

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS
A LOS CARTELES DE PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

MONICA PATRICIA TAMAYO TORO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTA
2014

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a Dios que siempre me acompaña y me ha dado la valentía de emprender este reto, además a mi familia sin la cual no habría sido posible esta experiencia de vida.

Gracias mi pequeña Valeria por tu paciencia, comprensión y apoyo, a mí estimado Oscar que muchas veces me apoyo y mis adorados padres: Rafael por ser ese maravilloso ser humano con el que siempre cuento y Esperanza por siempre impulsar mis sueños (QEPD).

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

Resumen

Debido al mundo globalizado y cambiante donde prima el comercio y en el cual se desarrollan diferentes prácticas de competencia, el estado se ve forzado a reglamentar y controlar las prácticas anticompetitivas ofreciendo acuerdos de colaboración para tratar de controlar y proteger a los consumidores finales; con estos acuerdos se logra conocer y dismantelar carteles con prácticas colusorias; para este artículo se ha revisado una sentencia relevante en España en la cual se ha efectuado la reclamación de daños y perjuicios comprobados a una de las empresas del cartel; por lo anterior se plantea la posibilidad de efectuar la misma reclamación para los posibles carteles a los cuales la superintendencia de Industria y Comercio ha formulado pliego de cargos por prácticas anticompetitivas en Colombia, por supuesto acuerdo de precios y por supuesta baja de calidad en las materias primas.

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS
EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

Tabla de Contenido

Cuestionamiento previo

Objetivos

Introducción

Desarrollo

Conclusión

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

Cuestionamiento Previo

En Colombia como en España pueden existir demandas civiles por daños y perjuicios posteriores para el caso de los carteles por prácticas anticompetitivas?

Objetivos

Se ha revisado el caso del cartel del azúcar en España en el año 1.999 donde fueron condenadas varias empresas por infringir el Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea (TFUE) y la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) al concertar los precios de venta del azúcar, luego de estas condenas dichas empresas se vieron enfrentadas a diferentes demandas por parte de sus clientes en Europa; al volver la mirada al ámbito nacional en Colombia se encuentra la noticia sobre las investigaciones y pliegos de cargos contra cinco de las empresas de producción y comercialización de pañales en Colombia quienes presuntamente han realizado acuerdo de precios durante los últimos quince años, lo cual traerá posibles sanciones.

En este documento se hará un relato histórico de los carteles en España y Colombia con una comparación de los casos y análisis para posibles demandas, con el objetivo específico de identificar la posibilidad de iniciar una demanda colectiva y buscar una retribución económica para los consumidores finales de pañales en Colombia, ya que la sanción será decretada por la superintendencia de industria y comercio sin que con ello se favorezca a los finalmente afectados

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

es decir a los consumidores.

Introducción

Para iniciar el tema debemos primero entender que es un cartel desde el punto de vista económico y para ello acudiremos a la definición de la Real Academia Española “Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial.”. y a la definición en el documento “50 años de lucha contra los carteles en España y perspectivas de futuro” de los doctores Maíllo González-Orús y Milla Marín (2013)

Se entiende por cártel toda concertación entre competidores, frecuentemente oculta, que derive en un falseamiento significativo de las condiciones de competencia, beneficiando exclusivamente a las empresas infractoras y ocasionando graves perjuicios para los operadores del mercado, para los consumidores y/o para la economía en general. Constituyen ejemplos de estas conductas colusorias altamente perniciosas la fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto de mercado o las pujas fraudulentas.

Con esto se puede deducir que son acuerdos en los cuales buscan un beneficio económico particular manipulando la oferta y viciando la libre competencia sin permitir el desarrollo normal de la oferta y la demanda.

En España incorporaron las primeras leyes en el año de 1963 Ley 110/1963 y en Colombia

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

la ley 155/1.959; al revisar el histórico en cada país se encuentra que han emitido diferentes sanciones sin que esto genere frenos definitivos, en España han sancionado los siguientes carteles los cuales se encuentran detallados en proyecto de investigación DER2011-27249 del Ministerio de Economía y Competitividad así: los carteles de las vacunas antigripales¹, el Cártel de los Distribuidores de Cine², el Cartel de la Leche Fresca³, el Cártel del Azúcar⁴, Cártel de Dentífricos⁵, Fabricantes de Gel⁶, Peluquería Profesional⁷, Envases Hortofrutícolas⁸, Bombas de Fluidos⁹, Navieras Baleares¹⁰ o Sobres de Papel¹¹. En Colombia encontramos que han sancionado los siguientes carteles, cartel de las cementeras¹², Acuerdo entre empresas de oxígenos¹³, empresas industriales del arroz¹⁴, cartel del azúcar¹⁵, Cartel de Chocolates¹⁶.

