



Bogotá D.C., 23 de abril de 2024

CC1 Nro. Radicado: 22024003181
Fecha: 2024-04-23 Hora: 16:23:00
Destinatario: CAMARA DE REPRESENTANTES CONGRESO DE LA REPUBLICA DE
Remitente: Vicepresidencia Jurídica
Folios: 1 Tipo Anexos:
Usuario Radicador: Luz Castillo

Doctora
MARIA EUFENIA LOPERA MONSALVE
Presidenta Comisión Séptima Constitucional
CÁMARA DE REPRESENTANTES
Ciudad

Doctora
BETSY JUDITH PÉREZ ARANGO
Coordinadora de Ponentes
Ciudad

Doctor
RICARDO ALFONSO ALBORNOZ BARRETO
Secretario
Ciudad

Ref.: Consideraciones proyecto de ley 123 de 2023 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. 123 de 2023 Cámara “Por medio del cual se crea el certificado de responsabilidad étnica empresarial y se dictan otras disposiciones”; el cual cursa su trámite para ser discutido en primer debate.

Previo a enunciar estas consideraciones, consideramos pertinente contextualizar los antecedentes del proyecto de ley referenciado, toda vez que sus elementos de fondo se desprenden de los proyectos de ley:

- PL 224 de 2019C/329 de 2020S, radicado en la legislatura 2019-2020 y discutido el 11 de mayo de 2021, fecha en la cual fue archivado por la Comisión Séptima del Senado de la República.
- PL 613 de 2021C, radicado en la legislatura 2020-2021, archivado de conformidad al Artículo 190 Ley 5. de 1992 y en concordancia con lo preceptuado en el Artículo 375 de la Constitución Política de Colombia.

Esta contextualización resulta fundamental para adelantar el análisis del proyecto de ley 123 de 2023 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 Compra Eficiente, en los pronunciamientos oficiales que cada una de estas entidades emitió para conceptuar sobre la inconveniencia del proyecto de ley 224 de 2019C/329 de 2020S, así como los argumentos expresados por el Consejo Gremial Nacional referentes a la inconveniencia del proyecto de ley 613 de 2021C, que constan en comunicación radicada el pasado 10 de junio de 2021.

Así las cosas, evidenciamos que el proyecto de ley 123 de 2023C, comparte el mismo objeto que los proyectos de ley 224 de 2019C/329 de 2020S y 613 de 2021C, por lo que 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 conceptuado por el Ministerio de Transporte, Colombia Compra Eficiente y el Consejo Gremial Nacional, 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 123 de 2023C 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 requieren para ejecutar los contratos a su cargo con clientes públicos y privados.

Esta posición concuerda con lo manifestado por el Ministerio de Transporte del 6 de abril de 2021, (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).

II. Grave distorsión del sistema de compras públicas

Otra de las razones de inconveniencia del proyecto de ley 123 de 2023 Cámara la constituye, puntualmente, 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)

En la misma línea, manifiesta el Consejo Gremial:

*“De esta forma, le es prohibido a la administración imponer condiciones que impidan el acceso al proceso o limiten la participación. Y en este caso, **se rompe con estos principios cuando se configura una ventaja que no se justifica con los objetivos de la selección en un proceso de contratación, a los que necesariamente debe responder la contratación estatal (experiencia, capacidad e idoneidad).**”*

La adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los fines constitucionales, de esta forma, cuando se pretende la inclusión de beneficios adicionales en los procesos públicos, el legislativo debe analizar si la disposición cumple con los postulados constitucionales; para el caso particular, la iniciativa genera una afectación de estos principios. Se debe reiterar que la contratación estatal permite el cumplimiento de las funciones de las entidades del estado, con recursos públicos, los cuales podrán ser ejecutados por parte de quienes cumplan con los requisitos de un proceso de contratación, bajo la estricta observancia de la normativa”.

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.

En la misma medida, se evidencia que los incentivos no corresponden a los objetivos de la contratación pública y, por el contrario, es preciso advertir que la aplicación de este tipo de incentivos ha servido de sustento para adelantar 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 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 alternativas 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.

Por lo anterior honorables congresistas, de la manera más atenta solicitamos eliminar las disposiciones del proyecto de ley que otorgan el puntaje adicional en los procesos públicos de selección de contratistas.

Con todo comedimiento,



JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo

VJ

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. Documento de comentarios del Consejo Gremial Nacional, de fecha 10 de junio de 2021.
5. Documento de comentarios Sociedad Colombiana de Ingenieros del 19 de abril de 2021 y documento comentarios Consejo Gremial Nacional del 19 de abril de 2021.
6. Documento comentarios Cámara Colombiana de la Infraestructura del 29 de noviembre de 2021