**PONENCIA DE PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 083/2018 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”**

Bogotá D.C. octubre 22 de 2018

Doctor

**SAMUEL ALEJANDRO HOYOS MEJÍA**

Presidente de la Comisión Primera

H. Cámara de Representantes

**Referencia:** Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 083 de 2018 Cámara.

Estimado Presidente:

En cumplimiento de la honrosa designación que nos hizo la Mesa Directiva de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, y conforme a lo dispuesto por el artículo 156 de la Ley 5ª de 1992, nos permitimos rendir ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 083 de 2018 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” en los siguientes términos:

1. **Origen del proyecto**

El presente Proyecto de Ley presentado a consideración del Honorable Congreso de la República, fue radicado el 15 de agosto de 2018 por los Honorables Representantes: Ricardo Alfonso Ferro Lozano, Juan Pablo Celis Vergel, Edwin Gilberto Ballesteros Archila, Gabriel Jaime Vallejo Chujfi, Oscar Leonardo Villamizar Meneses, Christian Munir Garcés Aljure, Enrique Cabrales Baquero, Edward David Rodríguez Rodríguez, José Jaime Uscátegui Pastrana, Jennifer Kristin Arias Falla, Esteban Quintero Cardona, Gustavo Londoño Garcia, Milton Hugo Angulo Viveros, Óscar Darío Pérez Pineda, Juan David Vélez Trujillo, John Jairo Bermudez Garces, Yenica Sugen Acosta Infante, Oscar Leonardo Villamizar Meneses, Hernán Humberto Garzón Rodríguez, Rubén Darío Molano Piñeros, Álvaro Hernán Prada Artunduaga, Juan Fernando Espinal Ramírez.

Mediante oficio C.P.C.P.3.1.-0256 del 19 de septiembre de 2018, fui designado como ponente del proyecto de ley de la referencia.

1. **Objeto**

El proyecto de ley tiene por finalidad combatir las prácticas restrictivas de la competencia que se presentan en los procesos de contratación estatal, para tal fin, el proyecto propone la adición de una causal de inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas para aquellas personas naturales o jurídicas, que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la violación del régimen de competencia.

1. **Justificación**

En la mayoría de los casos, el Estado acude al mercado como consumidor para satisfacer la creciente demanda de bienes y servicios que requiere el cumplimiento de los fines establecidos en la Constitución. Esta relación entre el Estado y los sujetos económicos se fundamenta en uno de los principios esenciales del libre mercado: *La Libertad de Competencia.*

Nuestra Constitución Política lo consagra en el artículo 333: La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La Corte Constitucional en amplia jurisprudencia[[1]](#footnote-1) ha desarrollado los elementos esenciales del derecho a la libre competencia en los siguientes términos:

*La libertad de competencia acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.*

Con base en la doctrina constitucional podemos advertir que esta libertad comprende al menos tres elementos:

1. La posibilidad de concurrir al mercado.
2. La libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas.
3. La posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario.

Se erige así la libre competencia como una garantía para todos los agentes que participan en el mercado, en especial para los consumidores quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.

Por otra parte, respecto de la contratación pública como el mecanismo utilizado por el Estado para la adquisición de bienes y servicios, éste se canaliza a través de diferentes modalidades: la contratación directa, la licitación pública, subasta, selección abreviada y el concurso de méritos. su desarrollo normativo encuentra sustento en el Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993 y las normas que lo complementan y adicionan).

El artículo 4 de la Ley 80 de 1993, señala como uno de los fines esenciales de la contratación pública: La continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de estos.

Con el objetivo de hacer un uso eficiente de los recursos públicos, es de vital importancia que las Entidades Estatales estén en capacidad de garantizar no solo la libre concurrencia de oferentes, sino que además tengan la certeza de que esos oferentes están compitiendo entre sí de forma legítima y transparente.

El proyecto de ley surge de la necesidad de blindar los procesos de contratación estatal, para que aquellos casos en los que se vulnere el régimen de libre competencia y las personas involucradas fueren sancionadas administrativamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, éstas queden inhabilitados para contratar con el Estado.