¹ Resolución del TDC de 30 de septiembre de 1998 (Expte. 395/97, Vacunas Antigripales). Memoria Del Tribunal de Defensa de La Competencia Año 2003, pag. 92 y 99

² Resolución del TDC de 10 de mayo de 2006, (Expte. 588/05, Distribuidores de Cine)

³ Resolución del TDC de 3 de junio de 1997, (Expte. 352/94, Industrias Lácteas)

⁴ Resolución del TDC de 15 de abril de 1999, (Expte. 426/98, Azúcar)

⁵ Resolución del Consejo de la CNC, de 10 de diciembre de 2009, (Expte. S/0085/08, Dentífricos)

⁶ Resolución del Consejo de la CNC, de 21 de enero de 2010, (Expte. S/0084/08, Fabricantes de Gel).

⁷ Resolución del Consejo de la CNC, de 2 de marzo de 2011, (Expte. S/0086/08, Peluquería Profesional)

⁸ Resolución del Consejo de la CNC, de 2 de diciembre de 2011, (Expte. S/0251/10, Envases Hortofrutícolas)

⁹ Resolución del Consejo de la CNC, de 24 de junio de 2011, (Expte. S/0185/09, Bombas de Fluidos)

¹⁰ Resolución del Consejo de la CNC, de 23 de febrero de 2012, (Expte. S/0244/10, Navieras Baleares)

¹¹ Resolución del Consejo de la CNC, de 25 de marzo de 2013, (Expte. S/0316/10, Sobres de Papel)

¹² Resolución número 051694 de 4 de diciembre del 2008, Cemex, Holcim y Argos , SIC

¹³ Resolución Número 5477 de 2010, AGA FANO, Oxígenos de Colombia Ltda y Gases Industriales de Colombia S.A., SIC

¹⁴ Resolución No 22625 de Septiembre 19 de 2005, Molinos Roa S.A., Molino Flor Huila S.A., Arroz Diana S.A., Unión de Arroceros S.A., y Procesadora de Arroz Ltda, SIC

¹⁵ Resolución No.6839 2010, Ingenio del Cauca, Ingenio Providencia, Manuelita, Ingenio Riopaila, Ingenio Central Castilla y Otros.

¹⁶ Resolución No.52202 de Octubre 16 de 2009, Cia Nacional de Chocolates y Sucesores de Jose Jesús Restrepo- Casa Lucker

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

A pesar de estas sanciones no han existido o prosperado las reclamaciones por daños y perjuicios a favor de terceros y es lo que se encontrara a continuación.

Desarrollo

En España judicialmente se pueden apreciar tres instancias que son demanda en primera instancia, apelación y casación, las tres instancias son a solicitud de las partes, luego de esta apreciación y estando en contexto para el caso del cartel del azúcar en España, el tribunal de defensa de la competencia el día 15 de Abril de 2014, dictó sentencia en la cual se acreditaba la realización de una práctica restrictiva de la competencia mediante acuerdo de precios del azúcar para usos industriales, esta resolución fue confirmada por la sala de lo contencioso administrativo y por el tribunal supremo por la cual dicha sentencia queda en firme.

Con posterioridad Galletas Gullón, SA, Mazapanes Donaire, SL, Nestlé España, SA, Zahor, SA, Galletas Coral, SA, Productos Alimenticios La Bella Easo, SA, Lacasa, SAU, Chocolates del Norte, SA y Bombonera Vallisoletana, SA -, en la condición de compradoras de azúcar efectúan una reclamación de tipo civil en la cual alegan el resarcimiento de daños y perjuicios sufridos por la conducta ilegal de acuerdo de precios de una de las empresas del cartel llamada Acor Sociedad Cooperativa General Agropecuaria. Para esta demanda en primera instancia el juzgado estimo parcialmente la demanda, en segunda instancia para el recurso de apelación en la audiencia provincial estimo el recurso interpuesto de apelación y dejó sin efecto la condena por daños y

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

perjuicios del juez de primera instancia. Para este caso el Tribunal supremo el 7 de Noviembre de 2013 emite una sentencia en la cual condena a la empresa Acor basado en los siguientes puntos citados por el estudio de abogados Gomez – Acebo & Pombo en www.gomezacebo-pombo.com :

1. Se puede vincular al proceso la decisión de práctica anticompetitiva, entendiéndose como cosa juzgada la infracción del derecho de la competencia. Sin embargo debe ser argumentados. STC 192/2009 28 Sept “exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe”.
2. Existe la doctrina del “passing on” la cual considera que los sobre costos para este caso del azúcar fueron transmitidos a los consumidores finales por lo cual las empresas demandantes no tenían posibilidad de probar ni reclamar perjuicio, para este caso el tribunal considera que no se transmite el precio sino el perjuicio económico derivado de los acuerdo. Para el caso se entiende que las empresas demandantes sufrieron daños en su imagen comercial, además de la perdida de competitividad internacional por diferenciación de precio, generando esto último un lucro cesante y un daño emergente.
3. El cálculo del lucro cesante y el daño emergente será difícil de probar y es donde toma verdadera relevancia el Perito, ya que esta discusión tendrá fin con un estudio económico, dicho estudio que reconstruya o proyecte un supuesto del mercado sin vicios o sin temas de competencia desleal.
4. Para este caso el tribunal considera que la carga de la prueba es del demandado quien tiene la obligación de probar por ser el infractor.

