

Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RADICACION: 22-41400- -5-0

FECHA: 2022-03-14 16:22:16

DEPENDENCIA: 1007 GRUPO DE TRABAJO
DE ABOGACÍA DE LA C

EVENTO: SIN EVENTO

TRAMITE: 396 ABOGACIA COMPETENCIA

FOLIOS: 18

ACTUACION: 440 RESPUESTA

Doctor

LISANDRO MANUEL JUNCO RIVEIRA

Director General

**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES**

directorgeneral@dian.gov.co

comunicacionesoficiales@dian.gov.co

lforerog@dian.gov.co

Asunto: Radicación: 22-041400
Trámite: 396
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 18

Referencia: Concepto de Abogacía de la Competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009) en relación con el proyecto de Resolución “*Por la cual se dictan disposiciones para la operación de la devolución del impuesto sobre las ventas -IVA a los turistas extranjeros a través de una EOP, se fijan los requisitos, condiciones y requerimientos técnicos para la autorización de esta empresa y se establecen las obligaciones que debe cumplir una vez autorizada*” (en adelante el “**Proyecto**”).

Respetado Doctor Junco:

En respuesta a la comunicación del asunto, radicada por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante, “**DIAN**”) el pasado 3 de febrero de 2022¹ identificada con el radicado No. 22-041400, esta Superintendencia rinde concepto de abogacía de la competencia sobre el Proyecto de la referencia en los siguientes términos: primero, se describe el fundamento legal de la función de abogacía de la competencia; segundo, se expondrán los antecedentes de la iniciativa regulatoria; tercero, se describirán las principales modificaciones introducidas en el Proyecto; cuarto, se presentará el respectivo

¹ La solicitud inicial fue objeto de requerimiento de información por parte de esta Superintendencia. En este se solicitó la siguiente información: (i) Los estudios técnico-económicos que dan cuenta de los análisis realizados para la adopción del Proyecto; (ii) Las observaciones y sugerencias que haya recibido de terceros interesados, si las hubo; y (iii) Las respuestas al cuestionario de abogacía de la competencia. Esta Superintendencia recibió la respuesta al requerimiento por parte del regulador el día 28 de febrero de 2022.



análisis desde la perspectiva de la libre competencia económica, y, por último, se formularán algunas recomendaciones.

1. FUNDAMENTO LEGAL

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019:

"La Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta".

En consonancia con lo anterior, en concepto del 04 de julio de 2013, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el efecto jurídico que podría derivarse del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 por parte de una autoridad de regulación, en los siguientes términos:

"El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación el no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o el de apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta, en principio, sería la nulidad del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo"². (Subrayado fuera del texto original).

2

Adicionalmente, es importante mencionar que los conceptos de abogacía cumplen labores preventivas de protección de la libre competencia. El Consejo de Estado ha indicado que el objeto de abogacía de la competencia es que el Estado no obstaculice las dinámicas del mercado con su actividad regulatoria. También pretende evitar que a través de actuaciones normativas se generen externalidades o se incremente el costo social de la regulación. La abogacía de la competencia no interfiere en la autonomía de los reguladores y su objetivo tampoco es sugerir medidas regulatorias. Dentro de las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra

² El artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 establece que el regulador deberá explicar en la parte considerativa de la decisión, las razones por las cuales se aparta del concepto de abogacía de la competencia, de ser este el caso. Así mismo, el Consejo de Estado ratificó, en el concepto del 4 de julio de 2013, que los fundamentos para no acoger el concepto de abogacía deben plasmarse en la parte considerativa del acto administrativo correspondiente. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.



la de formular recomendaciones que esta autoridad considera pertinentes de cara a los proyectos de regulación. En este sentido, el regulador mantiene la decisión final de expedir el acto administrativo acogiendo o no las recomendaciones de esta Superintendencia³.

Finalmente, el artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015 indicó la obligación de las autoridades de regulación de dejar constancia del análisis de abogacía de la competencia en la parte considerativa del acto administrativo con posible incidencia en la libre competencia económica. En este sentido, la autoridad regulatoria correspondiente deberá consignar expresamente si consultó a la Superintendencia y si esta entidad emitió recomendaciones o no.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

A continuación, se exponen los principales antecedentes normativos del Proyecto.

2.1. Ley 300 de 1996⁴

La Ley 300 de 1996 establece varias disposiciones relacionadas con el sector del turismo en Colombia. El Capítulo II de esta ley consagra reglas encaminadas a crear incentivos tributarios para el fomento de la actividad turística en el país. En este sentido, el primer inciso del artículo 39, modificado por el artículo 14 de la Ley 1101 de 2006⁵, establece que la DIAN devolverá a los turistas extranjeros un porcentaje del impuesto sobre las ventas (en adelante, “**IVA**”) por las compras de bienes gravados dentro del territorio nacional⁶. Así mismo, el inciso segundo del artículo 39 dispone que el Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir los interesados para efectuar dicha devolución, implementando a su vez un procedimiento administrativo gradual de devoluciones en los principales puertos y aeropuertos internacionales, así como señalando las cuantías mínimas objeto de devolución, y los montos máximos a devolver a cada turista⁷.

2.2 Decreto 1625 de 2016⁸

³ Consejo de Estado, Auto del 30 de abril de 2018 mediante el cual se decreta la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 2163 de 2016 “Por la cual se reglamenta el Decreto 2297 de 2015 y se dictan otras disposiciones”, expedida por el Ministerio de Transporte e identificada con el radicado No.: 11001-03-24-000-2016-00481-00.

⁴ “Por la cual se expide la ley general de turismo y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se modifica la Ley 300 de 1996 - Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones”.

