



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXX - Nº 1048

Bogotá, D. C., viernes, 20 de agosto de 2021

EDICIÓN DE 13 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO  
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO  
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO  
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA  
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## CÁMARA DE REPRESENTANTES

### CARTAS DE COMENTARIOS

#### CARTA DE COMENTARIOS ANCP AL PROYECTO DE LEY 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.*

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 colectivos<sup>1</sup>. 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 Política<sup>2</sup>.

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

precisamente el éxito de la gestión contractual depende en gran medida de escoger las mejores ofertas que se encuentran disponibles en el mercado<sup>3</sup>, y esto es posible si se garantiza que en un marco de competencia entre propuestas, el Estado seleccione aquellas que resulten más convenientes<sup>4</sup>.

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 Estatal<sup>5</sup>.

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 igualdad<sup>6</sup>, 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

<sup>3</sup> Sentencia C-949 de 2001.

<sup>4</sup> Sentencia C-713 de 2009.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Sentencia C-300 de 2012.

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Sentencia C- 618 de 8 de agosto de 2012.

<p>cuál es la oferta más favorable, para lo cual el legislador estableció los criterios de asignación de puntaje o de ponderación de las ofertas.</p> <p>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.</p> <p><b>2. POLÍTICAS HORIZONTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU RELACIÓN CON EL OBJETO DE LOS CONTRATOS</b></p> <p>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 públicos<sup>7</sup>, 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).</p> <p>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.</p> <p>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</p> <p><sup>7</sup> <a href="https://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/">https://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/</a>.</p>	<p>de compra pública y los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres, por resaltar algunos.</p> <p>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.</p> <p>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"<sup>8</sup>. Posteriormente, el numeral 6 del artículo en cita establece que se considerará 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"<sup>9</sup>.</p> <p>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"<sup>10</sup>.</p> <p>Sobre este punto, cabe destacar lo señalado en el libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea<sup>11</sup>, 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</p> <p><sup>8</sup> <a href="https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/cons">https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/cons</a>.  <sup>9</sup> Ibidem.  <sup>10</sup> <a href="https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf">https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf</a>.  <sup>11</sup> <a href="https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF">https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF</a>.</p>
<p>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"<sup>12</sup>.</p> <p>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 participantes del sistema de compra pública.</p> <p>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.</p> <p>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 recomendaciones<sup>13</sup>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Evaluar la adecuación de la contratación pública como instrumento para perseguir objetivos secundarios de política de acuerdo con unas prioridades nacionales claras</b>, 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.</li> <li>• <b>Elaborar una estrategia adecuada para la integración de los objetivos secundarios de política en los sistemas de contratación pública</b>. En relación con</li> </ul> <p><sup>12</sup> Ibidem.  <sup>13</sup> <a href="https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf">https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf</a>.</p>	<p>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.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>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</b>. 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.</li> </ul> <p><b>3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE A LA INCLUSIÓN DE POLÍTICAS HORIZONTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA</b></p> <p>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.</p> <p>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."<sup>14</sup></p> <p>Respecto al alcance de estos requisitos, en la Corte Constitucional en sentencia C-830/10 aclaró:</p> <p>"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</p> <p><sup>14</sup> Sentencia C-615/02.</p>

*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.*

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

*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

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. Asimismo, tampoco se evalúa cuál es el impacto que puede tener la norma respecto a otros incentivos implementados en el sistema de compra 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.
- 5.4. El artículo 6 del proyecto de ley constituye una medida de intervención en la economía de carácter desproporcionada, que restringe la libre competencia y, por lo tanto, podría desbordar el margen de configuración que tiene el legislador en materia de contratación pública.

Cordialmente,

  
**Jorge Augusto Tirado Navarro**  
 Subdirector Gestión Contractual ANCP - CCE

## CARTA DE COMENTARIOS ANCP SOBRE EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 224 DE 2019 CÁMARA

*por medio del cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial.*

<p>Bogotá D.C., 10 de septiembre de 2020</p> <p>Doctora <b>MARCELA GÓMEZ MARTÍNEZ</b> Jefe Oficina Asesora Jurídica Departamento Nacional de Planeación - DNP La ciudad</p> <p style="text-align: center;"><b>ASUNTO:</b> Respuesta a sus observaciones sobre el Proyecto de Ley 224 de 2019C "Por medio del cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial" y el radicado 20203201279531 del 25/1539 de agosto de 2020.</p> <p>Respetada doctora Marcela, cordial saludo:</p> <p>Atendiendo a la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– para actuar como ente rector del sistema de contratación pública, expreso a su despacho las consideraciones que pueden tenerse en cuenta en el marco del trámite legislativo del proyecto de la referencia.</p> <p><b>1. EL PROYECTO DE NO ESTÁ SUJETO A RESERVA DE LEY ESTATUTARIA</b></p> <p>De conformidad con la jurisprudencia pacífica desarrollada por la Corte Constitucional, la reserva de ley estatutaria cubre a las normas que: (i) desarrollen integralmente un derecho fundamental y sus mecanismos de protección; (ii) establezcan sus elementos estructurales; y (iii) limiten o restrinjan aspectos íntimamente ligados a su núcleo esencial. Por el contrario, leyes que efectúen un desarrollo periférico, complementario o de menor alcance que los supuestos citados podrán ser objeto de desarrollo por vía legislativa ordinaria<sup>1</sup>.</p> <p>En el caso objeto de estudio, el proyecto no se halla sometido a reserva de ley estatutaria, básicamente porque no se trata de una regulación integral del derecho a la igualdad material y efectiva para la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, sino de la creación de un sello y el reconocimiento de unos incentivos en materia de contratación. En ese sentido se observa que el trámite del proyecto puede adelantarse por ley ordinaria.</p> <hr style="width: 20%; margin-left: 0;"/> <p><sup>1</sup> Sentencias C-013/93; C-910/04; C-162/03; C-319/06; C-370/06; C-756/08; C-818/11.</p>	<p style="text-align: center;"><b>2. INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENIENCIA DEL PRYECTO DE LEY</b></p> <p>El proyecto de ley bajo estudio, plantea la implementación de un puntaje adicional en los procesos de selección que adelante el Estado para aquellas empresas, uniones temporales y/o consorcios que tengan vigente el certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial. Por su parte, el proyecto de ley también establece que el certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial se otorga a las empresas que vinculen dentro de su personal a 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.</p> <p>Bajo el contexto descrito, el proyecto de ley resulta inconstitucional, en tanto que 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, los cuales se encuentran dirigidos a corregir ciertas barreras que enfrentan grupos específicos que gozan de especial protección constitucional, tal y como se pasa a explicar:</p> <p><b>2.1. Violación del principio de igualdad y libre concurrencia</b></p> <p>La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal. Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda <u>a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa</u><sup>2</sup>.</p> <p>Respecto al principio de selección objetiva, igualmente ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se estructura bajo el amparo de dos principios medulares: la igualdad de oportunidades y la libre concurrencia</p> <p>El principio de igualdad se encuentra dirigido a salvaguardar la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir para presentar sus ofertas ante la respectiva entidad y puedan formularlas sobre bases idénticas, <u>sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales</u>. En ese sentido, se puede observar que dicho principio se encuentra directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional y el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibidem.</p> <hr style="width: 20%; margin-left: 0;"/> <p><sup>2</sup> Sentencia C-949/01.</p>
<p>Por su parte, el principio de <u>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</u>. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.</p> <p>De acuerdo con el principio de la libre concurrencia en las licitaciones públicas, debe permitirse que la mayor cantidad de particulares interesados puedan presentarse al proceso, para que se evalúen sus propuestas y la licitación se adjudique a precios del mercado<sup>3</sup>, consiguiendo así las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que es el objeto de la contratación estatal.</p> <p>Este principio se relaciona con el derecho a la libre competencia y otras libertades económicas, en tanto (i) 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 (ii) la libre concurrencia permite la competencia entre las personas en capacidad de ofrecer el mismo bien o servicio.</p> <p>Bajo este escenario, esto es el de igualdad y libre concurrencia, es que la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- observa que el proyecto de ley resulta abiertamente inconstitucional, por cuanto pretende otorgar una ventaja injustificada a aquellos oferentes que cuenten con un certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, desviando la selección de las ofertas por parte del Estado a factores distintos, olvidando su objetivo principal.</p> <p>Sobre este punto, es importante resaltar que hoy no existe identificada ninguna barrera para las empresas que vinculen la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, que justifique una intervención del Estado para corregir algún tipo de desigualdad con los demás actores del mercado, y por el contrario, sí se evidencia que en nuestro ordenamiento jurídico existe una habilitación para que las entidades públicas puedan exigir la vinculación de personas pertenecientes a estas etnias, vía cláusulas contractuales y previa justificación en sus estudios previos, sin necesidad de crear incentivos en la valoración de las</p> <hr style="width: 20%; margin-left: 0;"/> <p><sup>3</sup> "La libertad de concurrencia es uno de los principios tradicionales de la contratación de los entes públicos y persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de los mismos suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con ellos". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. <i>Op. Cit.</i>, p. 739.</p>	<p>propuestas, que puedan afectar las calidades bajo las cuales se adelantan los procesos de selección.</p> <p>Lo anterior no quiere decir que a través de la contratación estatal no se puedan incluir criterios sociales a través de medidas legislativas o reglamentarias, sino que por el contrario la inclusión de criterios de esta estirpe, deben encontrarse dirigidos a contrarrestar desventajas sociales y laborales de ciertos colectivos, que antes que otorgar beneficios carentes de toda proporcionalidad, se deben dirigir a superar barreras previamente identificadas de acceso a la compra pública, que redunden en una verdadera satisfacción de los principios de igualdad y libre concurrencia para todos los agentes del mercado.</p> <p>En ese sentido, la inclusión de criterios sociales en los procesos de selección que adelanta el Estado, debe sujetarse a estrictos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que cualquier incentivo que se otorgue en el puntaje, puede distorsionar el sistema de compra pública, en desmedro de las calidades bajo las cuales deben adquirirse los bienes y servicios el Estado.</p> <p>En armonía con lo anterior, se concluye que 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. Aunado a lo anterior, el incentivo que se pretende implementar no resulta necesario, puesto que hoy día, vía cláusula contractual y previa evaluación de su pertinencia en los estudios previos, las entidades públicas pueden exigir que los contratistas vinculen la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana en la ejecución de los contratos, sin necesidad de otorgar puntos adicionales en la selección de las ofertas.</p> <p style="text-align: center;"><b>2.2. Inconveniencia del proyecto de Ley</b></p> <p>La generalización de incentivos en materia de contratación desnaturaliza las medidas de intervención que debe adoptar el Estado para corregir ciertas situaciones de desigualdad que se presentan en el sistema de compra pública. Por eso, la adopción de este tipo de beneficios debe partir de un principio de excepcionalidad, dado que cuando lo excepcional se convierte en la regla general, deja de tener sentido adoptar criterios diferenciadores que verdaderamente corrijan situaciones que ameriten la intervención del Estado.</p> <p>Ahora bien, tal y como se expuso en apartes anteriores, hoy no existe una barrera en el sistema de compra pública para las empresas que vinculan población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana. Sin embargo, al otorgar</p>


