

Proyecto de Ley No. _____ 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”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

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

“Artículo 8º: 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 2º. La presente Ley rige a partir de su promulgación.

Ricardo Ferro Lozano
Representante a la Cámara

Continuación Proyecto de Ley No. _____ 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”

Proyecto de Ley No. _____ 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”

Exposición de motivos

1. Objeto:

El objeto del presente Proyecto de Ley radica en la necesidad de adicionar 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 con el fin de combatir las prácticas de Acuerdos Anticompetitivos¹, en cualquier forma en que se presente.

2. Necesidad:

De acuerdo a cifras entregadas por el Superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo, “desde 2012 a septiembre del 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio ha impuesto multas que superan el billón de pesos a 390 personas naturales y jurídicas por prácticas anticompetitivas que afectan el buen funcionamiento del mercado en Colombia”².

¹ Superintendencia de Industria y Comercio, (s.f.). Acuerdo competitivo - ¿Qué es un acuerdo anticompetitivo?, Disponible en línea. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

² Superintendencia de Industria y Comercio, (s.f.). Multas de la Superindustria por violaciones a la libre competencia superan el billón de pesos, consultado en: julio 10, 2018, Disponible en línea. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/noticias/multas-de-la-superindustria-por-violaciones-a-la-libre-competencia-superan-el%20billon-de-pesos>

“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”

Además de lo anterior, las adquisiciones que efectúan las entidades del sector público, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), representan, en promedio, el 15% del Producto Interno Bruto³, lo que implica que esta actividad de la administración represente un renglón importante en la actividad económica nacional.

En ese sentido, resulta imperioso brindar herramientas, tanto a las entidades contratantes de derecho público, como a los entes de control, para poder combatir y suprimir esta conducta que tantas consecuencias nefastas acarrea.

3. Contenido:

El Proyecto de Ley se compone de dos (02) artículos así:

El primero incluye en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 una inhabilidad para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como consecuencia de una sanción administrativa, impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio por la comisión de conductas prohibidas por el régimen de competencia y no tener que esperar hasta la acción penal como ocurre hoy en día; esto por cuanto el trámite del proceso penal es mucho más complejo, y en ese tiempo el contratista puede seguir concurriendo a procesos de selección.

El segundo artículo señala que la vigencia de la Ley será a partir de su promulgación.

4. Justificación Fáctica:

La libre competencia se erige en el caso colombiano como uno de aquellos derechos colectivos que esta consigna⁴, así como del régimen económico nacional⁵.

³ Superintendencia de Industria y Comercio, (s.f.). Por cartelización empresarial al interior de una licitación pública ante el INVIAS, Superindustria sanciona a firmas de ingeniería, disponible en línea. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/noticias/por-cartelizacion-empresarial-al-interior-de-una-licitacion-publica-ante-el-INVIAS-superindustria-sanciona-a-firmas-de-ingenieria>

⁴ Constitución Política de Colombia – Artículo 88

“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”

La guardiana de este derecho, y de aquellos que de este derivan, es la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), creada mediante Decreto 2974 de diciembre tres (03) de mil novecientos sesenta y ocho (1968), las funciones de esta entidad se señalan en la Ley 1340 de 2009, la cual en su artículo 6° reza que:

“La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.”

La SIC, dentro del ordenamiento jurídico, se instituye entonces como la entidad encargada de velar por una libre competencia, como garantía de un mercado autoregulado; las sanciones administrativas impuestas por la SIC deben posteriormente ser validadas por la jurisdicción penal para que la sanción resulte efectiva; en el término que concurre entre ambas sanciones los contratistas sancionados administrativamente pueden seguir contratando hasta tanto no se dé un fallo en lo judicial.

4.1. Casos:

La Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2011 ordenó la apertura de investigación en contra, entre otros, MANUEL y MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO, por dos (02) procesos adelantados ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; el primero de ellos mediante Resolución 24587 de mayo tres (03), por la interventoría y control de calidad al

⁵ Constitución Política de Colombia – Artículo 333: La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. (...) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. (...) 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 ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

“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”

contrato de producción de bienestarina, y el segundo de ellos mediante Resolución 49454 de septiembre veinte (20), el control y supervisión a programas de Hogares.

