

Editorial

La responsabilidad de los colaboradores en conductas anticompetitivas*

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA
earchila@uexternado.edu.co

El artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Autoridad Única de la Competencia podrá imponer a cualquier persona que "colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia" multas hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes¹.

La norma no hace distinción respecto de si se trata de persona natural o jurídica ni tampoco advierte el rol o actividad del colaborador, es decir, puede tratarse de representantes legales, asesores, jefes de área o cualquier otro, siempre y cuando incurra en alguno de los verbos rectores que contiene la disposición citada.

Recientemente, el Tribunal Administrativo² tuvo oportunidad de pronunciarse en segunda instancia respecto de la responsabilidad de los colaboradores en procesos de prácticas comerciales restrictivas, señalando que

- Previo a la imposición de la sanción administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la carga de "demostrar el despliegue efectivo de una acción de autorización, ejecución o tolerancia" o, en otras palabras, tiene "la carga probatoria de acreditar fehacientemente la participación en el comportamiento anticompetitivo".
- La conducta del colaborador "debe ser dolosa o culposa como elementos integrantes del actuar del accionado".

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n50.02>

- 1 La versión original del artículo 4 numeral 16 del Decreto 2153 de 1992 establecía como función del Superintendente de Industria y Comercio la de "imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas" multas hasta por 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- 2 Colombia. Tribunal Administrativo. Sala Transitoria. Expediente n.º 11001-33-31-001-2012-00156-03 (27, noviembre, 2018). M.P.: Leonardo Galeano Guevara.

- El verbo tolerar, si bien se trata de un comportamiento pasivo, debe "ser realizado con dolo o con culpa, como en lo que se refiere en este último a la comisión por omisión".
- En todo caso, la conducta requiere un "conocimiento consciente del agente de la conducta para que sea jurídicamente reprochable".
- De acuerdo con el principio de presunción de inocencia, le corresponde a la administración la carga de demostrar la responsabilidad del investigado, lo que deviene en que "no le corresponde al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de la existencia de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad".
- Para el caso concreto, el Tribunal concluyó que la investigada no reemplazó al representante legal de la empresa, el asunto en específico no le fue consultado, no tenía potestad decisional en la materia y la omisión de un asunto inédito en el ejercicio de sus funciones, no se constituyó "en un obrar omisivo consciente", por lo que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia³ que revocó una de las sanciones personales impuestas por la Superintendencia de industria y Comercio⁴.

La posición del Tribunal Administrativo contrasta con la de la Autoridad de Competencia, que en varias decisiones ha referido que para imponer la sanción administrativa por colaboración se requiere⁵:

- "Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.
- "Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.
- "Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o por lo menos debió haber conocido o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar".

3 Colombia. Juzgado 14 Administrativo de Descongestión Mixto del Circuito de Bogotá. Radicación n.º 11001-33-31-001-2012-00156-00 (18, mayo, 2016).

4 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 46111 (30, agosto, 2011) confirmada en instancia de reposición mediante Resolución n.º 65116 (21, noviembre, 2011).

5 Entre otras, Resoluciones n.º 54403 (18, agosto, 2016), 81391 (11, diciembre, 2017) y 72158 (28, septiembre, 2018).

En Resolución SIC 25036 de 2014.

Comparto la postura del Tribunal. El colaborador debe efectivamente incurrir en alguno de los verbos rectores señalados en la ley, como son colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar, y para que efectivamente se presenten es necesaria la existencia de conciencia de que se está llevando a cabo dicha conducta⁶. Adicionalmente, no se presume la comisión de la conducta; por el contrario, la carga de la prueba es de la Autoridad, que efectivamente debe demostrar la colaboración, facilitación, tolerancia, ejecución o autorización de las prácticas restrictivas de la competencia⁷.

- 6 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 25036 (21, abril, 2014): "En efecto, una vez clara la infracción al régimen por parte de la empresa, solo se podrá sancionar a la persona natural en virtud de lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 de Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, si se prueba que realizó una conducta activa encaminada a que la empresa cometiera la infracción, o que por lo menos omitió adoptar medidas para evitar que se realizara la infracción, o que cesara la misma, *teniendo pleno conocimiento de ella*" (destacado fuera de texto).
- 7 La responsabilidad de los administradores prevista en el artículo 24 de la ley 222 de 1995 establece: "Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador". Por el contrario, el artículo 2 numeral 14 modificado por el artículo 26 de la Ley 1340, norma aplicable al régimen de prácticas comerciales restrictivas, no contempla la presunción de culpa del administrador.