Toda vez que en la actualidad, los fallos que profiere la SIC se limitan a sanciones económicas, es decir, que en aquellos casos en los que dentro de un proceso licitatorio, de subasta pública, selección abreviada o concurso, se vulneró el régimen de libre competencia, los actores involucrados no quedarán automáticamente inhabilitados para contratar con el Estado a menos que hayan sido condenados judicialmente por el delito de “acuerdos restrictivos de la competencia”, contemplado en el artículo 410ª del Código Penal (Ley 599 de 2000).

**Algunos Casos[[2]](#footnote-2):**

* Noviembre de 2016: Superindustria investiga 149 casos de colusión en licitaciones públicas, De acuerdo con la SIC, las dos empresas con pliego de cargos están relacionados con el Ministerio de Cultura que alertó en 2014 que las compañías se habrían puesto de acuerdo para estructurar y elaborar conjuntamente las ofertas que presentaron en la licitación pública de la cartera  atentando contra la libre competencia económica en procura de obtener ilegalmente la adjudicación del contrato.
* Enero de 2018: Por violar la libre competencia en múltiples licitaciones públicas, Superindustria ratifica sanciones a empresas de seguridad privada. (La investigación inició en 2011, como resultado la SIC impuso sanciones a siete (7) empresas de seguridad y vigilancia privada y a 17 personas naturales en 2017).
* Abril de 2018: La Superindustria reveló la existencia de un supuesto micro 'carrusel' de empresas, que se habrían quedado con pequeñas licitaciones del Estado. Un centenar de contratos investigados sumaron 73.000 millones de pesos. (El proceso se encuentra en etapa de pliego de cargos, a la fecha no han sido sancionados).
* Agosto de 2018: Por colusión o cartelización en licitación pública para servicios de patios y grúas, Superindustria sanciona a empresas relacionadas con el “Carrusel de Bogotá”. (La investigación inició en 2013).
* Agosto de 2018: Superindustria formula Pliego de Cargos por colusión o cartelización empresarial en el proceso de selección para la APP del Tercer Carril Bogotá – Girardot (La investigación inició en 2016 y aún no han sido sancionados).

1. **Marco Jurídico**

En Colombia, el régimen general de protección de la competencia está conformado por el artículo 333 de la Constitución política, las Leyes 155 de 1959, 1340 de 2009; por los Decretos 2153 de 1992 y 4886 de 2011 y las demás normas que las modifiquen o adicionan, las cuales son aplicables a todos los sectores y actividades económicas.

Adicionalmente, las normas de protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, de un lado, y el régimen de control de las integraciones empresariales, de otro. Las prácticas comerciales restrictivas se dividen en tres (3) tipos de comportamientos prohibidos:

* Los acuerdos contrarios a la libre competencia;
* Los actos contrarios a la libre competencia; y
* El abuso de la posición de dominio en el mercado.

Conforme a lo establecido por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992: se entiende como acuerdo todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. Estos acuerdos se consideran contrarios a la libre competencia, en cuanto se ajustan a los supuestos de hecho contenidos en el artículo 47 del decreto citado.

La SIC[[3]](#footnote-3) define a los acuerdos anticompetitivos en los siguientes términos: “Un acuerdo anticompetitivo es todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos. Los acuerdos contrarios a la competencia pueden ser anticompetitivos por sí mismos o por sus efectos. A los primeros se les denomina carteles”.

Los acuerdos pueden ser horizontales o verticales; los primeros se presentan entre empresas que hacen parte de la misma cadena de valor mientras los segundos se dan entre agentes que pertenecen a diferentes cadenas v.g. entre un productor y un comercializador. La conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153, relativa a colusión en licitaciones se presenta en la forma de acuerdos horizontales.

El ordenamiento jurídico colombiano sanciona la colusión, tanto en el ámbito del derecho de la competencia, el derecho penal y el régimen de contratación estatal:

**Competencia**: el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, define como acuerdos anticompetitivos, entre otros, aquellos 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.

