

1.1. Oficina Asesora de Jurídica

Honorable Congresista  
**JUAN CARLOS LOSADA VARGAS**  
Presidente Comisión Primera Constitucional Permanente  
Cámara de Representantes  
**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**  
Carrera 7 No. 8-68  
Bogotá D.C



Radicado: 2-2020-012381

Bogotá D.C., 4 de abril de 2020 13:25

Radicado entrada  
No. Expediente 11135/2020/OFI

**Asunto:** Comentarios al texto de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 115 de 2019 Cámara, acumulado con el Proyecto de Ley No. 121 de 2019 Cámara acumulado con el Proyecto de Ley 100 de 2019 Cámara *“Por medio del cual se modifica la Ley 65 de 1993 Código Penitenciario y Carcelario y se dictan normas para fortalecer la resocialización de los reclusos en Colombia”*.

Respetado Presidente:

De manera atenta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presenta los comentarios y consideraciones al texto de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley del asunto, en los siguientes términos:

El proyecto de ley, de iniciativa parlamentaria, según lo dispuesto en el artículo 1º, tiene por objeto: i) *“autorizar al Gobierno nacional para crear las Penitenciarias Productivas como establecimientos de reclusión, fortalecer la resocialización, reducir la reincidencia criminal, el hacinamiento carcelario y el costo de sostenimiento por recluso en el establecimiento penitenciario”*, y, ii) *“modificar el Código penitenciario y Carcelario para reconceptualizar el trabajo penitenciario y modificar los requerimientos para el acceso a los beneficios administrativos”*.

Para la consecución de los fines de la iniciativa, el Proyecto de Ley plantea lo siguiente:

- (i) Se autoriza al Gobierno nacional para la realización de Alianzas Público- Privadas (en adelante APP) para la financiación de la infraestructura necesaria para la creación, organización y administración de los servicios relacionados con las Penitenciarias Productivas (artículo 7º).

- (ii) Se autoriza al Gobierno nacional para incentivar la participación de personas naturales o jurídicas del derecho privado en el modelo de las Penitenciarías Productivas mediante exenciones y beneficios tributarios en el impuesto a la renta y el IVA (artículo 8°).
- (iii) Se establece que las Penitenciarías Productivas deberán someterse a las condiciones y parámetros contemplados en la Resolución No. 4020 de 2019<sup>1</sup> en lo que respecta a la modalidad de trabajo, remuneración, jornada laboral, supervisión de las condiciones de trabajo por parte del Ministerio del Trabajo, así como los procedimientos de afiliación al Sistema de Riesgos Laborales, Seguridad y Salud (artículo 13).
- (iv) Otorgar estímulos a las empresas privadas para incentivar la contratación de la población carcelaria por concepto de salarios el 20% adicional del salario (artículo 18).

### 1. Observaciones generales sobre el Proyecto de Ley.

Tras una revisión del articulado del Proyecto de Ley se encuentra que la utilización del término “*Alianza Público Privada*”, no se encuentra regulado en ninguna Ley y, cuando éste ha sido utilizado se refiere a las alianzas que se hacen con entes privados en temas de responsabilidad social y desarrollo. Adicionalmente, el contenido de la norma propuesta pareciera hacer referencia a una “*Asociación Público Privada*”, caso en el cual, es necesario advertir que este tipo de asociación se encuentra regulada en la Ley 1508 de 2012<sup>2</sup>.

En consecuencia, debe verificarse el alcance de la figura planteada en el Proyecto de Ley en la que se involucraría la participación de inversionistas privados en el que debe tenerse en cuenta aspectos como: (a) el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados; o (b) su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades que involucran su operación y mantenimiento corresponde a una *alianza público privada* o a una *asociación público privada*. Lo anterior, en la medida que el vehículo jurídico escogido determina la forma en la que se enmarcaría la vinculación del capital privado.

Bajo el supuesto que se traten de asociaciones público privadas, todo el articulado del Proyecto de Ley debe precisar que se está haciendo referencia a este tipo de asociaciones, toda vez que su esencia no se remite únicamente a vincular apoyo privado en temas de responsabilidad social o administración de actividades, sino que tiene otras connotaciones previstas en la Ley, por lo que se insta a que se ajuste el lenguaje empleado en el articulado y se tenga en cuenta lo dispuesto por la Ley 1508 de 2012.

