



**CÁMARA COLOMBIANA
DE LA INFRAESTRUCTURA**

Bogotá D.C., 31 de mayo de 2022

Doctora
JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA
Presidenta
CÁMARA DE REPRESENTANTES
Ciudad



CÁMARA COLOMBIANA
DE LA INFRAESTRUCTURA

May 31 2022 12:25PM



1-3-3152022-21097

Remitente: Juan Martín Caicedo Ferrer
Destinatario: PRESIDENTE CÁMARA DE REPRESENTANTES
Folio: 2 Anexos: 5
Para: Acción/Cuando:

Doctor
JHON ARLEY MURILLO BENÍTEZ
Representante a la Cámara y ponente
Ciudad

Doctor
JAIRO REINALDO CALA SUÁREZ
Representante a la Cámara y ponente
Ciudad



Al Contestar cite Radicado: **20221000100001359**

Folios: 28 Fecha: 2022-05-01 09:37

Anexos: 0

Remitente: CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA

Destinatario: DESPACHO PRESIDENCIA. Otros..

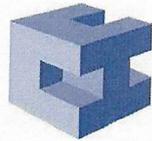
ID 2990

Ref.: Consideraciones proyecto de ley 250 de 2021 Cámara por medio de la cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial. -

Estimados Representantes,

De la manera más atenta, y en el marco del proyecto de ley de la referencia, respetuosamente reiteramos lo señalado en la misiva con radicado 1-3-29112021-20873 del 29 de noviembre de 2021, en la que el gremio de la infraestructura compartió la comunicación de fecha 11 de junio de 2021, sustentando la inconveniencia de la implementación del Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, teniendo en cuenta los efectos nocivos para la contratación pública que se generan con su creación, en razón a: i) el impacto en la sostenibilidad económica de las pequeñas y medianas empresas, no solo del sector infraestructura sino demás sectores como proveedores y consultores; y ii) la grave distorsión al sistema de compras públicas por el otorgamiento de puntajes adicionales en los procesos de selección de contratistas en los que participe una empresa o estructura plural que posea dicho certificado, afectando el principio de selección objetiva.

Si bien la misiva en comento refiere al proyecto de ley No. 613 de 2021 Cámara (archivado el pasado 20 de junio de 2021), los argumentos expuestos continúan vigentes, en razón a que dicha iniciativa legislativa comparte los elementos de fondo del proyecto 250 de 2021 Cámara,



**CÁMARA COLOMBIANA
DE LA INFRAESTRUCTURA**

que actualmente cursa trámite de segundo debate en la plenaria de la Cámara de Representantes.

De igual forma, insistimos en la solicitud expresada en la comunicación de fecha 11 de junio de 2021, en la que se recomienda que, previo a continuar con la discusión del proyecto ley No. 250 de 2021 Cámara, se convoque la intervención del Ministerio de Transporte y de Colombia Compra Eficiente, para que dichas entidades emitan un pronunciamiento de fondo respecto del referido proyecto de ley, de tal manera que se promueva la inclusión efectiva e igualitaria de la población negra, afrocolombiana, raizal o palenquera en el aparato productivo del país, sin generar desequilibrios y distorsiones en un sector fundamental para la economía nacional, como lo es el mercado de las compras públicas.

Con todo comedimiento,

JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo

VJ/DMDR

Anexo: Comunicación 1-3-29112021-20873 de fecha 29 de noviembre de 2021 y sus anexos.
C.C. Dra. Ángela María Orozco – Ministra de Transporte.
Dra. Olga Lucía Ramírez – Viceministra de Infraestructura.
Dr. Jorge Tirado Navarro – Director General Encargado Colombia Compra Eficiente.

Bogotá D.C., 11 de junio de 2021.

Doctor
JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SÁNCHEZ
Presidente Comisión Séptima y ponente
CÁMARA DE REPRESENTANTES
Ciudad



Doctor
JHON ARLEY MURILLO BENÍTEZ
Representante a la Cámara y ponente
Ciudad

Doctor
JORGE ALBERTO GÓMEZ GALLEGO
Representante a la Cámara y ponente
Ciudad

*Ref.: Consideraciones proyecto de ley 613 de 2021 Cámara
que crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial -.*

Estimados Representantes,

De la manera más atenta, queremos manifestar algunas consideraciones del gremio de la infraestructura en relación con el proyecto de ley No. 613 de 2021 Cámara "Por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial y se dictan otras disposiciones", cuyo trámite en primer debate actualmente cursa.

Previo a exponer estas consideraciones, consideramos pertinente contextualizar los antecedentes del proyecto de ley referenciado, toda vez que sus elementos de fondo se desprenden del proyecto de ley 224 de 2019C/329 de 2020S, el cual fue radicado en la legislatura 2019-2020 y discutido hasta el pasado 11 de mayo de 2021, fecha en la cual fue archivado por la Comisión Séptima del Senado de la República. Esta contextualización resulta fundamental para adelantar el análisis del proyecto de ley 613 de 2021 Cámara, toda vez que al mantenerse los efectos adversos que se derivan del certificado de responsabilidad, continúan vigentes los argumentos expresados por el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Contratación, Colombia Compa Eficiente, en los pronunciamientos oficiales que cada una de estas entidades emitió respecto a la inconveniencia y eventual inconstitucionalidad del proyecto de ley 224 de 2019C/329 de 2020S.

