

**Radicación: 12 - 64145 – Caso “PRACTICAJE”**

**Resolución No. 71692 del 8 de noviembre de 2017**

**INVESTIGACIONES POR ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA – MERCADO AFECTADO – No es necesario definir el mercado relevante**

*[E]ste Despacho se ha pronunciado en casos anteriores sobre la definición de mercados relevantes en los casos de acuerdos entre dos o más empresarios, señalando que en dichos casos no es necesario avanzar en tal definición, aunque sí resulta pertinente hacer una referencia sobre el mercado presuntamente afectado, el cual se determina por el alcance mismo de la conducta. Así, para la Superintendencia de Industria y Comercio resulta suficiente identificar los bienes y servicios sobre los cuales los investigados realizaron el acuerdo, y el territorio en el cual desarrollaban su actividad económica durante el periodo investigado.*

*[S]i bien la definición del mercado relevante no es un prerrequisito para analizar los casos de acuerdos anticompetitivos, sí es importante describir el mercado afectado con el fin de analizar las condiciones del mismo y determinar el alcance que pudo tener la conducta investigada.*

**PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992**

*[L]os carteles de precios como el acá reprochado generan precisamente efectos monopólicos al despojar a los consumidores de su derecho a tener diferentes opciones, como está llamado a ser un mercado en libre competencia.*

*[L]a conducta aquí investigada corresponde a un acuerdo de fijación de precios, el cual es tipificado en el numeral primero del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 como anticompetitivo por tener el objeto de restringir la libre competencia económica. (...) para declarar el acuerdo como anticompetitivo no es necesario probar los efectos del mismo sobre el mercado.*

*[T]oda concertación de precios tiene la potencialidad de generar distorsiones en el mercado que traen como consecuencia una pérdida en el bienestar de los consumidores, que se traduce en un efecto explotativo sobre estos agentes, en beneficio de los productores (...)*

*[L]as asociaciones o gremios como sujetos de las normas de competencia están obligadas a desarrollar sus funciones dentro de dicho marco normativo y “deben abstenerse de decidir, recomendar o sugerir a sus asociados condiciones de fijación [de precios o tarifas] en razón a que dichos actos pueden llegar a considerarse como acuerdos o actos restrictivos de la competencia”.*

**PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición General – Artículo 1 de la Ley 155 de 1959**

*La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de distintas decisiones, ha interpretado la anterior disposición como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe toda práctica que conlleve a restringir la competencia en un mercado. De esta manera, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, incluye tanto las conductas definidas en el Decreto 2153 de 1992, como aquellas otras conductas que tienden a limitar la libre competencia económica.*

*[C]uando se determina que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos estaría violando la prohibición general, sin que ello signifique que no pueda encuadrarse en los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992. En otros términos, si una conducta anticompetitiva se encuadra en las prácticas restrictivas de la competencia establecidas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también resultan violatorias de la prohibición general, teniendo en cuenta que esta abarca todas las conductas, prácticas, procedimientos o acuerdos que limiten, o tiendan a limitar la competencia.*

*Lo anterior no implica necesariamente que una violación a la prohibición general conlleve a una de las prácticas restrictivas de la competencia establecidas en el Decreto 2153 de 1992, ya que una práctica determinada puede tender a limitar la libre competencia, pero no incluirse en la lista de conductas del Decreto 2153 de 1992.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Responsabilidad personas naturales**

*[L]a sola pertenencia de una persona a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Tiene que existir un comportamiento activo u omisivo que lo vincule específicamente con la infracción objeto de sanción.*

*[C]obra especial relevancia en el análisis: (i) quiénes obran como administradores de las personas jurídicas, sobre los cuales, de acuerdo con el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, recaen unos deberes fiduciarios;*

**Resolución No. 71692 del 8 de noviembre de 2017**

y, (ii) quienes, a pesar de no ostentar la calidad de administradores, tienen una posición de rango directivo dentro de la estructura jerárquica del agente de mercado. En estos casos, la Superintendencia analizará las circunstancias del caso en concreto para determinar si de tales personas se espera que debieran conocer, o al menos debieran realizar las gestiones necesarias para enterarse de la comisión de la conducta, de haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria**

*[E]l término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia cuando se investigan conductas violatorias de las leyes de competencia es de cinco (5) años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Inaplicación de las causales eximentes de responsabilidad penal a las actuaciones administrativas sancionatorias por prácticas anticompetitivas**

*Si bien el procedimiento administrativo que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la violación de las normas que regulan la libre competencia, obedece a la categoría del “derecho sancionatorio”, lo cierto es que difiere sustancialmente del derecho penal sancionatorio en relación con los fines perseguidos, los bienes jurídicos tutelados, las consecuencias de las investigaciones (multa vs privación de la libertad), entre otras, así como también es aspectos de índole procedimental tales como las etapas procesales, el estándar probatorio, recursos admisibles, medios probatorios para acreditar la infracción normativa, sanciones a imponer, etc.*

*Ahora bien, en lo atinente al derecho penal sustantivo, existe una mayor diferenciación entre ambos procesos sancionatorios, a tal punto que la doctrina estima que las disposiciones penales sustantivas son inaplicables al derecho administrativo sancionador teniendo en consideración: (i) las diversas órbitas de competencia; (ii) la finalidad específica del derecho sancionador; (iii) la prevalencia del interés superior del Estado; (iv) la diferente naturaleza de las sanciones; (v) la inaplicabilidad del dolo a las personas jurídicas; y, (vi) la existencia de preceptos garantizadores en la Ley 1437 de 2011.*

*[B]ajo ninguna óptica podría excusarse un acto de cartelización bajo el pretexto de que se trata de una “legítima defensa” o respuesta a una amenaza de otro actor del mercado, toda vez que al ser los carteles de precios claramente ilegales, o como los hay definido la **OCDE** la conducta más vergonzosa en que puede incurrir un empresario, nunca podría alcanzar el calificativo de “legítima”.*

*[R]esulta inconcebible pensar que so pretexto de “salvar” a una compañía de una supuesta crisis financiera se infrinjan las normas de competencia. Más aun, es intolerable la violación de cualquier disposición legal en aras de preservar la existencia de una compañía.*

*[U]na difícil situación económica o financiera por la que atraviere una empresa investigada no puede dar lugar a tener un trato preferencial, en la medida que generaría un incentivo perverso en relación con otros agentes del mercado que no han infringido las normas de competencia y que también atraviesan una situación semejante. En efecto, compartir este argumento sería autorizar para que en lo sucesivo, los agentes económicos intervinientes en los mercados se cartelicen bajo la excusa de atravesar por una difícil situación financiera.*