**Contratación Estatal:** el inciso 2 del numeral 5º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, sobre los deberes de los contratistas señala: la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

**Penal:** el artículo 410A de la Ley 599 de 2000, dispone: 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.

1. **Perspectiva desde la Legislación Comparada**

***Organismo Internacionales***

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en su texto “Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia”, hacen una serie de recomendaciones para atacar las prácticas colusivas en la contratación pública, dentro de las recomendaciones se destacan las siguientes:

* Un trabajo más colaborativo entre la SIC y la Agencia Nacional para la Contratación Pública, esto debido a que el diálogo sostenido entre ambas supondría la posibilidad de análisis y proposición de la contratación pública con incidencia en la competencia;
* Revisión de los fenómenos de ofertas conjuntas, subcontratación y abastecimiento simultáneo, esto con el fin de analizar si dichas prácticas son legítimas, o si por el contrario suponen acuerdos o tratativas colusorias;
* Instaurarse una política pública de todo el gobierno para que, siempre que fuera factible, los intercambios de información con los oferentes se realicen por medios electrónicos, la OCDE sostiene que estas reuniones derivan más en un foro *“en el que los oferentes pueden discutir o culminar un acuerdo, o intercambiar información sensible en detrimento de la competencia”*;
* Establecer procedimientos claros [y abreviados] con el fin de que los funcionarios colombianos de contratación pública informaran de casos sospechosos de colusión durante el proceso de licitación.

1. ***Derecho Comparado:***

En materia de Derecho Comparado, podemos citar algunos casos regionales, entre los que encontramos la experiencia de Argentina, Brasil, y Perú.

**Argentina:**

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República de Argentina define las prácticas anticompetitivas como:

*“Prácticas realizadas por personas físicas o jurídicas que tienen por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o que constituyen abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”*[[4]](#footnote-4).

Con relación al procedimiento este podrá iniciarse de oficio o por denuncia[[5]](#footnote-5), con lo que se encuentra una similitud al caso colombiano, tanto por el objeto de protección de la Ley como por las disposiciones procedimentales.

**Brasil:**

En la República Federativa de Brasil, el CADE (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica*) es la entidad encargada de velar por las buenas prácticas en materia de competencia, los temas relacionados con la prevención y represión de las infracciones contra el orden económico se encuentran regladas en la Ley 12.529 de noviembre treinta (30) de dos mil once (2011).

El CADE está compuesto por un Tribunal Administrativo de Defensa Económica, una Superintendencia General y un Departamento de Estudios Económicos, y su ámbito de aplicación personal recae sobre *“las personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, así como a cualquier asociación de entidades o personas, constituidas de hecho o de derecho, aunque temporal, con o sin personalidad jurídica, aunque ejerzan actividad bajo régimen de monopolio legal”*, incluye también dentro del ámbito de aplicación la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica, inclusive en casos de mala administración. Las multas son fijas para las personas naturales, mientras que para las empresas estas variarán entre el cero coma uno por ciento (0,1%) hasta el veinte por ciento (20%) de la facturación bruta de la empresa.

**Perú:**

En la República del Perú el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI) es el encargado de “Fortalecer el mercado dentro del marco de libre competencia y de la protección intelectual[[6]](#footnote-6), la aplicación de “[l] a aplicación de las normas legales destinadas a proteger: a) El mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores;”[[7]](#footnote-7) está en cabeza del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

1. **Concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio**

Mediante oficio del 9 de octubre de 2018 radicamos solicitud de concepto sobre el Proyecto de Ley a la Superintendencia de Industria y Comercio. La Entidad se pronunció en los siguientes términos:

