

Algunos apuntes sobre la culpa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia

CAROLINA SALAZAR HOLGUÍN¹

RESUMEN

La protección de la competencia es un principio de la economía de mercado encaminado a la protección del interés público que se encuentra inmerso en el mercado, y su violación genera efectos negativos tanto en el mercado que se protege, como en el patrimonio de personas particulares. Mientras que con el daño al mercado se afecta el interés general y la legislación busca protegerlo a través de sanciones administrativas, con el daño privado se afectan intereses particulares cuya forma de proteger no es otra que la responsabilidad civil, pero que proviniendo de la violación de normas de orden público posee características particulares. Con el fin de establecer si surge responsabilidad civil de la violación de normas de competencia, se deben analizar los diferentes elementos de la responsabilidad, aunque con las particularidades de las normas de libre competencia que cuentan con una dimensión objetiva –encaminada a proteger el interés general– y una subjetiva –que protege el interés particu-

1 Abogada y politóloga de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho contractual de la Universidad Externado de Colombia y Magíster en responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la misma universidad. Ex asesora del Superintendente de Industria y Comercio en temas de protección de la competencia y socia de la firma Salazar Zopó & Asociados. Correo-e: salazarholguin@gmail.com. Fecha de recepción del artículo: 11 de septiembre de 2013; fecha de modificación del artículo: 4 de octubre de 2013; fecha de aceptación del artículo: 1 de noviembre de 2013. Para citar el artículo: Salazar Holguín, Carolina (2013). "Algunos apuntes sobre la culpa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 10. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 147-160.

lar—. Dentro de estos elementos se encuentra la culpa, frente a la cual se han expuesto diferentes posiciones que van desde considerarla probada con la violación de las normas de competencia, hasta afirmar que se trata de una responsabilidad objetiva. Tratándose de daños ocasionados por la realización de prácticas comerciales restrictivas, estamos ante un caso de responsabilidad por el hecho propio –actividad de los comerciantes–, que debe ser analizado bajo un régimen subjetivo de culpa probada, con la particularidad de que la violación de la norma de competencia, que es de orden público y encaminada, en su dimensión objetiva a proteger el interés general, trae ínsito el elemento culpa, siendo la única opción del demandado demostrar la existencia de una causal de exoneración o que incurrió en un error invencible.

Palabras clave: Indemnización de perjuicios, Responsabilidad civil por prácticas comerciales restrictivas, Culpa por el hecho propio, Libre competencia, Daño al mercado.

Some reflexions on the liability derived from anti-competitive business practices

ABSTRACT

Although the protection of economic competition is a public interest, its restrictions have a negative impact on both the market that is being protected, as well as its consumers. While damages to the market and the general interest are protected through administrative investigations and penalties, damages caused to competitors, as a result of the noncompliance with rules of public character, are protected through tort law actions. To determine whether liability arises from the noncompliance with competition rules, it is necessary to analyze the different elements of such liability. Some competition law rules have an objective dimension (intended to safeguard public interests) and a subjective dimension (intended to safeguard private interests). Damages caused by the implementation of anticompetitive business practices is a case of liability for its own act (trader's activity), which should be analyzed under a subjective system of liability. However, the noncompliance to competition laws, which also protects the public interest dimension of the competition, carries the fault element. In this case, the only option for the defendant is to prove if his/her conduct fits into an exemption, or prove that it was an invincible mistake.

Keywords: Compensatory damages, civil liability for unlawful trade practices, liability for its own act, free competition, market restrictions.

En la actualidad, la mayoría de los países del mundo tienen sistemas económicos que pertenecen a la corriente de la economía de mercado², en la que se incentiva la interacción de agentes que ofrezcan y demanden libremente bienes y servicios, de manera que exista competencia en el mercado sin que ninguno de estos agentes tenga poder para intervenir sobre los precios o cantidades que se transen, lo cual genera beneficios para los agentes y para la sociedad en general (RAMÍREZ HERNÁNDEZ, 2007).

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientado a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (art. 333 de la Constitución Política)³.

En otras palabras, podría afirmarse que en aquellos países en los que se acogen los postulados de la economía de mercado, el Estado debe garantizar los derechos económicos indispensables para que tal economía funcione de manera eficiente, y dentro de ellos principalmente, el derecho a la libre competencia económica.

Se entiende por libertad económica, la posibilidad efectiva que tienen los participantes de un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela. La libre competencia económica se encuentra consagrada como derecho constitucional en el artículo 333 de la Constitución Política (MIRANDA LONDOÑO, 1999: 18).

Con el fin de garantizar los derechos económicos, existen innumerables políticas y normas nacionales e internacionales que buscan incentivar y proteger la competencia en los mercados⁴; para estos efectos, en Colombia se expedie-

2 De acuerdo con la teoría microeconómica, un mercado en competencia implica la existencia de numerosos agentes –oferentes y demandantes– atomizados, producto homogéneo –es decir, con características muy similares–, inexistencia de barreras de entrada o salida del mercado, información completa e imposibilidad de los agentes para intervenir el precio de los bienes o la cantidad ofrecida.

3 Corte Constitucional, Sentencia C- 616 de 2001.

4 “La libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia

ron, entre otras, las disposiciones que señalan cuáles son las conductas que el legislador consideró como restrictivas de la competencia o PCR⁵ y que tienen una dimensión tanto objetiva –protección del interés general– como subjetiva –protección del interés particular–.

El respeto de las normas de competencia genera que cada agente logre producir la mayor cantidad de un bien o servicio con los menores costos posibles –eficiencia productiva–; que los consumidores maximicen su utilidad a través de la escogencia óptima de cantidades de bienes y servicios que les ofrece un mercado –eficiencia asignativa–; se estimula a los productores de un bien o servicio a implementar el uso de nuevas tecnologías o procesos productivos más eficientes que les permitan reducir sus costos –innovación– y, en definitiva, se genera bienestar en la sociedad⁶. Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional:

La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundando en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores⁷.

Por el contrario, la violación de las normas de competencia o la realización de conductas consideradas como una práctica comercial restrictiva⁸ generan efectos negativos en el mercado en el que tienen lugar:

Las empresas tal vez tengan también la tentación de reducir o eliminar la competencia sin intervención del Estado porque un monopolista puede maximizar su beneficio. Las medidas de las empresas destinadas a reducir o eliminar la competencia reciben la denominación de prácticas comerciales restrictivas. Si

económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los mercados" (Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997).

5 El régimen de competencia colombiano está compuesto, principalmente, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

6 Véase, por ejemplo, COOTER (2003: capítulos 1 y 2).

7 Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997.

8 "Las prácticas comerciales restrictivas son comportamientos que como su nombre lo indica "restringen la competencia". Aminoran la competencia. La falsean". VELANDIA, MAURICIO. (2006).

las empresas eliminan totalmente la competencia se convierten en monopolistas. Si reducen sustancialmente la competencia, hasta el punto que los competidores subsistentes no tratan de impugnar sus decisiones en materia de precios, dan lugar entonces en su favor a lo que se denomina una posición dominante en el mercado. Lo mismo que los monopolistas, las empresas dominantes pueden fijar precios elevados sin que los competidores les opongan trabas, incluso cuando otras empresas desarrollen actividades en el mercado (Naciones Unidas, 1996).

Ahora bien, junto con estos efectos generales de daño al mercado es posible que la realización de prácticas comerciales restrictivas generen efectos negativos a personas particulares, surgiendo así, de la ocurrencia de estas prácticas, dos tipos diferentes de daño: por un lado, el daño al mercado y por el otro, el daño a la propiedad privada.

Entonces, se diferencia el daño al mercado, calificado por el Gobierno, con el daño a la propiedad privada, el cual es competente para conocer el Juez, y no la administración (MIRANDA LONDOÑO, 2007).

Mientras que con el daño al mercado se afecta el interés general y la legislación busca protegerlo a través de la imposición de sanciones administrativas, con el daño privado se afectan intereses particulares cuya forma de proteger no es otra que la responsabilidad civil.