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

5. El demandado alego la falta de sagacidad por parte de los demandantes al no haber sido “mas inteligente” para minimizar los perjuicios. El tribunal considera que no es posible que quien ejecuto la práctica anticompetitiva se adjudique ganancias o retenga beneficios por que los perjudicados no tomaron otras decisiones. “ quien cause el daño solo puede verse liberado de indemnizarlo en todo o en parte si se prueba que quien lo sufrió lo agravó con su conducta negligente lo que en el caso enjuiciado no ha sido probado”

Para el caso del presunto cartel de Pañales y siendo Colombia un país comunitario las prácticas competitivas comerciales están enmarcadas de forma general en la Decisión 608 de la Comunidad Andina y la constitución política de Colombia, lo que a su vez está reglamentado por leyes y decretos.

Decisión 608 de la Comunidad Andina

CAPÍTULO III

SOBRE LAS CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

De las conductas restrictivas de la libre competencia

Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Constitución Política de Colombia

Artículo 333. 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.

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

Con base en el marco general la Superintendencia de Industria y Comercio formuló pliego de cargos contra las empresas TECNOSUR - TECNOQUÍMICAS (Winy Ultratrim), FAMILIA (Pequeñín), KIMBERLY (Huggies) y DRYPERS (Baby Sec) por la presunta cartelización en el mercado de producción, comercialización y distribución de pañales desechables para bebé. Adicional contra 44 personas naturales directivos y empleados de las compañías antes nombradas. Este pliego de cargo está respaldado con las pruebas recolectadas por la SIC y con el apoyo de 2 de las empresas que se acogieron al programa de Beneficios por Colaboración en el cual las empresas confiesan su participación y aportan pruebas.

Estos beneficios de colaboración inicialmente configurados en Colombia como garantías en el año 1.992 fueron modificados en el año 2009 a favor de los infractores, con el fin de otorgar beneficios de exoneración total o parcial a cambio de la colaboración con la entrega de información y pruebas para la identificación de los participantes y las conductas anticompetitivas. A nivel mundial por varios países y difundido en cabeza de Organización Para La Cooperación y El Desarrollo Económicos – OCDE en su resumen Utilizar la clemencia para luchar contra los carteles dice así “Los programas de clemencia pueden romper la ley del silencio que rige entre los miembros de un cártel. Los programas que mayor éxito han cosechado son aquellos que otorgan una inmunidad absoluta a la primera empresa que se presente ante las autoridades competentes y desvele el engranaje interno del cártel. La información que proporcione esa empresa y su cooperación continua a lo largo de todo el

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

procedimiento de investigación posterior resultan esenciales para condenar a los otros miembros del cártel.”

No obstante estos beneficios son de tipo administrativo y los exonera de las sanciones que pueda imponer la SIC, no del pago de resarcimiento de reclamaciones de tipo civil como el de una posible demanda de reclamación de daños y perjuicios; por lo cual la pregunta ¿En Colombia como en España pueden existir demandas civiles por daños y perjuicios posteriores para el caso de los carteles? Luego que la SIC emita la resolución donde confirme la práctica anticompetitiva, el interesado podría iniciar un proceso civil teniendo el reconocimiento de la mala práctica y le restará probar el perjuicio causado, esto como en el caso de España apoyado en Peritos que logren demostrar que el mayor margen pagado genero un lucro cesante o dejo de prestar un mejor servicio por la mala calidad de la materia prima, generando mayores gastos para casos de asociaciones o jardines infantiles.

Para el caso del consumidor final que no tiene una asociación que conserve una contabilidad o pruebas de compra, podría argumentar la carga de la prueba en el demandado solicitando la información de inscripción a los grupos de fidelización que acostumbran a gestionar las empresas de pañales.

En cualquier caso se puede examinar la posibilidad de una demanda masiva para tener un mayor campo de acción y argumentación.

Conclusión

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS

Las prácticas anticompetitivas como el acuerdo de precios es una práctica colusoria que se viene presentando desde hace muchos años en diferentes países, la cual es difícil de probar por la forma como se desarrolla, por esta razón los estados han implementado acuerdos de colaboración buscando romper el silencio de los grupos económicos participantes y así recolectar pruebas para sancionar e imponer multas; luego de este reconocimiento y sanción de malas conductas competitivas se puede mediante argumentación jurídica y financiera vía jurisdiccional solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios por parte de los perjudicados. Lo anterior fue logrado mediante una decisión histórica del Tribunal Supremo Español mediante sentencia del 7 de Noviembre de 2013. En Colombia es la primera vez que se hace un acuerdo de colaboración desde el año 2009 en el que se implementó la norma de beneficios de exoneración por apoyo.

RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS
EN PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS