidumbre que caracteriza el daño.

Según Velandia (2011), dentro de las prácticas comerciales restrictivas, como el abuso de la posición dominante, el interés general tutelable podrá recaer en: a) la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor; y b) la redistribución equitativa del dinero dentro de una economía.

La protección de la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor procura que el "(...) grado de satisfacción de necesidades que puede ejercer una persona adquiriendo bienes y servicios en relación con el ingreso periódico constante que reciba" (p. 57). Así las cosas, cuando varias empresas acuerdan incrementar los precios de su producto para sacar el mayor provecho de estos,

acarrearán la limitación de la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor. En principio, bajo esta concepción, el consumidor damnificado podrá acudir a la acción reparadora por la lesión del bien tutelado, ya que para obtener dicho producto tuvo que pagar mucho más de su precio comercial, lo que implicó la renuncia a adquirir otros bienes, pues su ingreso no fue suficiente para costear todo lo que tenían presupuestado. Sin embargo, la victima tendrá una gran desventaja a la hora de probar el daño y la causalidad, dado que la capacidad adquisitiva de bienes por parte del consumidor es solo un hecho probable, en el que, únicamente por medio de la prueba habrá certeza de que el daño se hubiese configurado ante la ausencia de la actividad monopolística contraria a la ley.

Por su lado, redistribución equitativa del dinero versa en

> (…) el flujo de dinero dentro de toda una economía, incluyendo cada uno de los sectores que la conforman, los cuales son requeridos para que el consumidor pueda satisfacer todas sus necesidades. En este sentido, cada sector económico está compuesto por empresas encargadas de ofrecer bienes y servicios (Velandia, 2011, p. 58).

El dinero circula por cada sector económico en donde se encuentre la prioridad de adquisición de bienes por parte del consumidor.

Pese a lo mencionado, también hay acciones de terceros que generan inequidad en redistribución del dinero entre los distintos sectores económicos, lo que afecta al bien protegido regulado por las prácticas comerciales restrictivas. Refiriéndose al ejemplo planteado en párrafos anteriores, en el que, ante el alza de precios de un producto por el pacto interno entre varias compañías, el consumidor tendrá que gastar más de lo presupuestado, dará lugar a que este último se vea privado de invertir la cantidad de dinero que inicialmente lo tenía destinado para la adquisición de bienes en otros sectores económicos. No solo se observa el detrimento en el patrimonio del consumidor, sino también en las empresas competidoras de los demás sectores económicos que no percibirán ingresos por falta de clientela.

Adicionalmente, cuando concurre un caso de abuso de la posición dominante dentro del mercado, también se ve afectado el interés tutelable relacionado con la exclusión indebida de competidores, puesto que, dejan a un lado a los competidores, tanto para acceder a los insumos esenciales para el desarrollo de sus productos o servicios, como para el ofrecimiento de estos en el mercado. En

ocasiones, la producción u ofrecimiento del producto se vuelve insostenible para aquellas empresas damnificadas y excluidas fruto de este abuso; empero, la misma situación crítica respecto a la certeza del daño vuelve a presenciarse, dado que su existencia versa en hechos probables que únicamente será acreditado mediante evidencia. Una vez más nos enfrentamos a un daño que, aunque pareciese evidente, la prueba que acredita su certeza se hace difícil de obtener.

ii. Estimación y cuantificación en la indemnización de perjuicios

La sola problemática de la prueba del daño no es suficiente para que la víctima pueda recuperar lo afectado. Es decir, si el damnificado logra reunir las pruebas suficientes para que ante los ojos del juez se evidencie la infracción normativa, ello no implica que correlativamente se logre identificar y/o estimar la indemnización de los perjuicios. Si bien, el daño al interés general tutelable, como lo es la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor, la redistribución equitativa del dinero dentro de una economía y la exclusión indebida a la libre competencia pueden verse limitados ante la presencia de un caso de abuso de posición dominante, lo cierto es que para conseguir la declaratoria de indemnización del perjuicio el demandante, además de probar los efectos que tuvo la practica anticompetitiva en el mercado, también deberá demostrar la cuantificación de los respectivos perjuicios que le fueron causados como consecuencia del incumplimiento normativo.

