

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 20-98036- -0-0 FECHA: 2020-04-23 11:13:32
DEP: 12 GRUPO DE TRABAJO DE EVE: SIN EVENTO
REGULACIÓN
TRA: 334 REMISIINFORMA FOLIOS: 005
ACT: 425 REMISIONIFORMACI

12

H. Senador:

JOSÉ OBDULIO GAVIRIA VÉLEZ

Comisión Primera Constitucional Permanente

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Carrera 7 No. 8 - 68

Bogotá – Colombia

Referencia: Comentarios Proyecto de Ley 083 de 2018 Cámara 236 de 2019 Senado” *Por medio de la cual se adiciona una causal de inhabilidad para celebrar contratos con entidades estatales por la comisión de conductas prohibidas por el régimen de competencia*” (en adelante el “**Proyecto**”).

H. Senador:

La Superintendencia de Industria y Comercio realiza un permanente seguimiento legislativo a las iniciativas de Proyectos de Ley que pueden tener incidencia en el ejercicio de las funciones asignadas. Por lo anterior, ponemos a su consideración algunos comentarios frente al contenido de la iniciativa legislativa.

1

En primer lugar, debe recordarse que esta Superintendencia, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 4886 de 2011, es la competente para velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales. En segundo lugar, considera esta Entidad que la normatividad vigente contempla un régimen sancionatorio robusto en materia de conductas contrarias a la libre competencia económica a través de la Ley 1340 de 2009. No obstante lo anterior, es también consciente de la necesidad de hacer frente al hecho de que ciertos agentes cuentan con el soporte económico que les permite asumir las sanciones impuestas por esta Superintendencia tras la violación del régimen de libre competencia económica.

En el ordenamiento jurídico interno, la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) consagra, en su artículo 410-A¹, la sanción, de orden penal, por la colusión entre agentes en detrimento de los procesos contractuales. Este tipo penal preceptúa que las personas naturales condenadas judicialmente por el delito de colusión en

¹ Artículo adicionado en virtud del artículo 27 de la Ley 1474 de 2011.



licitaciones públicas tendrán, además de la pena privativa de la libertad, una pena accesoria consistente en la declaratoria de inhabilidad para participar en licitaciones por un término máximo de ocho (8) años. En adición a ello, la Ley 2014 de 2019 modificatoria del literal “j” del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, señala que las personas jurídicas de las cuales hagan parte las personas naturales condenadas por la comisión de delitos en contra de la administración pública, así como por las conductas contenidas en la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) quedarán inhabilitadas de forma permanente para participar en licitaciones públicas, siempre que medie al menos sentencia condenatoria de primera instancia, y aún, en el evento en el que esté pendiente la resolución del recurso de apelación.

A pesar de las medidas dispuestas, estas no han generado una disminución efectiva de las prácticas restrictivas de la competencia. Por ello, considera esta Superintendencia la adopción de medidas céleres - dada la dinámica del comercio - que permitan un refuerzo a los instrumentos vigentes destinados a la lucha en contra de los efectos que generan en la sociedad y frente a la administración pública las conductas colusorias en licitaciones públicas. Un instrumento que podría tener la capacidad de disuadir la comisión de esa clase de conductas podría ser la facultad de declarar inhabilidades como pena accesoria en el marco de los procedimientos administrativos sancionatorios.

Ahora bien, esta Superintendencia se permite poner a su consideración algunas precisiones respecto del contenido de la presente iniciativa legislativa, así como plantear algunas propuestas que pueden enriquecer su contenido.

2

Como primera medida, es preciso señalar que la Entidad ha considerado que la imposición de una sanción consistente en inhabilidad sin tener en cuenta el contexto en el que la infracción tuvo lugar y sus características precisas (gravedad, alcance, intencionalidad, etc.) podría ir en contravía del principio de proporcionalidad que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, debe impregnar al derecho administrativo sancionatorio.

En efecto, desde el año 1789 el Consejo Constitucional francés expresó que los principios de necesidad y proporcionalidad de las penas *“planteados por el artículo 8 “no se refieren exclusivamente a las penas aplicadas por los jueces” sino por el contrario, se extienden a todas las sanciones “que tienen el carácter de castigo” y, particularmente a aquellas que son impuestas por autoridades administrativas”*². Ya desde el S. XVIII era clara la necesidad de que la sanción impuesta fuera en primer lugar necesaria, y que en segundo lugar fuese proporcional a la gravedad

² Petit, J. & Milkes, I. (2019), La proporcionalidad de las sanciones administrativas en Revista Digital de Derecho Administrativo Dic. 2019. Disponible en línea, recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6048/8011#info>



de la conducta endilgada y reprochada. El principio de proporcionalidad, según Petit y Milkes (2019), “*da a toda autoridad administrativa investida por la ley (o el reglamento) un poder para imponer solamente sanciones proporcionales a infracciones cometidas por el infractor*”. En ese mismo sentido la Corte Constitucional sostuvo que “*la proporcionalidad es un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer*”³. En otras palabras, el principio de proporcionalidad informa toda actuación judicial y administrativa, en la medida que pretende equiparar la sanción impuesta a la gravedad de la conducta sancionada; es decir, una conducta leve aparejará una sanción leve y una conducta grave aparejará una sanción grave.

Por su parte, la razonabilidad responde a la necesidad de “*analizar si las soluciones a los conflictos de relevancia jurídica son o no “razonables”, o sea, si las “razones” que hay detrás de aquellas son o no ajustadas a la razón, y no producto de meras apreciaciones subjetivas reactivas a sentimientos, impresiones o gustos personales*”⁴.