Agotada la etapa probatoria la SIC decidió sancionar a los hermanos NULE VELILLA, y a su primo, GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO. Mediante Resolución 54693 sancionó aquellas conductas violatorias del régimen de competencia en el marco del contrato de interventora del producto bienestarina, y mediante la Resolución 54695 sancionó las conductas desplegadas con ocasión de los programas de Hogares adelantados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, resoluciones ambas fechadas del dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013).

Tales decisiones fueron recurridas mediante la pretensión de reposición, y confirmadas en su integridad por la SIC mediante a Resoluciones 68972 y 68967 ambas del veinticinco (25) de noviembre del mismo año, respectivamente.

Durante la etapa probatoria, el dieciséis (16) de agosto del dos mil trece (2013), la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó aperturar investigación, nuevamente, contra GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO, MANUEL FRANCISCO y MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA, esta vez por la presunta práctica de conductas anticompetitivas en el marco del proceso licitatorio SDM-LP-008-2017 cuyo objeto era la concesión del sistema de inmovilización a patios y servicio de grúa en Bogotá D.C.

El grupo de trabajo Élite contra Colusiones en su Informe Motivado de Radicado 12-219725 Caso “Patios”, fechado del dos mil diecisiete (2017) e incluido en su boletín jurídico de diciembre del mismo año⁶, recomendó declarar responsables a los hermanos NULE VELILLA y al señor NULE MARIÑO, quienes ya habían sancionados en el año dos mil trece (2013).

La Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución 2065 del veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015) abrió investigación y formuló

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, (s.f.). La Delegatura para la Protección de la Competencia recomendó sancionar empresas coludidas en una licitación adelantada por la Secretaría Distrital del Movilidad, disponible en línea. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/boletin-juridico-diciembre-2017/la-delegatura-para-la-proteccion-de-la-competencia-recomendo-sancionar-empresas-coludidas-en-una-licitacion-adelantada-por-la-secretaria-distrital-del-movilidad>

“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”

pliego de cargos en contra de varias empresas prestadoras del servicio de seguridad privada⁷, por cuanto las mismas habían incurrido en conductas violatorias del Régimen de la Competencia.

Mediante Resolución 19890 del veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017) se concluyó que GUARDIANES violó el régimen de competencia en varios procesos de contratación pública, al igual que EXPERTOS, COBASEC, STARCOOP, CENTINEL, INSEVIG y SECURITY MANAGEMENT GROUP.

En virtud de tal consideración, las empresas fueron condenadas por la violación de la libre competencia, por haber puesto en marcha acuerdos de cartelización en los procesos de contratación adelantados por entidades estatales como la Alcaldía de Barranquilla, Coldeportes, CORNARE, CORPOCHIVOR y el SENA, entre otros, la empresa SEJARPI quedó excluida de cualquier tipo de responsabilidad administrativa de acuerdo al análisis adelantado por la SIC.

La Superintendencia de Industria y Comercio, nuevamente, mediante Resolución 34247 del catorce (14) de junio de dos mil diecisiete (2017), abrió investigación y formuló pliego de cargos en contra de Guardianes Compañía Líder de Seguridad LTDA, Cooperativa de vigilantes STARCOOP C T A, COBASEC Limitada, Expertos Seguridad LTDA, Centinel de Seguridad Limitada y Cooperativa de Trabajo Asociado SEJARPI C.T.A., empresas que ya habían sido sancionadas en el mismo año por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Resolución 19890 del veinticuatro (24) de abril.

Vemos entonces como los fallos de la SIC, entidad encargada de la garantía de un mercado de libre competencia, resultan, en la práctica *letra muerta*, por cuanto las resoluciones que emite este órgano de control devienen en un fallo que no implica para la empresa una responsabilidad distinta de la pecuniaria, toda vez que para que la sanción derive en una inhabilidad se requiere que el fallo se produzca en lo penal.

⁷ Las empresas vinculadas eran: 1. Guardianes Compañía Líder de Seguridad LTDA, 2. Cooperativa de vigilantes STARCOOP C T A, 3. COBASEC Limitada, 4. Centinel de Seguridad Limitada, 5. Expertos Seguridad LTDA, 6. Compañía Interamericana de Seguridad y Vigilancia privada INSEVIG LTDA, 7. Cooperativa de Trabajo Asociado SEJARPI C.T.A., y 8. Security Management Group

“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”

A pesar de que la empresa o la persona natural sea multada por la comisión de conductas violatorias del régimen de la competencia, el sancionado puede seguir presentado sus propuestas a los procesos que las entidades estatales convoquen.