Los perjuicios no se presumen, por lo que su estimación y cuantía tornan un rumbo de mayor dificultad para su prueba, toda vez que no es posible concluir un método exacto para establecer las implicaciones económicas de la afectación del bien jurídico, el cual sea aplicable en todos los escenarios. He allí un obstáculo necesario de resolver en la acción civil, pues ¿de qué le sirve a la víctima la declaratoria de responsabilidad en materia civil, si no logra obtener la respectiva indemnización de perjuicios por falta de probatoria?

El primer inconveniente en detectarse recae en la prueba de la causalidad entre el hecho antijuridico y el daño, ya que existen otras variables económicas que limitan o dan lugar a la vulneración del bien jurídico tutelable. En el caso de la lesión a la capacidad adquisitiva de bienes se observa que, el consumidor podrá verse envuelto en el menoscabo de dicho bien jurídico por hechos diferentes al que involucra el abuso de la posición dominante, como por ejemplo: i) la escasez de productos derivado de la relación entre la oferta y la demanda; ii) el monto de ingresos que percibe el consumidor para satisfacer su necesidad; y iii) la política tributaria del país que

también repercute en la adquisición de bienes y servicios, toda vez que disminuye la cantidad de dinero destinada a consumo. Es decir, es sumamente dificultoso demostrar que la capacidad adquisitiva de bienes se vio afectado única y exclusivamente por la práctica restrictiva del mercado, sin obedecer a otras causas, y que el consumidor hubiese podido invertir en mayor o menor proporción a la adquisición de otros bienes, sin saber en qué porcentaje.

Ashton y Henry (2013) proponen una herramienta para aplicar ante la problemática mencionada, a través de la cual se consolida el daño mediante una comparación entre la situación de hecho antijurídico con un escenario hipotético denominado *contrafactual,* el cual equivale una situación de hecho en la que la víctima se encontraría si no se hubiese presenciado la infracción normativa anticompetitiva.

La segunda traba para garantizar la indemnización de perjuicios radica en la respectiva liquidación. Según Paola Andrea Carrillo Zuluaga (2016), en algunas investigaciones realizadas por la SIC, en virtud de la declaratoria de abuso de la posición dominante, se han obtenido indicadores sobre el cual se estima la cantidad pecuniaria que refleja el alza del precio del producto o servicio como consecuencia este, para el caso en concreto (p.20). Este, sería el evento ideal, ya que, tanto el consumidor como el competidor damnificado tendrían una base argumentativa a la hora de liquidar los perjuicios. Si la SIC logra probar que, a partir de dicho abuso los precios subieron en un 60% y el producto que anteriormente costaba $40.000 ahora se vende en $64.000, el consumidor tendrá un referente para buscar la prueba de su afectación patrimonial y así solicitar el monto total del perjuicio; ello sin desvirtuar la gran dificultad que contempla la recolección de pruebas, ya que el demandante tendrá que mostrar, por el medio que al que tenga acceso, la cuantía de su perdida. A pesar de lo anterior, la SIC no siempre resuelve o identifica la cifra excedente que dio lugar al incumplimiento normativo, puesto que en la mayoría de las ocasiones centran su investigación exclusivamente en determinar la existencia o no de la práctica anticompetitiva. Bajo este panorama, probar la estimación y cuantificación del daño contempla mucha dificultad, e impide que las verdaderas victimas tengan acceso a su acción indemnizatoria.

Carlos Alberto Velásquez Restrepo (1998) expresa su postura al respecto:

> Los jueces en Colombia, en la jurisdicción común, actúan en derecho, por lo cual no es posible que a falta de demostración sobre la cuantía de la indemnización, señalen una suma "equitativa" para indemnizar los perjuicios generados con las

> conductas constitutivas (...), salvo que las partes expresamente soliciten un fallo en equidad, sean capaces y la ley las autorice para ello por tratarse de derechos disponibles. Si la cuantía de los perjuicios no se demuestra dentro del proceso no hay lugar a su pago, y el juez que fije en este caso una suma "en equidad", está fallando en forma incongruente, ultra petita y en conciencia, lo cual es contrario a lo preceptuado por las normas imperativas del Código de Procedimiento Civil (p. 253).

La dificultad en la cuantificación del perjuicio como consecuencia del abuso de la posición dominante por parte de las empresas resulta alarmante, pues los consumidores y competidores damnificados tendrán un panorama retador y quizá desalentador para lograr su indemnización.

iii. Pérdida de oportunidad

Ante las limitaciones planteadas en los acápites anteriores, es decir, frente a un caso de abuso de la posición dominante, en el cual es casi imposible tener la certeza absoluta de que el competidor y consumidor damnificados han sufrido un daño y a su vez, la gran dificultad que se plantea en la cuantificación de sus respectivos perjuicios resulta operante mencionar la presencia de la perdida de oportunidad.