Por lo anterior, en los siguientes apartados referiremos los principales argumentos que evidencian los efectos nocivos para la contratación pública que se generan con la creación del certificado étnico empresarial, en razón a: i) el impacto en la sostenibilidad económica de las pequeñas y medianas empresas, no solo del sector infraestructura, sino de todo el aparato productivo del país; ii) la correlativa afectación que se deriva de la exigencia de vinculación laboral de un porcentaje de grupos étnicos; y iii) la grave distorsión al sistema de compras públicas por el otorgamiento de puntajes adicionales en los procesos de selección de contratistas en los que participe una empresa o estructura plural que posea dicho certificado.

Para soporte de estos argumentos, se incorporarán apartes de lo que, en su momento, fue conceptualizado tanto por el Ministerio de Transporte como por Colombia Compra Eficiente, sobre los aspectos de fondo que se replican en el proyecto de ley que nos ocupa.

I. Impacto en la sostenibilidad de las pequeñas y medianas empresas

El proyecto de ley 613 de 2021C prevé que las empresas, uniones temporales y/o consorcios obtengan un puntaje adicional en los procesos de selección de contratistas que adelante el Estado, cuando tengan vigente el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, el cual se expediría siempre y cuando las empresas vinculen dentro de su personal población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, en los niveles de dirección, supervisión y operación, en un porcentaje igual o superior al 10% de su planta laboral.

Al respecto, vale la pena mencionar que, si bien la iniciativa legislativa en comento pareciera atender a un fin loable, para promover la inclusión laboral de minorías étnicas en Colombia, lo cierto es que su implementación generaría efectos desfavorables para las pequeñas y medianas empresas, puesto que:

a. Implicaría costos adicionales asociados a la contratación del personal necesario para obtener el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, y acceder así a la puntuación adicional. Es importante resaltar que, en virtud de los costos fijos de nómina de las pequeñas y medianas empresas, seguramente las compañías tendrán que terminar contratos de trabajo vigentes con directivos, supervisores y personal operativo, para poder vincular a las personas identificadas en el proyecto de ley, de tal manera que puedan obtener el puntaje requerido y acceder, efectivamente, a la contratación estatal.

b. La terminación de los contratos de trabajo del personal técnico y especializado con experiencia en las empresas, impactaría negativamente la experticia, capacidad y conocimiento que estas requieren para ejecutar los contratos a su cargo con clientes públicos y privados.

Esta posición concuerda con lo manifestado por el Ministerio de Transporte, en concepto suscrito por la señora Ministra, (que se anexa a la presente comunicación), en el cual se considera que la implementación del certificado de responsabilidad étnica empresarial:

“generaría una afectación a una gran cantidad de pequeñas y medianas empresas que no estarían en capacidad de cumplir con los requisitos señalados para acceder al puntaje adicional, generando una ruptura en el principio de igualdad, que no estaría justificado en condicionamientos técnicos o requisitos de idoneidad que busque satisfacer la respectiva entidad para elegir a su contratista. Es menester tener en cuenta que, por el tamaño de la planta de personal de las micro, pequeñas y medianas empresas resultaría sumamente oneroso, gravoso e incluso prohibitivo adicionar en sus nóminas personal que no necesariamente cumpla con la idoneidad técnica necesario.

*Acorde con todo lo expuesto, en concepto de este Ministerio **la incorporación de la iniciativa en el ordenamiento jurídico colombiano resultaría desproporcionado para un sector esencial en el mercado de las compras públicas como son las micro, pequeñas y medianas empresas.**” (Resaltado fuera del texto).*

Vale la pena resaltar que el gremio que representa a las micro y pequeñas empresas (ACOPI) también le manifestó al Congreso de la República los graves impactos negativos de esta medida legislativa, como se transcribe a continuación:

“Imponer como obligación de las empresas obtener un Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial para lograr un mayor puntaje en los procesos de contratación estatal, significa un incremento en los costos de contratación para las MiPymes, lo cual impactara el empleo generado por el segmento en toda su estructura tanto directiva, de supervisión y operativa, ya que deberán incurrir en costos adicionales asociados a la contratación del personal necesario para acceder al Certificado que se crea por conducto del proyecto de Ley, pero que no necesariamente es requerido para el cumplimiento del objeto social de esta, por lo que deberán modificar su planta de personal, generándose la inminente necesidad de terminar otros contratos de trabajo a personas vinculadas a las empresas y contratar a la población que trata la iniciativa para poder obtener el puntaje, lo anterior sin contar que uno de los retos más grandes que enfrentan las MiPymes es el de atraer el mejor talento, evitar la rotación de su personal y poder cumplir con las cargas impositivas.

(...)

