

Resolución No. 70230 del 3 de noviembre de 2020

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prácticas restrictivas en procesos de contratación estatal

En materia de contratación pública, la ocurrencia de prácticas anticompetitivas resulta ser aún más grave, teniendo en cuenta que estas manipulaciones no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido. Dada la escasez de los recursos públicos, conductas como éstas, en donde los recursos de los compradores y los contribuyentes son desviados, generan un detrimento en los niveles de confianza del público y restringen las bondades de un mercado competitivo.

Al ser la Superintendencia de Industria y Comercio responsable de velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales, dicha vigilancia se hace extensiva a los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales, en donde resulta aún más imperioso fomentar la transparencia y la competencia, por cuanto, tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades, las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal pueden producir, entre otros, los siguientes efectos negativos:

(i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia;

(ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos;

(iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes;

(iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; y

(v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Ahora bien, la Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los proponentes infractores pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas de cada oferente; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo; y (vi) presentan pluralidad de propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad obedecen a los mismos intereses económicos.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general

Esta Entidad, así como la Corte Constitucional –en Sentencia C-032 de 2017 en la que declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959–, han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros, (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

[T]al y como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017, dicha prohibición debe “ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece” constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos. Bajo este contexto, a continuación se analizará si se acreditó el comportamiento objeto de investigación y si el mismo se enmarca en la conducta imputada. (...).

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL – Mercado afectado

La definición del mercado relevante en los casos que involucran procesos de contratación pública el mercado es concretada en el proceso contractual mismo, particularmente en conductas que no hacen parte de un sistema anticompetitivo, no es una posición propia o exclusiva de la autoridad colombiana, sino que corresponde con los pronunciamientos de otras agencias de competencia a nivel internacional. Así, en decisión No. 10-D-05 de 27 de enero de 2010, relativa a las prácticas implementadas en el sector de transporte sanitario en el Deux-Sèvres, la autoridad francesa señaló:

Resolución No. 70230 del 3 de noviembre de 2020

“De manera constante, cada mercado público que pasa por un procedimiento de solicitud de ofertas constituye un mercado pertinente. Tal mercado es el resultado de la confrontación entre la demanda de quien necesita la obra y de las propuestas hechas por los candidatos que responden a dicha solicitud”. (Traducción libre, subrayado y negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido se refirió el **TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA** de Chile, quien estableció en la Sentencia No. 112/2011 del 22 de junio de 2011, que en los casos de colusión en licitaciones públicas el mercado relevante es determinado por cada concurso específico en el cual se presentó la conducta investigada. Puntualmente señaló lo siguiente:

“(…) a juicio de este Tribunal, en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada a éste y el posible poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso (...). Dadas las características del proceso de licitación especificadas anteriormente, es posible señalar que el mercado relevante corresponde a un concurso específico, que se produce en un momento dado del tiempo y que permite asignar espectro para las distintas localidades objeto del concurso.

(...)

[E]ste Tribunal comparte el criterio de definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie, ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (...), en el sentido que aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación, pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA - Significatividad

[E]l régimen legal de protección de la libre competencia, concretamente el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, ordena que las investigaciones administrativas por la violación de las normas de competencia deben adelantarse respecto de hechos que sean significativos para alcanzar, en particular, los siguientes objetivos: **(i)** la libre participación de las empresas en el mercado; **(ii)** el bienestar de los consumidores; y **(iii)** la eficiencia económica.

En este orden de ideas, y como se ha manifestado en anteriores oportunidades, el criterio de significatividad está encaminado a que la Entidad concentre los esfuerzos y recursos (humanos, técnicos y financieros) en aquellos casos significativos para alcanzar los objetivos del régimen de protección de la competencia. Contrario sensu, y por regla general, aquellas conductas que restrinjan la competencia, pero no de forma significativa, quedarían por fuera de la órbita de las actuaciones administrativas de esta Superintendencia. En otras palabras, el juicio de significatividad debe entenderse como un requisito de procedibilidad de la acción administrativa en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual deberá superarse al momento de decidir si se inicia o no una investigación administrativa.

Ahora bien, aun cuando la legislación colombiana no define explícitamente qué reglas deben seguirse para decidir si una conducta es significativa o no, o establece umbrales de cuotas de mercado, ni criterios cualitativos, ni de otro tipo para la aplicación de las normas de competencia, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar, atendiendo las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar de cada caso concreto, si los hechos son de tal entidad que ameriten iniciar una actuación administrativa, valorando la gravedad de las distorsiones de la competencia o del bienestar de los consumidores o la eficiencia del mercado que se hayan denunciado.

En este orden de ideas, este Despacho evidencia que, de la lectura de la Resolución de Apertura de Investigación, la Delegatura para la Protección de la Competencia realizó el análisis correspondiente y esgrimió los argumentos por los cuales consideró que la conducta debía ser investigada, superando a su juicio el criterio de significatividad en los términos anteriormente explicados.