La pérdida de oportunidad se ha considerado como un daño autónomo que se presenta cuando hay incertidumbre entre el hecho generador y el daño. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia SC10261-2014 con ponencia de Margarita Cabello Blanco, explica que:

> (…) La pérdida de una oportunidad atañe a la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le sobrevenga un perjuicio. Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable.

En este orden de ideas, la perdida de oportunidad supone la coexistencia de dos elementos. El primero radica en la *certeza* de estar frente a una oportunidad a la que no se pudo acudir, puesto que, si no hubiese ocurrido el hecho generador, habría esperanza de evitar una perdida u obtener una ganancia. Por su parte, el segundo elemento necesario para la composición de la perdida de oportunidad equivale a la *incertidumbre,* toda vez que, en caso de que hubiese ocurrido la situación fáctica que presupone la oportunidad, de igual manera no se puede tener conocimiento de un hecho futuro relativo a la concreción del resultado esperado.

Por otro lado, para Javier Tamayo Jaramillo (2007), el concepto en cuestión versa en un problema probatorio frente a la intensidad del daño producido por la oportunidad perdida. Bajo esta perspectiva, no hay duda de que la oportunidad (que incluso se halla antes de la evolución de la cadena causal) fue real y no se pudo acudir a ella, por lo que es imposible establecer la entidad de la perdida y la cuantificación de la indemnización. Así las cosas, para hablar de esta figura es esencial probar de manera cierta que el demandado conllevó a la merma del chance que tenía la víctima, al advertir que la incertidumbre recae sobre la intensidad del daño derivado de esta.

Para el caso en concreto, el cuestionamiento que se intenta resolver y que impide probar el daño y la tasación de los perjuicios radica en: ¿cómo se habría comportado el mercado de no haber ocurrido este abuso de posición dominante?

Al escoger la tesis inicialmente planteada, en donde hay certeza que la práctica anticompetitiva (hecho antijurídico) impidió desatar un segundo curso causal, que podría, de manera aleatoria, representa un chance para la víctima, (bien sea obtener un beneficio u evitar un perjuicio), se obtiene una posible herramienta que permite pasar el obstáculo enfrentado por el demandante en la acción reparadora.

Una vez la SIC acredite y pruebe la existencia del abuso de posición dominante, el demandante podrá alegar que, en efecto, hubo una oportunidad perdida por la práctica anticompetitiva (elemento *certeza*), por lo que, si no hubiese ocurrido este abuso, el resultado final podría haber radicado en (elemento *incertidumbre*): satisfacer las necesidades que puede ejercer una persona al adquirir bienes y servicios; permitir la circulación del dinero por cada sector económico en donde se encuentre la prioridad de adquisición de bienes por parte del consumidor; y finalmente, los competidores habrían podido explotar su negocio.

En otras palabras, el demandante podrá traer a colación la perdida de la oportunidad para exigir el resarcimiento de la afectación ocasionada, ya que, si bien hubo una posibilidad de obtener un beneficio dentro del comercio, este no se pudo concretar por la práctica anticompetitiva. Por tal motivo, la cuantificación e indemnización de perjuicios radicará en las probabilidades perdidas por la víctima, como fruto del abuso de posición dominante por parte de la competencia.

Si bien, dicha herramienta le permite a la víctima exigir la reparación de lo perjudicas causados, pero estos no serán indemnizados en su totalidad, dado que en la perdida de la oportunidad simple y llanamente determina una *estimación* del beneficio que habría obtenido el damnificado si el abuso no hubiese existido, o, en otras palabras, se indemniza las oportunidades perdidas.

5.2.Recomendaciones

De acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, las empresas están obligadas a competir, por lo que, ante presencia de conductas que vayan en contra de esta normatividad, se impondrán graves sanciones a los involucrados. El ordenamiento jurídico contempla una serie de normas sancionatorias para aquellas empresas que opten la vía del incumplimiento de prácticas restrictivas de la competencia, como lo es el abuso de la posición dominante. En este sentido, las actuaciones administrativas de la SIC y la interposición de acciones populares encabezadas por la sociedad, funcionan como medios de protección del interés colectivo relativo a la libre competencia[6].

