Bogotá D.C., 21 de octubre de 2024

CCI Nro.Radicado: 22024003484
Fecha: 2024-10-21 Hora: 12:23:00
Destinatario: CAMARA DE REPRESENTANTES CONGRESO DE LA REPUBLICA DE
Remitente: Vicepresidencia Jurídica
Folios: 1 Tipo Anexos:
Usuario Radicador: Luz Castillo

Doctor
JAIME RAÚL SALAMANCA
Presidente
CÁMARA DE REPRESENTANTES
Ciudad

Doctor
JORGE RODRIGO TOVAR VÉLEZ
Presidente
CÁMARA DE REPRESENTANTES
Ciudad

Doctor
JUAN CARLOS VARGAS SOLER
Coordinador de Ponentes
Ciudad

Doctor
JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA
Secretario
Ciudad

Ref.: *Preocupaciones de la CCI por el impacto del PL 197 de 2023C "por el cual se promueve la generación de Empleos Verdes en el sector público y privado y se dictan otras disposiciones."-*

Honorables representantes,

Mediante la presente, sometemos a su consideración las preocupaciones del gremio de la infraestructura respecto de la ponencia para segundo debate del proyecto de ley 197 de 2023C *"por el cual se promueve la generación de Empleos Verdes en el sector público y privado y se dictan otras disposiciones."* que establece incentivos en los procesos de contratación pública para las empresas, las uniones temporales y/o los consorcios que demuestren que los productos ofrecidos han sido desarrollados a través de la utilización de trabajos o "empleos verdes", otorgándoles un puntaje adicional del 30% en las licitaciones públicas y compras directas, correspondientes.

Para comenzar, consideramos pertinente señalar que en las últimas legislaturas se ha identificado un incremento significativo en los proyectos de ley que establecen incentivos en la contratación pública, derivados de la inclusión en la planta de personal de las empresas de algunos grupos poblacionales. Este tipo de medidas, como lo mencionaremos a continuación,

genera impactos importantes en la selección objetiva de contratistas, en la libre competencia y en el acceso de las mypimes a la contratación pública.

Colombia Compra Eficiente, ente rector de la política pública en materia de contratación estatal, se ha pronunciado respecto a este tipo de incentivos -en el marco del PL 329 de 2020S y 316 de 2020S- y ha concluido que estos son inconstitucionales e inconvenientes, lo cual es predicable igualmente del proyecto de ley en comento, ya que se trata del mismo supuesto de hecho: la obtención de un certificado por parte de las empresas que desean participar en procesos de selección, derivado de la contratación de un grupo poblacional con determinadas calidades en su planta de personal.

Considera la Agencia que estos incentivos son inconstitucionales pues *"adoptar una medida de intervención en el sistema de compra pública como la que se pretende en el proyecto de ley objeto de estudio, afecta la libre concurrencia y el principio de igualdad, en tanto que se está creando un incentivo en la calificación de las ofertas que no resulta razonable, lo que supone que los contratistas sean seleccionados atendiendo a criterios subjetivos,* ***que nada tienen que ver con las condiciones bajo las cuales se debe satisfacer el objeto y las necesidades inmersas en los contratos estatales."***[1]

Es decir, este tipo de políticas 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. (…) 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****"*[2]*.*

Adicionalmente, *"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"*[3]*.* En este orden de ideas, *"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"***[4]*.*

[1] Concepto Colombia Compra Eficiente sobre P.L. 329 de 2020S. Fecha: 10 de septiembre de 2020.
[2] Concepto Colombia Compra Eficiente sobre P.L. 316 de 2020S. Fecha: 20 de mayo de 2021.
[3] Ibidem
[4] Ibidem

Considera Colombia Compra Eficiente que además de inconstitucional, este tipo de incentivos resultan inconvenientes, puesto que "*los costos asociados a la obtención de este tipo de certificaciones, como ocurre con otros de su misma naturaleza, puede convertirse en una eventual barrera de acceso al sistema de compra pública para las empresas que no tienen los recursos para acceder a este tipo de certificaciones, en tanto que al no tener los recursos para certificarse y al estar en desventaja con las otras empresas que si tienen el certificado, pueden optar por no participar en los procesos de selección, generando una disminución en la pluralidad de oferentes*"[5].

Esto último es respaldado por el Ministerio de Transporte, quien en concepto rendido respecto al proyecto de ley 329 de 2020S, señaló que *"con la medida propuesta, se 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*"[6].