Por una parte, encontramos el "daño concurrencial de carácter público" entendido como aquél que afecta el "interés general" que recae sobre el orden público económico y el adecuado funcionamiento del mercado. Y, por la otra, el denominado "daño concurrencial individual o privado", que es el aquél que deriva de un comportamiento que es contrario a la libre competencia pero que impacta en el patrimonio de uno o varios sujetos del mercado (ORTIZ BAQUERO, 2008).

En el presente escrito nos centraremos en el daño que se ha denominado como privado; es decir, aquel que proviene de la realización de una práctica comercial restrictiva, pero que impacta un patrimonio particular que podrá ser de otros competidores o de los consumidores a quienes también puede afectar.

Como ha sido señalado por diferentes autores, el principio de la responsabilidad civil que "(...) es un juicio normativo que permite atribuir a una persona los efectos patrimoniales de un daño provocado a otra" (TAPIA R., 2007), tiene plena aplicación frente a quien causa un daño como consecuencia de un comportamiento contrario a las disposiciones de libre competencia.

En efecto, este principio resulta también aplicable a los daños que hemos denominado particulares y que se derivan de las prácticas comerciales restrictivas, aunque con la particularidad de que el daño proviene de la violación de una norma encaminada, desde una de sus dimensiones –la objetiva– a proteger el interés general, circunstancia que desde luego debe tener implicaciones. En

este sentido, en principio, solo se derivará responsabilidad civil de la violación de normas de competencia que ha tenido efecto sobre el mercado y no de aquellas conductas que son sancionadas simplemente por su objeto⁹.

Ahora bien, con el fin de establecer si surge responsabilidad civil de la violación de normas de competencia, será necesario analizar la existencia de los diferentes elementos de la responsabilidad, aunque, como ha señalado la doctrina, con las particularidades propias de las normas de libre competencia y el hecho de que las mismas protegen intereses generales.

El escenario de los comportamientos antitrust no es la excepción al principio anterior, ello hace que los elementos estructurales de la responsabilidad civil sean los generales y que las particularidades vengan dadas por las normas de libre competencia (ORTIZ BAQUERO, 2008).

Frente a las particularidades que se presentan por los daños derivados de las prácticas comerciales restrictivas, habría que hacer referencia, entre muchas, a la naturaleza de la responsabilidad, el nexo causal, la prueba del daño y su extensión, así como la legitimación para reclamar. No obstante, para efectos de este artículo, nos vamos a centrar en el tema de la culpa.

En desarrollo de este objetivo, debemos partir del supuesto según el cual para obtener la declaratoria de responsabilidad civil por un daño derivado de una PCR, además del daño es necesario acreditar la violación de las normas de libre competencia, en cualquiera de sus modalidades: actos, acuerdos o abusos de posición de dominio.

Lo primero y quizás el aspecto más complicado que debe acreditar la víctima ante el juez competente, es que ha existido un acuerdo, decisión, recomendación, práctica concertada, conducta conscientemente paralela contraria a la libre competencia (ilícito colusorio) y/o una conducta de abuso de posición dominante (ilícito abusivo), o lo que es igual, que ha existido una infracción a un deber de comportamiento que ha sido dispuesta en la ley, que para el caso sería el deber legal de competir y/o de no abusar de la posición que se tiene dentro de un mercado determinado (ídem).

Una vez demostrados estos elementos –el daño y la violación de las normas de competencia–, surge la duda sobre el deber o no de demostrar el elemento culpa y de las características de tal elemento. Al respecto, se han expuesto diferentes posiciones que van desde considerar probada la culpa con la violación

9 La mencionada aclaración es importante, pues pueden existir conductas consideradas por sí mismas violatorias de las normas de competencia y, en consecuencia, sancionables administrativamente pero que al no tener efectos en el mercado no causan daños particulares y, en consecuencia, no podrá declararse la existencia de responsabilidad civil.

de las normas de competencia, hasta afirmar que se trata de una responsabilidad objetiva, pasando por un régimen de presunción de culpa.