El enfoque normativo colombiano radica en castigar a las empresas que alcancen utilidades como fruto de actos derivados de la falta de competencia, o, en otras palabras, se reprimen las concentraciones monetarias provenientes de prácticas anticompetitivas. Todo desde una base **preventiva**, pues, si los empresarios conocen las sanciones pecuniarias a las que se deberán enfrentar si deciden incumplir con las prácticas restrictivas de la competencia, quizá se logre evitar la concesión constante de dichos escenarios.

[6] Artículo 88 de la Constitución Política de Colombia: "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" (subrayado y negrilla propio).

Sin embargo, es indispensable contemplar que el interés individual de los afectados directos (competidores y clientes directos), debe ser más promovidos en la legislación desde la institución de la responsabilidad civil. Lo anterior se justifica en la redacción, composición y fin de la norma, ya que, como se observó a lo largo del escrito, procura *prevenir y evitar* la ocurrencia de actividades como el abuso de posición dominante, mas no incentivar la *protección* del interés general de las víctimas una vez ya sucedido el acto anticompetitivo.

Por su lado, es claro que, frente a los casos de abuso de posición dominante, los consumidores y competidores afectados tienen grandes limitaciones para demostrar el daño y lograr la efectiva cuantificación e indemnización de perjuicios que proyecta la responsabilidad civil. Por esta razón, nuestra primera recomendación se enfoca en superar la dificultad frente a la tasación de perjuicios que le corresponde al demandante, mediante la prueba pericial rendida por profesionales en áreas de la economía, finanzas y del derecho, donde se tenga de manera previa a la comisión del ilícito, una guía para la indemnización de dichos perjuicios fruto de la práctica anticompetitiva. De tal manera que, una vez se acredite los elementos de la responsabilidad civil, el demandante pueda acudir a dicha guía que contempla una estimación de perjuicios a indemnizar para casos anticompetitivos, lo que da lugar a la cuantificación del perjuicio por resarcir sin necesidad de que este sea probado.

En este orden de ideas, y en consonancia con lo expuesto anteriormente, las personas naturales o jurídicas que sean víctimas se hayan visto afectadas por el abuso de posición dominante de otra empresa, puedan acudir a este y tener luces de que valores serán acreedores en el sentido de la indemnización de los perjuicios.

La prueba del daño y la cuantificación del perjuicio no son los únicos problemas por enfrentar ante la acción reparadora, pues la prueba de la culpabilidad entra a interponer una barrera más para el demandante. Según lo visto, el régimen a aplicar en los procesos de responsabilidad civil derivados de la práctica restrictiva de la competencia versa en el régimen subjetivo con culpa probada, lo que le implica a la parte demandante una carga mayor para demostrar el elemento de culpabilidad. En palabras de Tamayo Jaramillo (2007) “Tratándose de una responsabilidad con culpa probada, teóricamente el demandado podría permanecer completamente pasivo en su defensa, pues mientras el demandante no establezca esa culpa, el demandado deberá ser absuelto” (p.1).

Lo anterior presupone un reto de gran magnitud a la víctima, por lo que se recomendaría implementar el régimen subjetivo de culpa presunta[7] que se lleva a cabo en legislaciones como la europea, veamos:

> Algunos Estados miembros no solicitan en absoluto este requisito como condición para reclamar la reparación de daños y perjuicios, o asumen la existencia de la conducta culpable una vez que se ha acreditado la existencia de una infracción. (…). Por lo que se refiere a los otros Estados miembros, la jurisprudencia del Tribunal sobre las condiciones de responsabilidad civil por infracciones de normas del Tratado directamente aplicables, como son los artículos 81 y 82, y el principio de eficacia apuntan a que habría que limitar los requisitos de conducta culpable conforme al Derecho nacional. La Comisión no ve razones para liberar a los infractores de responsabilidad por ausencia de culpa (Comisión Europea, 2008, p.7).

Así, al invertirse la carga de la prueba, el demandado podrá levantar un obstáculo más para ejercer la acción reparadora con efectividad, pues será el demandante quien deberá probar la diligencia y cuidado (o de ser el caso la causa extraña) necesaria dentro del desarrollo de la libre competencia. De lo contrario, una vez acreditada la conducta monopolística, el agente será el responsable de los daños y perjuicios provocados.