* Respecto de la finalidad del Proyecto, la SIC considera que es útil para los propósitos de endurecer las sanciones administrativas por violación del Régimen de Competencia, particularmente aquellas relacionadas con la colusión en contrataciones públicas.
* Sobre el término de la inhabilidad propuesto, la Entidad lo considera desproporcionado a la luz de los 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. En este sentido, propone que el término de la sanción sea modificado a fin de que sea la SIC quien pueda dosificar el *quantum* de la inhabilidad, dependiendo de la mayor o menor gravedad de la conducta anticompetitiva cometida.
* En cuanto al alcance de la sanción, el concepto señala que tal como está redactado el Proyecto la inhabilidad se haría extensiva a cualquier conducta anticompetitiva, incluso si ésta no está relacionada con la colusión en licitaciones públicas, lo cual desnaturalizaría el objetivo de la iniciativa. en razón a esto, sugiere restringir la inhabilidad a conductas relacionadas con la colusión en licitaciones públicas y que no se haga extensiva a las demás conductas anticompetitivas.

1. **Pliego de Modificaciones**

Atendiendo las recomendaciones de la Superintendencia a continuación, se explican las modificaciones que se propone para primer debate:

|  |  |
| --- | --- |
| **PROYECTO DE LEY ORIGINAL** | **CAMBIOS PRIMER DEBATE** |
| **ARTÍCULO 1°.** Adicionar el literal (L) al numeral primero (1°) del artículo octavo (8°) de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:  “Artículo 8°: De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:  (…)  (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.~~” | **ARTÍCULO 1°.** Adicionar el literal (L) al numeral primero (1°) del artículo octavo (8°) de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:  “Artículo 8°: De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: (…)  (l) Las personas naturales o jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente **por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la celebración de los 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 las propuestas.**  Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas **siempre que éstas hayan actuado** en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva. **Igualmente se hará extensiva a los** socios controlantes, **sociedades** matrices y 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 hasta **ocho (8)** años.”  **Parágrafo Transitorio: La inhabilidad de que trata el literal (l) aplicará para las personas investigadas y sancionadas por hechos posteriores a la entrada en vigencia de la presente Ley.** |
| **ARTÍCULO 2°.** La presente Ley rige a partir de su promulgación. | **ARTÍCULO 2°.** La presente Ley rige a partir de su promulgación **y deroga las disposiciones que le sean contrarias.** |

**VII. Proposición**

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, solicito a los miembros de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes **DAR PRIMER DEBATE** al Proyecto de Ley No. 083 de 2018 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”, junto con el pliego de modificaciones y el texto definitivo que se propone para primer debate.

Atentamente,

**GABRIEL JAIME VALLEJO CHUJFI**

Ponente

**TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE**

**PROYECTO DE LEY 083/2018 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”**

**El Congreso de Colombia**

**Decreta:**

**ARTÍCULO 1°.** Adicionar el literal (L) al numeral primero (1°) del artículo octavo (8°) de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

**“Artículo 8°: De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.** Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(…)

(l) Las personas naturales o jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la celebración de los 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 las propuestas.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas siempre que éstas hayan actuado en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva. Igualmente se hará extensiva a los socios controlantes, sociedades matrices y 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 hasta ocho (8) años.

Parágrafo Transitorio: La inhabilidad de que trata el literal (l) aplicará para las personas investigadas y sancionadas por hechos posteriores a la entrada en vigencia de la presente Ley.

**ARTÍCULO 2°.** La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Del Representante,

**GABRIEL JAIME VALLEJO CHUJFI**

Ponente

1. Sentencia C- 032 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-1)
2. Información compilada de los principales medios de comunicación y la página web de la SIC. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver en http://www.sic.gov.co/es/web/guest/practicas-restrictivas (consultado el 8 de enero de 2012) [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley No. 25.156 de agosto veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999) – Artículo 1° [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibíd.* – Artículo 26 [↑](#footnote-ref-5)
6. MITINCI, (1992). Resolución Suprema No. 078-92-MITINCI – Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, Disponible en línea. Recuperado de: http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1997/turismo/078-92.htm [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto Ley No. 25.868 - Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) – Artículo 2, literal (a) [↑](#footnote-ref-7)