Se discute si sería conveniente establecer un sistema de responsabilidad en el cual fuese suficiente la prueba de la infracción (ilícito antitrust), por ser ella en sí misma prueba de la culpa o dolo con el cual ha actuado el infractor, o si un sistema de esta naturaleza sólo debería admitirse tratándose de las infracciones más graves como pueden ser los cárteles de precios o los acuerdos de repartición de mercados (*hardcore violations*). También se debate si sería admisible un sistema en el cual a partir de la infracción se pudiese presumir la culpa, pero dentro del cual se admitiese al demandado desvirtuar esta presunción a través de la prueba del error excusable (*ídem*).

Las posiciones mencionadas pueden presentarse de la siguiente manera: por un lado se encuentran quienes consideran que la responsabilidad proveniente de la violación de normas de protección de la competencia debe analizarse como una responsabilidad de naturaleza objetiva en la que, como resulta lógico, no tiene lugar el análisis del elemento culpa.

En nuestro criterio, el sistema más adecuado de imputación de los daños concurrentes de carácter individual y más respetuoso de los intereses de las partes, es un sistema de responsabilidad objetiva, con base en el cual, a la víctima le baste probar la conducta anticoncurrencial o ilícita, el daño y la relación causal (*ídem*).

Tal posición encuentra también manifestaciones en la doctrina extranjera que al respecto ha señalado:

Además en un ámbito concurrencial ello otorgaría seguridad jurídica al resarcimiento debido a la especial intensidad material de la antijuridicidad, cuya existencia implica la casi procedencia de la reparación de los daños concurrentes causados (DE LA VEGA, 2005: 208).

Por otra parte, hay quienes sostienen que la prueba de la violación de las normas de competencia conlleva la presunción del elemento culpa, con la posibilidad de que la misma sea desvirtuada demostrando que la conducta ha sido consecuencia de un error excusable (ORTIZ BAQUERO, 2011: 208). Así lo ha señalado la doctrina extranjera:

En este esquema de responsabilidad, una vez constatada y declarada la conducta colusoria o el abuso de posición dominante, por vulneración de los arts. 1 y 2 LDC, como la culpa del agente es connatural a la realización de estas conductas restrictivas de la competencia, el actor deberá sobre todo acreditar la relación de causalidad entre la referida conducta ilícita y el daño o perjuicio que preten-

de le sea indemnizado, cuya existencia y cuantificación también deberá quedar suficientemente probada (SANCHO GARGALLO, 2009).

Esta posición ha sido complementada con la posibilidad de que el agente demuestre la existencia de un error excusable:

(...) Sin necesidad de modificación legislativa y por vía de interpretación jurisprudencial, (...) dar la posibilidad al agente de eximirse de responsabilidad probando que su conducta responde a un error excusable, éste es que una persona que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia (ORTIZ BAQUERO, 2011: 208).

Por último, se encuentran quienes consideran que además de demostrar la existencia del ilícito será necesario demostrar la existencia de dolo o negligencia.

Para este tipo de actividades la adopción de un sistema de responsabilidad subjetiva resulta perfectamente adecuado porque 1) en el marco de las conductas prohibidas por el derecho antitrust, el riesgo de daños inculpables es totalmente residual, y 2) la atribución de este riesgo al que objetivamente realiza la conducta no comporta, a nuestro juicio, ningún beneficio ni desde el punto de vista del nivel de riesgos, ni desde la perspectiva de la administración del mismo. Por otra parte, el propio Derecho de la defensa de la competencia está dirigido a prevenir la realización de conductas y, en este sentido, el régimen de responsabilidad subjetiva, al introducir entre sus elementos el enjuiciamiento de la conducta del agente, se manifiesta como el más ajustado a su estructura¹⁰.