puntajes para las propuestas que tengan el certificado de Responsabilidad Ética Empresarial, se desnaturalizan los beneficios que hoy se otorgan a otros sectores de la población que si requieren de una decidida intervención del Estado para corregir situaciones de desigualdad.

Aunado a lo anterior, al otorgar puntajes a las propuestas de empresa que tengan vigente el certificado de Responsabilidad Ética Empresarial, se 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.

Por otra parte, si bien es cierto el proyecto de ley no contempla los gastos asociados a la consecución del certificado de Responsabilidad Ética Empresarial, lo cierto es 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.

Finalmente, el otorgar beneficios como lo establece el proyecto de ley objeto de estudio, desincentiva la participación de los oferentes que no tengan el certificado de Responsabilidad Ética Empresarial vigente, lo que trae como consecuencia que el Estado no pueda adquirir sus bienes y servicios en un mercado competitivo que le permita seleccionar la mejor oferta, lo cual resulta abiertamente inconveniente.

Cordialmente,



ANDRÉS RICARDO MANCIPE GONZÁLEZ  
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL (E)

**CARTA DE COMENTARIOS ACOPI AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 224 DE 2019  
CÁMARA, 329 DE 2020 SENADO**

*por el cual se crea el Certificado de Responsabilidad Ética Empresarial.*

<p>Barranquilla, mayo 7 de 2021</p> <p>Doctor <b>JOSÉ RITTER LÓPEZ PEÑA</b> Presidente Comisión Séptima Senado De La República Ciudad</p> <p><b>ASUNTO: Comentarios al proyecto de ley No. Proyecto de Ley 224 de 2019 Cámara, 329 de 2020 Senado por el cual se crea el Certificado de Responsabilidad Ética Empresarial".</b></p> <p>Presentamos desde ACOPI, nuestras observaciones sobre el proyecto de ley del asunto, el cual tiene por objeto crear el "Certificado de Responsabilidad Ética Empresarial", consideramos que esta iniciativa se convierte en una barrera de acceso al sistema de compras públicas para las MiPymes.</p> <p>De acuerdo con el texto del proyecto de ley se pretende crear el Certificado de Responsabilidad Ética Empresarial, que será otorgado por el Ministerio de Trabajo a las empresas que vinculen dentro de su personal población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana, en los niveles de dirección, supervisión en un porcentaje igual o superior a 10% de su planta de personal, con el cual se otorgara puntajes o incentivos durante los procesos de selección contractual que adelanten con el Estado.</p> <p>Igualmente señala la exposición de motivos que el proyecto constituye un avance para el desarrollo social, político y económico de la población étnica que de acuerdo al proyecto históricamente ha sido víctima de exclusión y discriminación, amparándose en artículo 7º de la Constitución Política, el Convenio 169 de OIT adoptado por la ley 21 de 1991 que reconoció los derechos y aspiraciones de pueblos tribales en atención a las condiciones sociales, culturales y económicas de manera diferencial frente a otros sectores.</p> <p>Al analizar el proyecto de ley consideramos que el mismo es inconveniente al constituir un obstáculo para que el segmento MiPyme en los procesos de contratación estatal, afectación al acceso de las MiPymes a las compras públicas y creación de nuevos trámites.</p> <p><b>Inconveniencia del proyecto.</b></p> <p>Consideramos que el proyecto es inconveniente por las siguientes razones:</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Contradice principios de la contratación pública.</li> </ol> <p>El proyecto de ley introduce un elemento de gratificación consistente en un puntaje adicional, que determinará la selección del contratista que demuestren la vinculación de la población referida, excluyendo de esta forma a los demás participantes que no puedan cumplir con la contratación de esta población descrita en la iniciativa, sea por razones económicas o de tamaño empresarial, lo cual deviene en una violación al principio de igualdad y selección objetiva, lo que resulta un flagrante desconocimiento de los principios orientadores de la actividad contractual estatal establecidos en el ordenamiento jurídico vigente, teniendo en cuenta que le es prohibido a la administración imponer condiciones que impidan el acceso al proceso contractual o limiten la participación en el mismo.</p> <p>Del análisis realizado encontramos que la iniciativa legislativa incumple estos principios cuando 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 como son: experiencia, capacidad e idoneidad.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>2. Incremento de Costos y ausencia de políticas diferenciales.</li> </ol> <p>Imponer como obligación de las empresas obtener un Certificado de Responsabilidad Ética 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.</p> <p>Esta obligación se impone de manera genérica, para lo cual las empresas deben contratar en un porcentaje igual o superior a 10% de su planta de personal a poblaciones pertenecientes a los grupos indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitana.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

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 ultimas le resta oportunidades de crecimiento.

Como representantes de las MiPymes hemos realizado un análisis del impacto que la regulación origina en la productividad de las empresas y hemos visto como la expedición de normas que no tienen en cuenta la diferenciación empresarial se convierten en obstáculo al crecimiento de la productividad y al fortalecimiento del tejido empresarial, estos resultados fueron arrojados en nuestro estudio denominado "Simplificación Normativa y Políticas Diferenciales para Pymes" realizado en 2017.

Con el estudio "Simplificación Normativa y Políticas Diferenciales para Pymes" pudimos concluir que el buen uso de las normas impulsa el crecimiento económico, la creación de empleos y la eficiencia del Estado, y genera un entorno competitivo para las empresas, entre otras ventajas. Es por esta razón que, en el marco del acceso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Gobierno tuvo como prioridad entender con mayor claridad las características de la regulación actual y crear lineamientos de política para su mejora.

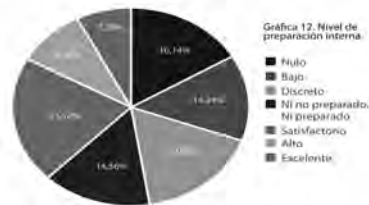
3. Afectación al acceso de las MiPymes a las compras públicas.

Desde ACOPI hemos impulsado como estrategia de fortalecimiento de las MiPymes, el acceso a la compra pública, al imponer la creación del Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial, se está adoptando una barrera a esta propuesta al adicionar un requisito de los muchos que ya se tiene en el proceso de contratación

y que, por la complejidad, la falta de formación y conocimiento muchas empresas se excluyen de participar, nuestro estudio de compras públicas arrojó los siguientes resultados sobre la preparación de las empresas del segmento en los procesos de compras públicas.

2.1.3. Preparación interna para participar en CP:

Se pidió a los empresarios calificar el nivel de preparación de sus empresas para participar en CP, considerando aspectos como su capacidad para diligenciar los formularios y contar con los documentos y requisitos respectivos. La gráfica 12 indica que sólo el 37,98% se siente preparado en dicho sentido, mientras que el 47,46% no lo está.