⁶ Artículo 39 de la Ley 300 de 1996. “La Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales, DIAN, devolverá a los turistas extranjeros el cincuenta por ciento (50%) del impuesto sobre las ventas que cancelen por las compras de bienes gravados dentro del territorio nacional (...).”

⁷ Ibid.

⁸ “Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria”.



El Capítulo 23 del Decreto 1625 de 2016, sustituido por el artículo 1 del Decreto 1495 de 2021, reglamenta varios aspectos relacionados con la devolución del IVA a los turistas extranjeros. Así las cosas, por medio del artículo 1.6.1.23.1. se establece que la DIAN devolverá a los turistas extranjeros el ciento por ciento (100%) del IVA pagado en la adquisición de bienes gravados, previo al cumplimiento de los requisitos previstos en la regulación vigente. Del mismo modo, el artículo 1.6.1.23.6. señala que la DIAN ordenará la devolución del IVA a los turistas extranjeros mediante el abono a la tarjeta de crédito internacional emitida fuera del país e indicada en la solicitud de devolución, dentro del mes siguiente a la fecha de radicación de la solicitud.

A su vez, aquel artículo señala que la DIAN podrá efectuar la devolución a través de Empresas Operadoras de Pagos (en adelante “EOP”), previa resolución expedida por la DIAN y de conformidad con los convenios que se suscriban para el efecto⁹. De igual forma, aquel artículo dispone que, de realizarse la devolución a través de una EOP, esta podrá efectuarse en efectivo o mediante abono a la tarjeta de débito o crédito internacional emitida fuera del país. A su vez, dispone que dicha devolución deberá efectuarse en un término no mayor a diez (10) días contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud¹⁰. Sumado a esto, el turista deberá autorizar a la EOP para que descuenta del valor objeto de devolución aquellos costos de intermediación que corresponden a los gastos de intermediación financiera y operativa¹¹.

2.3. Decreto 1495 de 2021¹²

El artículo 1 del Decreto 1495 de 2021 sustituyó el Capítulo 23 del Título 1 Parte 6 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016 en cuanto a distintas disposiciones aplicables al procedimiento de devolución del IVA a turistas extranjeros. Así mismo, el artículo 3 estableció que la devolución del IVA prevista en el Capítulo en mención, a través de una EOP, se realizará de forma gradual a partir de los dos (2) meses siguientes a la fecha del convenio.

4

3. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El Proyecto tiene por objeto establecer los parámetros para la devolución del IVA a favor de los turistas extranjeros que destinen los bienes adquiridos dentro del territorio nacional para su uso o consumo en el exterior. El artículo 1 del Proyecto dispone que dicha devolución se efectuará a través de una EOP.

Tal y como se muestra en la Figura No. 1, el artículo 3 del Proyecto establece que el servicio integral para la devolución del IVA comprende las siguientes actividades **(i)** el recibo y trámite de la solicitud de devolución del IVA, **(ii)** el abono en cuenta de la devolución al turista extranjero, previa expedición de la resolución por parte de la

⁹ Cfr. Artículo 1.6.1.23.6. del Decreto 1625 de 2016, modificado por el Decreto 1495 de 2021.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² “Por medio del cual se sustituye el Capítulo 23 del Título 1 Parte 6 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria”.



DIAN, (iii) la inscripción de los establecimientos de comercio en el sistema de devolución del IVA a turistas extranjeros y (iv) la difusión a nivel local e internacional del sistema de devolución del IVA a turistas extranjeros en Colombia.

Figura No. 1 Actividades que integran el Sistema Integral para la Devolución del IVA



Fuente: Elaboración propia Superintendencia de Industria y Comercio con base en el Proyecto¹³.

5

El artículo 5 del Proyecto señala las condiciones que deberá cumplir la EOP autorizada para prestar el servicio de devolución del IVA. A su vez, los artículos 6 y 7 establecen las condiciones con las que deberán cumplir los comercios habilitados y los turistas extranjeros a efectos de ser reconocidos como actores del sistema de devolución del IVA a turistas extranjeros.

A continuación, los artículos 8, 9 y 10 establecen los requisitos técnicos que deberá cumplir la EOP para prestar el servicio integral de devolución del IVA a turistas extranjeros. Al respecto, el artículo 9 señala que la EOP deberá contar con un sistema informático que permita la interoperabilidad con el sistema informático de la DIAN. Dicho sistema deberá garantizar un flujo de información en línea, desde los establecimientos de comercio hacia la EOP, y un flujo de información en línea desde esta última hacia la DIAN.

Los artículos 11, 12, 13, 14 establecen los requisitos de capacidad jurídica, capacidad financiera, experiencia y calificación de riesgo que debe cumplir la EOP. En el siguiente cuadro se sintetizan dichos requisitos:

¹³ Aportado al expediente de manera virtual bajo el radicado No. 22-041400--0-5.