De acuerdo con un estudio publicado por la firma de consultoría Deloitte: “los costos asociados con el proceso de reemplazar a un trabajador de un cargo medio le pueden significar a la empresa hasta el 150 por ciento del salario anual, en el caso de cargos que no requieren estudios profesionales, el costo para la empresa es de alrededor del 40 por ciento del salario anual. Estas cifras se obtienen al sumar los costos de realizar procesos de entrevistas, contratación, capacitación, reducción de productividad y costos de oportunidad, entre otros”. Al analizar esta propuesta, observamos que no se tiene en cuenta la diferenciación por tamaño y estructura de las empresas, que este requisito se debe cumplir de manera indistinta por todas, lo que para nuestro segmento empresarial significa tener que adecuar procesos de selección de personal para emplear a los grupos poblaciones en los porcentajes definidos en el proyecto, en la práctica resultan difícil de cumplir, por los altos costos que se generan. Como gremio podemos señalar que una de las principales dificultades que afronta el segmento de la micro,

pequeña y mediana empresa para el cumplimiento de la normatividad, esta relacionadas con los costos necesarios para ello y que en últimas le resta oportunidades de crecimiento.”

Anexamos a esta comunicación el documento suscrito por ACOPI.

II. Grave distorsión del sistema de compras públicas

Otra de las razones de inconveniencia del proyecto de ley 613 de 2021 - Cámara es la condición de otorgar un puntaje adicional en los procesos de selección a las empresas que cuenten con el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial. Esta medida, lejos de fomentar la transparencia y la eficiencia en la contratación pública, afecta el principio de selección objetiva y distorsiona la competencia en los procesos de selección del Estado, al no garantizar que la propuesta que obtenga la puntuación adicional por aportar el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, sea la mejor oferta y la más favorable para cumplir con el objeto del contrato.

Por el contrario, cabe precisar que el otorgamiento de un puntaje adicional por el simple hecho de contar con un certificado vigente, constituye un requisito subjetivo que se aparta de los criterios de experiencia, idoneidad y solidez financiera de los oferentes, y en consecuencia, distorsiona el mercado de compras públicas, en razón a que el oferente se enfocaría en la obtención del certificado, con el único fin de recibir el mayor puntaje en la etapa de evaluación de las propuestas.

En concordancia con este argumento, el Ministerio de Transporte enfatizó que:

*“La adopción de la medida propuesta en el Proyecto podría **generar una distorsión en el mercado de las compras públicas al incorporar un elemento ajeno a los principios de la selección objetiva contenidos en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007, promoviendo la selección de proponentes que no necesariamente cumplan con las finalidades que persigue la contratación pública.**”* (Resaltado fuera del texto).

Por su parte, el concepto de Colombia Compra Eficiente de fecha 10 de septiembre de 2020 consideró que este tipo de medidas:

*“**afecta el principio de igualdad y libre concurrencia de manera desproporcionada, e inconveniente, dado que se desvía la decisión de adjudicar los contratos hacia factores secundarios al objeto relacionado con la obra, el bien o servicio a contratar, porque no solamente no garantiza que la selección se realice bajo las calidades requeridas, sino que afecta otro tipo de incentivos implementados en el sistema de compra pública.**”* (Resaltado fuera del texto).

En línea con las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2009, estableció lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre

concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación.” (Resaltado fuera de texto)

Como se observa, vemos con preocupación que la medida propuesta desconoce principios de carácter superior, generando un desequilibrio en el acceso a la contratación pública para aquellas personas naturales y empresas que no tienen la posibilidad de vincular un número de personas pertenecientes a los grupos étnicos referidos en el proyecto de ley, aun cuando desde el punto de vista técnico y económico sus propuestas puedan ser más favorables a los intereses que el Estado busca satisfacer.

Adicionalmente, es preciso advertir que la aplicación de este tipo de incentivos podría dar lugar a malas prácticas en procesos de contratación de algunas entidades públicas, toda vez que tienen la potencialidad de concentrar la contratación en pocos oferentes y direccionar los procesos de selección de contratistas para favorecer a proponentes que no resultan ser los más idóneos para el cumplimiento de los fines del Estado que persigue la contratación pública.

Por último, debe tenerse en cuenta que otorgar puntaje adicional en procesos de contratación pública a las empresas que acrediten la obtención del Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, configura un supuesto muy similar al establecido en el numeral 5) del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento (Ley 2069 de 2020), estipulado como un factor de desempate en los procesos de contratación pública.

Lo anterior significaría que, por un mismo hecho, una empresa que participe en un proceso de selección puede obtener una doble ventaja ante los demás proponentes: obtener un puntaje adicional y ser preferida en caso de alcanzar un empate con otro proponente. Esto generará, como hemos advertido, que los contratos sean adjudicados, mayoritariamente, en razón a consideraciones distintas a la experiencia e idoneidad del contratista, distorsionando el sistema de compras públicas.