Ahora bien, en lo que se refiere al objeto del Proyecto de Ley que corresponde a la creación de nueva infraestructura carcelaria y penitenciaria orientada al desarrollo de actividades económicas, comerciales o agropecuarias, para la satisfacción de necesidades de bienes o servicios propios y del mercado con la

<sup>1</sup> por medio de la cual se establecen las especiales condiciones del trabajo penitenciario en la modalidad indirecta, su remuneración, los parámetros de afiliación al Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones.

<sup>2</sup> Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

posibilidad de participación de la empresa privada o particulares mediante alianzas público-privadas<sup>3</sup>, debe advertirse que la construcción, adecuación, puesta en operación y funcionamiento de los mismos conlleva la necesidad de recursos humanos, técnicos y financieros adicionales.

De lo contrario, se vería afectado el normal funcionamiento de los Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional (en adelante ERON), puesto que los recursos necesarios se restarían de las apropiaciones actuales y habría lugar a traslado de funcionarios para suplir los requisitos de funcionamiento de los establecimientos. Máxime, si se tiene en cuenta que el artículo 7° del Proyecto de Ley establece que dichos establecimientos contarán con grupos de profesionales interdisciplinarios, para capacitar o ayudar a los internos y velarán por su continuidad en el programa.

Sobre los costos enunciados, este Ministerio consultó al Grupo de Programación Presupuestal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC), que estimó que la construcción de un ERON de última generación, con capacidad de 1.000 cupos, costaría **\$124.768 millones**<sup>4</sup>. Mientras que su operación y funcionamiento anual ascendería a **\$23.563 millones**<sup>5</sup>. Cabe precisar que los costos señalados no consideran la especificidad de la infraestructura, capital humano e insumos necesarios para el desarrollo de las actividades de resocialización planteadas.

## 2. Observaciones frente al artículo 7° del Proyecto de Ley.

El artículo 7° de la iniciativa faculta al Gobierno nacional para realizar APP con el propósito de financiar la infraestructura necesaria para la creación, organización y administración de los servicios relacionados con las Penitenciarias Productivas, excluyendo las funciones que están vinculadas a la seguridad, custodia y vigilancia en el Sistema Penitenciario y Carcelario. De igual manera, lo propuesto establece que la asunción de los gastos de sostenimiento de los internos dentro de las Penitenciarias Productivas de que trata el Proyecto de Ley estaría a cargo del Estado colombiano, específicamente el INPEC, USPEC o quien haga sus veces, el Ministerio de Justicia y del Derecho y los sujetos de derecho privado, de acuerdo con la proporción que determine el Gobierno nacional.

En primer lugar, es importante señalar que algunas propuestas de APP brindan solución a un número muy reducido de la Población Privada de la Libertad – PPL y han resultado demasiado costosas. Para su ejecución requieren comprometer la totalidad de los presupuestos previstos por mínimo 20 años, toda vez que no son recursos adicionales a los que se establezcan en el Marco de Gastos de Mediano Plazo – MGPM. Por lo tanto, dichas APP no han resultado una solución práctica para el sistema carcelario.

<sup>3</sup>El artículo 4 del Proyecto de Ley definen los conceptos de Penitenciaría Productiva. En particular, señala, que para este tipo de establecimiento podrá ser destinados los bienes inmuebles urbanos o rurales que les hayan extinguido su derecho dominio o terrenos baldíos o los bienes inmuebles adquiridos o construidos mediante las alianzas público-privadas.

<sup>4</sup> Valores 2020 ajustados por IPC.

<sup>5</sup> Valores 2020 ajustados por IPC.

En ese sentido debe tenerse en cuenta las estimaciones que se llevaron a cabo y se encuentran contenidas en esta carta respecto de los costos de construcción y funcionamiento de un ERON de última generación, lo cual implica la constitución de obligaciones adicionales tales como la asunción de nuevos gastos en materia de custodia, vigilancia y seguridad, dependiendo de la cantidad de establecimientos que se creen, que deberán ser asumidos por parte del INPEC, USPEC o por el Ministerio de Justicia y del Derecho, los cuales constituirán obligaciones adicionales al Marco de Gasto del Sector.