Por su parte, la Asociación Colombiana de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas – ACOPI, explicó también que obtener un mayor puntaje en los procesos de contratación estatal, mediando este tipo de incentivos, *"significa un incremento en los costos de contratación para las MiPymes, lo cual impactará 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"*[7].

La posición gremial de ACOPI ha sido defendida igualmente por la CCI en diversas oportunidades, por el Consejo Gremial Nacional[8] y por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, quién explicó además que con este tipo de medidas *"se estaría pasando de presentar ofertas en las cuales primen la experiencia e idoneidad del proponente en beneficio de la contratación de las Entidades Públicas, a las ofertas presentadas por empresas que demuestren su capacidad de vincular a dichos grupos poblacionales, sin entrar a verificar su experticia y de esta forma llevar las pequeñas y medianas empresas a sacrificar al personal idóneo y experto el cual debe ser remplazo por éstos grupos poblacionales, en temas tan sensibles como los que se manejan en el área de la infraestructura en general"*[9].

[5] Concepto Colombia Compra Eficiente sobre P.L. 329 de 2020S. Fecha: 10 de septiembre de 2020.
[6] Concepto Ministerio de Transporte sobre P.L. 329 de 2020S. Fecha: 6 de abril de 2021.
[7] Comunicación ACOPI – Comentarios al P.L. 329 de 2020S. Fecha: 7 de mayo de 2021.
[8] Comentarios Consejo Gremial Nacional al P.L. 329 de 2020S. Fecha: 19 de abril de 2021.
[9] Comentarios Sociedad Colombiana de Ingenieros al P.L. 329 de 2020S. Fecha: 19 de abril de 2021.

Los documentos a que hemos hecho referencia se anexan a esta comunicación para mayor ilustración durante el debate democrático de la iniciativa.

Habiendo dejado sentada la posición que comparten tanto el Gobierno nacional a través de sus entidades expertas, como las agremiaciones involucradas, según la cual este tipo de incentivos son inconstitucionales e inconvenientes pues generan una distorsión en el mercado de las compras públicas limitando el derecho de igualdad de acceso a los procesos de selección, así como vulnerando la selección objetiva de contratistas en desmedro de las necesidades del Estado, procedemos a explicar en el caso concreto por qué el incentivo previsto en el proyecto de ley de empleo verde se enmarca dentro de las razones de inconveniencia e inconstitucionalidad aludidas.

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

La iniciativa legislativa generaría efectos nocivos a las pequeñas y medianas empresas, puesto que:

a. Implicaría para éstas costos adicionales asociados a la contratación del personal necesario para obtener el Sello Verde, y acceder así a la puntuación. 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 de esa manera acceder, efectivamente, a la contratación estatal.

A lo anterior, es preciso sumar el hecho que los empleos verdes, tal como están previstos en el proyecto de ley, "*Son trabajos asalariados que permiten disminuir el consumo de energía y de materias primas, así como el nivel de emisión de los gases con efecto invernadero; contribuyendo a reducir el volumen de residuos, contaminación y avanzando en la protección de los ecosistemas*". Lo anterior supone fomentar la innovación de procesos métodos y tecnologías, para lograr la creación de nuevas formas de trabajo y empleos verdes, que sean económicamente factibles y ambientalmente sostenibles.

Como se puede observar, resulta preocupante que los incentivos concebidos en la iniciativa legislativa, se pretendan extender a toda la contratación pública, especialmente en el caso de las obras civiles y de ingeniería, pues la creación de los empleos verdes y el alcance de las obligaciones relacionadas con estos distan completamente del objeto social de las pequeñas y medianas empresas de ingeniería, construcción y consultoría para la construcción, de allí que para estas sea prácticamente imposible, en términos económicos, vincular 10% de su personal en gestiones que no tienen relación directa con el objeto social.

Esto solo lo lograrían las grandes empresas que cuentan con una capacidad económica más holgada, de allí que sean estas quienes tengan una mayor probabilidad de obtener el puntaje

adicional previsto en el proyecto de ley, reduciendo así de nuevo las posibilidades de las Mipymes de hacerse a los contratos públicos.

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

II. Grave distorsión del sistema de compras públicas

De la manera más enfática, queremos resaltar que, desde nuestro punto de vista, el otorgamiento de un puntaje adicional en los procesos de selección a las empresas que cuenten con el Sello Verde, tal y como lo prevé el proyecto de ley, lejos de fomentar la transparencia y la eficiencia en la contratación pública, afecta el principio de selección objetiva, el principio constitucional de igualdad en el acceso al mercado de compras públicas y distorsiona la competencia en los procesos de selección del Estado, por las siguientes razones:

i) Esta iniciativa no garantiza que la propuesta que obtenga el puntaje adicional por poseer el Sello Verde, sea la mejor y más favorable para cumplir con el objeto del contrato. Por el contrario, genera un incentivo que distorsiona el mercado de compras públicas, para que el oferente se enfoque principalmente en la obtención del certificado, con el único fin de recibir el mayor puntaje en la etapa de evaluación de las propuestas, lo cual puede ir en desmedro de la sana competencia.