Asimismo, el otorgamiento de puntajes en procesos de contratación pública a quienes cuenten con el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, en palabras de Colombia Compra Eficiente, **“desvía la decisión por adjudicar los contratos hacia factores distintos al objeto misional, que no solamente no garantizan la adquisición de bienes y servicios bajo las calidades requeridas, sino que distorsiona el sistema de compra pública, en desmedro de las calidades bajo las cuales deben adquirirse las obras, los bienes y los servicios del Estado”** y **“trae como consecuencia que el Estado no pueda adquirir sus bienes y servicios en un mercado competitivo que le permita seleccionar la mejor oferta.”** (Resaltado fuera del texto).

En consecuencia, resulta claro que el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y en particular del principio de libre concurrencia, en materia de obras públicas la Entidad contratante no puede desconocer el principio de selección objetiva ni desatender las condiciones de idoneidad que calificarían al oferente con la mejor oferta para el cumplimiento del fin que se busca cumplir con dicha contratación.

Igualmente, Colombia Compra Eficiente ha precisado que, si bien la contratación pública puede ser empleada para materializar políticas sociales en el país, las medidas tendientes a crear incentivos en la contratación *“deben considerarse como un instrumento complementario, en tanto que de manera principal se deben garantizar los objetivos primarios de la contratación estatal, que son los de garantizar la alta calidad del servicio y la salvaguarda del interés público. Es por esto que la inclusión de estos criterios sociales no pueden ser aplicados en todas las fases del proceso de contratación y con la misma intensidad, en tanto que dependerá en muchos casos del objeto del contrato y la incidencia del criterio social en la calidad de su prestación o cumplimiento.”* (Resaltado fuera del texto).

Así pues, si bien somos partidarios de la adopción de medidas que propendan por la solución de problemáticas sociales complejas, como la exclusión o discriminación laboral por razones asociadas a la etnia, consideramos que las medidas propuestas por la iniciativa en comento no ofrecen una verdadera respuesta a dicha problemática, sino que, como vimos, generan graves distorsiones en la contratación estatal. Por tal razón, consideramos necesario acompañar este proyecto con un estudio de fondo que permita proponer acciones alternas a las que contempla, y que, fundamentalmente, estas sean aplicadas en escenarios diferentes a los procesos de selección de contratistas. De esta manera, se promoverá la inclusión efectiva e igualitaria de la población negra, afrocolombiana, raizal o palenquera en el aparato productivo del país, sin generar desequilibrios y distorsiones en un sector fundamental para la economía nacional, como lo es el mercado de las compras públicas.

De igual manera, en aras de garantizar un adecuado análisis de las razones de conveniencia o inconveniencia que exige el trámite propio de una iniciativa legislativa en virtud de la Ley 5ª de 1992, comedidamente solicitamos a los Honorables Representantes que requieran la intervención del Ministerio de Transporte y de Colombia Compra Eficiente, para que dichas entidades emitan un pronunciamiento de fondo respecto del proyecto de ley a debatir.

Con todo comedimiento,



JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo

VJ/OC

Anexos:

1. Concepto de Colombia Compra Eficiente, de fecha 10 de septiembre de 2020.
2. Concepto del Ministerio de Transporte, de fecha 6 de abril de 2021.
3. Concepto de Colombia Compra Eficiente, de fecha 20 de mayo de 2021.
4. Comunicación de ACOPI, de fecha 7 de mayo de 2021.

Bogotá D.C., 29 de noviembre de 2021.

Doctora
JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA
Presidenta
CÁMARA DE REPRESENTANTES
Ciudad



Doctor
JHON ARLEY MURILLO BENÍTEZ
Representante a la Cámara y ponente
Ciudad

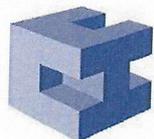
Doctor
JAIRO REINALDO CALA SUÁREZ
Representante a la Cámara y ponente
Ciudad

*Ref.: Consideraciones proyecto de ley 250 de 2021 Cámara
que crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial-.*

Estimados Representantes,

De la manera más atenta, compartimos la comunicación de fecha 11 de junio de 2021, en la que el gremio de la infraestructura sustenta la inconveniencia de la implementación del certificado de responsabilidad étnica empresarial. Si bien la misiva en comento se refiere al proyecto de ley No. 613 de 2021 Cámara (archivado el pasado 20 de junio de 2021), los argumentos expuestos continúan vigentes, en razón a que dicha iniciativa legislativa comparte los elementos de fondo del proyecto 250 de 2021 Cámara, que actualmente cursa trámite de segundo debate en la plenaria de la Cámara de Representantes.

Asimismo, insistimos en la solicitud expresada en la comunicación que se aporta, en la que se recomienda que, previo a continuar con la discusión del proyecto ley No. 250 de 2021 Cámara, se convoque la intervención del Ministerio de Transporte y de Colombia Compra Eficiente, para que dichas entidades emitan un pronunciamiento de fondo



respecto del referido proyecto de ley y las afectaciones que este puede ocasionar en el sistema de las compras públicas.

Agradecemos de antemano su valiosa atención.

