

Bogotá D.C.

1007

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 15-197188- -3-0	FECHA: 2015-11-11 15:46:12
DEP: 1007 DESPACHO DEL	EVE: SIN EVENTO
SUPERINTENDENTE DELEGAD	
TRA: 396 ABOGACIA COMPETENCIA	FOLIOS: 5
ACT: 440 RESPUESTA	

Doctor

CARLOS EDUARDO MARTÍNEZ MERIZALDE
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL
AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
Carrera 7 No. 26-20, Piso 17
BOGOTA D.C. COLOMBIA

Asunto: Radicación: 15-197188- -3-0
Trámite: 396
Evento: 000
Actuación: 440
Folios: 005

Referencia: Concepto de abogacía de la competencia

Proyecto de Decreto "Por el cual se reglamenta la contratación a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política"

Respetado Doctor:

La Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, "SIC"), de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y el artículo 2.1.2.1.9 del Decreto 1609 de 2015, rinde concepto de abogacía de la competencia sobre el proyecto de decreto puesto a consideración por ustedes, para lo cual se describirá los aspectos relativos a la regulación propuesta y, posteriormente, el análisis del proyecto de decreto y la recomendación final.

Es importante precisar que el análisis de la regulación proyectada se realiza exclusivamente desde la óptica de la libre competencia, motivo por el cual otras consideraciones de tipo constitucional no son abarcadas en el presente concepto.

1. REGULACIÓN PROPUESTA

El proyecto de decreto dice tener por propósito reglamentar el párrafo segundo del artículo 355 de la Constitución Política, el cual dispone que: "[e]l Gobierno, en los

Al contestar favor indique el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 15-197188- -3-0 - 2015-11-11 15:46:12

Handwritten signature

en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

La regulación actual que reglamenta esta disposición constitucional está contenida en el Decreto 777 de 1992, sin embargo, de acuerdo con las razones remitidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (en adelante, CCE), el Decreto vigente *“no permite aplicar la normatividad del sistema de contratación pública a la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, generando incentivos para que las Entidades Estatales ejecuten sus recursos a través de este procedimiento de contratación sin atender las modalidades de selección regulares y con restricciones en la publicidad”*¹.

De esta manera, el CCE resalta los siguientes fines del proyecto de decreto²:

- *“[H]acer pública y en línea la contratación a través del artículo 355 de la Constitución Política”.*
- *“[A]umentar la transparencia de este tipo de contrataciones”.*
- *“[O]bligar a las Entidades Estatales a observar los principios de la contratación estatal para este tipo de contratación”.*
- *“[P]romover una mayor competencia en este tipo de contrataciones”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, el texto remitido incorpora artículos que pretende someter los contratos con entidades sin ánimo de lucro a los principios generales de contratación³, a las normas generales del sistema de contratación pública⁴, así como al

¹ La razón jurídica presentada por CCE para argumentar esta preocupación es la siguiente: *“el Decreto 777 de 1992 tiene como fundamento el Decreto Ley 222 de 1983, estatuto de contratación estatal vigente en el momento de expedición de esta norma y por lo tanto, no es concordante en muchos de sus aspectos con la Ley 80 de 1993”*. Folio 6 del Cuaderno Público Expediente No. 15-197188.

² Ibid.

³ El artículo 6 del proyecto regulatorio establece: *“La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios generales de la contratación. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad de la actividad contractual son de obligatorio cumplimiento”*. Ibid. Folio 3.

⁴ El artículo 7 del texto remitido dispone: *“La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública relativas a los anticipos, el pago anticipado, las garantías y la supervisión”*. Ibid.

Al contestar favor indique el número de radicación que se indica a continuación:

Radicación: 15-197188- -3-0 - 2015-11-11 15:46:12



régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades contenidas en la Constitución y la Ley⁵.

Por último, el proyecto de decreto incorpora unas reglas para la procedencia de la contratación con entidades sin ánimo de lucro, en este sentido, dispone el artículo 2 que las Entidades Estatales podrán contratar con entidades sin ánimo de lucro, en los términos del artículo 355 de la Constitución, siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones:

“(a) el objeto del contrato corresponda a una línea de acción del plan nacional o seccional de desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal; y (b) no exista oferta de los bienes, obras y servicios requeridos para la línea del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades sin ánimo de lucro o, a pesar de que existe, la contratación con entidades sin ánimo de lucro representa optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo”.

A pesar de que el regulador diligenció de manera negativa la totalidad de las respuestas contenidas en la Resolución 44649 de 2010, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.2.2.30.6 del Decreto 1074 de 2015⁶, CCE decidió consultarlo con la SIC, motivo por el cual procede a analizar si la regulación proyectada puede tener incidencia sobre la libre competencia.

2. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE DECRETO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Esta Superintendencia considera que el proyecto de decreto que se somete a consideración, además de significar un avance en materia de actualización legal de los preceptos jurídicos que gobiernan la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro por parte de las Entidades Estatales, persigue una finalidad pro-competitiva toda

⁵ El artículo 5 señala: “Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución, en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto”. Ibid.

⁶ “Cuando la respuesta al conjunto de las preguntas centrales contenidas en el cuestionario resulte negativa, podrá considerar que el proyecto de regulación no plantea una restricción indebida a la libre competencia. En consecuencia, no tendrá que informarlo a la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la autoridad decide informarlo para los fines del artículo 7º de la Ley 1340 de 2009, corresponderá a la Superintendencia de Industria y Comercio evaluar si se pronuncia o no”.

vez que busca evitar las prácticas tendientes a evitar la regla general en contratación, es decir la licitación pública, y anular la libre competencia entre proponentes⁷.

Sin embargo, al analizar a profundidad el proyecto de decreto objeto del presente pronunciamiento se observa que, en el artículo 2 se establecen una serie de requisitos de procedibilidad dentro de los que se encuentra aquel que dispone que la entidad contratante, en los estudios previos, habrá de indicar expresamente "la no existencia de oferta distinta a las de las entidades sin ánimo de lucro o la justificación de la contratación con estas entidades en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo de Riesgo."

A juicio de la SIC, la posibilidad que se confiere a las entidades estatales de justificar la contratación con las entidades sin ánimo de lucro en "términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo de Riesgo" abre una brecha para que desde la autonomía de las entidades públicas puedan falsear la libre competencia so pretexto de justificar la contratación con entidades sin ánimo de lucro en los términos descritos en el mismo decreto.

Ciertamente, parámetros subjetivos como lo son los relacionados con la "eficacia", "eficiencia", "economía" y "manejo de riesgo", pueden resultar manipulables para acomodarse a los intereses particulares y proceder a la contratación directa con entidades privadas sin ánimo de lucro, excluyendo así la posibilidad de una contratación en la que se garantice la libre competencia entre proponentes.

En últimas, con ello se perdería el cumplimiento efectivo de la finalidad propuesta por el proyecto decreto en mención ya que, al permitir la justificación en los términos subjetivos descritos, se corre el riesgo de que las entidades estatales continúen valiéndose de las entidades privadas sin ánimo de lucro como modalidad contractual que no promueve la rivalidad entre los interesados en contratar con el Estado.

En consecuencia, esta Superintendencia encuentra que el proyecto de decreto despierta preocupaciones en materia de la libre competencia debido a que en su artículo 2, introduce la potestad para las entidades estatales de justificar la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro bajo parámetros subjetivos como "eficacia", "eficiencia", "economía" y "manejo de riesgo" lo que podría conducir a que las mismas, bajo un ejercicio justificativo de dichos requisitos, opten por celebrar contratos únicamente con aquellas entidades sin ánimo de lucro y cierren posibilidad para los demás competidores de entrar en el juego de la libre competencia.

⁷ En este sentido, afirma la CCE en el documento donde se expresan las razones que justifican la expedición del acto administrativo, lo siguiente: "La información de investigaciones fiscales y disciplinarias relacionadas con este tipo de contratación y los datos estadísticos con los que cuenta el Gobierno Nacional llevan a revisar el régimen aplicable a la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro". Ibid. Folio 6.

Al contestar favor indique el número

de radicación que se indica a continuación:

Radicación: 15-197188- -3-0 - 2015-11-11 15:46:12

7/11/15

Por lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio se permite realizar la siguiente recomendación:

3. RECOMENDACIÓN

En los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 2.2.2.30.6 del Decreto 1074 de 2015, la SIC recomienda a CCE únicamente permitir la contratación con entidades sin ánimo de lucro, en el marco del artículo 355 de la Constitución Política, en los escenarios extraordinarios en los que no exista otra entidad con ánimo de lucro de reconocida idoneidad que oferte el bien o servicio.

Así, en opinión de la SIC, en los casos en que existan entidades sin ánimo de lucro, así como entidades con ánimo de lucro, de reconocida idoneidad y capaces de ofrecer el bien o servicio que necesita la Entidad Estatal, la contratación debería quedar sometida al régimen general de contratación de la administración pública.

Por último, la SIC agradece a CCE que al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita copia de la misma. Lo anterior, con el fin de permitir a este Despacho hacer un seguimiento de la normatividad vigente, además de favorecer los mecanismos de cooperación interinstitucional que permitan alcanzar objetivos de vigilancia y regulación comunes, garantizando la libre competencia, el bienestar de los agentes y la eficiencia económica.

Atentamente,



JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboró: Silvia Navia
Revisó: José Plata
Aprobó: Jorge Sánchez

Al contestar favor indique el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 15-197188- -3-0 - 2015-11-11 15:46:12