Teniendo en cuenta las diferentes posiciones, resulta necesario preguntarse cuál es la que debe adoptarse de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta, por un lado, el régimen de responsabilidad existente y, por otro, el hecho de que las normas de competencia son disposiciones que en su dimensión objetiva están encaminadas a proteger el interés general. Para resolver tal interrogante, lo primero que habrá que decir es que en los ordenamientos jurídicos occidentales la regla es la existencia de regímenes de responsabilidad subjetivos, siendo los casos de responsabilidad objetiva considerados como excepciones (TAMAYO JARAMILLO, 1999: 174).

En los regímenes subjetivos se requiere que la conducta causante del daño sea culposa, es decir, que se derive de un comportamiento que no hubiere sido realizado por un hombre prudente o avisado (ídem: 176). En general, en nuestro ordenamiento, tanto en la responsabilidad contractual como la responsabilidad

10 PEÑA LÓPEZ, FERNANDO, "La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust (aspectos procesales y sustantivos de las acciones civiles en el Derecho a la defensa de la competencia)", (Granada-España), pp. 241 y 242. Citado por ORTIZ BAQUERO (2011: 212).

extracontractual, se requiere la existencia del elemento culpa; no obstante, en nuestro país la culpa puede ser probada o presunta. Por ejemplo, en materia contractual la culpa se presume cuando la cosa debida perece en poder del deudor (art. 1730 del C.C.¹¹) y en materia extracontractual, se presume en los casos de responsabilidad por el hecho de un tercero (art. 2347 del C.C.).

Tratándose el caso analizado, el de daños por la realización de PCR, de responsabilidad por el hecho propio correspondiente a la actividad de los comerciantes, tanto si la misma es de naturaleza extracontractual como si se considera que es contractual –tema que es objeto de un debate completo que no será desarrollado en el presente artículo–, deberá ser analizada bajo un régimen subjetivo de culpa probada.

En general, toda la responsabilidad directa por el hecho propio descansa en el fundamento de la culpa probada, según se desprende de lo establecido por el artículo 2341 del Código Civil. En ese orden de ideas, la responsabilidad extracontractual de los médicos, la de los periodistas, la de los comerciantes, etcétera, no puede comprometerse mientras no haya una culpa comprobada de su parte.

(...)

De su lado, BORIS STARCK, autor de la conocida teoría de la garantía, afirma que en caso de daños de naturaleza puramente económica o moral, independientes de todo atentado corporal o material, la culpa debe seguir siendo el eje de la responsabilidad civil. Por el contrario, en aquellos casos en que haya deterioro físico de personas o de cosas por parte del agente, la responsabilidad será objetiva, pues el Estado debe garantizar el derecho que los individuos tienen sobre esos bienes (TAMAYO JARAMILLO, 1999: 210 a 213).

En este escenario, tenemos que los daños ocasionados por prácticas comerciales restrictivas deberán ser analizados a la luz de un régimen de responsabilidad subjetiva en el que, en consecuencia, será necesario demostrar la culpa.

Al respecto, será necesario tener en cuenta, por un lado, que la culpa puede ser probada de manera indiciaria¹² y, por otro, que tratándose de la violación de disposiciones normativas, se ha considerado que la violación de la norma es la prueba misma de la culpa.

Existirá culpa normativa cuando el agente, independientemente de elemento psicológico, haya violado disposiciones normativas que le imponían deberes

11 Código Civil, artículo 1730.- Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por el hecho o culpa suya.

12 Incluso algunos como el profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO (Ob. cit.: 184) sostienen que al tratarse de un comportamiento psíquico, la culpa solo puede ser probada a través de indicios y situaciones externas.

concretos. Esta definición es válida para la culpa contractual y para la extracontractual (TAMAYO JARAMILLO, 1999: 203).

Las conductas consideradas como prácticas comerciales restrictivas de la competencia consisten en deberes específicos que son establecidos en las normas de protección de la competencia; en el caso colombiano, tal normatividad se encuentra, entre otros, en el Decreto 2153 de 1992. Esta norma, en sus artículos 47, 48 y 50, establece los acuerdos y actos que se consideran contrarios a la libre competencia, así como las conductas consideradas como abuso de la posición de dominio.