Con todo comedimiento,

JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER

Presidente Ejecutivo

VJ/OC

Anexo: comunicación de fecha 11 de junio de 2021 y sus anexos (1. Concepto de Colombia Compra Eficiente, de fecha 10 de septiembre de 2020; 2. Concepto del Ministerio de Transporte, de fecha 6 de abril de 2021; 3. Concepto de Colombia Compra Eficiente, de fecha 20 de mayo de 2021; 4. Comunicación de ACOPI, de fecha 7 de mayo de 2021).

c.c. Dra. Ángela María Orozco – Ministra de Transporte
Dra. Olga Lucía Ramírez – Viceministra de Infraestructura
Dr. José Andrés O'Meara – Director General Colombia Compra Eficiente
Dr. Jorge Tirado – Subdirector de Gestión Contractual Colombia Compra Eficiente

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2021

Doctor
JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo
Cámara Colombiana de la Infraestructura
La ciudad

ASUNTO: Solicitud de concepto e intervención respecto al proyecto de ley 316 de 2020S/ 089 de 2019C.

Respetado doctor Caicedo,

En atención a su solicitud de concepto *“respecto de los incentivos que se están otorgando en algunos proyectos de ley, particularmente, el 316 de 2020S – 089 de 2019C, “por medio del cual se establecen medidas para fortalecer la conciencia educativa para el trabajo en la educación básica secundaria, educación media y educación superior y se dictan otras disposiciones en materia de inserción laboral para jóvenes”*”, por medio del presente damos respuesta a su requerimiento en los siguientes términos:

1. LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COMO GARANTÍA DE LA SATISFACCIÓN DE LOS FINES DEL ESTADO

La contratación Estatal, como actividad administrativa, constituye un instrumento facilitador del cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de las necesidades e intereses colectivos¹. Asimismo, al considerarse una modalidad de gestión pública, su ejercicio debe realizarse con estricta observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política².

Atendiendo a la finalidad instrumental que reviste la contratación pública en el cumplimiento de los cometidos estatales, la selección de los contratistas de la administración debe estar orientada bajo estrictos criterios objetivos, puesto que

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 1992, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447).

² Sentencia C- 618 de 8 de agosto de 2012.



precisamente el éxito de la gestión contractual depende en gran medida de escoger las mejores ofertas que se encuentran disponibles en el mercado³, y esto es posible si se garantiza que en un marco de competencia entre propuestas, el Estado seleccione aquellas que resulten más convenientes⁴.

Lo anterior resulta medular en un sistema eficiente de compra pública, en primer término, porque el contrato estatal es una fuente de ingresos importante para el sector privado y, por lo mismo, un espacio para el ejercicio de la iniciativa privada y la libre empresa; y, en segundo término, porque es precisamente la rivalidad entre las ofertas lo que garantiza la obtención de bienes o servicios de alta calidad y le permite al Estado satisfacer las necesidades públicas que se encuentran inmersas en el contrato Estatal⁵.

Cabe destacar que la selección de los contratistas bajo criterios objetivos constituye un claro desarrollo de los principios de transparencia, moralidad, eficiencia, libre competencia e igualdad⁶, y su materialización encuentra asidero en la definición que desde el ordenamiento jurídico se establezca de los criterios de adjudicación, de valoración de las propuestas o de asignación de puntaje, pues precisamente son estos los elementos más decisivos para seleccionar los contratistas del Estado.

En armonía con el anterior mandato, el legislador diseñó el actual sistema de contratación pública, en el cual la selección de las ofertas más favorables para el Estado se encuentra precedida de dos fases, que se realizan al interior de la evaluación de las ofertas: una primera que se refiere a la evaluación de los requisitos habilitantes, en la que se examinan las características de los oferentes, a fin de verificar si cuentan con la idoneidad mínima para cumplir con el objeto del contrato y que estas se adapten a los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones. Una segunda, en la que se valoran las proposiciones presentadas por los proponentes aptos para ejecutar el contrato, por cumplir los requisitos anteriores, y se determina

³ Sentencia C-949 de 2001.

⁴ Sentencia C-713 de 2009.

⁵ "No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. (...) En este sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico" SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. No. 1, 2009 enero-junio, p. 23-24.

⁶ Sentencia C-300 de 2012.



cuál es la oferta más favorable, para lo cual el legislador estableció los criterios de asignación de puntaje o de ponderación de las ofertas.

Sobre este punto, vale la pena señalar que la rivalidad entre ofertas se presenta precisamente en la segunda fase de los procesos de selección, indicada anteriormente, por lo en ese momento no deberían emplearse criterios de evaluación que se refieran a las características subjetivas de los licitadores, en tanto que una medida en tal sentido puede limitar una competencia real para que la Administración obtenga las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer.

2. POLÍTICAS HORIZONTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU RELACIÓN CON EL OBJETO DE LOS CONTRATOS

Las compras públicas juegan un rol clave en la economía, representando a nivel global un promedio del 12% de su Producto Interno Bruto (PIB) en contratos públicos⁷, lo que muestra su potencial para influenciar el desarrollo de los mercados. Es por esto que en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible elaborada por las Naciones Unidas, se ha reconocido la importancia del mercado público para alcanzar objetivos como la reducción de la pobreza (ODS 1), la igualdad de género (ODS 5) y el crecimiento económico (ODS 8).