Al medir el interés de las MiPymes de participar en los procesos de compras, el resultado señala que el 51.8% considera que los tramites son complicados y costosos.

Por lo cual la aprobación de este proyecto de ley significaría un desincentivo a que las MiPymes pueda contratar con el estado

4. Impone más tramites.

De análisis del proyecto de norma encontramos que se impone al sector empresarial la realización de más tramites como son: la solicitud ante el Ministerio de Trabajo de dicho certificado, dándole a la entidad seis (6) meses posteriores a la promulgación de la Ley, para expedir los criterios y procedimientos para el otorgamiento de dicho certificado.

Así mismo, para acreditar que el personal que sea vinculado pertenece a la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, deberá obtener de la Dirección de Asuntos

para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, la certificación correspondiente.

Desde ACOPI y con fundamento en establecer políticas que mejoren los niveles de productividad empresarial, consideramos que una de las estrategias fundamentales es la simplificación de trámites, lo que se traduce en reducción y/o eliminación de los existentes, no adopción de más tramites, los cuales se convierten en un obstáculo para las empresas a la hora de desarrollar su actividad productiva por las dificultades que presentan la realización de estos, por los requisitos, demoras y costos administrativos y/o financieros, no solo en su adopción sino en su ejecución.

Reiteramos la importancia que, para las micros, pequeñas y medianas empresas revisten los procesos de contratación estatal, los cuales desde ACOPI hemos impulsado como una estrategia de reactivación, por lo que generar nuevos requerimientos para acceder a puntajes adicionales limita la participación y acceso a este mecanismo.

Agradecemos su atención, quedamos atentos a solicitudes adicionales.

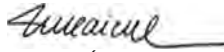
Cordial Amiga,

  
**ROSMERY QUINTERO CASTRO**  
 Presidente Nacional

## CARTA DE COMENTARIOS CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 543 DE 2021 CÁMARA

*por medio del cual se establecen incentivos económicos para fortalecer el acceso y las oportunidades en empleo para la población pospenada - Ley Johana Bahamón” -*

<p>Bogotá D.C., 18 de agosto de 2021</p> <p>Honorable Representante <b>JOHN JAIRO ROLDAN AVENDAÑO</b> Ponente</p> <p>Honorable Representante <b>JOHN JAIRO BERRIO LÓPEZ</b> Ponente</p> <p>Honorable Representante <b>OSCAR DARÍO PÉREZ PINEDA</b> Ponente</p> <p><i>Ref.: Preocupaciones de la CCI por el impacto del Proyecto de Ley 543 de 2021 Cámara: "Por medio del cual se establecen incentivos económicos para fortalecer el acceso y las oportunidades en empleo para la población pospenada- Ley Johana Bahamón".</i></p> <p>Respetados Representantes,</p> <p>Mediante la presente, sometemos a su consideración las preocupaciones del gremio de la infraestructura respecto del proyecto de ley 543 de 2021 Cámara "Por medio del cual se establecen incentivos económicos para fortalecer el acceso y las oportunidades en empleo para la población pospenada- Ley Johana Bahamón", que establece incentivos en los procesos de contratación pública para las personas naturales pospenadas o las personas jurídicas que empleen trabajadores pertenecientes a la población pospenada, otorgándoles un puntaje adicional de 0.5%.</p> <p>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. Tal es el caso, sin limitarse, de la hoy Ley 2069 de 2020, el proyecto de ley 224 de 2019C / 329 de 2020S "a través del cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial", el proyecto de ley 470 de 2021 S "Por medio del cual se incentiva la generación de empleo verde y se dictan otras disposiciones" y el proyecto de ley 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".</p> <p>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 predecible igualmente del proyecto de ley en comento, ya que se trata del mismo supuesto de hecho: la obtención de puntaje adicional por parte de las empresas que desean participar en procesos de selección, derivado de la contratación de un grupo poblacional en su planta de personal.</p>	<p>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."<sup>1</sup></p> <p>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"<sup>2</sup>.</p> <p>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 participantes 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"<sup>3</sup>. 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"<sup>4</sup>.</p> <p>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 sí tienen el certificado, pueden optar por no participar en los procesos de selección, generando una disminución en la pluralidad de oferentes"<sup>5</sup>.</p> <p><sup>1</sup> Concepto Colombia Compra Eficiente sobre P.L. 329 de 2020S. Fecha: 10 de septiembre de 2020. <sup>2</sup> Concepto Colombia Compra Eficiente sobre P.L. 316 de 2020S. Fecha: 20 de mayo de 2021. <sup>3</sup> Ibidem <sup>4</sup> Ibidem <sup>5</sup> Concepto Colombia Compra Eficiente sobre P.L. 329 de 2020S. Fecha: 10 de septiembre de 2020.</p>
<p>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 necesaria"<sup>6</sup>.</p> <p>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 directa, 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"<sup>7</sup>.</p> <p>La posición gremial de ACOPI ha sido defendida igualmente por la CCI en diversas oportunidades, por el Consejo Gremial Nacional<sup>8</sup> y por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, quien 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 remplazado por éstos grupos poblacionales, en temas tan sensibles como los que se manejan en el área de la infraestructura en general"<sup>9</sup>.</p> <p>Los documentos a que hemos hecho referencia se anexan a esta comunicación para mayor ilustración durante el debate democrático de la iniciativa. Consideramos de especial relevancia que, en el trámite del proyecto de ley, se inviten a la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente y al Ministerio de Transporte para que la honorable Cámara cuente con elementos de juicio suficientemente informados, con el fin de corregir la propuesta normativa en aquellos apartes que pueden generar riesgo en el equilibrio del sistema de compras públicas.</p> <p><sup>6</sup> Concepto Ministerio de Transporte sobre P.L. 329 de 2020S. Fecha: 6 de abril de 2021. <sup>7</sup> Comunicación ACOPI - Comentarios al P.L. 329 de 2020S. Fecha: 7 de mayo de 2021. <sup>8</sup> Comentarios Consejo Gremial Nacional al P.L. 329 de 2020S. Fecha: 19 de abril de 2021. <sup>9</sup> Comentarios Sociedad Colombiana de Ingenieros al P.L. 329 de 2020S. Fecha: 19 de abril de 2021.</p>	<p>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 "Johanna Bahamón" se enmarca dentro de las razones de inconveniencia e inconstitucionalidad aludidas.</p> <p><b>I. Impacto en la sostenibilidad de las pequeñas y medianas empresas</b></p> <p>La iniciativa legislativa generaría efectos nocivos a las pequeñas y medianas empresas, puesto que:</p> <p>a. Implicaría para éstas costos adicionales asociados a la contratación del personal pospenado, necesario para 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 de esa manera acceder, efectivamente, a la contratación estatal.</p> <p>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.</p> <p>b. La terminación de los contratos de trabajo del personal técnico y especializado con experiencia en las empresas, con el fin de vincular personal pospenado, impactaría negativamente la experticia, capacidad y conocimiento que requieren para ejecutar los contratos a su cargo con clientes públicos y privados. O, tratándose de personal pospenado experto, igualmente impactaría los puestos de trabajo de los demás trabajadores que ya se encuentran vinculados a las MiPymes.</p> <p><b>II. Grave distorsión del sistema de compras públicas</b></p> <p>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 población pospenada en su planta de personal, 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:</p> <p>i) Esta iniciativa no garantiza que la propuesta que obtenga el puntaje adicional sea la mejor y más favorable para cumplir con el objeto del contrato. Por el contrario, genera un</p>

<p>incentivo que distorsiona el mercado de compras públicas, para que el oferente se enfoque principalmente en la contratación de población <i>pospenada</i>, 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.</p> <p>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 cumplan con la condición; 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.</p> <p>Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2009, estableció lo siguiente:</p> <p><i>"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."</i> (Resaltado fuera de texto)</p> <p>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 población <i>pospenada</i>, aun cuando desde el punto de vista técnico y económico sus propuestas sean más favorables a los intereses que el Estado busca satisfacer.</p> <p>ii) 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.</p> <p>iii) Por último, es preciso resaltar que tal y como está previsto en el proyecto de ley, existen otro tipo de incentivos para que las empresas contraten dentro de su planta de personal a la población <i>pospenada</i>, como son los incentivos económicos y tributarios. Por lo tanto, existiendo otros mecanismos que se pueden desplegar para apoyar a esta población, invitamos respetuosamente a la H. Cámara a concentrarse y fortalecer ese tipo de mecanismos y no aquellos que distorsionan el mercado de las compras públicas y que además produce efectos dominó negativos como la afectación de puestos de trabajo existentes y la barrera de acceso a las compras públicas por parte de las Mipymes, especialmente en tiempos de reactivación económica como el actual.</p> <p>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</p>	<p>quienes cuenten con certificados derivados de la contratación de un tipo de trabajadores en su planta de personal, <i>"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"</i><sup>10</sup> y <i>"trae como consecuencia que el Estado no pueda adquirir sus bienes y servicios en un mercado competitivo que le permita seleccionar la mejor oferta"</i><sup>11</sup>.</p> <p>Con todo comedimiento,</p> <p></p> <p><b>JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER</b> Presidente Ejecutivo</p> <p>VJ/MR</p> <p>c.c. Dra. Ángela María Orozco – Ministra de Transporte Dra. Olga Lucía Ramírez – Viceministra de Infraestructura Dr. Manuel Felipe Gutiérrez – Presidente Agencia Nacional de Infraestructura Dr. José Andrés O'Meara – Director General Colombia Compra Eficiente Dr. Jorge Tirado – Subdirector de Gestión Contractual Colombia Compra Eficiente</p> <p>Anexos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Conceptos (2) Colombia Compra Eficiente</li> <li>- Concepto Ministerio de Transporte</li> <li>- Concepto Consejo Gremial Nacional</li> <li>- Concepto ACOPI</li> <li>- Concepto Sociedad Colombiana de Ingenieros</li> </ul> <p><sup>10</sup> Concepto Colombia Compra Eficiente sobre P.L. 329 de 2020S. Fecha: 10 de septiembre de 2020. <sup>11</sup> Ibidem</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## CARTA DE COMENTARIOS ASOCIACIÓN NACIONAL DE CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 543 DE 2021 CÁMARA

