

**Radicación: 16 - 445553 – Caso “MATERIAL PEDAGÓGICO”**

**Resolución No. 730979 del 12 de diciembre de 2019**

**PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA** – Prohibición general en procesos de contratación pública - Comportamientos de los proponentes encaminados a simular autonomía, individualidad y real competencia

*Esta Superintendencia y la propia Corte Constitucional 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.*

*Es relevante anotar que, tal 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 contractuales (i.e. transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros).*

*En tal medida, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir o limitar la libre competencia en un mercado. De esta manera, la referida prohibición no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.*

*En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que, no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia.*

*[E]n los casos de conductas contrarias de la libre competencia económica en procesos de selección contractual, no solo existe la posibilidad de que se configure el acuerdo restrictivo de la competencia proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sino que también es posible la adecuación normativa de conductas enmarcadas en la segunda caracterización de la prohibición general como son las “prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.*

*[L]as conductas anticompetitivas en procesos de contratación pública, no solo son reprochadas a través del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, descripción típica del ordenamiento jurídico colombiano que condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas, sino además son censuradas a través de la segunda caracterización de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como son las “prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – MERCADO AFECTADO** – Prácticas comerciales restrictivas ejecutadas en el marco de procesos de contratación pública - No es necesario definir el mercado relevante

*[D]ado que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, el mercado corresponde a cada proceso de contratación en el que se presentó la conducta restrictiva de la libre competencia económica.*

*La definición del mercado para los casos de colusión en procesos de selección contractual, difiere de la definición geográfica y de producto que se utiliza en otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia. En efecto, el mercado para los casos de colusión nace de la interacción entre la demanda representada en la necesidad que tiene la entidad contratante y que la lleva a actuar como comprador en busca de ofrecimientos en las mejores condiciones para satisfacerla y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos conocidos como proponentes que pretenden ser adjudicatarios.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – MERCADO AFECTADO** – Prácticas comerciales restrictivas ejecutadas en el marco de procesos de contratación pública – Principio de publicidad e intercambios de información

*[E]l principio de publicidad de la información relacionada con la contratación pública como el presupuesto, criterios de selección, estudios de mercado, pliegos de condiciones y, en general sus condiciones y exigencias, se traduce, entre otras cuestiones, en que los interesados en participar en un proceso contractual tengan*

**Resolución No. 730979 del 12 de diciembre de 2019**

*idénticas oportunidades respecto de otros oferentes, por lo que resulta indebido que la entidad pública propicie cualquier tratamiento discriminatorio en los procesos de selección, como también le está prohibido beneficiar a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. Sobre el particular, la Ley 1150 de 2007 trajo consigo la obligación de la publicación de los estudios que fundamentaron el proceso de contratación y el proyecto de pliego de condiciones como un intento por prevenir precisamente el direccionamiento de los procesos de selección o los denominados “pliegos sastre”, es decir, aquellos pliegos de condiciones que son elaborados a la medida de las necesidades o exigencias de determinado oferente con lo que se limita la libre competencia y se deja a otros competidores sin la posibilidad real de ser tenidos en cuenta.*

*[E]sta Superintendencia ha considerado que dentro de las prácticas más comunes que afectan la libre competencia en los procesos de contratación pública se encuentra el intercambio de información entre los funcionarios de la entidad contratante y los futuros proponentes.*

*[E]n la estructuración de un proceso de contratación existe determinada información que por sus particularidades, el momento en que es manejada por la entidad pública y su relevancia en la confección de los criterios de selección del que será el futuro contratista, resulta confidencial.*

*[C]uando un interesado en contratar con el Estado se anticipa indebidamente a las condiciones o exigencias que tendrá un proceso contractual a través del acceso fraudulento a información confidencial, en forma inmerecida se atribuye una ventaja competitiva frente a los demás interesados, circunstancia que limita la libre competencia en el proceso contractual.*

*[L]a revelación, filtración o acceso anticipado de información relacionada con el proceso contractual genera dos problemas: uno, a nivel jurídico, que consiste en que, cuando una persona puede “competir” mejor porque se entera ilegítimamente de algo que los demás competidores no saben o aún no deben saber, contraría el derecho colectivo a la libre competencia económica; y otro, de tipo económico, es que el mercado pierde eficiencia porque se produce una asimetría de información entre competidores respecto del proceso contractual que beneficia artificialmente a un solo agente económico y que no permite que el mercado opere libremente. Esto último se materializa en que, finalmente, el proponente beneficiado con el acceso a la información en realidad no está compitiendo, pues debido a que los demás proponentes no estarán en igualdad de condiciones, el proponente beneficiado no soportará las mismas presiones competitivas que tendría que encarar en un escenario de verdadera competencia.*

*Lo anterior tiene que ver entonces con información que no es pública en determinado momento y que puede favorecer ilegítimamente a algún interesado en el proceso contractual. Ello se ha entendido como acceso y/o uso de información confidencial y privilegiada que para el caso en particular, y tomando como referencia lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 45 de 1990, en el artículo 2.11.4.2.1. del Decreto 2555 de 2010 y en el artículo 258 del Código Penal, así como algunos conceptos de la Superintendencia Financiera, es aquella información que (i) debe darse a conocer al público pero no fue o aún no ha sido revelada; (ii) es concreta; y (iii) trae un beneficio para quien la tenga.*