Por su parte, debe tenerse en cuenta que al seleccionarse las APP como el instrumento de vinculación de capital privado para la creación de las Penitenciarías Productivas, la facultad otorgada en la norma debe ir en términos de autorizar el uso de estas asociaciones para realizar el diseño, la construcción de la infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, junto con su operación y mantenimiento, en cumplimiento de lo establecido en la Ley 1508 de 2012. De igual manera, el artículo 3° de la citada Ley 1508 define que la infraestructura que se construya y los servicios asociados deben involucrar la operación y mantenimiento de la misma. Por lo tanto, si se hace referencia a las Asociaciones Público Privadas, no hay necesidad que en este Proyecto de Ley se determine la asunción de gastos, toda vez que el régimen aplicable ya los define. En consecuencia, la inclusión de este artículo dentro de esta iniciativa es innecesario.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la iniciativa, el Sistema Penitenciario y Carcelario enfrentará nuevos gastos en materia de custodia, vigilancia y seguridad dependiendo de la cantidad de establecimientos que sean creados.

### **3. Observaciones al artículo 8° del Proyecto de Ley.**

Frente al artículo 8° del Proyecto de Ley que busca incentivar la participación de personas naturales o jurídicas del derecho privado a participar en las actividades comerciales de las fábricas mediante el otorgamiento de exenciones y beneficios tributarios, es necesario indicar que el artículo no es claro en señalar la forma de participación que tendrían los sujetos de derecho privado en las actividades comerciales enmarcadas bajo el contrato de concesión, dado que en una APP las actividades comerciales remuneran al concesionario.

En lo que se refiere al otorgamiento de exenciones y beneficios tributarios, el Proyecto de Ley debe precisar la cuantía que implicaría la aprobación de este tipo de medidas de carácter fiscal con el propósito de llevar cabo el cálculo del costo que tendría que asumir el Gobierno nacional en aras de visualizar el beneficio económico.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, si bien la potestad en materia tributaria por mandato constitucional se encuentra en cabeza del Congreso de la República, la potestad para establecer beneficios es privativa del Gobierno nacional en virtud de lo establecido en el artículo 154 de la Constitución Política.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado:

*“Si bien las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución, cuando se trata de las materias previstas en el inciso segundo de dicho artículo, esto es, las relativas a los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales, tales normas sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno. Así, la Corte ha señalado de manera consistente que la iniciativa legislativa en materia de exenciones tributarias corresponde de manera exclusiva al gobierno nacional, entendiéndose por iniciativa no sólo la presentación misma del proyecto de ley respectivo, sino también al avalar o impulsar proyectos inicialmente presentados por el Congreso en instancias posteriores del debate parlamentario. En esa medida, cuando la iniciativa legislativa radique en el Gobierno Nacional y éste no la ejerza ni la convalide -en los casos en que haya tenido lugar a instancia de otros actores políticos-, los proyectos de ley que tramite el Congreso de la República resultan contrarios a la Constitución Política, pues contravienen la exigencia contenida en su artículo 154 inciso 2° que le restringe al Parlamento la competencia para comenzar a su arbitrio, el proceso formativo de leyes que desarrollen las materias previstas en el dispositivo citado, entre otras, “las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”<sup>6</sup>. (subrayado por fuera del texto)*

Por lo anterior, dado que el artículo 8° del proyecto aún no cuenta con el aval del Gobierno representado en este Ministerio, en caso de insistirse en el trámite de las propuestas de orden tributario, podría correr el riesgo de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

De otra parte, debe resaltarse que en el régimen tributario vigente ya se encuentran consagrados beneficios cuya aplicación contribuye al cumplimiento de algunos de los objetivos que persigue la iniciativa, como lo son fortalecer la resocialización y la reducción del costo de sostenimiento por recluso en los establecimientos penitenciarios, en los que se cita como ejemplo los siguientes:

- Exclusión de los servicios de alimentación contratados con recursos públicos destinados al sistema penitenciario (Estatuto Tributario<sup>7</sup>, artículo 476, numeral 14).
- Exención del gravamen a los movimientos financieros de los retiros efectuados de las cuentas corrientes abiertas en entidades bancarias vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, que correspondan a recursos de la población reclusa del orden nacional y autorizadas por el INPEC, quien será el titular de la cuenta, siempre que no exceda mensualmente de 350 UVT por recluso (Estatuto Tributario, artículo 879, numeral 20).
- Deducción de renta del valor de las nuevas inversiones realizadas en el año o periodo gravable en centros de reclusión, siempre que se destinen efectivamente a programas de trabajo y educación de los internos, certificados por el INPEC y se vincule laboralmente a la empresa personas naturales pospenadas que hayan observado buena conducta certificada por el Consejo de Disciplina del respectivo centro de reclusión (Ley 633 de 2000 artículo 98).