Los acuerdos son arreglos entre competidores para no competir (colusorios) o para eliminar o impedir la entrada de otro al mercado (exclusorios). El abuso de la posición de dominio es un límite a la autonomía de la voluntad para aquellos agentes que cuentan con posición de dominio. Estas empresas encuentran disminuido su poder dispositivo en la medida que su concentración de poder las convierte en riesgosas para el mercado, dado que aprovechando su alto grado de concentración podrían obtener un beneficio injusto.

Los actos restrictivos del mercado son comportamientos unilaterales que impiden la libertad de empresa que son adoptados como retaliación del querer competitivo de otros¹³.

Adicionalmente, las normas de protección de la competencia son normas de orden público, como lo ha señalado la Corte Constitucional:

La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados¹⁴.

En este sentido, la doctrina nacional ha afirmado:

Además de vulnerar el orden público económico en su categoría de libre competencia, en muchos casos las prácticas restrictivas de la competencia ocasionan

13 Las prácticas comerciales restrictivas son comportamientos que, como su nombre lo indica, "restringen la competencia". Aminoran la competencia. La falsean" (VELANDIA, 2006).

14 Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997.

también perjuicios a personas naturales o jurídicas individuales (MIRANDA LONDOÑO, 2007).

Como consecuencia de lo anterior, es posible afirmar que en los casos de violación de las normas de protección de la competencia o de la realización de una práctica comercial restrictiva, estamos frente a normas imperativas encaminadas a proteger el interés general, que imponen deberes concretos –de acción y omisión– a los participantes de un mercado, y cuya violación implica que el actor actuó con culpa por lo que, de demostrarse los demás elementos de la responsabilidad, deberá responder por los daños causados.

Todo desconocimiento de una regla explícita imperativa es en sí mismo ilícito y en consecuencia, culposo sin que sea necesario además una negligencia, una imprudencia, un defecto de cuidados o una deficiencia cualquiera del comportamiento del autor. La ley puede en efecto, al igual que el contrato, imponer deberes más o menos estrictos, los que van desde la simple obligación de emplear ciertos medios o de utilizar ciertas precauciones hasta la de obtener un resultado determinado cualquiera sean las circunstancias en las cuales se despliega la actividad contemplada¹⁵.

Al respecto, ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1981: 175-177) sostiene lo siguiente:

La apreciación de la conducta del autor del daño es innecesaria si éste proviene de la violación de una obligación determinada impuesta por la ley o un reglamento, si hay lo que alguno denominan culpa contra la legalidad.

(...)

Cuando así ocurre, hay culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues ello significa que omitió las medidas de prudencia o precaución que una u otro estimaron necesarias para evitar un daño.

Este criterio ha sido acogido por la doctrina nacional que al respecto ha afirmado:

El ordenamiento jurídico impone a todos los individuos, en forma expresa y taxativa, unos determinados comportamientos. En tales circunstancias, el incumplimiento de cualquiera de esos deberes u obligaciones, ipso facto genera una culpa en cabeza del transgresor de la norma¹⁶.

15 GENEVIEVE, VINEY. *Traité de droit civil. La responsabilité*, t. IV, (Paris-1982: 41), citado por TAMAYO JARAMILLO (1999: 204).

16 "En consecuencia, incurren en culpa los constructores que levantan edificios violando las

De acuerdo con lo expuesto, comparto la posición de quien indica que la prueba de la infracción "ya lleva ínsita la demostración de la culpa, por lo que un doble requerimiento de este elemento podría resultar excesivo" (ORTIZ BAQUERO, 2011: 209). Lo anterior es así, además, porque tal circunstancia, la violación de una norma imperativa, corresponde al concepto tradicional de culpa, según el cual "hay culpa cuando no se obra como se debiere, cuando no se hace lo que hubiera debido hacerse" (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 1981: 172).

En consecuencia de todo lo anterior, en mi criterio, en Colombia los daños que provienen de la ocurrencia de prácticas comerciales restrictivas deberán ser analizados bajo un régimen de responsabilidad subjetiva, con la particularidad de que la violación de la norma de protección de la competencia, por tratarse de una norma de orden público que en su dimensión objetiva busca proteger el interés general, trae ínsito el elemento culpa, siendo la única opción del demandado demostrar la existencia de una causal de exoneración o que incurrió en un error invencible, con las características que a continuación se describen.