Lo anterior significa, en la práctica, que la probabilidad para las empresas de resultar adjudicatarias en licitaciones públicas y concursos de méritos será más alta en la medida en que cuente con el sello; es decir, el proyecto de ley busca darle preponderancia a un criterio que mide una condición ajena a la experiencia, idoneidad y solidez financiera, como es la contratación laboral de un grupo particular de personas especializadas en temas ambientales.

Al respecto, 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, 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 dedicadas a disminuir el consumo de energía y de materias primas, así como el nivel de emisión de los gases con efecto invernadero, el volumen de residuos, contaminación y protección de los ecosistemas,

aun cuando desde el punto de vista técnico y económico sus propuestas sean más favorables a los intereses que el Estado busca satisfacer.

ii) En segundo lugar, la iniciativa legislativa solo prevé incentivos derivados de la obtención del Certificado de Empleo Verdeen el marco de la contratación pública, trasladando todo el peso de su ejecución a un sector empresarial específico: los contratistas del Estado; efecto que debe ser tenido en cuenta en el debate legislativo.

iii) Adicionalmente, y como hemos señalado desde el gremio en reiteradas oportunidades, este tipo de incentivos han propiciado malas prácticas en los procesos de contratación de algunas entidades públicas, concentrando la contratación en pocos oferentes y direccionando los procesos.

iv) Por último, es preciso resaltar que el objetivo de la norma de otorgar puntaje adicional en procesos de contratación pública a las empresas que acrediten la obtención del Sello Verde no cumple con los requisitos constitucionales para limitar el principio de selección objetiva. Lo anterior, pues tal como lo afirma la Corte Constitucional en Sentencia C-932 de 2007:

> *"(…) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado (artículo 209 de la Constitución), por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de* ***formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional,*** *puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades (artículo 13 de la Constitución). De hecho, se reitera que la filosofía humanista de la Constitución y la consagración del Estado Social de Derecho, conciben a éste como un instrumento para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas, dirigido a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y a garantizar la materialización de los demás fines del Estado (Preámbulo y artículos 1º y 2º de la Carta)". (Negrilla propia)*

Como se puede observar, las acciones afirmativas en la contratación pública están permitidas constitucionalmente hablando en tanto estén dirigidas a favorecer grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional. Sin embargo, en el caso del proyecto de ley en comento, se prevé un puntaje adicional en la contratación pública por la implementación de empleos verdes, lo cual, si bien tiene un fin loable como lo es la mejora de la calidad ambiental, los empleados/trabajadores verdes no son un grupo poblacional discriminado ni gozan de protección especial constitucional, por lo tanto, no es una razón suficiente para limitar el principio de selección objetiva de los contratistas del Estado.

Sobre este tipo acciones, aportaremos en documentos adjuntos los comentarios y preocupaciones que también han formulado algunas asociaciones gremiales respecto del

proyecto de ley 123 de 2023C y 300 de 2024S que pretende adoptar el certificado de responsabilidad étnica empresarial.

En conclusión, apoyándonos en lo conceptuado por Colombia Compra Eficiente en los conceptos ya aludidos, el otorgamiento de puntajes en procesos de contratación pública a quienes cuenten con certificados derivados de la contratación de un tipo de trabajadores en su planta de personal, *"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"*[10] 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"*[11].

Con todo comedimiento,

JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo

VJ-EO

Anexos:

- Concepto Colombia Compra Eficiente del 20 de mayo de 2021
- Concepto Colombia Compra Eficiente del 19 septiembre de 2022
- Concepto Ministerio de Transporte del 6 de abril de 2021.
- Concepto Consejo Gremial Nacional del 19 de abril de 2021.
- Concepto ACOPI. Del 7 de mayo de 2021.
- Concepto Sociedad Colombiana de Ingenieros del 19 de abril de 2021.
- Comunicación Sociedad Colombiana de Ingenieros
- Comunicación ACOPI

[10] Concepto Colombia Compra Eficiente sobre P.L. 329 de 2020S. Fecha: 10 de septiembre de 2020.
[11] Ibidem