5.3.Conclusiones

En cuanto a los monopolios en sentido genérico se considera importante resaltar la necesidad de continuar con la clasificación errónea que se le da al concepto en sentido general. Como se explicó, el monopolio en sí no implica un acto anticompetitivo que ponga en riesgo el desarrollo ideal de la economía; por el contrario, se debe realizar un análisis a fondo de la manera en la cual se desarrolla, ya que tanto la Ley como el mismo Estado establecen situaciones en los que además de estar permitidos, se les considera una herramienta beneficiosa en tanto el desarrollo económico, además de las bondades que tiene para los consumidores.

[7] Javier Tamayo Jaramillo (2007) plantea la culpa presunta a partir del siguiente postulado: "Puede suceder que el hecho debatido en el proceso genere una presunción de culpa, en cuyo caso el demandado debe establecer que esa culpa no existió y mientras no allegue dicha prueba, el juez tendrá que considerarlo como culpable".

Se entiende que operan como una práctica restrictiva a la libre competencia, los casos en los que la empresa que tiene el control abusa de la posición dominante, realiza prácticas que además de afectar al sector del mercado en el que se desenvuelve y afecta el poder de decisión de los consumidores.

Frente a la relación del abuso de la posición dominante y el área de responsabilidad civil extracontractual, específicamente al cuestionar el daño como una de las consecuencias que surgen para las demás empresas con potencial de competidoras, se concluye que no es un tema que ha sido desarrollado a cabalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, lo que provoca numerosos problemas al momento de tratar de obtener un resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Ante los casos de abuso de posición dominante es evidente que los agentes económicos que componen el mercado, es decir, el consumidor y las empresas competidoras, sufren lesiones en sus bienes jurídicos. No obstante, por las circunstancias que involucra estar en esa misma situación fáctica es casi imposible probar el elemento del daño y su cuantificación en ojos de la teoría clásica de la responsabilidad civil. Los medios probatorios para argumentar la existencia del daño son limitados y la estimación de los perjuicios son difíciles de obtener al involucrar elementos hipotéticos y futuros careciente de evidencia en su causación, lo que sitúa al demandante en una posición de desventaja. El atributo "certeza" que compone el daño en la institución de responsabilidad civil es el principal obstáculo que le impide al damnificado obtener su necesaria indemnización por la concurrencia del abuso de posición dominante como práctica anticompetitiva.

Ahora bien, si se intenta tomar la solución de acudir al ordenamiento jurídico bajo el argumento de la perdida de la oportunidad, ya sea en explotar un negocio o en adquirir demás bienes dentro del comercio, la probabilidad de que el demandante obtenga un fallo favorable incrementará. Empero, el monto indemnizatorio que tendrá derecho a exigir equivaldrá a un valor evidentemente menor al menoscabo real, pues la perdida de la oportunidad es una simple estimación de la merma al chance al que hubiese tenido posibilidad de participar la víctima si el abuso de posición dominante no hubiese ocurrido.

Al momento de revisar la normatividad extranjera sobre estos abusos, se encuentra que hay países como los Estados Unidos de América, en donde se tiene de manera expresa la manera en la cual la persona natural o jurídica que se haya visto afectada por la práctica contraria a la libre competencia,

podrá actuar para que se le resarzan de manera efectiva los perjuicios que ha sufrido. Al tener este tipo de regulaciones, las empresas que están en etapa y proceso de crecimiento de cierta manera se sentirán más protegidas y se incentivará la continuación con su proceso de creación y consolidación de la empresa.

El ordenamiento jurídico debe velar por la protección del interés general de la víctima para este tipo de escenarios, por lo que es necesario implementar nuevas herramientas o estrategias que le faciliten al consumidor y/o competidor damnificado acudir a la acción reparadora que abarca la responsabilidad civil. De lo contrario, no solo se pone en peligro la víctima en singular, sino también el mercado en general. El aumento en la creación de empresas en diferentes sectores del mercado hace necesario esto y que en un futuro se tenga plena certeza sobre los pasos a seguir en los casos de presencia de abuso de posición dominante.

Bibliografía

Alarcón, Quintero, Llamas (2018). *Régimen sancionatorio de la Superintendencia de Industria y Comercio por acuerdos anticompetitivos en Colombia.* Cartagena: Universidad Libre.

Almonacid, García (1998). *Derecho de la Competencia, Abuso de la Posición Dominante Competencia Desleal Uso Indebido de Información Privilegiada*. 1ª edición. Bogotá: Legis.