*por medio del cual se establecen incentivos económicos para fortalecer el acceso y las oportunidades en empleo y formación para la población pospenada - Ley Johana Bahamón.*

<p style="text-align: center;">ANCCF – No. Bogotá D.C.,</p> <p>Doctora <b>Jennifer Kristin Arias Falla</b> Presidenta Cámara de Representantes</p> <p><b>Asunto:</b> Observaciones al proyecto de ley 543 de 2021 Cámara "Por medio del cual se establecen incentivos económicos para fortalecer el acceso y las oportunidades en empleo y formación para la población pospenada- Ley Johana Bahamón."</p> <p>Señora Presidenta:</p> <p>La Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar – <b>ASOCAJAS</b>, con el acostumbrado respeto, se permite presentar las observaciones al proyecto sustentados en la estructura y funcionamiento del Sistema del Subsidio Familiar.</p> <p><b>1. El proyecto de ley</b></p> <p>Celebramos que el proyecto de ley busca la creación de mayores oportunidades para la población pospenada, en la búsqueda de lograr la inserción laboral como parte de la resocialización de estos colombianos y colombiana que requieren que de la mano del Estado les sea concedida una segunda oportunidad.</p> <p>En este entorno es necesario reconocer que el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia Pacto por la Equidad", busca la transformación productiva del país y la formalización laboral y empresarial que, también desde el Congreso de la República en buena hora, ha recibido el respaldo constante como reconocimiento al aporte tanto desde la óptica de crecimiento económico como también en términos de generación de empleo formal a Colombia.</p> <p>Y dentro del ámbito de la formalidad es que el Sistema del Subsidio Familiar tiene su génesis, como prestación social derivada del contrato de trabajo, puesto que la conjunción del trabajo asalariado a cambio de un salario social -como se concibe la compensación familiar- genera el acceso a condiciones de bienestar para el trabajador y sus familias y el cierre de brechas sociales entre los colombianos, dada la esencia redistributiva por excelencia y esencia del Sistema.</p>	<p>También, el empleador es beneficiado, pues como contraprestación a su aporte, contribuye al bienestar de sus trabajadores lo que redunda en términos de mayor y mejor producción.</p> <p>Es así como antes y durante este periodo de aislamiento derivado de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional con ocasión de la pandemia, el Sistema del Subsidio Familiar se hizo presente llevando a los trabajadores y a sus familias, los beneficios derivados de su vinculación al mismo con ocasión del aporte realizado por sus empleadores.</p> <p>A partir de lo expuesto, me refiero a continuación al contenido del <b>CAPÍTULO 3 INCENTIVOS TRIBUTARIOS Y ECONOMICOS PARA LA EMPLEABILIDAD DE POBLACIÓN POSPENADA, y especial, a sus artículos:</b></p> <p><b>Artículo 6°. Progresividad en el pago de parafiscales asociado al pago de nómina.</b> <i>Las empresas que empleen a trabajadores provenientes de población pospenada mediante contrato a término indefinido o fijo a partir de la promulgación de esta ley, realizarán de la siguiente manera el pago de los aportes correspondientes al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, de acuerdo con lo siguiente: Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 1% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el ochenta por ciento (80%) del valor total de los aportes mencionados en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el noventa por ciento (90%) del total de los aportes mencionados del segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado. Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 5% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el sesenta por ciento (60%) del valor total de los aportes mencionados en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el ochenta por ciento (80%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado. Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 10% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el cuarenta por ciento (40%) del total de los aportes mencionados en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el setenta por ciento (70%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado. Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 15% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el veinte por ciento (20%) del total de los aportes mencionados en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el sesenta por ciento (60%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado.</i></p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