En lo que respecta a nuestro país, las compras públicas representan el 15 % del producto interno bruto, lo que demuestra el papel protagónico que juega el Estado como motor dinamizador de la economía, y es por esto que la contratación se ha convertido en un canal a través del cual se ejecutan muchas políticas sociales, permitiendo que adicional a su función típica de servir de instrumento de aprovisionamiento de obras, bienes y servicios, se agregue una adicional, la cual consiste en servir de instrumento de fomento de políticas sociales.

El uso de la contratación pública como herramienta para materializar políticas sociales no es un fenómeno nuevo, de ahí que incluso en la subsección 2 del Decreto 1082 de 2015, *“Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”*, se establecen un conjunto de medidas tendientes a crear incentivos en la contratación, los cuales buscan posicionar claras políticas sociales. De igual manera se resaltan otros incentivos creados o modificados en la reciente ley de emprendimiento, como son los contemplados en el artículo 31 y 32 que trata sobre criterios diferenciales para MIPYPES en el sistema

⁷ <https://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/>.



de compra pública y los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres, por resaltar algunos.

Sin embargo, este tipo de medidas deben considerarse como un instrumento complementario, en tanto que de manera principal se deben garantizar los objetivos primarios de la contratación estatal, que son los de garantizar la alta calidad del servicio y la salvaguarda del interés público. Es por esto que la inclusión de estos criterios sociales no pueden ser aplicados en todas las fases del proceso de contratación y con la misma intensidad, en tanto que dependerá en muchos casos del objeto del contrato y la incidencia del criterio social en la calidad de su prestación o cumplimiento.

De ahí que a nivel de derecho comparado, en países como España la inclusión de este tipo de criterios debe estar vinculados al objeto del contrato. Es así como en la Ley de Contratos del Servicio Público, el artículo 145 establece que *“Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato”*⁸. Posteriormente, el numeral 6 del artículo en cita establece que se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando *“se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida”*⁹.

La anterior normativa fue adoptada en armonía con lo dispuesto en la Directiva Europea 2014/24/UE, en la que se señala que *“La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trata”*¹⁰.

Sobre este punto, cabe destacar lo señalado en el libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea¹¹, en el que se advierte que el vínculo de este tipo de políticas horizontales con el objeto del contrato, asegura que *“la compra como tal siga siendo central para el proceso en el que se utiliza el dinero de los contribuyentes”*, lo cual constituye una garantía para asegurar la selección de las mejores ofertas posibles. Igualmente, en dicho texto se advierte que *“el vínculo*

⁸ <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>.

⁹ Ibidem.

¹⁰ <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf>.

¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>.



entre las consideraciones relacionadas con determinadas políticas y el objeto del contrato tiene también por objeto dar seguridad y previsibilidad a las empresas”, pues de lo contrario se podría “pedir a los operadores económicos que cumplieran diferentes requisitos para cada contratación o para cada poder adjudicador”, lo cual podría “resultarles especialmente difícil a las PYME, que posiblemente no tengan los recursos económicos y humanos necesarios para cumplir una amplia variedad de requisitos sociales en cada caso”¹².

Bajo esa perspectiva, se observa que a nivel internacional se ha condicionado la inclusión de criterios sociales en los procesos de selección a su relación con el objeto del contrato, lo cual es considerado como una buena práctica cuyo propósito reside en no afectar los objetivos primarios de la contratación administrativa y no crear normativamente posibles barreras de entrada para los partícipes del sistema de compra pública.

Sobre este último punto, cabe destacar que la inclusión de estas políticas horizontales en la contratación, no pueden constituirse en una excusa para restringir la competencia entre los empresarios que participan en el mercado de compra pública. Lo anterior considerando que si se trata de condiciones difícilmente asumibles o cuyo cumplimiento conlleva una carga excesiva para buena parte de las empresas, desde la Administración puede favorecerse la adjudicación a un reducido número de oferentes e impedir que otras contraten con la Administración, lo que puede hacer del mercado de compra pública un escenario poco atractivo para la actividad empresarial.

Teniendo en cuenta los riesgos que supone la inclusión de estas políticas sociales en la Contratación Pública, el Comité de Gobernanza de la OCDE realiza las siguientes recomendaciones¹³:

- ***Evaluar la adecuación de la contratación pública como instrumento para perseguir objetivos secundarios de política de acuerdo con unas prioridades nacionales claras, valorando los potenciales beneficios frente a la necesidad de lograr la obligada rentabilidad. Deberá tenerse en cuenta tanto la capacidad del personal de contratación pública para ayudar al logro de los objetivos secundarios de política como los recursos necesarios para el seguimiento de los avances de esos objetivos.***
- ***Elaborar una estrategia adecuada para la integración de los objetivos secundarios de política en los sistemas de contratación pública. En relación con***

¹² Ibidem.