Ashton, D., Henry, D. (2013). *Competition damages actions in the EU: Law and Practice*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc.

Carrillo, P. (2016). *Responsabilidad Civil Derivada de Prácticas Anticompetitivas: Estudio de Presupuestos Axiológicos*. Revista de derecho privado, 56.

Código Civil [CC]. Ley 84 de 1873. 31 de mayo de 1873 (Colombia).

Código de Comercio [CCo]. Decreto 410 de 1971. 16 de junio de 1971 (Colombia).

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 2 de junio de 2017. No. 17001-23-33-000-2012-00045-01, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

Constitución Política de Colombia (1991). *Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 N° 85.*

Comisión Europea (2008). Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Bruselas.

Corte Constitucional, sentencia C-1008 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de octubre de 2018. No. 05001-31-03-014-2011-00112-01, M.P. Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de agosto de 2009. No.1100131030382001-01054-01, M.P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de octubre de 1999, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de diciembre de 2017. SC20950-2017, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2014. No. SC10261-2014. M.P Margarita Cabello Blanco.

Couture, E. J. (1954). *Fundamentos del derecho civil*. Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

De La Cruz, D.M (2014). *La Competencia Desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Decreto 2153 de 1992. *Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*. 30 de diciembre de 1992. D.O. No. 40704.

Diez, F. (2019). *La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales*. (Publicación ISSN 1989-4570). Madrid: Centro Universitario Villanueva.

Gaviria, E (1998). *Competencia y Monopolio*. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Gaviria, Palacio, Berdugo et al. (2003). Derecho de la Competencia. 1ª edición. Medellín: Colegio de Abogados de Medellín.

Guasp, J. (1984). *Derecho civil*. Tomo II, Vol. 1. Madrid: Editorial Instituto de Estudios Políticos.

Henao, J. C. (1998). El daño. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Henao, J. C. (2017). *Formas de reparación* [Vídeo]. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=jm7tSJUMe8w

Ortiz, I. (2008). La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia. Revist@ E - Mercatoria, Volumen 7 (Número 1). Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3627134.pdf

Jaramillo, C. I, (2013). *Los deberes de evitar y mitigar el daño. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Ley 1340 de 2009. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. 24 de julio de 2009. D.O. No. 47420.

Ley 155 de 1959. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.* 24 de diciembre de 1959. D.O. No. 30138.

Ley 1816 de 2016. *Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones*. 19 de diciembre de 2016. D.O. No. 50092.

Ley 256 de 1996. *Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*. 15 de enero de 1996. D.O. No. 42692.

Martínez, B. y Rojas, S. (2018). Foro de derecho mercantil. Bogotá: Legis.

Memorándum sobre las concentraciones en el Mercado Común. 1 de diciembre de 1965.

Mir Piugelat, O. (2012). *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Barcelona: Edisofer.

Miranda, A. (1992). *Anotaciones sobre el derecho antimonopolio en los Estados Unidos de Norteamérica*. Revista de Derecho Privado.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23a ed.).

Rodotà, S. (2005). *Modelos y funciones de la responsabilidad civil*. THEMIS Revista De Derecho.

Rojas, S. (2012). *Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria*. Vniversitas.

Schumann, G. J. (2017). *Acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la competencia. La acumulación de acciones y la cesión de derechos de indemnización como estrategias de litigación conjunta en España*. [Tesis de Máster]. Universidad Complutense de Madrid.

Tamayo, J (2007). Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Legis.

Tamayo, J. (2018). Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Bogotá: Legis.

Tamayo, J., Botero, L., Polanía, N., & Rojas, S. (2017). *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Primera edición. Bogotá: Legis.

Torrado, E. (2010). *El Régimen Sancionatorio Y El Otorgamiento De Garantías Sobre Prácticas Restrictivas De La Competencia En La Ley 1340 De 2009*. Revista de Derecho Privado. Bogotá: Universidad de Los Andes.

Tratado de Roma [CEE]. 25 de marzo de 1957.

Uribe, C.A. & Castillo, F. (2005). *El otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia*. Bogotá: Vniversitas.

Velandia, M (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. 2ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Velázquez, C. A. (1998). *Instituciones de derecho comercial*. Tercera edición. Medellín: Fundación Cámara de Comercio de Medellín para la Investigación y Cultura.

Velázquez, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. Segunda edición. Bogotá: Temis.