<p><b>Parágrafo 1:</b> El presente beneficio regirá para las empresas que puedan certificar una planta de 100 empleados o más. <b>Parágrafo 2:</b> Para contabilizar los descuentos del presente artículo, se tendrá en cuenta únicamente la unidad entera de trabajadores del porcentaje de nómina calculado.</p> <p><b>Parágrafo 2:</b> Para contabilizar los descuentos del presente artículo, se tendrá en cuenta únicamente la unidad entera de trabajadores del porcentaje de nómina calculado.</p> <p><b>Artículo 7°. Progresividad en el pago de parafiscales asociado al pago de nómina con enfoque de género.</b> Las empresas que empleen a trabajadores provenientes de población pospenada mediante contrato a término indefinido o fijo y su nueva contratación se componga al menos de un 60% de mujeres y/o mujeres y hombres transgénero, a partir de la promulgación de esta ley, realizarán de la siguiente manera el pago de los aportes correspondientes al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, de acuerdo con lo siguiente: Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 5% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el cincuenta por ciento (50%) del valor total de los aportes mencionados en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el setenta por ciento (70%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado. Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada represente el 10% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el treinta por ciento (30%) del total de los aportes mencionados en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el sesenta por ciento (60%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado. Cuando la nueva contratación de trabajadores de población pospenada representa el 15% de la nómina actual, la empresa contratante pagará solo el diez por ciento (10%) del total de los aportes mencionados en el primer año gravable, contados a partir del inicio de labores, y el cincuenta por ciento (50%) del total de los aportes mencionados en el segundo año gravable, por cada empleado pospenado nuevo contratado.</p> <p><b>Parágrafo 1:</b> El presente beneficio regirá para las empresas que puedan certificar una planta de 100 empleados o más.</p> <p><b>Parágrafo 2:</b> Para contabilizar los descuentos del presente artículo, se tendrá en cuenta únicamente la unidad entera de trabajadores del porcentaje de nómina calculado.</p>	<p><b>Parágrafo 3:</b> Para recibir todos los beneficios económicos del presente artículo, el tiempo de contratación realizada por el empleador deberá ser igual al tiempo de duración de los beneficios aquí contenidos”</p> <p>Como está plasmado en el texto en comento, si bien el fin es loable, lo cierto es que, en lo atinente al aporte “a cajas de compensación familiar” que no es otro que el aporte al Sistema de Subsidio Familiar debe exponerse que los ingresos de recursos para el financiamiento de esta <u>prestación social</u>, se verían gravemente afectados pues, contrario a los aportes al SENA e ICBF, en el Sistema de Subsidio Familiar <u>NO</u> existe fuente alguna, fondo de respaldo o aporte gubernamental para cubrir la disminución propuesta en el proyecto, lo cual iría en detrimento de los beneficios que reciben los trabajadores y los fondos y proyectos sociales que desde este Sistema contribuyen a la redistribución del ingreso.</p> <p>De nuevo, reiterando el reconocimiento a la importante iniciativa aquí estudiada y que busca con las medidas incorporadas al proyecto ofrecer estos incentivos con miras a beneficiar a una población específica, como surgen de manera subyacente dos interrogantes acerca de la conveniencia y pertinencia de este tipo de medidas como las introducidas en los artículos 6º y 7º en comento, sumado al impacto directo que las mismas tendrían de manera específica, sobre el Sistema de Subsidio Familiar.</p> <p>En este sentido: ¿Son efectivas y pertinentes medidas como la disminución de costos laborales para incentivar la vinculación de estos colombianos y colombianas? Y, segundo: ¿disminuir el pago del aporte al Subsidio Familiar por parte de los empleadores, contribuye al objetivo de los procesos efectivos de reinserción, resocialización e inclusión de un sector poblacional, en detrimento de los beneficios que pueden recibir los todos trabajadores que ya son beneficiarios del aporte íntegro de los empleadores?</p> <p>Pues bien, el objetivo de este documento es dar respuesta a los anteriores interrogantes, al tiempo que se indicarán, de manera adicional, la razones por las cuales consideramos que medidas como la que se consignan, tratándose del Subsidio Familiar como Subsistema de la Seguridad Social, podrían vulnerar la Constitución Política.</p> <p><b>1. Disminuir los costos laborales no es una medida eficaz y pertinente para incentivar la formalización.</b></p> <p>El Gobierno Nacional expidió el documento Conpes 3956 de 2019 en el cual se consignó la política pública de formalización empresarial y en el que se identificaron los antecedentes de políticas anteriores, la importancia y beneficios de la formalidad, un diagnóstico de la problemática y las acciones a implementar en el próximo cuatrienio.</p>
<p>Como uno de los principales beneficios o justificaciones de implementar políticas que tiendan a la formalidad es la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, en la medida en que según estudios de la OCDE los empleados formales ganan más del triple del salario que empleados informales con niveles educativos similares. Además, “la contratación formal de trabajadores disminuye su riesgo ante situaciones adversas tales como la pérdida de empleo, accidentes laborales, muerte o invalidez, además de dar una condición estable durante su vejez, aumentando así la calidad de vida de las personas”<sup>1</sup>.</p> <p>En la misma línea la OIT ha conceptualado:</p> <p>“La seguridad social está constituida por el conjunto de programas de protección social de un país, establecidos por ley o por un acuerdo obligatorio, que permite a las personas cierta seguridad de ingresos en situaciones de riesgo. La inexistencia de protección social en el empleo de los trabajadores y empleadores es uno de los aspectos más importantes del empleo informal. La baja cobertura de seguridad social en las micro y pequeñas empresas trae graves consecuencias para el conjunto de ocupados en estas entidades, entre ellas la exclusión de los sistemas de salud y pensiones y la mayor exposición a los riesgos de seguridad y salud en el trabajo.</p> <p>Los ámbitos habituales de los regímenes generales de seguridad social abarcan, entre otras contingencias, pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, salud, maternidad, accidentes de trabajo, <u>desempleo y asignaciones familiares</u>”<sup>2</sup>. (Se resalta)</p> <p>En consecuencia, pueden afirmarse, sin duda alguna, que la formalidad permite el acceso de los trabajadores y de la población en general a condiciones de bienestar.</p> <p>De igual forma, dentro de los beneficios asociados a las empresas formales, se encuentra, según el referido Conpes, el aumento de la productividad promedio y de la actividad económica no solo de la empresa sino de la economía en general, debido al traslado de factores de producción (tierra y trabajo) de empresas informales poco productivas a empresas formales más productivas, al tiempo que permite mejorar los índices de acceso al crédito, lograr una mano de obra calificada y aumentar los incentivos a la adopción de tecnología e innovación.</p> <p>Ahora bien, para que la empresa crezca no es suficiente que sea formal, en tanto, en la práctica, son los aumentos de la productividad los que tienden a llevar a las empresas a mayores niveles de formalidad, no al revés. Por lo anterior, se ha concluido “que para empresas de bajo desarrollo empresarial, los programas que informan sobre el proceso de</p>	<p>registro y los <b>beneficios potenciales de la formalización o que reducen los costos y simplifican los procesos de entrada a la formalidad, tienen poco impacto perdurable sobre la formalización</b>”<sup>3</sup></p> <p>Por consiguiente, se concluye en el documento: “la capacidad de las empresas para materializar los beneficios de ser formal depende de su nivel de desarrollo empresarial. Una empresa que no es lo suficientemente desarrollada o productiva, no podrá acceder al financiamiento formal y a una mayor y más variada clientela y aún si es formal. De tal suerte, los beneficios de la formalidad serán pocos para empresas de bajo desarrollo y baja productividad”<sup>4</sup>.</p> <p>Lo concluido en el citado documento tiene una importancia superlativa tratándose de las medidas que, como política pública, deben adoptarse para incentivar la formalidad, en el sentido en que el punto determinante no está en la reducción de los costos laborales - mucho menos a costa de los beneficios de los trabajadores- sino en promover instrumentos adecuados y pertinentes que permitan a las empresas mejorar en su productividad y competitividad.</p> <p>De ahí que, como estrategias a implementar por parte del Gobierno Nacional en el marco de la política pública de promoción de la formalización, se encuentran entre otras: <b>i)</b> reducir la carga regulatoria para las empresas formales; <b>ii)</b> diseñar e implementar políticas que ayuden a las empresas registradas a materializar los beneficios potenciales de la formalidad; <b>iii)</b> aumentar la efectividad de las acciones de inspección, vigilancia y control y <b>iv)</b> mejorar la información para la toma de decisiones de política pública.</p> <p>Como se observa, en plena coherencia con el diagnóstico de las causas de la informalidad y los incentivos para permanecer en este estado, la política del Gobierno Nacional en estos asuntos no promueve ni contempla la implementación de estrategia alguna consistente en disminuir los costos laborales, en especial respecto de aquellos relacionados con las garantías laborales de los trabajadores, para efectos de aumentar la formalidad, sino que el énfasis de la misma radica en mejorar los niveles de productividad y competitividad de las empresas, a través de mecanismos dirigidos a la disminución de la carga regulatoria, la promoción e implementación de mecanismos tendientes a visualizar los beneficios que la formalidad trae consigo y, por supuesto, fortalecer los mecanismos de inspección, vigilancia y control.</p> <p>A partir de lo antes expuesto, puede concluirse con facilidad que la implementación de medidas como la contemplada en el proyecto de norma en estudio, sin bien está bien intencionada, lo cierto es que no producen el efecto que se busca, esto es no es un instrumento adecuado ni pertinente que garantice el crecimiento y productividad de las</p>

<sup>1</sup> Documento Conpes 3956. Política de Formalización Empresarial. 8 de enero de 2019.

<sup>2</sup> Organización Internacional del Trabajo -OIT-. Políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas en América Latina. Experiencia, avances y desafíos. Linda Deelen Editora. Primera Edición 2015.

<sup>3</sup> Documento Conpes 3956. Pág. 26.

<sup>4</sup> Ibidem.

