

Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 18-259189- -2-0	FECHA: 2018-10-12 16:16:40
DEP: 12 DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE	EVE: SIN EVENTO
TRA: 309 DEREPETICI	FOLIOS: 005
ACT: 440 RESPUESTA	

H. Representante
RICARDO ALFONSO FERRO LOZANO
Comisión Quinta Constitucional Permanente
CÁMARA DE REPRESENTANTES
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7a No. 8 - 68 Oficina 536
Ciudad

Referencia: Superintendencia de Industria y Comercio

Observaciones al Proyecto de Ley Número 083/18
Cámara

H. Representante Ferro:

En atención a la comunicación identificada con el número de radicación 18-259189 del 5 de octubre de 2018, mediante la cual solicita a esta Superintendencia remitir sus consideraciones con respecto al Proyecto de Ley 083/18 Cámara "*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*", ponemos a su disposición nuestras observaciones frente al contenido de esta iniciativa legislativa en los siguientes términos:

1. ASPECTOS RELEVANTES DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

1.1. Generalidades sobre la inhabilidad para participar en licitaciones públicas y para celebrar contratos con las entidades estatales.

La Superintendencia de Industria y Comercio considera que la finalidad contenida en el artículo propuesto es útil para los propósitos¹ de endurecer las sanciones

¹ Artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. *Propósitos de las actuaciones administrativas. <El artículo 2o. del Decreto 2153 de 1992 fue derogado expresamente por el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009> Modifícase el número 1 del artículo 2o del Decreto 2153 de 1992 que en adelante será del siguiente tenor:*



administrativas por violación del Régimen de Competencia², particularmente, de aquellas que merecen mayor reproche tales como las que tienen que ver con la colusión en contrataciones públicas. En efecto, por razones evidentes, la propuesta puede ayudar a contrarrestar y disuadir la comisión de conductas anticompetitivas en el contexto de dichas contrataciones que son las que regula la Ley 80 de 1993.

De acuerdo con ello, esta Entidad coincide con las consideraciones esbozadas por el ponente en el sentido de que, si bien la Ley 1474 de 2011 prevé en su artículo 27³ la inhabilidad para contratar con el Estado por un término de 8 años como consecuencia de la celebración de un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica en una licitación pública, lo cierto es que esta medida depende en todo caso de la duración de la acción penal.

Por tal motivo, la propuesta de la iniciativa legislativa bajo estudio busca facultar a esta Superintendencia para declarar la inhabilidad como consecuencia de una sanción administrativa con independencia de la duración y resultado de la acción penal.

Adicionalmente, tal y como está redactado el Proyecto, con este se busca hacer extensiva la declaratoria de inhabilidad a cualquier conducta anticompetitiva, incluso si esta no se refiere a la colusión en licitaciones públicas de que trata el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

1.2. Término de la declaratoria de inhabilidad (inciso 4° artículo 1°)

El inciso materia de análisis establece lo siguiente:

“La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años”

Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta”.

² Cabe recordar que los propósitos de las actuaciones administrativas en materia de libre competencia económica, según la Ley 1340 de 2009, son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar de los consumidores y; (iii) la eficiencia económica.

³ Artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. “Acuerdos restrictivos de la competencia. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:

El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivo en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.



Frente al presente punto, esta Superintendencia pone a su consideración la posibilidad de disminuir el tiempo de inhabilidad propuesto en la iniciativa legislativa, a fin de garantizar que tal medida no sea considerada desproporcionada⁴ a la luz postulados constitucionales vigentes frente a la adopción de medidas sancionatorias y que el término de la sanción administrativa no resulte irrazonable e injustificadamente más gravoso que el de la inhabilidad prevista en el tipo penal descrito en el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011.

Por otra parte, de la lectura del inciso materia de análisis se advierte que la inhabilidad a la que allí se hace referencia, operaría de manera automática sin que medie dosificación alguna de tal sanción de acuerdo con la naturaleza y gravedad de la conducta cometida.

Por tal motivo, y atendiendo a que esta Entidad es la Autoridad Nacional en materia de libre competencia, proponemos que la redacción del inciso sea modificado a fin de que sea la Superintendencia de Industria y Comercio quien pueda dosificar el quantum de la inhabilidad, dependiendo de la mayor o menor gravedad de la conducta anticompetitiva cometida.