Tabla No. 1. - Requisitos de habilitación para prestar servicios como EOP

Nombre del requisito	Descripción	Requisito
Capacidad jurídica	Las personas jurídicas de cualquier naturaleza societaria establecida en el código de comercio, de forma individual o que actúen como integrantes de consorcio o unión temporal, deberán demostrar: 1. El objeto del convenio a suscribir guarda relación con su objeto social. 2. Su representante legal tiene las facultades para suscribir el convenio. 3. La ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones de la persona jurídica y sus administradores	
Capacidad financiera	Índice de Liquidez	$IL = \text{Activo Corriente} / \text{Pasivo Corriente} \geq 1$
	Índice de Endeudamiento	$IE = \text{Pasivo Total} / \text{Activo Total} \leq 0.60$
	Razón de Cobertura de Intereses	$RCI = \text{Utilidad Operacional} / \text{Gastos de Intereses} \geq 1$
	Razón de Efectivo	$RE = \text{Efectivo} / \text{Pasivo Corriente} \geq 1$
	Concentración de Endeudamiento a Corto Plazo	$CECP = \text{Pasivo Corriente} / \text{Pasivo Total} \leq 0.60$
Capacidad Organizacional	Rentabilidad del Patrimonio	$RPAT = \text{Utilidad Operacional} / \text{Patrimonio} \geq 0$
	Rentabilidad del activo	$RA = \text{Utilidad Operacional} / \text{Activo Total} \geq 0$
Experiencia Mínima Relacionada	$EMR \geq 5$ años en al menos dos países ¹⁴	
Calificación de riesgo	1. No tener deudas en mora en materia aduanera, tributaria o cambiaria, a favor de la DIAN. 2. No haber sido sancionado por devoluciones improcedentes durante los últimos tres años. 3. No haber sido sancionado por infracciones graves o gravísimas ejecutoriadas, durante los últimos tres (3) años, calificadas como tales de acuerdo con la legislación vigente en el momento de la imposición de la sanción.	

Fuente: Elaboración propia Superintendencia de Industria y Comercio con base en el Proyecto¹⁵.

Posteriormente, el artículo 15 establece todas las obligaciones a cargo de la EOP. Entre estas, se destacan: **(i)** la prestación integral del servicio en todos los puertos, aeropuertos internacionales, aeropuertos de conexión y puestos de control fronterizo indicados por la DIAN, **(ii)** poner a disposición de los turistas extranjeros un sistema amigable para la presentación de la solicitud de devolución del IVA, **(iii)** disponer de un sistema informático que permita la interoperabilidad con el sistema dispuesto por la DIAN para la validación automática de los documentos requeridos para dar trámite a la devolución del IVA y **(iv)** proveer, sin costo alguno para el comercio o para la DIAN, el sistema informático que se requiera para la operación de devolución del IVA.

El Proyecto prevé también una forma de remuneración para la EOP por la prestación del servicio de devolución del IVA. En cuanto a dicha remuneración, el artículo 16

¹⁴ La experiencia debe ser adquirida en los últimos siete (7) años. Para los interesados plurales Consorcio o Unión Temporal, la experiencia será la sumatoria de la experiencia de sus integrantes, de manera proporcional a los porcentajes de participación que expresamente se determinen en el documento de conformación, adquirida en los últimos siete (7) años.

¹⁵ Aportado al expediente de manera virtual bajo el radicado No. 22-041400--0-5.



dispone que la EOP tendrá derecho a un porcentaje único sobre el valor a devolver al turista extranjero, el cual es denominado como el costo de intermediación.

El artículo 18 establece que las empresas interesadas en prestar el servicio de devolución del impuesto deberán manifestar su interés mediante comunicación escrita a más tardar a las 3:00 p.m. del último día del plazo señalado en el artículo 17 de la Resolución. Tal manifestación debe ser presentada en el Despacho de la Subdirección de Devoluciones de la Dirección de Gestión de Impuestos de la Unidad Administrativa Especial de la DIAN. Los interesados deberán aportar **(i)** todos los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos técnicos, jurídicos, de capacidad financiera, de experiencia y de riesgos (Sobre 1) y **(ii)** la oferta económica expresada en porcentaje (%) de la porción de la devolución que corresponderá al costo de intermediación (Sobre 2).

El artículo 23 establece el trámite que se llevará a cabo para seleccionar a la EOP. Este trámite se surtirá en cinco etapas: **(i)** recepción y verificación de las solicitudes, **(ii)** requerimiento para completar documentos o suministrar información, **(iii)** publicación del informe de evaluación preliminar, y **(iv)** expedición de informe definitivo. En el evento en que un solo interesado cumpla con los requisitos, será autorizado como EOP. En caso de que dos o más interesados cumplan las condiciones previstas en el Proyecto, se designará como EOP a la empresa que hubiera ofrecido el menor porcentaje de costo de intermediación. En caso de que los porcentajes de intermediación sean iguales, se tendrá en cuenta quien tenga la mayor experiencia y cobertura en la prestación del servicio de devolución del IVA a los turistas extranjeros.

Por último, el artículo 29 señala que el término de vigencia del convenio suscrito con la EOP será de tres (3) años. Dicho plazo será prorrogable hasta por otro periodo por el mismo periodo, por decisión de la DIAN, siempre y cuando se cumplan con los requisitos y obligaciones previstos en la iniciativa regulatoria. Vencido este término deberá adelantarse un nuevo proceso para seleccionar a la EOP.

4. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Una vez revisado el Proyecto y los demás documentos adjuntos a la solicitud de concepto de Abogacía de la Competencia del asunto, esta Superintendencia analizará el Proyecto de cara a la libre competencia económica. Para tal fin resulta relevante identificar la estructuración que del proceso de selección de la EOP realiza el regulador en la iniciativa regulatoria. En efecto, esta Autoridad observa que el mecanismo previsto para la autorización de la EOP supone un escenario de competencia *por el mercado*. Al respecto, esta Superintendencia ha reconocido que tal modalidad supone un verdadero esfuerzo competitivo²¹, previo a la entrada de uno o varios agentes en un mercado en particular. En este caso, tal mercado corresponde a la prestación del servicio integral de devolución del IVA a turistas extranjeros en la calidad de EOP.



En efecto, el Proyecto contempla dos componentes en relación con los cuales las empresas interesadas en tener la calidad de EOP deberán estructurar sus propuestas y competir. De un lado, una serie de requisitos que el agente interesado en ser seleccionado debe cumplir, y del otro, el componente del costo de intermediación que está dispuesto a ofrecer.