<p>empresas tendiente a que el estado de formalidad y sus beneficios permanezcan en el tiempo.</p> <p>Tan cierto es lo antes aducido, que el mismo Departamento Nacional de Planeación en el concepto emitido sobre el proyecto de ley similar al presente, sostuvo:</p> <p><i>“Respecto de los incentivos para la formalización laboral establecidos en los artículos 4° y 5° del proyecto de ley, hay que considerar que la Reforma Tributaria de 2012 (Ley 1607 de 2012) cambió la fuente de financiación de los parafiscales: SENA e ICBF; entendiéndose que la fuente de financiación de estas entidades ya no se encuentra asociada a la nómina, por las exenciones para las empresas en el pago de este concepto por los trabajadores que ganan menos de 10 SMLMV.</i></p> <p><i>En consecuencia, la exención en el pago de parafiscales del presente proyecto, solo se referiría al pago escalonado del aporte al Sistema de Subsidio Familiar que en la actualidad es del 4%. En la Ley 1607 de 2012, se redujeron en 13.5 puntos porcentuales los costos de cargas no salariales, teniendo como efecto entre 1.4 y 2 puntos porcentuales en la formalidad.</i></p> <p><i>Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que esta medida <b>no va a lograr tener un efecto apreciable en la disminución de la tasa de informalidad</b> puesto que la reducción de los costos salariales no alcanza a ser de 2 puntos porcentuales; medidas similares se implementaron mediante la Ley 1429 de 2010 y en la evaluación de los efectos hecha por la firma Econometría en 2013 <b>no se evidenció un efecto en la disminución de la tasa de informalidad.</b> (Se resalta).</i></p> <p><i>En ese sentido emitimos concepto <b>no favorable</b> para el trámite del proyecto normativo en los términos que se encuentra planteado”.</i></p> <p>También desde el Ministerio de Hacienda, en concepto presentado en diferentes iniciativas legislativas que contemplan este tipo de incentivos, beneficios o subsidios a partir de reducción o no pago de aportes parafiscales, se ha manifestado en los siguientes términos:</p> <p><i>“Respecto a los aportes a Cajas de Compensación Familiar (CCF), se debe considerar que el Proyecto de Ley no plantea una opción de recursos para financiar la exoneración del aporte por el 4% de las nóminas que corresponde. Si bien esto no genera un impacto fiscal directo en las cuentas del Gobierno nacional, se debe tener en cuenta que dicha exoneración puede afectar los recursos de las CCF destinados al mecanismo de protección al cesante, así como los recursos para recreación, subsidios de vivienda, cuota monetaria para dependientes, la niñez con ICBF, capacitación a familias, entre otras.”</i></p>	<p>En este orden de ideas, a partir de los estudios técnicos ya referenciados, se pueden concluir que estas medidas no contribuyen al logro de los objetivos propuestos.</p> <p>A lo anterior se agrega que este tipo de instrumentos, cuando fueron implementados en el pasado, además de que no tuvieron impacto alguno en la formalidad, sí generaron un efecto perverso por los menos en dos sentidos. El primero, referido a la aparición del denominado “carusel” de empresas, figura a través de la cual algunos empleadores se dedicaron a crear y liquidar empresas con el único objetivo de aprovechar los incentivos, esto es a burlar la norma, sin generar mayor beneficio.</p> <p>El segundo efecto perverso que tienen estas medidas, por lo menos en lo que se refiere a aquellas que pretenden disminuir las obligaciones laborales a cargo del empleador, es el mensaje que se promueve en la opinión pública consistente en concluir que, en términos de bienestar social para los trabajadores formales, éste se debe sacrificar para generar más empleo o más formalización. Es decir, el logro laboral adquirido hasta ahora, retrocede a la luz de la política económica en detrimento del bienestar del trabajador, puesto que, al disminuir el aporte, de manera correlativa, disminuye el porcentaje de los beneficios.</p> <p>Lo expuesto trae consigo, además, una incoherencia intrínseca de la medida prevista en el proyecto de ley: se incentiva la creación de empresa a expensas de la disminución de beneficios generada por el no ingreso de recursos al Sistema de Subsidio Familiar. Es decir, se sacrifican los beneficios sociales que recibe el trabajador derivados de su relación laboral. Debe recordarse que el Subsidio Familiar, es una prestación social que se enmarca dentro de la Seguridad Social y, por tanto, cualquier política pública debe propender por su fortalecimiento y masificación y no por su debilitamiento.</p> <p>En consecuencia, para ASOCAJAS resultan inconvenientes este tipo de medidas puesto que al tiempo que no son eficaces y pertinentes para el logro del objetivo propuesto, suponen el sacrificio de garantías laborales a favor de los trabajadores.</p> <p>En otras palabras, sería a costa de los mismos trabajadores que se estaría cubriendo los recursos que dejan de ingresar al sistema por causa de la disminución de aportes, circunstancia que generaría reparos de índole constitucional, comoquiera que se les estaría imponiendo a los beneficiarios de la prestación una carga que no deben soportar, puesto que, se reitera, la obligación recae en el empleador, como a continuación se pasa a exponer.</p> <p><b>2. El subsidio familiar como prestación social de origen laboral.</b></p> <p>Debe aclararse en primer lugar que el Subsidio Familiar no puede considerarse como un “impuesto a la nómina” ni puede englobarse en la categoría de “parafiscales” al igual que los aportes que se hacen o en su momento se hacían al SENA o al ICBF. Si bien la Corte Constitucional ha indicado que estos recursos tienen esta naturaleza, lo cierto es que tal</p>
<p>categoría resulta insuficiente al momento de dimensionar la real dimensión de estos recursos, los cuales, en relación con los beneficios que otorgan se encuentran dentro de la categoría de prestación social, al igual que lo son, por ejemplo, las cesantías, las vacaciones o la prima, con la particularidad adicional que está enmarcada dentro de la seguridad social, al igual que la salud o las pensiones.</p> <p>De manera que el Subsidio Familiar se debe entender en su real dimensión, a partir de la cual se desprende una protección constitucional rigurosa que, como consecuencia, impone límites al legislador y a la Administración frente a cualquier iniciativa que pretenda eliminarlo, incluso modificarlo.</p> <p><b>2.1. Generalidades del Subsidio Familiar</b></p> <p><b>2.1.1. Breve referencia del origen del Subsidio Familiar</b></p> <p>Se puede afirmar, sin asomo de duda, que en el origen del Sistema de Subsidio Familiar se encuentra una doble necesidad de proteger al trabajador, mejorando su calidad de vida, sin que por ello se incrementaran de manera desmedida las cargas prestacionales para el empleador. En su contexto, respondían, como todavía lo hacen, a un concepto de economía del trabajo, en la cual el mejoramiento de las condiciones de vida del trabajador tendía a incrementar las condiciones de productividad de la empresa, pero sin ánimo de generar recursos que ingresaran al Presupuesto Nacional. Por ello, el nacimiento de estos beneficios de carácter social se encuentra ligado de las estructuras que se encargarían de administrarlos: las Cajas de Compensación Familiar.</p> <p>Así, el nacimiento, en 1954, de la primera Caja de Compensación Familiar, respondió a la necesidad de garantizar la prestación de estos beneficios, no con una lógica individual de cada empresa, sino como una política empresarial de distintos sectores de la sociedad, que se basaba en el carácter voluntario de la afiliación a dichos órganos. Por otra parte, era claro que no se pretendía crear un sistema de financiación pública, sino garantizar que los trabajadores pudieran acceder a determinados servicios, sin que tales gastos incrementaran los costos laborales para la empresa. Por ello, no es de sorprender el extraordinario éxito del Sistema, pues desde que se estableció, en 1957, la obligatoriedad de los aportes, se pasó de 17.000 trabajadores afiliados a 21 millones de beneficiarios actualmente, entre trabajadores y sus familias.</p> <p>El concepto de prestación social debe, entonces, integrar dos elementos: uno sustancial, que corresponde a la naturaleza misma de los recursos del Sistema de Subsidio Familiar y otro, de carácter estructural, que corresponde a los mecanismos creados para garantizar su adecuada administración y el cumplimiento de las finalidades del Sistema.</p> <p>Independientemente de los referentes constitucionales que se puedan encontrar al respecto, el concepto de Prestación Social, primer elemento para entender el Sistema de</p>	<p>Subsidio Familiar, se fundamenta en el concepto de “salario social”, como mecanismo de carácter redistributivo, que se puede expresar en beneficios en dinero, especie o servicios. Desde el punto de vista del trabajador, su objetivo consiste en aligerar algunas de las cargas familiares, a través de la posibilidad de acceder a subsidios y prestaciones de distinta naturaleza, encaminadas a promover la mejoría en sus condiciones de vida.</p> <p>El concepto de “salario social” es de origen doctrinario, evoca los elementos de la prestación social y sus expresiones normativas. La idea de base es que el salario se compone de dos elementos: unas prestaciones directas, ligadas al tiempo trabajado y otras, indirectas, que corresponden a necesidades que “escapan a la temporalidad del ciclo laboral, como son, por ejemplo, las contingencias que puedan significar gastos súbitos, la pérdida (temporal o permanente) de la capacidad de trabajo o las obligaciones familiares”. Este segundo elemento se enmarca en el concepto de Seguridad Social, el cual a su vez tiene dos grandes componentes: “El primero tiene que ver con la cobertura de los riesgos sociales (enfermedad, invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo) y el segundo con las asignaciones familiares”. En otras palabras, el Subsidio Familiar corresponde al denominado salario social.</p> <p>Se puede, entonces, afirmar que el origen de todas las prestaciones se encuentra fincado en el contrato de trabajo, en consecuencia, el objetivo de esta prestación social no es beneficiar a los trabajadores de mayores ingresos, ni sus prestaciones se encuentran encaminadas a favorecerlos principalmente, sino a los trabajadores que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad en el sector del trabajo formal, esto se explica a partir de su lógica redistributiva y de progresividad, lo cual ha llevado su inclusión en el concepto más general de Sistema de Seguridad Social.</p> <p>De esta manera, los elementos diferenciadores, frente a los distintos componentes del Sistema de Seguridad Social, tienen que ver con el origen de la prestación, el carácter sectorial de los recursos que se gestionan y el concepto de beneficiario. Desde la sentencia C-508 de 1997, la Corte Constitucional admitió que el subsidio familiar es una prestación social; en ese sentido, se señaló que “el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”.</p> <p><b>2.1.2. La consagración legal del Subsidio Familiar.</b></p> <p>La Ley 21 de 1982 define el subsidio familiar como una <i>prestación social</i> en los siguientes términos:</p> <p><i>“ARTICULO 1o. El subsidio familiar es una <b>prestación social</b> pagada en dinero, especie y servicio a los <b>trabajadores de mediano y menores ingresos</b>, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad” (Se resalta).</i></p>

Ahora, el subsidio familiar no solo es una prestación social en sí misma considerada, sino que tiene origen laboral, esto es se desprende o se causa a partir de la existencia de un contrato de trabajo. Lo anterior se confirma, no solo de la definición ya citada, sino del artículo 5° de la Ley 21 de 1982, según el cual el subsidio familiar “se pagará *exclusivamente a los trabajadores beneficiarios*”, al tiempo que en los términos del artículo 7°, numeral 4°, se señala que los empleadores que *ocupen uno o más trabajadores permanentes* están obligados a pagar el subsidio familiar.

Cabe entonces recordar que las prestaciones sociales se conciben como aquellos pagos que se encuentran a cargo del empleador y que tienen como finalidad cubrir los riesgos o necesidades del trabajador *que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma*. Se advierte que el pago de las prestaciones sociales al trabajador se podrá hacer en dinero, especie, servicios u otros beneficios.