1.3. Restringir la inhabilidad a conductas relacionadas con colusión en licitaciones públicas y que no se haga extensiva a conductas anticompetitivas

Frente al presente punto, esta Superintendencia entiende que el objetivo del Proyecto es el de incorporar *“una causal de inhabilidad para participar en los procesos contractuales adelantados por las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, impuesta dicha inhabilidad a aquellas personas, ya sean naturales o jurídicas, que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la violación del régimen de competencia, esto*

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-220 de 2017. En esta jurisprudencia se resume el contenido básico del test de proporcionalidad:

“Por tratarse de un tema decantado por la jurisprudencia constitucional no es necesario explicar ampliamente el contenido de esos sub-principios. Basta con señalar que la proporcionalidad del medio se determina mediante una evaluación de su idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad”. Los dos primeros suponen un análisis de medios afines, en el que se estudia (i) si un medio es potencialmente adecuado para satisfacer un fin legítimo perseguido por el órgano que adopta la medida, y (ii) si existen medios alternativos que eviten la restricción de un principio o la hagan menos intensa; el tercero, a su turno, se concentra en determinar si esa medida satisface tan ampliamente un principio constitucional que se justifica una restricción (menor) de otro principio o fin constitucional. También vale la pena precisar que la Corte en algunos de sus primeros fallos estudiaba la “razonabilidad” de las medidas dentro del sub-principio de idoneidad del juicio de proporcionalidad, mientras en otros, lo hacía en pasos separados. En realidad, el examen tiene los mismos pasos sin importar si se separa la legitimidad del fin de la idoneidad o adecuación de la medida. Para profundizar en el tema, se pueden consultar las Sentencias C-475 de 1997, T-015 de 1994, C-022 de 1996, C, T-230 de 1994, C-475 de 1997, C-584 de 1997, C-309 de 1997, C-392 de 2002 y T-916 de 2002.”



con el fin de combatir las prácticas de Acuerdos Anticompetitivos, en cualquier forma en que se presente”⁵.

Lo anterior supone que el Legislador, mediante esta iniciativa, propone modificar parcialmente el Estatuto General de Contratación de la Administración, particularmente, mediante la adición de un literal (L) al numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993. Como es claro, esta disposición prevé la posibilidad de imponer inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, a aquellas personas que incurran o se encuentren en alguno de los supuestos enunciados y desarrollados en dicha disposición. De esto se colige que la imposición de inelegibilidades opera en el estricto marco de la contratación pública.

Dicho en otras palabras, hace pleno sentido que la inhabilidad se imponga como consecuencia de la infracción del Régimen de Libre Competencia Económica, siempre que la conducta infractora se trate de aquellos acuerdos de que trata el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1993⁶.

Por las razones expuestas esta Superintendencia pone a su consideración la siguiente propuesta de modificación al texto del Proyecto:

Proyecto de Ley	Propuesta Superintendencia de Industria y Comercio
<p>“ARTÍCULO 1°. Adicionar el literal (L) al numeral primero (1°) del artículo octavo (8°) de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 8°: De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:</p> <p>(...)</p>	<p>“ARTÍCULO 1°. Adicionar el literal (L) al numeral primero (1°) del artículo octavo (8°) de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 8°: De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:</p> <p>(...)</p>

⁵ Proyecto de Ley Número 083-18C de 2018 “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”.

⁶ Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 según el cual:

“ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9. Los 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 las propuestas.”



(l) Las personas naturales o jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la comisión de conductas prohibidas por el régimen de competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años."

(l) Las personas naturales o jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la comisión celebración de los acuerdos de conductas prohibidas por el régimen de competencia que trata el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas, **siempre que estas hayan actuado** en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o, igualmente, **si fueren de socios controlantes, a así como también se hará extensiva a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.**

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá hasta por un término de **veinte ocho (208) años**, **según la dosificación que determine la Superintendencia de Industria y Comercio en cada caso.**"

Cualquier observación o inquietud en relación con el contenido de estos comentarios, quedamos a su disposición para resolverlo.

Cordial saludo,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ
Superintendente de Industria y Comercio

Elaboró: Liz Carolina Gil Pareja
Revisó: Ismael Beltrán Prado/Olga Susa/ Julián Molina
Aprobó: Andrés Barreto