La anterior aseveración se fundamenta en los casos que se han referido líneas atrás, y es justamente esa conducta, la colusión por parte de personas naturales o jurídicas que ya habían sido condenadas previamente, la que este Proyecto de Ley busca combatir y suprimir.

5. Justificación jurídica

5.1. Nacional

Normatividad:

La Constitución Política habla de la libre competencia en dos ocasiones, la primera de ella reconoce la libre competencia como un derecho colectivo, en los siguientes términos: *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con (...) la libre competencia económica (...)”*. Y en el artículo 333 refiere que la libre competencia económica es un derecho de todos.

Lo anterior supone una permisión de empresa, dentro de unos márgenes dispuestos en la Constitución, de resaltar, el bien común y el interés social, principios que derivan del mismo elemento definitorio de la República de Colombia, la configuración en torno al Estado Social de Derecho.

Con la sanción de la Ley 80 de octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y tres (1993) se expide el Estatuto General de Contratación, esta normativa regula tanto la actividad pre-contractual como con la etapa contractual; esta Ley propone una serie de principios y lineamientos generales de la actividad contractual de las entidades estatales señaladas en su artículo 2^o⁸.

⁸ Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del

Continuación Proyecto de Ley No. _____ 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”

Con la expedición de la ley 1150 de julio dieciséis (16) de dos mil siete (2007) la Ley 80 sufrió algunas reformas, además de la inclusión de medidas relacionadas con la eficiencia y transparencia, igualmente consagra las 5 modalidades de contratación estatal, las cuales son: i) Licitación Pública, ii) Selección Abreviada, iii) Concurso de méritos, iv) Contratación directa y v) contratación de mínima cuantía.

A través de la ley 1508 de octubre diecisiete (17) de dos mil doce (2012) se empiezan a regular las Asociación Público-Privadas.

Mediante la Ley 1474 de julio doce (12) de dos mil once (2011), se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, las cuales introdujeron modificaciones en materia de inhabilidades, consagradas inicialmente en el artículo 8° del Estatuto General de Contratación, se dictan también medidas administrativas, disciplinarias y penales con las que se busca combatir la corrupción.

"Lo mismo que las compañías y los individuos que son partes en esos acuerdos, los compradores del gobierno pueden ser sancionados con multas de entre 200 y 1000 veces el salario mínimo mensual, y condenados con penas de entre 6 y 12 años de prisión. Los funcionarios de contratación pública pueden ser también sometidos a despido y prohibírseles permanentemente trabajar en cargos públicos. Las compañías y los individuos condenados por colusión entre oferentes en procesos de contratación pública pueden ser inhabilitados para contratar con el gobierno hasta por ocho (8) años."⁹

Posteriormente se expide el Decreto 1082 de mayo veintiséis (26) de dos mil quince (2015), el cual cumple una tarea compilatoria debido a la dispersa normatividad existente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

⁹ OCDE, (2014). Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia.

“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”

5.2. Internacional

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 recomendación para combatir la Colusión en la Contratación Pública, dentro de las recomendaciones se destacarán y comentarán 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"*; y
- 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.

6. Derecho Comparado:

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

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"

“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”

*dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general*¹⁰.

En relación al procedimiento este podrá iniciarse de oficio o por denuncia¹¹, con lo que se encuentra una similitud al caso colombiano, tanto por el objeto de protección de la Ley como por las disposiciones procedimentales.

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.

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 intelectual¹², la aplicación de “[I] 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

¹⁰ Ley No. 25.156 de agosto veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999) – Artículo 1°

¹¹ *Ibid.* – Artículo 26

¹² 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>

Continuación Proyecto de Ley No. _____ 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”

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;”¹³ está en cabeza del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

7. Tipo de Ley:

Toda vez que el Presente Proyecto de Ley no atañe a alguna de las materias que suponen un trámite legislativo especial, la presente proposición deberá tramitarse conforme lo establecido para las Leyes Ordinarias, según lo dispuesto en el artículo 150.1 constitucional.

Ricardo Ferro Lozano
Representante a la Cámara

¹³ 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