Frente a la exoneración por un error invencible, se debe tener en cuenta que en principio el error no exonera a quien ocasiona un daño; de hecho, la existencia de tal error comúnmente es indicio de la conducta culposa que consistiría en ignorar o no saber una cosa. No obstante, la doctrina ha considerado que hay casos excepcionales en los que el error puede exonerar.

Quien comete un daño por error o ignorancia o por haber sido engañado o sorprendido, es responsable, salvo que el error, la ignorancia o el engaño de que haya sido víctima sea de tal naturaleza que aun un hombre prudente colocado en sus mismas circunstancias habría incurrido en él: no habría entonces culpa (idem: 624).

De acuerdo con lo expuesto, en los casos de responsabilidad por daños ocasionados por la violación de las normas de protección de la competencia, el elemento culpa deberá ser analizado bajo un régimen de responsabilidad subjetiva en el que la violación de la ley es la prueba de tal culpabilidad y el agente demandando deberá demostrar que incurrió en un error invencible o en una causal de exoneración para eximirse de la obligación de indemnizar.

Seguramente la posición planteada tendrá varios cuestionamientos y podrá ser rechazada por muchos; no obstante, responde a un intento de análisis sobre por lo menos uno de los elementos de la responsabilidad que surge por la violación de las normas de protección de la competencia.

normas de urbanismo; los periodistas que desconocen las normas relativas a los medios de comunicación, los comerciantes que violan las normas relativas a la lealtad mercantil, los banqueros que desconocen las normas relativas al funcionamiento de entidades financieras; etc. En todos estos casos, el hecho de realizar la conducta prohibida en la ley, o de omitir la exigida, genera una culpa en cabeza del obligado. Y si como consecuencia de dicha culpa se causa un daño a un tercero, surge para el agente la obligación de indemnizar" (TAMAYO JARAMILLO, 1999: 204).

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO (1981). *Elementos de la responsabilidad delictual*. Santiago: Imprenta Universal.

COOTER R., ULEN T. (2003). *Law and Economics*. 4ª ed. Londres: Pearson.

DE LA VEGA, FERNANDO (2005). *La responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial: resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid: Civitas.

Naciones Unidas. Junta de Comercio y Desarrollo – Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales restrictivas (1996). *La política de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas*. Boletín nº 20. TD/B/RBP/INF.36.

RAMÍREZ HERNÁNDEZ, FERNANDO (2007). *La política de competencia y el proceso de regulación en México 1993-1999*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER (1999). "De la responsabilidad civil, t. 1", en *Teoría General de la responsabilidad*. Bogotá: Editorial Temis.

ARTÍCULOS EN REVISTAS

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO (1999). "El régimen general de la libre competencia. Características Principales", en *Compilación documentos sobre derecho de la competencia, Seminarios 10*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC.

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO (2007). "La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas comerciales restrictivas de la competencia", en *Revista Derecho Competencia*, vol. 7 n.º 7. Bogotá.

ORTIZ BAQUERO, INGRID (2011). "La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia", en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución, Monografía*, nº 5. Madrid: Editorial La Ley grupo WoltersKluwer.

ORTIZ BAQUERO, INGRID (2008). "La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia", en *Revista e-Mercatoria*, vol. 7, nº 1. Bogotá.

SANCHO GARGALLO, IGNACIO (2009). "Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia", en *Revista INDRET*, nº 1/2009. Madrid. www.indret.es

TAPIA R, MAURICIO (2007). "La Ley n° 20.169 sobre competencia desleal: una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual", en *Revista Colección de Derecho Privado*, n° 4, Santiago: Universidad Diego Portales.

VELANDIA, MAURICIO (2006). "Derecho de la competencia, régimen principal dentro de las prestaciones de distribución", en *Boletín Latinoamericano de competencia*, n° 21. http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_2.pdf

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997.