Así las cosas, esta Autoridad considera oportuno pronunciarse sobre los siguientes puntos. En primer lugar, el sustento técnico y económico de los requisitos habilitantes requeridos para competir por la selección en calidad de EOP y las garantías requeridas para la firma del convenio. En segundo lugar, sobre el término previsto para la presentación de la manifestación de interés ante la DIAN. En tercer lugar, sobre el medio previsto en el Proyecto para la presentación de las manifestaciones de interés. Por último, estudiará las condiciones de competencias sobre las cuales se estructura el proceso de selección.

4.1. Sobre el sustento técnico y económico de los requisitos habilitantes requeridos para competir por la selección en calidad de EOP y las garantías requeridas para la firma del convenio

En este apartado nos referiremos al contenido del capítulo IV del Proyecto, en el que se especifican los requisitos jurídicos, financieros y de experiencia que deberán cumplir las empresas interesadas en prestar el servicio de devolución del IVA a efectos de resultar habilitadas y eventualmente seleccionadas en la calidad de EOP. Por último, se hará referencia al contenido del artículo 26 del Proyecto, en el que se establecen las garantías que deberá constituir la EOP seleccionada a efectos de legalizar el convenio para la devolución del IVA.

Al respecto, esta Superintendencia observa que el regulador incorporó catorce (14) requisitos agrupados en cuatro (4) categorías: **(i)** requisitos relativos a la capacidad jurídica, **(ii)** requisitos relativos a la capacidad financiera, **(iii)** requisitos relativos a la experiencia, y **(iv)** calificación de riesgo. Dichos requisitos se describen brevemente en la Tabla No. 1 incorporada en la tercera sección de este concepto.

Frente a los requisitos relativos a la capacidad financiera, esta Autoridad observa que el regulador estableció unos valores críticos, o topes, a partir de los cuales se considera que el interesado cumple con el requisito. No obstante, una vez revisada la documentación aportada, esta Superintendencia no identifica los criterios técnicos o económicos que fueron considerados a efectos de la determinación de dichos topes.

Dicha circunstancia resulta de gran preocupación para esta Autoridad de Competencia, en virtud de que la determinación injustificada de los requisitos habilitantes puede resultar en el direccionamiento artificial del resultado del proceso de selección a favor de un subconjunto de interesados. La situación descrita redundará en la reducción del número potencial de agentes participantes en el proceso de selección, reduciendo la presión competitiva del mecanismo de



asignación. Incluso, la determinación de unos requisitos que no sean coherentes con las realidades económicas y financieras de las empresas que participan en el sector, puede condenar el proceso a que ningún habilitado cumpla con los requisitos de habilitación. Lo anterior, sin duda, comprometerá la consecución del objeto de política pública que se persigue con la expedición de esta iniciativa regulatoria.

En efecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en relación con los requisitos habilitantes señalando que estos deberán encontrarse en directa relación con el objeto que se pretende contratar: *“Los requisitos habilitantes que son materia de verificación, deben ser tomados por la entidad licitante del registro único de proponentes, y ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato que se suscribirá y a su valor, lo que significa que no es ajustado a derecho exigir condiciones distintas de aquellas que resulten necesarias para cumplir con el objeto del contrato”*¹⁶. Como se observa, y en el marco del Proyecto objeto de análisis por parte de esta Superintendencia, es fundamental que los requisitos habilitantes incluidos en el marco de la iniciativa regulatoria sean aquellos que permitan la correcta e idónea ejecución de la actividad de devolución de IVA por parte de la EOP.

La adecuada selección de dichos indicadores financieros cobra aún más relevancia en el contexto de la pandemia suscitada por la propagación del COVID-19, factor que ha impactado de manera significativa las dinámicas de la economía global, y en particular ha tenido grandes impactos en el sector del turismo. Por lo anterior, resulta altamente probable que la afectación a dicho sector haya impactado los ingresos que perciben las empresas que prestan servicios de devolución del IVA. No obstante, observa esta Superintendencia que lo anterior no necesariamente compromete su capacidad para ejecutar de manera idónea y apropiada las actividades que tendrá a cargo la EOP. Al respecto, en la documentación aportada por la DIAN, se observa que hubo terceros interesados que manifestaron lo siguiente:

*“Existe un riesgo que los operadores internacionales de devolución de IVA, en su último balance, no cumplan en todos los índices solicitados debido a la crisis del COVID19 (a partir de marzo de 2020) que es de público conocimiento el impacto que ha tenido en la industria del turismo. **Sin embargo, bajo ningún punto de vista, el no cumplimiento de alguno de los índices merma nuestra capacidad de cumplir con la prestación del servicio y pago de los reintegros, pero probablemente alguno de los índices no puede ser alcanzados. Sugerimos que revisen este punto requerido** (Artículo 12, pág. 7)”*¹⁷.

Adicionalmente, observa esta Superintendencia que uno de los indicadores para acreditar la capacidad organizacional, corresponde a la rentabilidad del patrimonio.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00034-00, 20 de mayo de 2010.

¹⁷ Documento “*MATRIZ DE COMENTARIOS PRESENTADOS AL PROYECTO*” aportado al expediente de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5. Ver comentario No. 8.



La misma es definida en el Proyecto como el cociente de la utilidad operacional y el patrimonio¹⁸ (RPAT= Utilidad Operacional / Patrimonio). Sumado a esto, se establece que, una vez aplicada la fórmula, la cifra resultante debe ser mayor o igual a cero (0). Al respecto, observa esta Autoridad que aun en el evento de que tanto la utilidad operacional como el patrimonio del interesado sean valores negativos, la cifra resultante será positiva (esto es mayor a cero), y con ello, se acreditaría el cumplimiento de la capacidad organizacional. Por lo anterior, es necesario que la DIAN determine si los valores críticos requeridos son realmente apropiados para seleccionar al interesado más idóneo para prestar el servicio.