La Corte Constitucional, entrándose de la libertad de configuración legislativa del derecho sancionador y los principios proporcionalidad y razonabilidad, ha sostenido lo siguiente:

“35.2.1. Se parte de reconocer que la regulación sobre derecho sancionador hace parte de la cláusula general de competencia del legislador, puesto que es en el foro democrático en el que deben ser discutidas las finalidades estatales que deben ser garantizadas mediante los desestímulos derivados del ejercicio del ius puniendi, visto desde una perspectiva amplia. Esto trae como consecuencia que el grado de escrutinio judicial de las normas del derecho sancionador esté limitada a declarar la exequibilidad de reglas que se muestren manifiestamente contrarias a la Constitución o que excedan los límites al ejercicio de la potestad sancionatoria estatal.

El primer grupo de límites a esa potestad sancionatoria se encuentra en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

(...)

de otro lado, los mismos principios implican que la sanción impuesta sea proporcional, lo que obliga a que exista una relación directamente proporcional entre el grado de afectación a la función estatal, la entidad del bien jurídico vulnerado y la sanción impuesta.

³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela 721 de 2015, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁴ Martínez, J. & Zúñiga, F. (2011), El principio de razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Estudios Constitucionales, Año 9, No 1, 2011, pp. 199 – 226. Disponible en línea, recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n1/art07.pdf>

(...)

35.2.3. Por último, el segundo grupo de límites a la potestad estatal de imposición de sanciones está fundado en el principio de culpabilidad. Se ha indicado que, a partir de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la falta debe responder a la existencia de una conducta del agente que impide el cumplimiento de finalidades estatales constitucionalmente valiosas. Por ende, debe acreditarse, de manera suficiente y verificable, una relación de causalidad entre esa conducta y la afectación de dichos fines.”⁵

En materia de la protección de la libre competencia, resulta de especial relevancia la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en la medida que a través de tales directrices se pueden adoptar sanciones que no generen riesgo de desabastecimiento algunos mercados particulares del país.

En efecto, debe recordarse que ciertos mercados como el de los servicios públicos; el de la infraestructura; así como los de ciertas tecnologías, se caracterizan por tener un número relativamente reducido de participantes, por lo que la aplicación irrestricta de una inhabilidad para celebrar contratos con entidades estatales de 8 años, puede conllevar el desabastecimiento del mercado, con las consecuencias que sobre la libre oferta económica se puedan derivar.

Por lo anteriormente expuesto, respetuosamente sugerimos que la inhabilidad que prevé esta iniciativa legislativa pueda ser modulada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en consonancia con los principios del derecho administrativo sancionatorio preceptuados en el artículo 3 del CPACA, y la jurisprudencia que lo desarrolla e interpreta. Así las cosas, esta Superintendencia presenta la siguiente propuesta de articulado:

4

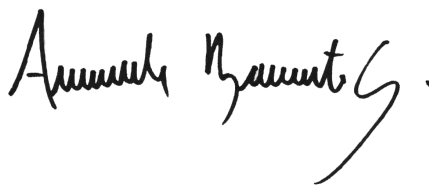
Texto del Proyecto	Propuesta SIC
<p>(l) Las personas naturales o jurídicas que en más de una oportunidad hayan sido declaradas responsables administrativamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la celebración de acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de propuestas.</p> <p>En caso de reincidencia la inhabilidad se extenderá a los socios controlantes de las</p>	<p>(l) Las personas naturales o jurídicas que en más de una oportunidad hayan sido declaradas responsables administrativamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la celebración de acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de propuestas.</p> <p>En caso de reincidencia la inhabilidad se extenderá a los socios controlantes de las</p>

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-490/11, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Texto del Proyecto	Propuesta SIC
<p>personas jurídicas, sus sociedades matrices y subordinadas, siempre que se hayan buscado beneficiar de la comisión de la falta y se les permita ejercer su derecho de defensa, así como las sociedades de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.</p> <p>La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de ocho (8) años contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo por el cual se declara la responsabilidad reincidente a que hace referencia el primer inciso de este literal.</p> <p>Parágrafo Transitorio: La inhabilidad de que trata el literal (L) no produce los efectos de una inhabilidad sobreviniente y aplicará para las personas naturales o jurídicas que sean sancionadas por hechos posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley.</p>	<p>personas jurídicas, sus sociedades matrices y subordinadas, siempre que se hayan buscado beneficiar de la comisión de la falta y se les permita ejercer su derecho de defensa, así como las sociedades de las que aquellos formen parte con anterioridad a dicha declaratoria, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.</p> <p>La inhabilidad prevista en este literal se extenderá hasta por un término de ocho (8) años contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo por el cual se declara la responsabilidad a que hace referencia el primer inciso de este literal.</p> <p><u>Para tales propósitos la Superintendencia de Industria y Comercio, se sujetará en la aplicación y graduación de la inhabilidad a los principios del derecho administrativo sancionatorio contenidos en la Ley 1437 de 2011 o la norma que la modifique o sustituya.</u></p> <p>Parágrafo Transitorio: La inhabilidad de que trata el literal (L) no produce los efectos de una inhabilidad sobreviniente y aplicará para las personas naturales o jurídicas que sean sancionadas por hechos posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley.</p>

Esperamos con estos comentarios contribuir al enriquecimiento de tan importante iniciativa legislativa, quedando a su disposición para resolver cualquier inquietud que se presente.

Cordial saludo,



ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ
Superintendente de Industria y Comercio

Elaboró: Oscar Taborda/Esteban Palmarini
Revisó: Olga Susa/Aura Rincón
Aprobó: Julián Molina/Juan Pablo Herrera