¹³ <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.



los objetivos secundarios de política a cuyo logro va a colaborar la contratación pública, deberán desarrollarse una adecuada planificación, un análisis de referencia y una evaluación de riesgos, y deberán establecerse los resultados previstos, todo ello de cara al desarrollo de los oportunos planes de acción o directrices de puesta en marcha.

- **Emplear una metodología adecuada de evaluación de impacto para cuantificar la eficacia del sistema de contratación pública en el logro de objetivos secundarios de política.** Deberán cuantificarse, conforme a metas o etapas adecuadas, los resultados de cualquier uso del sistema de contratación pública en apoyo de objetivos secundarios de política, a fin de proporcionar a los responsables de la formulación de las políticas la información oportuna acerca de los beneficios y los costos de dicho uso. La eficacia deberá cuantificarse tanto a nivel de cada proceso de contratación pública como en referencia al logro de los resultados previstos en materia de política. Además, deberá evaluarse periódicamente el efecto global que sobre el sistema de contratación pública tiene la persecución de objetivos secundarios de política, con el fin de abordar la posible sobrecarga de objetivos.

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE A LA INCLUSIÓN DE POLÍTICAS HORIZONTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Teniendo en cuenta que la inclusión de políticas horizontales en la contratación tiene como propósito influir indirectamente en el mercado, a través de la generación de un cambio en las prácticas empresariales, se concluye que la adopción de estas medidas constituye un mecanismo de intervención del Estado en la economía.

En lo que respecta a la validez constitucional de este tipo de mecanismos, en la Corte Constitucional existe una línea jurisprudencial consolidada en torno a la cual se ha señalado que solo resultan admisibles las medidas de intervención del Estado en la economía cuando se cumplan los siguientes requisitos: “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”¹⁴

Respecto al alcance de estos requisitos, en la Corte Constitucional en sentencia C-830/10 aclaró:

“Los requisitos dos y cinco de la anterior enumeración refieren a la necesidad de efectuar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre el ejercicio de las libertades

¹⁴ Sentencia C-615/02.



económicas y la garantía de los principios y valores constitucionales defendidos por la medida de intervención. Como se ha sostenido en esta decisión, las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado. No obstante, ese carácter autorrestringido no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada. Antes bien, existe un interés reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido que deben preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia”.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que las políticas horizontales en la contratación pública, en tanto que constituyen un mecanismo de intervención del Estado en la economía, deben respetar el principio de proporcionalidad, esto es, deben ser: *útiles* o *adecuadas* para lograr un fin público legítimo; *necesarias*, por tratarse de la medida útil menos restrictiva de la libertad; y *no excesivas* o *proporcionadas en sentido estricto*, por superar sus beneficios a los perjuicios derivados de la restricción.

4. PROYECTO DE LEY NO. 316 DE 2020 S/089 DE 2019 C

El proyecto Ley No. 316 de 2020 Senado/ 089 de 2019 Cámara (...) “*por medio del cual se establecen medidas para fortalecer la conciencia educativa para el trabajo en la educación básica secundaria, educación media y educación superior y se dictan otras disposiciones en materia de inserción laboral para jóvenes*”, difiere para que a través de la expedición de un reglamento se adopte un incentivo o puntaje adicional en los procesos de contratación pública, para aquellas personas naturales o jurídicas que empleen, al momento de la postulación, un 15% de jóvenes del total de su nómina. Al respecto, en la ponencia para segundo debate en senado se propone el siguiente texto:

“Artículo 6. Incentivo para la inserción laboral de jóvenes en el sector privado. El Gobierno Nacional, a través del Departamento Nacional de Planeación y sus entidades adscritas y/o vinculadas, reglamentarán la creación de un incentivo o puntuación adicional en los procesos que se desarrollen dentro de las distintas modalidades de contratación pública establecidas en la ley y sobre las cuales haya criterios de evaluación distintos al económico, para aquellas personas naturales o jurídicas que empleen, al momento de la postulación, un 15% de jóvenes del total de su nómina. Dichos empleados deberán ser parte de la nómina, mínimo seis (6) meses antes de la respectiva postulación en el proceso de selección.



Parágrafo: El porcentaje establecido en el presente artículo, se certificará con el pago de la seguridad social”.

De lo expuesto, resulta claro que la norma objeto de análisis busca adoptar una política horizontal en la Contratación Estatal. Sin embargo, para esta Agencia el texto propuesto desarticula el sistema de compra pública, dado que al incluir un puntaje adicional a las empresas que contraten un porcentaje de jóvenes, se está desviando la valoración de las ofertas a criterios subjetivos que nada tiene que ver con la satisfacción de las necesidades y finalidades inmersas en los contratos del Estado.

Sobre este punto, cabe recordar, tal y como se expuso en el punto 1 de este concepto, que la selección de la oferta por parte del Estado se encuentra precedida por dos fases, una primera que se refiere a la idoneidad mínima de los contratistas para cumplir con el objeto del bien o servicio a contratar, y una segunda en la que se valoran las proposiciones presentadas por las empresas aptas para ejecutar el contrato. Ahora bien, al otorgar puntajes a cuestiones que resultan totalmente ajenas a la comparación entre ofertas, se estaría limitando la competencia entre oferentes para que la administración obtenga las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer, lo cual iría en desmedro de una verdadera selección objetiva, mediante una competencia efectiva entre los proponentes.