Ahora bien, frente a los requisitos relativos a la experiencia requerida para participar en el proceso, el regulador estableció que los interesados deberán tener una experiencia mínima de cinco (5) años en al menos dos (2) países, señalando que dicha experiencia debía ser adquirida en los últimos siete (7) años. A su vez, determinó que, para efectos de validar la experiencia obtenida por los interesados plurales, se consideraría la sumatoria de la experiencia de sus integrantes, de manera proporcional a los porcentajes de participación determinados en el documento de conformación, adquirida en los últimos siete (7) años.

No obstante, el regulador tampoco señaló en la documentación aportada el sustento asociado a que la experiencia requerida deba ser acreditada en un número plural de países. Por las razones descritas, esta Superintendencia considera de la mayor relevancia que el regulador adelante un análisis del sector relativo al objeto a contratar, identificando los potenciales agentes que estarían en la capacidad de concurrir al proceso de selección, su modelo de negocio y su tamaño empresarial. Una vez hecho lo anterior, el regulador deberá sustentar la inclusión de cada uno de los requisitos habilitantes de cara a las condiciones del mercado, propendiendo por la inclusión de requisitos que resulten proporcionales a la naturaleza y el valor potencial de los recursos a administrar, al tiempo que garanticen la pluralidad de interesados en el marco del proceso de competencia por el mercado que se propicia con la iniciativa regulatoria.

Por otro lado, en relación con el contenido del artículo 26 del Proyecto, en el que se establecen las garantías que deberá constituir la EOP seleccionada a efectos de legalizar el convenio para la devolución del IVA, se observa que dichas garantías se constituyen como un requisito posterior a la firma del convenio, y por ende deberán ser suscritas únicamente por la EOP seleccionada. En este sentido, esta Superintendencia evidencia que la DIAN no ha sustentado cuál fue el criterio técnico considerado para la definición de la cuantía de las garantías solicitadas para la legalización del convenio. Con lo anterior, se crea un riesgo de que tales garantías no guarden relación con el valor potencial de recursos a administrar, y, por ende, se constituyan en un requisito oneroso que desincentive la participación en el marco del proceso de selección. En este sentido lo manifestó uno de los terceros que

¹⁸ Artículo 12 del Proyecto. Aportado de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5.



presentaron observaciones frente a la iniciativa regulatoria: “*Las garantías solicitadas son excesivas, onerosas y sin correlación con el servicio requerido. Por favor detallar en (sic) base a que se calcularon*”¹⁹.

Ahora bien, a pesar de que dichas garantías no constituyen requisitos habilitantes para participar en el proceso de selección, sí operan como requisitos adicionales que deberá satisfacer la EOP seleccionada para suscribir el convenio con la DIAN. Por lo anterior, son requisitos que tendrán incidencia en los niveles de concurrencia al proceso de selección, e incidirán en la presión competitiva del mecanismo de asignación.

En línea con todo lo anterior, esta Superintendencia recomendará que la DIAN sustente la determinación de la cuantía de las garantías solicitadas a la EOP seleccionada, de conformidad con **(i)** la naturaleza del objeto a ejecutar, **(ii)** el valor potencial de los recursos a administrar, y **(iii)** las obligaciones contenidas en el convenio.

4.2. Sobre el término previsto para la presentación de la manifestación de interés ante la DIAN

Esta Superintendencia observa que el Proyecto establece que los agentes de mercado que busquen ser autorizados como EOP, deberán presentar una manifestación de interés en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente a la publicación de la convocatoria en la página web de la DIAN. De igual forma, observa que dicha manifestación debe ser presentada a más tardar a las 3:00 PM del último día del plazo señalado, en la Carrera 7 No. 6 C - 54, Piso 7º de la ciudad de Bogotá D.C., dirección que corresponde al Despacho de la Subdirección de Devoluciones de la Dirección de Gestión de Impuestos de la DIAN²⁰. Al respecto, esta Entidad considera que dichas condiciones tienen la potencialidad de reducir el número de agentes que podrían presentar manifestaciones de interés, así como facilitar el riesgo de colusión entre los interesados que busquen ser autorizados como EOP, por las razones que se señalarán a continuación.

En primer lugar, vale la pena resaltar que en el marco de la propuesta regulatoria se exige a los interesados presentar un alto volumen de documentos que acrediten el cumplimiento de las condiciones de habilitación. A su vez, estos deben cumplir con diversas formalidades para ser admitidos dentro del proceso. Tales documentos están encaminados a demostrar que el interesado cumple con **(i)** las condiciones técnicas, **(ii)** las condiciones de capacidad jurídica, **(iii)** las condiciones de capacidad financiera

¹⁹ Documento “*MATRIZ DE COMENTARIOS PRESENTADOS AL PROYECTO*” aportado al expediente de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5. Ver comentario No. 21.

²⁰ Artículos 17 y 18 del Proyecto. Aportado de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5.



y organizacional y (iv) los requisitos relativos a la experiencia²¹. Entre los aspectos formales que deben tener en cuenta los interesados, se observa que los documentos deben cumplir con el trámite de legalización correspondiente. En este sentido, a modo de ejemplo, los documentos públicos que sean expedidos en el exterior deben ser apostillados por la entidad competente del país de origen²². Del mismo modo, vale la pena destacar que el Proyecto establece que toda la documentación debe ser presentada en castellano, de manera que los documentos que estén redactados en un idioma distinto deben ser traducidos por las partes interesadas.