#### 4. Observaciones al artículo 13 del Proyecto de Ley

Por su parte, el artículo 13 de la iniciativa legislativa señala que las Penitenciarías productivas se someterán a las condiciones y parámetros contemplados en la Resolución 4020 de 2019 en lo relacionado con la

<sup>6</sup> Sentencia C-932 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa

<sup>7</sup> Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales

remuneración percibida por las personas privadas de la libertad con motivo de su participación en los convenios de resocialización y trabajo penitenciario y en aspectos como la modalidad de trabajo, jornada laboral, supervisión de las condiciones de trabajo por parte del Ministerio de trabajo y los procedimientos de afiliación al Sistema de Riesgos Laborales, Seguridad y Salud de este grupo poblacional.

Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que la Resolución 4020 de 2019 expedida por el Ministerio del Trabajo tiene por objeto determinar los “*parámetros, reglas y condiciones de la afiliación, cotización y seguridad y salud en el trabajo de las personas privadas de la libertad*”. Dentro de la citada Resolución, se establece en su artículo 6, el procedimiento en que deberá llevar la afiliación del trabajador privado de la libertad al Sistema de Riesgos Laborales, lo cual implica que se generaría una obligación de reconocer una remuneración a favor de esta clase de trabajador y consecuentemente al pago de prestaciones sociales, situación que abarca una serie de efectos de índole jurídica y presupuestal.

Así mismo, en lo que respecta a los aportes de seguridad social al tratarse de tributos junto con los elementos de la obligación contributiva (monto, responsabilidad, sujeto activo y pasivo) es necesario señalar que se trata de un asunto que tiene reserva de ley, por lo que no puede diferirse a una reglamentación por parte del Gobierno Nacional de acuerdo con lo consagrado en el artículo 338 de la Constitución Política<sup>8</sup>.

Desde la perspectiva presupuestal, es menester señalar que, el Grupo de Programación Presupuestal del INPEC estima que anualmente se requiere apropiar, como mínimo, **\$6.581 millones** por concepto de bonificación por trabajo y servicio de aproximadamente 46.000 internos que constituyen la población laboralmente activa. Así las cosas, advierte que en 2019 se apropiaron **\$4.754 millones** por concepto de bonificación por trabajo y servicio de internos, suma que es deficitaria frente a la demanda ocupacional de la población reclusa.

En lo referente al Sistema de Riesgos Laborales (en adelante SGRL), debe informarse que el Grupo de Programación Presupuestal del INPEC calcula que para dar cobertura en riesgos laborales a toda la población laboralmente activa 46.000 reclusos aproximadamente se requiere apropiar recursos adicionales por **\$2.260 millones** aproximadamente. Lo anterior, ya que actualmente en el Sistema de Riesgos Laborales solo están amparados los internos practicantes vinculados en programas de formación técnicos y tecnológicos.

Así las cosas, el articulado propuesto debería determinar el monto de los ingresos a partir del cual se genera la obligación de pago de la remuneración, las tarifas aplicables y los responsables en la realización de los aportes, tanto en términos de la declaración como de la financiación. También debe especificarse si se busca que esta población se afilie al SGSSS y al SGRL o al sistema de la PPL complementado con un aseguramiento distinto del riesgo en la actividad laboral. En ese último caso, sería deseable que se derogue

<sup>8</sup> ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

la norma actual correspondiente al artículo 57<sup>9</sup> de la Ley 1709 de 2014 que dispone la afiliación al SGRL dada la incompatibilidad con el sistema de salud de la PPL y las dificultades que se ha generado en su aplicación.

## 5. Observaciones frente al artículo 18 del Proyecto de Ley

El artículo 18 del proyecto de ley busca modificar el artículo 93 de la Ley 65 de 1993 modificado por el artículo 59 de la Ley 1709 de 2014, el cual hace referencia a la otorgación de estímulos tributarios a las empresas privadas para incentivar la contratación de la población carcelaria en la deducción en renta por concepto de salarios correspondiente al 20% adicional del salario. Al respecto, tras una revisión de las fuentes de información previstas para la revisión de normas vigentes, se encuentra que la citada disposición ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-602 de 2015<sup>10</sup>. En aquella sentencia, la alta corporación manifestó:

*"La Sala considera que la norma demandada incumple con los principios de legalidad y certeza tributaria y, como consecuencia, procederá a declarar su inexecutable. La Sala considera que la norma demandada incumple con los principios de legalidad y certeza tributaria y, como consecuencia, procederá a declarar su inexecutable. En primer lugar, es necesario reconocer que el carácter genérico del precepto impide que haya una determinación elemental de los componentes del beneficio tributario. De hecho, una parte del artículo textualmente entrega al Ejecutivo la posibilidad de 'crear' exenciones sobre cualquier carga impositiva, sin más restricción que las actividades desarrolladas en las cárceles o a favor de los "pospenados", lo que vulnera claramente las competencias indelegables en cabeza del Congreso de la República. La aplicación de una norma de esta envergadura podría terminar por afectar gravemente el sistema jurídico creado por el legislador, ya que, en cumplimiento de cualquiera de esas finalidades, el Ejecutivo podría desmontar buena parte de la política fiscal establecida bajo los parámetros de los artículos 150 y 338 constitucionales. Además, aunque su finalidad sea loable, lo cierto es que el artículo 59 (parcial) de la Ley 1709 de 2014 no concreta los elementos mínimos del beneficio tributario que podrán ser 'reglamentados' por el Gobierno. Si bien la norma define tres hechos que serían generadores de la exención, así como el sujeto pasivo y el sujeto activo, no establece qué tipo de tributos podrían ser objeto del beneficio y tampoco especifica unas bases para determinar las tarifas que regirán la reducción de la obligación. Esas carencias hacen inviable el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno y conllevan a que la Corte declare la inexecutable del precepto."*

En razón de lo expuesto, este Ministerio solicita i) se tengan en cuenta las consideraciones efectuadas sobre la vinculación de las Alianzas Público Privadas para la materialización de lo propuesto, y, ii) se abstiene de emitir concepto favorable frente a los artículos 7°, 8°, 13 y 18 del Proyecto de Ley dado que lo propuesto en estas disposiciones generaría costos fiscales que no se encuentran previstos en el Marco Fiscal de Mediano Plazo ni en el Marco de Gasto del Sector. Además, de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 819 de 2003<sup>11</sup>, la iniciativa legislativa debe hacer explícita su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, y debe incluir expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas, los costos

<sup>9</sup> El artículo 57 establece: Modifícase el artículo 84 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así: **Artículo 84. Programas laborales y contratos de trabajo.** Entiéndase por programas de trabajo todas aquellas actividades dirigidas a redimir pena que sean realizadas por las personas privadas de la libertad. La Subdirección de Desarrollo de Habilidades Productivas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) coordinará la celebración de los contratos de trabajo de las personas privadas de la libertad con los establecimientos penitenciarios o con los particulares a efectos del desarrollo de las actividades y programas laborales. El trabajo de las personas privadas de la libertad se llevará a cabo observando las normas de seguridad industrial.

**PARÁGRAFO.** Las personas privadas de la libertad que desarrollen actividades derivadas del trabajo penitenciario, serán afiliadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) al Sistema General de Riesgos Laborales y de Protección a la Vejez en la forma y con la financiación que el Gobierno Nacional determine en su reglamentación.

10

<sup>11</sup> Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el respectivo financiamiento. Sin embargo, no se observa el cumplimiento de estos requisitos.

Cordialmente,

**JUAN PABLO ZÁRATE PERDOMO**

Viceministro Técnico

OAJ/DGCPTN/DGPM/DIAN/DGPPN/DGRESS

Proyectó: Silvia Marcela Romero Mora

Revisó: Andrea del Pilar Suárez Pinto

UJ-498/2020

Con copia a:

H.R. Margarita María Restrepo Arango- Autora y Coordinadora ponente

H.R. Julio César Triana Quintero- Autor y ponente

H.R. José Eliécer Salazar López- Autor

H.R. David Ernesto Pulido Novoa- Autor

H.R. Harry Giovanni González García- Autor

H.R. Edward Rodríguez Rodríguez- Ponente

H.R. Juanita María Goebertus Estrada- Ponente

H.R. Juan Fernando Reyes Kuri- Ponente

H.R. Juan Carlos Rivera Peña- Ponente

H.R. Luis Alberto Albán Urbano- Ponente

Dra. Amparo Yaneth Calderón – secretaria de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes.

Firmado digitalmente por: JUAN PABLO ZARATE PERDOMO

Viceministro Técnico

**Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co