Con relación a este punto, la Corte Constitucional<sup>5</sup> ha determinado que esta categoría se conforma por aquellas sumas destinadas a asumir los **riesgos intrínsecos de la actividad laboral**. Adicionalmente, determinó que estas prestaciones se encuentran a cargo del “*empleador o ser responsabilidad de las entidades de los sistemas de seguridad social en salud o en pensiones, o a cargo de las cajas de compensación familiar.*” (Énfasis añadido)

Dada la naturaleza del Subsidio Familiar, la misma Ley 21 de 1982, radica en cabeza del empleador el pago de esta prestación social, al prever que corresponde al 4% de la nómina mensual respectiva.

Hasta este punto puede establecerse entonces que, con ocasión de una actividad derivada de un contrato de trabajo, es decir la formalización laboral plena, todo empleador está en la obligación legal de destinar mensualmente el 4% del total de su nómina dirigido a las Cajas de Compensación Familiar.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2009. M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.



Por lo anterior, el Subsidio Familiar tiene su origen y desarrollo -al tiempo que promueve la **formalidad laboral**, en la medida en que todo trabajador vinculado mediante un contrato o relación laboral dependiente tiene el derecho a acceder a los bienes y servicios que entrega la Caja de Compensación Familiar, circunstancia que, por demás, genera bienestar en el trabajador, al tiempo que contribuye de forma decisiva en el desarrollo y productividad de la empresa y de la economía en general, generándose de esta manera un círculo virtuoso entre la empresa-trabajador-crecimiento que merece ser protegido.

Este 4% ha acompañado desde su génesis todo el proceso de formalización laboral en Colombia, es decir su aporte no ha sido obstáculo para la evolución del trabajo formal, pues aún en coyunturas más apremiantes en nuestro país, ha sido a través del Sistema de Subsidio Familiar -con el aporte del 4% que realizan los empleadores, que el trabajador colombiano ha aliviado sus cargas familiares.

**2.1.3. Funcionamiento del Subsidio Familiar**

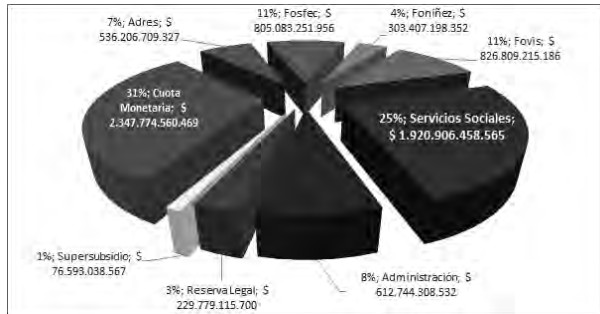
Ahora bien, resulta en extremo importante referirse al funcionamiento o la forma como opera el pago del Subsidio Familiar para efectos de entender, primero, el concepto de autosostenibilidad del Sistema y, segundo, comprender el impacto que tiene en los trabajadores beneficiarios cualquier modificación que mediante ley se pretenda efectuar a la referida prestación social.

En este sentido debe indicarse que el Subsidio Familiar funciona a través de la *solidaridad* entre sus agentes, la cual opera en diferentes vías; por un lado, el componente del 4% que es pagado por el empleador respecto de los trabajadores que devenguen ingresos altos (más de 4 SMLMV) es *redirigido o compensado* a los trabajadores de ingresos inferiores (menos de 4 SMLMV), de manera que, como consecuencia, entre mayor sea el porcentaje de cargos remunerados con más de 4 SMLMV en una empresa, mayor será la compensación que se realice en beneficio de los trabajadores de menores ingresos afiliados a la Caja de Compensación Familiar.

Así mismo, el trabajador de menores ingresos que en un momento determinado no tenga personas beneficiarias según lo dispuesto en la ley, también contribuye a garantizar el pago de la prestación social a más personas que así lo requieran.

Como corolario de lo anterior, debe enfatizarse que uno de los principios del Subsidio Familiar es su *autofinanciamiento o autosostenibilidad*, en la medida en que son los recursos del 4% los que permiten el reconocimiento de la prestación social. ***En este sentido, debe aclararse que las Cajas de Compensación Familiar no reciben recurso alguno proveniente del Presupuesto General de la Nación para el financiamiento del Sistema.***

En esta misma línea, la ley define de manera expresa la forma en la cual deben utilizarse los recursos para reconocer el Subsidio Familiar, ***de tal forma que en la actualidad cada punto del 4% tiene una destinación específica que las Cajas de Compensación no pueden desconocer y que está encaminado a garantizar una prestación en bienes o servicios a la población beneficiaria.*** En la actualidad, la distribución del 4% se presenta de la siguiente forma:



Fuente: ASOCAJAS, Dirección de Estudios Sociales y Económicos, con base a información de la Supersubsidio, datos con corte a diciembre 2020.

Como se observa, los recursos que recibe la Caja de Compensación Familiar por parte de los empleadores deben necesariamente destinarse a los rubros previstos en la ley, los cuales, a su vez, contemplan una población beneficiaria que debe ser atendida y cuya situación no puede desmejorarse, circunstancia de la cual se deriva un *equilibrio* entre lo que se recibe y las prestaciones que se otorgan.

Por lo anterior, cualquier nueva distribución, disminución o destinación de estos recursos que provenga de iniciativa parlamentaria y que no tenga prevista una fuente de financiamiento en los términos antes expuestos, necesariamente derivaría en un desmejoramiento o *desequilibrio* de la situación actual de la población beneficiaria, puesto que exigiría la reducción del financiamiento de un rubro para trasladárselo a otro, circunstancia que, por demás, tendría serios reparos de índole constitucional, en tanto que, por virtud principio de progresividad de los derechos económicos y sociales, estaríamos ante la desmejora las condiciones de los titulares de esos derechos.

Igual ocurre cuando se afecta la fuente misma de financiamiento de la prestación social, esto es el aporte de los empleadores (el denominado 4%), comoquiera que cualquier exención o disminución de la misma afecta el proceso de *compensación* de recursos y, por tanto, habría que reconocer la prestación a nuevos trabajadores sin que existan recursos adicionales para ello, circunstancia que implicaría, necesariamente, afectar un rubro específico de destinación para cubrir esas nuevas obligaciones, conduciendo, de manera correlativa, al desmejoramiento de las situaciones existentes de los trabajadores.

De ahí la importancia que, para garantizar el desarrollo óptimo del Sistema de Subsidio Familiar, sea necesario continuar y proteger el funcionamiento mismo de la prestación social, esto es en relación con los trabajadores dependientes, la obligación del empleador de pagar el 4% de su nómina mensual para el reconocimiento del Subsidio Familiar y, para los independientes, el pago voluntario y diferenciado de los aportes al Sistema tal como lo contempla la ley.

**2.2. El impacto del proyecto de ley sobre el Sistema de Subsidio Familiar.**

Como está planteada la iniciativa, si bien reconocemos las nobles intenciones que se persiguen, la misma afectaría de manera notable el correcto funcionamiento del Sistema de Subsidio Familiar, puesto que se requeriría desfinanciar algún rubro ya previsto y definido por la ley para cumplir con el pago de la prestación social a las nuevas personas que se vinculen.