En segundo lugar, es pertinente mencionar que los interesados deben presentar certificaciones de experiencia que cumplan con los requisitos mínimos establecidos en el Proyecto²³. Para ello, esta Autoridad entiende que los proponentes deberán solicitar nuevos certificados en las distintas jurisdicciones en que hayan prestado estos servicios, solicitando que las mismas contengan la información mínima requerida por el regulador.

En tercer lugar, llama la atención de esta Entidad que dicho plazo fue objeto de observaciones por parte de terceros interesados, quienes manifestaron que diez (10) días hábiles no eran un tiempo suficiente para elaborar la manifestación de interés²⁴. Ahora, si bien las condiciones para acreditar los requisitos habilitantes serán publicadas con anterioridad a la convocatoria, esto es, una vez sea publicada la versión final del acto administrativo, este plazo podría en todo caso resultar excesivamente corto para cumplir con la totalidad de los requisitos exigidos. Esto es así, toda vez que el artículo 17 del Proyecto autoriza a la DIAN a publicar la convocatoria *dentro* de los diez (10) días siguientes a la expedición de la Resolución²⁵. Como es evidente, dicha convocatoria podría ser publicada en un término inferior a diez (10) días.

Por lo anterior, esta Superintendencia encuentra que el plazo para la presentación de las manifestaciones de interés podría no ser suficiente para reunir los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos de habilitación. Esto obedece a que su recopilación, en cumplimiento de las formalidades previstas, no necesariamente dependerá de la información inmediatamente disponible al interesado, o las capacidades propias de éste para recopilarla. Contrario a esto, su obtención se sujetará al termino requerido por los organismos encargados de expedirlos, los

²¹ Artículo 21 del Proyecto. Aportado de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5.

²² Artículo 21 del Proyecto. Aportado de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5.

²³ Literal d) del artículo 21 del Proyecto. Aportado de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5.

²⁴ Documento "*MATRIZ DE COMENTARIOS PRESENTADOS AL PROYECTO*" aportado al expediente de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5. Ver comentario No. 18.

²⁵ Artículos 17 del Proyecto. Aportado de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5.



cuales, además de encontrarse en más de una sola jurisdicción, podrán requerir de un plazo superior al previsto en el Proyecto. Tal es el caso de los procesos de legalización de documentos públicos emitidos en el extranjero, para lo cual es necesaria la intervención de una entidad centralizadora que expida una apostilla²⁶. Del mismo modo, los certificados de experiencia deben ser solicitados ante las autoridades gubernamentales en distintas jurisdicciones, con el contenido mínimo de información exigido en el Proyecto.

Ahora bien, tampoco puede perderse de vista que el tiempo de divulgación en el cual la autoridad pública pone en conocimiento del mercado su intención de crear un proceso de competencia es determinante para garantizar la concurrencia de agentes en este escenario, así como una real presión competitiva entre estos. En este sentido, y refiriéndose en concreto a la forma mediante la cual se hace efectivo el principio de libre concurrencia por parte de la administración, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“Otra dimensión del principio de la libertad de concurrencia, se traduce en la posibilidad cierta de que la Administración obtendrá el mayor número de ofrecimientos, lo cual se logra cuando la convocatoria ha sido lo suficientemente divulgada; de esta manera resulta posible generar una mayor competencia entre los participantes que han accedido a ella en igualdad de condiciones, a la vez, que se amplía la posibilidad de comparación y confrontación de los diversos ofrecimientos, para finalmente seleccionar, con arreglo a criterios objetivos, aquella que resulte ser la más favorable para el interés público. En todo caso, si a pesar de la diligencia de la Administración, la concurrencia de los participantes es mínima, este hecho por sí solo no da lugar al desconocimiento de este importante principio²⁷. (Subrayado fuera del texto original).

13

Adicionalmente, el tiempo de divulgación se encuentra directamente relacionado con la magnitud de la publicidad que se realice de la convocatoria. Así las cosas, el Consejo de Estado ha afirmado que la publicidad constituye una manifestación del principio a la libre concurrencia en los siguientes términos:

“(…) la publicidad de la convocatoria del proceso de selección es una manifestación fundamental del principio de libre concurrencia, por cuanto, al permitir el conocimiento del llamado a ofertar a los interesados y de sus bases, promueve y facilita la participación en los procesos de contratación del Estado del mayor número de oferentes, para que la Administración

²⁶ Artículo 20 del Proyecto. Aportado de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 15324, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 29 de agosto de 2007.



cuenta con una amplia y variada gama de propuestas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones ofrezca (...)²⁸.

En atención a las razones presentadas hasta este punto, y a la jurisprudencia administrativa referida, a juicio de esta Autoridad la regla contenida en el Proyecto según la cual los interesados deberán presentar una manifestación de interés en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente a la publicación de la convocatoria en la página web de la DIAN, tiene la virtualidad de generar una reducción en el número de agentes que efectivamente puedan presentar su manifestación de interés para ser seleccionados como la EOP autorizada. Lo anterior, podrá generar una menor presión competitiva entre los interesados que concurren al proceso, con el correlativo efecto de que los agentes, ante la ausencia de una efectiva presión competitiva, pierdan los incentivos para ofrecer mejores condiciones en sus ofertas (como puede ser una mayor cobertura del servicio, o un menor costo de intermediación).