En ese sentido, para esta Agencia, incluir puntaje a los oferentes que empleen un 15% de jóvenes del total de su nómina al momento de presentar sus propuestas, reduce la objetividad en los procesos de selección y puede afectar la finalidad principal de los contratos, que no es otra que la de satisfacer las necesidades que dieron origen a su celebración. Lo anterior no resulta una verdad de Perogrullo, si se tiene en cuenta que la contratación estatal constituye un instrumento de gestión pública tendiente a cumplir las finalidades del Estado y la satisfacción de las necesidades e intereses colectivos, función que podría verse afectada si no se selecciona de manera adecuada a los contratistas del Estado.

Por otra parte, la norma incluida en el proyecto de ley tampoco se ajusta a las mejores prácticas adoptadas a nivel internacional respecto a la inclusión de estas políticas horizontales en el sistema de compra pública, en atención a que se está otorgando un puntaje sin relación alguna con el bien o servicio a contratar, lo cual puede perjudicar la eficiencia y calidad de los bienes, obras y servicios a contratar por parte del Estado.

Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que por antonomasia una oferta debe referirse al objeto del contrato, por lo que los criterios para su valoración deben permitir que se evalúan precisamente las condiciones ofrecidas por los oferentes



para cumplir el objeto del contrato, pues precisamente esta es la esencia de los procesos de selección en el sistema de compra pública, en el que la competencia y rivalidad entre propuestas permite que el Estado pueda realizar un comparación a fin de seleccionar aquella que objetivamente resulta más favorable. Sin embargo, esta competencia no se garantiza o incluso se desvirtúa con la norma objeto de estudio, puesto que se está otorgando un puntaje que no permite valorar las condiciones bajo las cuales se va a llevar a cabo la obra, bien o servicio a contratar por parte del Estado, sino a una condición meramente subjetiva respecto a la contratación de un segmento de la población a la que se quiere beneficiar con una política pública.

Asimismo, esta Agencia llama la atención que en el proyecto de ley no existe un análisis tendiente a determinar si la contratación Estatal resulta adecuada como instrumento para perseguir el objetivo perseguido por la norma, ni existe un estudio para cuantificar la eficacia del sistema de compra pública en el logro de la política social de vinculación de jóvenes. Asimismo, tampoco se evalúa cuál es el impacto que puede tener la norma respecto a otros incentivos implementados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los cuales se encuentran dirigidos a corregir ciertas barreras que enfrentan grupos específicos que gozan de especial protección constitucional, lo cual hace que el artículo objeto de análisis sea antitécnico.

Finalmente, teniendo en cuenta que la creación del puntaje contemplado en el artículo 6 del proyecto de ley constituye una medida de intervención en la economía, dado que se trata de una política horizontal que pretende influir indirectamente en el mercado, a través de la generación de un cambio en las prácticas empresariales de contratación de jóvenes, para determinar la constitucionalidad de esta medida se debe hacer un examen de proporcionalidad, en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Sobre este aspecto, la Agencia evidencia que si bien es cierto la medida resulta idónea para alcanzar un fin constitucional, el cual es el de incentivar la inserción de jóvenes y que, *prima facie*, no resulta ajena al uso estratégico de la contratación para promover políticas sociales, también lo es que no resulta necesaria, en tanto que esta política de inserción de jóvenes se puede materializar a través de cláusulas sociales en los contratos, sin que se afecte la competencia en los procesos de selección, tal y como se explicó en los párrafos anteriores.

Lo anterior, atendiendo a que esta tipología de cláusulas resulta válidas a la luz del ordenamiento jurídico, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las

partes como fuente de las obligaciones, que por expresa remisión del artículo 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 resulta aplicable a los contratos de la Administración pública.

5. CONCLUSIONES DE LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE- RESPECTO AL PROYECTO DE LEY

5.1. El artículo 6 del proyecto de ley resulta inconveniente, por cuanto desarticula el sistema de compra pública, dado que al incluir un puntaje adicional a las empresas que contraten un porcentaje de jóvenes, desvía la valoración de las ofertas a criterios subjetivos ajenos a la satisfacción de las necesidades y finalidades inmersas en los contratos del Estado.

5.2. La norma incluida en el proyecto de ley tampoco se ajusta a las mejores prácticas adoptadas a nivel internacional respecto a la inclusión de estas políticas horizontales en el sistema de compra pública, en atención a que se está otorgando un puntaje sin relación alguna con el bien, obra o servicio a contratar, lo cual puede perjudicar la eficiencia y calidad de los bienes, obras y servicios a contratar por parte del Estado.

5.3. En el proyecto de ley no se analiza si la contratación pública resulta adecuada como instrumento para perseguir el objetivo perseguido por la norma, ni existe un estudio para cuantificar la eficacia del sistema de contratación pública en el logro de la política social de vinculación de jóvenes.