<p>En consecuencia, si bien existe un beneficio a quien crea empresa, quienes terminarían siendo afectados por esta disminución en el aporte, serían los mismos trabajadores, puesto que habría que desfinanciar beneficios dispuestos a su favor para garantizar el pago de la prestación a los nuevos trabajadores fruto de la exoneración prevista en el artículo en discusión.</p> <p>Estaríamos entonces, frente a la afectación del Principio de Progresividad en cuanto se atendería contra el postulado de la No Regresividad que acompaña a TODO el Sistema de Seguridad Social del cual hace parte el Subsidio Familiar.</p> <p>Por lo anterior, consideramos que la exoneración de aportes prevista, generaría un impacto mayor en el Sistema de Subsidio Familiar, pues ante esta acción de reducción del aporte por parte del empresario, se generaría un retroceso en los múltiples beneficios que el Sistema provee a los beneficiarios del Sistema en componentes tan representativos como la cuota monetaria o los subsidios en especie al igual que los fondos y programas previa y gráficamente incluidos en este escrito.</p> <p>La medida en cuestión tiene un impacto aun mayor, comoquiera que se establece el acceso a TODOS los servicios que ofrecen las Cajas de Compensación Familiar, generando inequidad tanto en los trabajadores independientes que hacen el máximo esfuerzo al realizar su aporte en aras de recibir los beneficios que la ley les ha permitido, como a los empleadores que, comprometidos con el desarrollo del país y en su compromiso de generar trabajo formal, ya se encuentran aportando el 4% sobre el valor total de la nómina al Sistema, en pro de contribuir a la generación de bienestar para sus trabajadores y el de los trabajadores formales en Colombia, en virtud el Principio de Solidaridad, pilar de la Seguridad Social.</p> <p>Se reitera que el contenido del artículo 9º del proyecto de ley objeto del presente análisis, se encuentra en contravía del estudio técnico que contiene la política pública de formalización elaborada por el Gobierno Nacional, según la cual no se apuesta como estrategia en la exoneración de las obligaciones a las cargas laborales de las empresas, comoquiera que este tipo de medidas NO resultan eficaces en tanto el éxito de cualquier política que se aplique en este sentido debe centrarse en la productividad de las empresas.</p> <p>Incluso, esta iniciativa llevaría consigo el debilitamiento del potencial que las Cajas de Compensación Familiar ofrecen para mejorar la productividad de las empresas, en tanto no solo ayudan a mejorar las condiciones de bienestar del trabajador a través de los servicios de recreación, educación, turismo, cultura, etc, sino que contribuye, a través de las agencias de empleo y la capacitación para el trabajo, a mejorar la mano de obra calificada en función de lo que requiere el empleador para generar el crecimiento de su empresa.</p> <p>Finalmente, se recuerda que la política asumida por el Gobierno Nacional está orientada a modificar la carga regulatoria más no a la liberación de obligaciones de tipo laboral y</p>	<p>prestacional -como es el caso del Sistema de Subsidio Familiar-pues precisamente se busca con la formalización que el empleador genere puestos de trabajo con las garantías que el estado colombiano ofrece al trabajador. Por lo anterior, sería desafortunado que el Congreso de la República apruebe una medida para promover la formalización y, con ello, el acceso a los trabajadores a los sistemas de aseguramiento social, a través del debilitamiento de un pilar fundamental de la seguridad y protección social en Colombia, esto es en perjuicio del trabajador más vulnerable.</p> <p><b>2.3. Se vulneraría el artículo 48 de la Constitución Política</b></p> <p>El artículo 48 de la Constitución Política, dispone que unos de los principios fundamentales de la Seguridad Social (de la cual hace parte el Sistema de Subsidio Familiar) es el de eficiencia, del cual se deriva, a su vez el principio de equilibrio financiero, según el cual:</p> <p><i>“Para la prestación eficiente del servicio público, es importante que el sistema de seguridad social en salud cuente con un <u>equilibrio financiero</u>, el cual ha sido considerado por la jurisprudencia como un elemento fundamental para racionalizar el acceso a los servicios establecidos en los planes obligatorios de salud. A fin de preservar dicho equilibrio el Estado debe regular adecuadamente la relación entre los ingresos de recursos al Sistema por un lado, y la prestación de servicios de calidad por el otro. Las regulaciones que no respeten ese equilibrio necesario pueden afectar el goce efectivo de todas las personas al derecho a la salud, en condiciones de universalidad, eficiencia, solidaridad y equidad, resultan inconstitucionales”<sup>6</sup>.</i></p> <p>Como consecuencia de este principio, se exige que cualquier nueva destinación o exención en la financiación de los recursos destinados a la Seguridad Social, deba prever <i>“fuentes sustitutivas de financiación de beneficios que quedarían sin cobertura, en virtud del desplazamiento de recursos”<sup>7</sup>.</i></p> <p>En este sentido, debe llamarse la atención que en la ya citada reforma tributaria del 2012 (Ley 1607 de 2012) en la cual se aprobó una reducción de la cotización parafiscal en salud, ICBF y SENA en 13.5 puntos porcentuales a favor de los empleadores, se previó en el mismo cuerpo normativo, una fuente adicional de recursos para suplir lo que se iba a dejar de captar con el fin de no afectar los servicios correspondientes. De esta manera, como fuente inmediata se creó un impuesto denominado CREE, luego éste fue eliminado y en la actualidad, es a través de recursos del Presupuesto General de la Nación que se financian estos vacíos financieros que se producen como consecuencia de las exenciones.</p> <p>En el presente caso, dado que no se prevén fuentes adicionales o supletorias para las exenciones propuestas, con el riesgo ya advertido del desfinanciamiento de las prestaciones</p> <p><sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-978 de 2010. <sup>7</sup> Ibidem</p>
<p>del Sistema de Subsidio Familiar, se concluye que de aprobarse este artículo generaría una vulneración al artículo 48 de la Constitución Política.</p> <p><b>2.4. Se vulneraría el inciso 2º del artículo 154 de la Constitución Política.</b></p> <p>Dice el artículo 154 de la Constitución Política:</p> <p><b>ARTICULO 154.</b> <i>Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras o propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 150, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.</i></p> <p><i>No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por <b>iniciativa del Gobierno</b> las leyes a que se refieren 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 <b>y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.</b></i></p> <p>Como se observa, solo por iniciativa del Gobierno se pueden dictar o reformar leyes que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.</p> <p>Ahora bien, de conformidad con el numeral 12 del artículo 150 y el artículo 338 de la Constitución Política, las contribuciones pueden ser fiscales o parafiscales; dentro de estas últimas como lo ha expuesto al Corte Constitucional, se encuentran los aportes que hacen los empleadores para financiar el Subsidio Familiar<sup>8</sup>.</p> <p>Así las cosas, solo el Gobierno Nacional tiene la competencia para presentar un proyecto de ley que pretenda decretar exoneraciones sobre aportes del Sistema de Subsidio Familiar, comoquiera que se trata de aportes parafiscales.</p> <p>Por consiguiente, dado que el presente proyecto de ley es de iniciativa parlamentaria y trata sobre modificación de una contribución parafiscal, de aprobarse generaría un vicio de constitucionalidad insaneable por vulneración al artículo 154 de la Carta Política.</p> <p><b>4.5. Se vulneraría el artículo 56 de la Constitución Política.</b></p> <p>Finalmente, al tratarse el Subsidio Familiar de una prestación social de origen laboral, cualquier política o acción que pretenda su modificación debe ser tratada, previamente, en la Comisión de Concertación Laboral, tal como lo determina el artículo 56 de la Constitución.</p> <p><sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 1992, entre muchas otras.</p>	<p>Téngase en cuenta que la Comisión de Concertación Laboral en su conformación tripartita, tiene dentro de sus funciones la de fijar la política laboral y salarial en el país y es tránsito obligado ante cualquier alteración que se genere en cuanto a productividad y formalización laboral.</p> <p>Luego del análisis precedente, ASOCAJAS considera que el proyecto -específicamente el artículo 9º, presenta serios reparos de inconstitucionalidad e inconveniencia frente a la prestación social que nos ocupa, pues al reducir el aporte, así sea en lapsos determinados de tiempo, se verían afectados los beneficios para 9.7 millones de trabajadores afiliados al Sistema de Subsidio Familiar, del cual el 90.3% son trabajadores que tienen ingreso entre 1 y 4 salarios mínimos. Pero, adicionalmente sus familias (cónyuges e hijos), arrojando que más de 23 millones de personas que se benefician de los aportes del 4% que realizan los empleadores a través de las cajas de Compensación Familiar, verían disminuidos en los servicios y programas de vivienda, educación, salud, recreación o turismo y cuota monetaria.</p> <p>Por todo lo previamente expuesto, solicitamos su exclusión del proyecto de ley de la referencia, el contenido de los artículos 6º y 7º, toda vez que con este tipo de medidas se estaría afectando la estabilidad de un Sistema que el mismo legislador estructuró de manera que se generara un equilibrio entre los aportes que realizan los empleadores con destino a sus trabajadores.</p> <p>Consideraríamos incluso, que es desde el Estado que se debería generar una política que garantice, adicional a lo establecido en la Ley 65 de 1993 -Código Nacional Penitenciario y Carcelario, una ruta de socialización e inclusión de esta población de colombianos y colombianas, con miras a hacer más efectivo el tránsito hacia su reincorporación a la sociedad.</p> <p>En los anteriores términos dejamos para su consideración las observaciones, con la disponibilidad absoluta de ampliarlas y sustentarlas cuando se requiera.</p> <p>Atentamente</p> <p><b>Equipo Asocajas</b></p> <p>Copia a: Rep. Katherine Miranda Peña Rep. John Jairo Roldán Avendaño Rep. Oscar Darío Pérez Pineda Rep. John Jairo Berrío López Dr. Jorge Humberto Mantilla Serrano – Secretario General – Cámara de Representantes</p>

**C O N T E N I D O**

Gaceta número 1048 - Viernes, 20 de agosto de 2021  
CÁMARA DE REPRESENTANTES

**CARTAS DE COMENTARIOS**

	<b>Págs.</b>
Carta de comentarios ANCP al Proyecto de ley 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. ....	1
Carta de comentarios ANCP sobre el Proyecto de ley número 224 de 2019 Cámara, por medio del cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial. ....	4
Carta de Comentarios ACOPI al Proyecto de ley número 224 de 2019 Cámara, 329 de 2020 Senado, por el cual se crea el Certificado de Responsabilidad Étnica Empresarial. ....	5
Carta de Comentarios Cámara Colombiana de la Infraestructura del Proyecto de ley número 543 de 2021 Cámara, por medio del cual se establecen incentivos económicos para fortalecer el acceso y las oportunidades en empleo para la población pospenada - Ley Johana Bahamón”.- .....	7
Carta de Comentarios Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar al Proyecto de ley número 543 de 2021 Cámara, por medio del cual se establecen incentivos económicos para fortalecer el acceso y las oportunidades en empleo y formación para la población pospenada - Ley Johana Bahamón. ....	8