4.3. Sobre el medio previsto en el Proyecto para la presentación de las manifestaciones de interés.

En atención a que el escenario que se plantea en la iniciativa regulatoria constituye un proceso de *competencia por el mercado*, advierte esta Superintendencia que el medio previsto en el Proyecto para la presentación de las manifestaciones de interés puede facilitar el riesgo de colusión entre los interesados. Esto se debe a que los sobres que contienen (i) los requisitos habilitantes y (ii) el porcentaje del costo de intermediación, deben ser entregados de manera presencial en las oficinas físicas de la DIAN, y no a través de medios electrónicos puestos a disposición de los interesados. De igual forma, teniendo en cuenta el alto volumen de soportes que deben ser preparados, es probable que un alto porcentaje de los interesados presenten sus propuestas durante el último día del plazo señalado en el artículo 17 del Proyecto, elevando las probabilidades de que los mismos entren en contacto, previo a la entrega de los sobres.

En cuanto a esta clase de mecanismos para la presentación de propuestas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, “OCDE”), en sus guías para combatir la colusión en la contratación pública, ha emitido recomendaciones para el diseño de procesos que reduzcan eficazmente la comunicación entre los oferentes. Así, entre otras recomendaciones, la Organización ha manifestado lo siguiente:

“Requerir que las ofertas se presenten en persona ofrece oportunidades para comunicaciones de última hora y establecimiento de tratos entre

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Referencia: Acción de nulidad en contra del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de diciembre de 2007.



empresas. Esto se puede evitar mediante el **uso de la presentación electrónica de ofertas, por ejemplo**²⁹. (Resaltado fuera del texto original).

Sumado a esto, en el Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia, la OCDE recomendó que “*Debería 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***”³⁰. Del mismo modo, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (en adelante “**CCE**”) ha manifestado que las entidades estatales pueden generar mayores incentivos para competir, así como evitar los actos de corrupción, mediante el fortalecimiento del uso de herramientas electrónicas³¹.

Como se observa, las recomendaciones emitidas por la OCDE y CCE hacen alusión a procesos de contratación estatal. No obstante, las mismas deben ser tenidas en cuenta por la DIAN para el proceso de autorización de la EOP que contempla el Proyecto, pues de la misma manera que los primeros, son procedimientos de competencia *por el mercado*, en que los distintos agentes compiten por ofrecer las condiciones que les permitan proveer un producto o servicio determinado.

De este modo, a juicio de esta Superintendencia, es necesario que el regulador modifique el mecanismo de presentación de manifestaciones de interés, poniendo a disposición de los interesados medios electrónicos que reduzcan el riesgo de colusión. En línea con todo lo anterior, esta Superintendencia recomendará a la DIAN (i) ampliar el plazo para la presentación de manifestaciones de interés previsto en el artículo 17 del Proyecto de tal manera que se constituya en un término suficiente para garantizar la concurrencia y pluralidad de interesados en el marco del proceso y (ii) modificar el artículo 18 del Proyecto, requiriendo que las manifestaciones de interés sean presentadas a través de medios electrónicos, los cuales deben ser puestos a disposición de los interesados por parte de la DIAN.

4.4. Sobre la necesidad de definir una condición de competencia que garantice un menor costo de intermediación ofrecido por los interesados

Por último, en este apartado esta Superintendencia se referirá al numeral 6 del artículo 23 del Proyecto en el que se define cómo operará el mecanismo de asignación en el evento en que solo un oferente resulte habilitado, una vez verificado el

²⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Recomendaciones del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en contratación pública. 17 de julio de 2012. Pg. 11. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>

³⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. 2014. Pg. 48. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf

³¹ Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. Guía de competencia en las compras públicas. 2018. Pg. 9 y 13. Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_competencia_0.pdf



cumplimiento de los requisitos especificados en el Proyecto. Al respecto, llama la atención de esta Superintendencia que, en el evento en que se declare que un solo interesado cumple con los requisitos de habilitación, el mismo será autorizado como EOP. En efecto, una regla como la descrita supone que aquel agente económico con mayor capacidad jurídica, financiera, técnica y organizacional tendrá mayores posibilidades de resultar seleccionado como EOP. Lo anterior, no solo no garantiza que dicho postulador sea el proponente idóneo para satisfacer la necesidad pública, sino que elimina los incentivos de ofrecer un mejor costo de intermediación para aquellas empresas que por su tamaño y capacidad cumplen con los requisitos habilitantes. Adicionalmente, en aquel evento en que un agente de mercado esté en posibilidades de anticipar sus probabilidades de ser el único interesado habilitado³², previo a la presentación de los sobres, este contará con un mayor incentivo para presentar un porcentaje de costo de intermediación más elevado. Lo anterior, dado que el mismo sería consciente de que, ante tal eventualidad, no afrontará competencia alguna que ofrezca una remuneración más baja.

Ahora, si bien el Proyecto contempla un procedimiento específico de desempate en caso de que exista pluralidad de manifestaciones de interés hábiles, en cuyo caso la DIAN seleccionará al interesado con la propuesta de costo de intermediación más baja³³, esta Superintendencia observa que el costo de intermediación no se constituye en uno de los factores principales de competencia, sino que se limita a ser un elemento residual de elección en caso de empate.

La aplicación de las reglas que integran la estructura del proceso de selección pueden dar lugar a que el porcentaje de costo de intermediación ofrecido sea excesivamente alto, al menos en comparación con el costo real de su actividad de intermediación. En efecto, en el caso en que una sola empresa cumpla con los requisitos de habilitación, la DIAN le otorgará la calidad de EOP, dejando de lado cualquier manifestación de interés alternativa, cuya propuesta de costo de intermediación pudiera competir contra aquella presentada por el habilitado, y ser comparada con el fin de seleccionar la oferta más baja. Lo anterior, no solo propicia una situación en la que los interesados pierden un incentivo importante para presentar un menor porcentaje de costo de intermediación, pues siempre existirá la posibilidad de que un solo interesado cumpla con los requisitos de habilitación, y por ende, sea seleccionado sin tener en cuenta el requisito de desempate, sino que va en detrimento de los usuarios de este servicio quienes obtendrán la devolución del IVA menos un valor de intermediación que no se conformó con ocasión de un proceso competitivo.

³² Bajo el entendido que, conforme a los argumentos presentados en la sección 5.2. del presente concepto, existe un mayor riesgo de contacto entre los distintos interesados previo al momento en que remiten sus manifestaciones de interés, y por ende, conozcan quienes podrán ser los otros interesados que presenten sus propuestas. Al mismo tiempo, debido al corto plazo otorgado para la preparación y presentación de las propuestas, existe una alta posibilidad de que sean pocos los agentes que cumplan con los requisitos de habilitación previstos en la iniciativa regulatoria, lo que incrementa las posibilidades de que pocos oferentes presenten sus manifestaciones de interés.

³³ Artículo 24 del Proyecto. Aportado al expediente de manera virtual bajo el radicado No. 22041400--0-5.



Esta última situación se traduce en que el Proyecto tiene la potencialidad de generar un efecto explotativo en el mercado³⁴. Esto es así en la medida en que, al no ser el costo de intermediación un factor de competencia principal y tratarse de un elemento tenido en cuenta de forma residual a efectos de dar respuesta a una posible situación de empate, el usuario, en este caso el turista extranjero, terminará percibiendo una erogación monetaria que, en presencia de un proceso competitivo entre las empresas interesadas en ser EOP no habría tenido que soportar .

Para ilustrar esta situación, piénsese en un escenario en el que solo un agente resulta habilitado. Sin importar el costo de intermediación ofrecido por dicho agente, el mismo resultará autorizado. Lo anterior permite entrever que, en dicho escenario, la “oferta económica” no tendrá incidencia alguna sobre el resultado de la adjudicación, y, por lo tanto, el agente adjudicado actuará como un monopolista eligiendo de manera unilateral la remuneración que percibe por el servicio prestado. Al eliminar la posibilidad de que otro agente pueda contrarrestar el alto costo de intermediación ofrecido por el interesado, el mecanismo de asignación suprime completamente la competencia en el marco del proceso de selección con el correlativo efecto explotativo en relación con el turista extranjero como usuario del servicio.

Con el objeto de disuadir a los interesados de presentar un porcentaje excesivamente alto de intermediación, esta Superintendencia la recomendará al regulador definir una condición de competencia que garantice que los oferentes habilitados competirán efectivamente en virtud del costo de intermediación ofrecido dentro de la propuesta económica. Lo anterior, elimina la posibilidad de que se pueda adjudicar el proceso de selección cuando no existe un número plural de oferentes habilitados.

6. RECOMENDACIONES

Por las consideraciones expuestas en el presente concepto de Abogacía de la Competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio recomienda a la DIAN:

- **Adelantar** un análisis del sector relativo al objeto a contratar, identificando los potenciales agentes que estarían en la capacidad de concurrir al proceso de selección como EOP, su modelo de negocio y su tamaño empresarial.

³⁴ Por medio de la Resolución No. 1079 de 2022, por la cual esta Superintendencia ordenó la apertura de una investigación administrativa y formulación de pliego de cargos en contra de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO, esta Entidad explicó que los efectos explotativos son aquellos por los que un agente dominante “(...) aprovecha su poder de mercado para directamente apropiarse de parte de la renta de sus clientes, mediante acciones tales como el aumento de los precios, la reducción de la calidad, la variedad de los productos, o la discriminación de clientes no basada en criterios objetivos”. Del mismo modo, por medio de la Resolución No. 80403 de 2020, por la cual esta Superintendencia ordenó la apertura de una investigación y formulación de pliego de cargos en contra de Taxi Imperial S.A.S., la Autoridad de Competencia determinó que “(...) las conductas constitutivas de abuso de posición dominante pueden ser de naturaleza explotativa o exclusoria. Por las primeras se afirma que el agente económico tiene la habilidad para explotar su posición de una manera que no sería posible en un mercado en condiciones de competencia normales, extrayendo así réditos supracompetitivos”.



- **Sustentar** la inclusión de cada uno de los requisitos habilitantes de cara a las condiciones del mercado, propendiendo por la inclusión de requisitos que resulten proporcionales a la naturaleza y el valor potencial de los recursos a administrar, así como que propendan por la pluralidad en el marco de competencia por el mercado.
- **Sustentar** la determinación de la cuantía de las garantías solicitadas a la EOP seleccionada, de acuerdo con la naturaleza del objeto a ejecutar, el valor potencial de los recursos a administrar, y las obligaciones contenidas en el convenio.
- **Ampliar** el plazo para la presentación de manifestaciones de interés previsto en el artículo 17 del Proyecto de tal manera que se constituya en un término suficiente para garantizar la concurrencia y pluralidad de interesados en el marco del proceso.
- **Modificar** el artículo 18 del Proyecto, requiriendo que las manifestaciones de interés sean presentadas a través de medios electrónicos y no en las oficinas físicas de la DIAN.
- **Definir** una condición de competencia que garantice que los oferentes habilitados competirán efectivamente en virtud del costo de intermediación ofrecido dentro de la propuesta económica, eliminando la posibilidad de que se pueda adjudicar el proceso de selección cuando no existe un número plural de oferentes habilitados.

Finalmente, esta Superintendencia agradece a la DIAN que, al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita una copia al correo electrónico amperez@sic.gov.co

Cordialmente,

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboró: Ligia Parrado Galvis/Santiago Blanco Angulo
Revisó: Ana María Pérez Herrán
Aprobó: Juan Pablo Herrera Saavedra

Es importante para nosotros conocer su percepción sobre la atención de su solicitud, por esta razón lo invitamos a evaluar el servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio siguiendo el siguiente enlace:

